

# **DIREITO PROCESSO CIVIL**



**ESTUDE COM NOSSO MATERIAL  
E GANHE O CARIMBO PARA UM  
MELHOR FUTURO PROFISSIONAL.**



## ÍNDICE

1. Direito Processual.....	7
1.1 Definição: .....	7
1.2 Noções gerais: .....	7
2. A lei processual.....	9
2.1 A lei processual no espaço .....	9
2.2 A lei processual no tempo.....	9
2.3 Interpretação da Lei Processual .....	9
3. Princípios Informativos do Direito Processual .....	12
3.1. Princípios informativos do processo .....	12
3.1.1 Devido processo legal.....	12
3.1.2 Princípio inquisitivo e princípio dispositivo.....	13
3.1.3 Contraditório .....	13
3.1.4 Princípio da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição .....	14
3.1.5 Princípio da boa fé e da lealdade processual.....	14
3.1.6 Princípio da verdade real .....	14
3.2. Princípios informativos do procedimento.....	15
3.2.1 Princípio da oralidade .....	15
3.2.2 Princípio da publicidade .....	15
3.2.3. Princípio da economia processual.....	16
3.2.4. Princípio da eventualidade ou da preclusão.....	16
4. Jurisdição.....	16
4.1 Formas de composição de litígios .....	17
4.1.1 Autotutela .....	17
4.1.2 Autocomposição.....	17
4.1.3 Arbitragem .....	18
4.1.4. Tutela jurisdicional .....	18
4.2 Princípios da jurisdição.....	18
4.3 Jurisdição contenciosa e voluntária .....	19
5. Ação.....	20
5.1 Conceito .....	20
5.2 Condições da ação.....	20

5.2.1	Possibilidade jurídica do pedido.....	21
5.2.2	Legitimidade.....	22
5.2.3	Interesse de agir.....	22
6.	Classificação das ações.....	22
6.1	Ação de conhecimento.....	23
6.2	Ação de Execução.....	23
6.3	Ação Cautelar.....	23
7.	Elementos da ação.....	24
7.1	Partes.....	24
7.2	Causa de pedir.....	25
7.3	Pedido.....	25
8.	Competência.....	26
8.1	Conceito.....	26
8.2	Competência em matéria civil.....	26
8.3	Competência internacional e interna.....	27
8.3.1	Competência internacional.....	27
8.3.2	Competência interna.....	28
8.4	Princípios.....	30
8.4.1	Princípio da Tipicidade:.....	30
8.5	Critérios de competência.....	31
8.5.1	Competência em razão do valor da causa.....	32
8.5.2	Competência em razão da matéria.....	33
8.5.3	Competência funcional.....	33
8.5.4	Competência territorial.....	35
8.6	Competência absoluta e relativa.....	37
8.7	Prorrogação de competência.....	38
8.8	Controle de competência.....	40
8.8	Perpetuação da jurisdição (“perpetuatio jurisdictionis” – CPC, art. 87).....	42
9.	Das partes e seus procuradores.....	42
9.1	Conceito de parte.....	43
9.2	Substituição processual e substituição de parte.....	46
9.3	Capacidade de estar em juízo e capacidade processual.....	46
9.4	Do advogado.....	47

10. Do Ministério Público .....	50
10.1 Princípios institucionais e constitucionais do ministério público .....	51
10.2 O Ministério Público e o Poder Judiciário .....	52
10.3 Funções institucionais .....	52
10.4 Garantias .....	53
10.5 Impedimentos .....	54
10.6 Órgãos do MP da União.....	54
10.7 Órgãos do MP Estadual .....	54
11. Do Juiz .....	55
11.1 Requisitos .....	55
11.2 Garantias .....	56
11.3 Restrições .....	56
12. Dos atos processuais .....	56
12.1 Conceito .....	57
12.2 Classificação .....	58
12.2.1 Atos processuais das partes .....	58
12.2.2 Dos atos processuais do juiz.....	59
12.2.3 Dos atos dos auxiliares da justiça.....	59
12.3 Princípios .....	60
13. Prazos processuais .....	61
13.1 Prazo próprio e impróprio.....	63
13.2 Prazo dilatatório e peremptório.....	63
13.3 Preclusão .....	64
14. Das nulidades .....	64
15. Litisconsórcio.....	79
15.1 Conceito .....	79
15.2 Espécies de litisconsórcio.....	79
15.2.1 Facultativo .....	79
15.2.2 Necessário .....	80
15.2.3 Simples .....	81
15.2.4 Unitário.....	81
16. Intervenção de terceiros .....	82
16.1 Conceito .....	82

16.2 Espécies .....	82
16.2.1 Assistência .....	82
16.2.2 Oposição .....	85
16.2.3 Nomeação à autoria .....	87
16.2.4 Denúncia da lide .....	89
16.2.5 Chamamento ao processo .....	91
17. Da formação, suspensão e extinção do processo .....	93
17.1 Da formação do processo .....	93
17.2 Da suspensão do processo .....	98
17.3 Da extinção do processo .....	106
18. Do procedimento .....	118
18.1 Procedimento comum .....	118
18.1.1 Rito ordinário .....	118
18.1.2 Rito sumário .....	120
18.2 Procedimentos especiais .....	121
19. Do processo de conhecimento .....	122
19.1 Da petição inicial (arts. 282 ao 296, CPC) .....	122
19.2 Da antecipação da tutela (art. 273, CPC) .....	127
19.3 Da citação (arts. 213 ao 233, CPC) .....	128
19.3.1 Formas de citação .....	130
19.3.2 Efeitos da citação válida .....	132
19.3.3 Intimação (arts. 234 ao 242, CPC) .....	132
19.4 Da resposta do réu (arts. 297 ao 318, CPC) .....	133
19.4.1 Espécies .....	134
19.5 Da fase ordinatória .....	140
19.5.1 Da revelia (arts. 319 ao 324, CPC) .....	140
19.5.2 Da ação declaratória incidental .....	141
19.5.3 Dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (CPC, art. 326) .....	142
19.6 Do julgamento conforme o estado do processo .....	142
19.6.1 Da extinção do processo (art. 329, CPC) .....	143
19.6.2 Do julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC) .....	143
19.6.3 Do saneamento do processo (art. 331, CPC) .....	144

19.7 Das provas .....	145
19.7.1 Tipos de prova .....	147
19.8 Da audiência (arts. 444 ao 457, CPC) .....	154
19.9 Da sentença .....	158
19.9.1 Requisitos formais (arts. 458 ao 466, CPC) .....	158
19.9.2 Vícios da sentença .....	160
19.9.3 Classificações da sentença .....	161
19.10 Da sentença e a coisa julgada (arts. 467 ao 475, CPC) .....	162
20. Recursos .....	164
20.1 Conceito .....	164
20.2 Os recursos previstos no CPC .....	164
20.3 Classificação dos recursos .....	165
20.4 Admissibilidade dos recursos .....	165
20.5 Competência para a admissibilidade dos recursos .....	166
20.6 Efeitos do juízo de admissibilidade .....	166
20.7 Requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos .....	167
20.8 Princípios recursais .....	168
20.9 Efeitos dos recursos .....	171
20.10 Recursos em espécie .....	171
21. Da Ação Rescisória .....	191
21.1 Conceito .....	191
21.2 Hipóteses .....	192
21.3 Legitimidade .....	193
21.4 Competência .....	193
21.5 Algumas considerações acerca da ação rescisória .....	193
22. Do Processo de Execução .....	194
22.1 Princípios .....	194
22.2 Sujeitos da execução .....	198
22.3 Competência .....	200
22.4 Requisitos da execução .....	201
22.5 Da responsabilidade patrimonial .....	204
22.6 A fraude à execução .....	205
22.7 Liquidação da sentença .....	206

22.7 Das espécies de execução .....	210
22.9 Defesa do devedor .....	228
22.10 Suspensão e extinção das execuções.....	233
23. Do Processo Cautelar .....	234
23.1 Procedimentos Cautelares Específicos.....	247
24. Dos procedimentos especiais.....	266
24.1 Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.....	266
24.2. Dos Procedimentos especiais de jurisdição voluntária .....	307
PROVAS OAB DPC.....	324
GABARITO.....	327
GABARITO.....	336
GABARITO.....	350
GABARITO.....	355
Bibliografia .....	355

## **1. Direito Processual**

### **1.1 Definição:**

O direito processual é o conjunto de normas e princípios dos quais servem de forma ou instrumento de atuação da vontade concreta das leis de direito material, que há de solucionar o conflito de interesses estabelecido entre as partes, sob a forma de lide. Estuda a atividade substitutiva do Estado (jurisdição) e a relação jurídica que irá desenvolver-se entre as partes litigantes e o agente político (juiz) que exerce a função jurisdicional.

Segundo o professor Humberto Theodoro Junior funciona o direito processual civil, como principal instrumento do Estado para o exercício do Poder Jurisdicional. Nele se encontram as normas e princípios básicos que subsidiam os diversos ramos do direito processual, como um todo, e sua aplicação faz-se, por exclusão, a todo e qualquer conflito não abrangido pelos demais processos, que podem ser considerados especiais, enquanto o civil seria o geral

### **1.2 Noções gerais:**

- Jurisdição: é a função do Estado de compor conflito de interesses caracterizados por uma pretensão resistida. É inerte, só atua mediante provocação.

- Competência: é o limite da jurisdição.

- Lide: é o conflito de interesses, qualificado pela existência de uma pretensão resistida, tendo como objetivo imediato a aplicação da lei ao caso concreto e como objetivo mediato restabelecer a paz entre os litigantes e com isso manter a paz social.

- Processo; é o instrumento para a solução dos litígios e pelo qual o Estado exerce a jurisdição.

- Procedimento: é a forma exteriorizada do processo, e materialização no mundo jurídico. Consiste em uma seqüência de atos que culmina com a solução do litígio apreciado pelo Poder Judiciário.

- Interesse: o interesse surge na relação entre o homem e os bens, ora maior, ora menor, onde consiste esse interesse na posição favorável à satisfação de uma necessidade. Sujeito do interesse é o homem, o bem é seu objeto.

- Conflito de Interesses: pressupõe ao menos, duas pessoas com interesses pelo mesmo bem. Existe quando à intensidade bem se opõe a uma pessoa por determinado bem se opõe à intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem, donde a atitude de uma tendente à exclusão da outra quanto a este.

- Relação Jurídica: é o conflito de interesses regulado pelo direito. Nela se compreendem duas situações jurídicas: uma subordinante ou protegida, também dita ativa, e outra subordinada, também dita passiva.

- Pretensão: é a exigência da subordinação de um interesse de outrem ao próprio.

## **2. A lei processual**

A lei processual civil é a que regula o processo civil, é a fonte por excelência do direito processual. O nosso ordenamento jurídico optou por compilar as leis processuais em um Código de Processo Civil, nele encontrado a maior parte das disposições legais, podendo, outrossim, ser encontrado diversas leis esparsas que contêm normas específicas procedimentais, tais como: a Lei do Mandado de Segurança, a Lei de Falências, etc.

### **2.1 A lei processual no espaço**

O princípio da territorialidade vem expressamente disposto no art 1º do Código de Processo Civil, que dispõe que *“a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional”*.

Somente com relação às provas, seus meios e ônus de produção, é que prevalecerá a lei estrangeira, quando o negócio jurídico for realizado no estrangeiro, mesmo a demanda ser ajuizada no Brasil (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 13), afastadas, contudo as *“provas que a lei brasileira desconheça”* (art. 13, in fine, da Lei de Introdução).

### **2.2 A lei processual no tempo**

As leis processuais são de efeito imediato (observados a *vacatio legis*) frente aos feitos pendentes, mas não são retroativas, não atingindo os atos já praticados e consumados (*tempus regit actum*).

### **2.3 Interpretação da Lei Processual**

### **Métodos**

Interpretar a lei consiste em determinar o seu significado e fixar o seu alcance.

- 1) Método gramatical: como as leis se expressam por meio de palavras, o intérprete de analisá-las, tanto individualmente como na sua sintaxe.
  
- 2) Método lógico sistemático: exame em suas relações com as demais normas que compõem o ordenamento e à luz dos princípios gerais que o informam.
  
- 3) Método histórico: análise das vicissitudes sociais de que resultou e das aspirações a que correspondeu.
  
- 4) Método comparativo: os ordenamentos jurídicos, além de enfrentarem problemas idênticos ou análogos, avizinham-se e se influenciam mutuamente.

### **Espécies**

Conforme o resultado dessa atividade, a interpretação será:

- 1) Declarativa: a interpretação que atribui à lei o exato sentido proveniente do significado das palavras que a expressam.
  
- 2) Extensiva: considera a lei aplicável a casos que não estão abrangidos pelo seu teor literal.

3) Restritiva: a interpretação que limita o âmbito de aplicação da lei a um círculo mais estrito de casos do que o indicado pelas suas palavras.

4) Ab-rogante: a interpretação que, diante de uma incompatibilidade absoluta e irredutível entre dois preceitos legais ou entre um dispositivo de lei e um princípio geral do ordenamento jurídico, conclui pela inaplicabilidade da lei interpretada.

### **Interpretação e Integração**

#### **Lacunas da Lei**

Considerando como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas: sempre haverá no ordenamento jurídico, ainda que latente e inexpressiva, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito entre pessoas. O mesmo não acontece com a lei, por mais imaginativo e providente que fosse o legislador, jamais conseguiria cobrir através dela todas as situações que a multifária riqueza da vida social, nas suas constantes mutações, poderá provocar.

#### **Integração**

Mas, evidentemente, não se pode tolerar a permanência de situações não definidas perante o direito, tornando-os então necessário preencher a lacuna da lei. À atividade através da qual se preenchem as lacunas verificadas na lei, mediante a pesquisa e formulação da regra jurídica pertinente à situação concreta não prevista pelo legislador, dá-se o nome de integração.

## **A Analogia e os Princípios Gerais do Direito**

O preenchimento das lacunas da lei faz-se através da analogia e dos princípios gerais do direito. Consiste a analogia em resolver um caso não previsto em lei, mediante a utilização de regra jurídica relativa a hipótese semelhante. Quando ainda a analogia não permite a solução do problema, deve-se recorrer aos princípios gerais do direito, que compreendem não apenas os princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico, como ainda aqueles que o informam e lhe são anteriores e transcendentais.

### **3. Princípios Informativos do Direito Processual**

#### **3.1. Princípios informativos do processo**

##### **3.1.1 Devido processo legal**

Os princípios do Direito Processual são fontes informadoras que emantam todo o conjunto de normas processuais e que norteiam os julgadores para a busca da verdade real.

A CF/88 assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais (art. 5º, inc. XXXV).

Ao Estado cabe o papel de solucionar os litígios instaurados para assim alcançar a paz social, e ao Estado não cabe declinar perante nenhuma causa quando se é acionado (Constituição Federal, art. 5º, incs., LIV e LV).

### **3.1.2 Princípio inquisitivo e princípio dispositivo**

O princípio inquisitivo é aquele que confere ao juiz a liberdade da iniciativa tanto da instauração processual como no seu impulsionamento. Independentemente da iniciativa das partes o juiz busca a verdade real.

Já o princípio dispositivo atribui às partes litigantes tanto a sua instauração como o seu impulso.

O Direito processual moderno não consagra nenhum princípio, seja ele inquisitivo ou dispositivo, o que se faz é buscar um temperamento, não se consagra uma pureza clássica. Os Códigos atuais são mistos e apresentam dispositivos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva.

Como exemplo de preceitos no Código Processual, uma vez instaurado um processo, que é de iniciativa das partes (Princípio Dispositivo), o Estado não pode-se esquivar em apreciá-lo, e o interesse passa a ser de natureza pública (Princípio Inquisitivo).

Deve-se ater que em matéria de provas, a regra é que seja apenas de iniciativa das partes, pois são eles os sujeitos processuais aptos a colacionar provas para fundamentar suas alegações. Além do mais o juiz deve ser um sujeito processual imparcial, equidistante das partes processuais, não se transformando em um investigador processual. Só excepcionalmente, cabe ao juiz determinar realização de provas *ex officio* (art. 130, CPC).

### **3.1.3 Contraditório**

O princípio do contraditório é aquele que confere igualdade entre ambas as partes, em que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a sentença,

garantindo o direito de defesa e de pronuncionamento até o desfecho da lide. Este princípio não admite exceção deve ser absoluto, sob pena de nulidade.

#### **3.1.4 Princípio da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição**

Os processos são julgados por seres humanos, seres estes passíveis de erros e de falhas. Como meio de evitar a fabilidade humana se consagra o princípio da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição.

A parte tem direito de ter dois julgamentos distintos, mediante recursos, caso não se concorde com a primeira decisão.

Desse princípio decorre a competência hierárquica diferente que são: os de primeiro grau (juízes da causa) e as de segundo grau (juízes dos recursos).

Há apenas uma exceção a este princípio que são os processos de competência originária dos Tribunais.

#### **3.1.5 Princípio da boa fé e da lealdade processual**

As leis processuais se assentam em procedimentos em que vigoram a boa fé e a lealdade das partes e do juiz. A lei não tolera a má fé e confere ao juiz agir de ofício para indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130, CPC).

#### **3.1.6 Princípio da verdade real**

Segundo o art. 131 do CPC, *“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença os motivos que formaram o seu convencimento.”*

Portanto, a justa composição do litígio só é alcançada quando se baseia na verdade real, e não na presumida por padrões de avaliação dos elementos probatórios, pois, em nosso ordenamento não há hierarquia entre as provas.

## **3.2. Princípios informativos do procedimento**

### **3.2.1 Princípio da oralidade**

Para os defensores deste princípio, o processo oralizado teria a vantagem de estabelecer o contato do julgador com as partes que sofrerão os efeitos da sentença, possibilitando um julgamento mais justo.

As características dos processos orais são a vinculação da pessoa física do juiz, a concentração dos atos processuais em uma única audiência e a irrecorribilidade das decisões interlocórias.

### **3.2.2 Princípio da publicidade**

Todos os atos praticados em juízo são dotados de publicidade, como forma de controle de atividade jurisdicional pelas partes e garantia da lisura do procedimento. Entretanto, tal princípio não é absoluto, podendo ser restringido quando o interesse social ou a defesa da esfera privada assim o exigir, conforme admissão pela própria norma constitucional (art. 155, CPC).

### **3.2.3.Princípio da economia processual**

Os atos processuais devem ser praticados da forma menos onerosa possível para as partes processuais, inclusive o Estado.

Com aplicações práticas deste princípio podemos citar os seguintes exemplos: indeferimento, desde logo, da inicial, quando a demanda não reúne os requisitos legais; denegações de provas inúteis; coibição de incidentes irrelevantes para a causa; permissão de acumulação.

### **3.2.4.Princípio da eventualidade ou da preclusão**

O processo é uma série de atos que devem ser praticados em momento oportuno, dessa forma uma fase prepara a seguinte, e uma vez passada não poderá mais ser praticada.

Pelo princípio da eventualidade ou preclusão, cada faculdade processual deve ser praticada em momento oportuno, sob pena de perder a oportunidade de praticar aquele ato.

Assim, a preclusão consiste na perda da faculdade de praticar um ato processual, que porque já fora realizada aquele ato, ou que porque já foi realizada a faculdade, ou quer porque a parte deixara escoar o prazo, sem fazer uso do seu direito.

## **4. Jurisdição**

Para Liebman *“a jurisdição é o poder que toca ao Estado, entre suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.”*

A função jurisdicional só atua diante de casos concretos, em que são instaurados uma lide, isto é há uma pretensão resistida, e o Estado atua, mediante provocação, solucionando tais casos, alcançando desta forma a paz social.

## **4.1 Formas de composição de litígios**

### **4.1.1 Autotutela**

É uma espécie primária de composição de litígios, os ordenamentos jurídicos prevêm a possibilidade de o ofendido agir imediatamente para repelir a injusta agressão, ante uma situação de emergência.

São exemplos o deforço imediato nas possessórias e do penhor legal (CC/2002, ARTS. 1.210 E 1.467 A 1.471) além da legítima defesa no direito penal (CP, art. 23).

Fora destes casos citados alhures, o ordenamento jurídico determina que deve-se buscar pelo poder judiciário para a solução da lide, sob pena de cometer o crime de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345).

### **4.1.2 Autocomposição**

A autocomposição pode ser obtida através da transação ou da renúncia. A transação é o negócio jurídico em que as partes fazem concessões recíprocas para afastar a controvérsia. Se feita antes da instauração do processo impede a abertura do mesmo, e se feita após a instauração do processo põe fim ao mesmo, com solução do mérito (art. 269, III, CPC). Já conciliação é a transação feita em juízo pela mediação do juiz, lavra-se um termo, o qual homologa-se e põe fim ao processo com solução do mérito (art. 449, CPC).

#### **4.1.3 Arbitragem**

O juízo arbitral (arts. 1.072 a 1.102) é uma renúncia à via judiciária. Confia-se a solução do litígio a pessoas não integrantes ao poder judiciário. O laudo arbitral uma vez homologado pelo juiz, adquire força de sentença de mérito (art. 1097, CPC)

#### **4.1.4. Tutela jurisdicional**

A origem etimológica da palavra jurisdicional indica a presença de duas expressões unidas: *juris* (direito) e *dictio* (dizer).

Esse “dizer o direito” se desenvolve a partir do momento em que o Estado mediante provocação chama para si a responsabilidade de solucionar uma lide, aplicando as normas aos casos concretos, através da atividade exercida pelos seus órgãos investidos (juízes).

### **4.2 Princípios da jurisdição**

- Inevitabilidade: uma vez instaurado processo o cumprimento de suas decisões não pode ser evitado pelas partes, sob pena de cumprimento coercitivo (tutela executiva).
  
- Indenclivabilidade: é o preceito constitucional que nenhuma lesão ou ameaça de direito deixara ser apreciada pelo poder Judiciário.
  
- Investidura: somente os agentes políticos investidos do poder estatal de aplicar o direito ao caso concreto é que podem exercer a jurisdição.

- Indegabilidade: Não pode, a jurisdição, ser objeto de delegação pelo agente que exerce com exclusividade.
- Inércia: a jurisdição não pode ser exercida de ofício pelos agentes detentores da investidura, depende sempre de provocação das partes.
- Aderência: o exercício da jurisdição, deve estar sempre vinculado a uma prévia delimitação territorial.
- Unicidade: muito embora se fale em jurisdição penal e civil, Justiça Federal e Estadual, na realidade este poder-dever é uno e indivisível.

#### **4.3 Jurisdição contenciosa e voluntária**

O Código de Processo Civil, em seu art.1º, divide a jurisdição em contenciosa e voluntária.

A jurisdição contenciosa é a jurisdição propriamente dita, isto é, aquela função que o Estado desempenha na pacificação ou composição dos litígios. Já a jurisdição voluntária, o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, como se dá nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, separação judicial consensual, etc.

## 5. Ação

### 5.1 Conceito

Na lição de Liebman “a ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional”.

Portanto, a ação é um direito conferido às partes a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pela lide, pouco importando a solução conferida pelo magistrado.

A ação se caracteriza, pois, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo) ou um poder. Entre os direitos públicos subjetivos, caracteriza-se mais especificamente como direito cívico, por ter como objeto uma prestação positiva por parte do Estado (obrigação de *dare, facere, praestare*): a *facultas agendi* do indivíduo é substituída pela *facultas exigendi*.

Sendo um direito (ou poder) de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição, a ação tem inegável natureza constitucional (CF, art. 5º, inc. XXXV). A garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz – através do denominado *devido processo legal* (art. 5º, inc. LIV).

### 5.2 Condições da ação

Para atingir-se a prestação jurisdicional é necessária que a lide seja deduzida em juízo com observância de alguns requisitos básicos, sem os quais o órgão jurisdicional não estará apto a conhecê-la e dar às partes a solução definitiva.

Portanto, a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam “condições de ação”, cuja ausência, de qualquer um deles, leva à “carência de ação”, e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto, preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial. As condições da ação são três:

### **5.2.1 Possibilidade jurídica do pedido**

É a ausência de vedação expressa em lei ao pedido formulado pelo autor em sua inicial.

Há dois pedidos na petição inicial. O pedido mediato e o pedido imediato. O pedido mediato é o de direito material, formulado contra o réu, visando a entrega do direito objetivo violado. Já o pedido imediato, de natureza processual, é aquele formulado contra o Estado, pelo qual exige o autor o proferimento de uma sentença de mérito.

A distinção entre estes dois tipos de pedidos está expressamente disposta no art. 295, parágrafo único, do CPC.

O inciso II do referido dispositivo considera inepta a petição inicial quando “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão” (impossibilidade de direito material, ou do pedido mediato). O indeferimento importará apreciação do mérito da causa, com a rejeição liminar do pedido, fará coisa julgada material.

Já o inciso III do mesmo parágrafo único declara também a inépcia da inicial quando “o pedido for juridicamente impossível” (impossibilidade de direito instrumental, ou do pedido imediato). Tem-se, nesta hipótese, uma verdadeira condição da ação, pois o

juiz decidirá que o pedido é insuscetível de apreciação, não ocorrerá coisa julgada, e a parte poderá intentar nova ação depois de preenchido o requisito.

### **5.2.2 Legitimidade**

A legitimidade (*legitimatío ad causam*) é a titularidade ativa e passiva da ação. Em casos excepcionais, a legitimação extraordinária permite que a parte demande em nome próprio direito alheio. Exemplo clássico que podem ocorrer é o caso do marido na defesa dos bens dotais da mulher.

### **5.2.3 Interesse de agir**

O interesse de agir depende do binômio necessidade-adequação.

Como necessidade, compete ao autor demonstrar que sem a interferência do judiciário sua pretensão corre o risco de não ser satisfeita espontaneamente pelo réu. Como adequação, compete ao autor a formulação de pretensão apta a pôr fim à lide trazida a juízo, sem a qual abríamos ao Judiciário como simples órgão de consulta.

## **6. Classificação das ações**

A classificação para a sistemática processual civil deve ser a que leva em conta a espécie e natureza de tutela que se pretende do órgão jurisdicional.

Neste diapasão, temos:

## **6.1 Ação de conhecimento**

A ação de conhecimento busca o pronunciamento de uma sentença que declare entre os litigantes quem tem razão e quem não tem, o que se realiza mediante regra jurídica concreta que disciplina o caso que formou o objeto do processo.

Subdivide-se a ação de cognição em:

- a) Ação condenatória: é aquela que busca uma condenação, isto é um comando que imponha uma prestação a ser cumprida pelo réu. Forma-se um título executivo.
- b) Ação constitutiva: além de declarar o direito da parte, cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica material;
- c) Ação declaratória: a pretensão do autor limita-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º, CPC).

## **6.2 Ação de Execução**

É a ação de provimento jurisdicional eminentemente satisfativo do direito do credor, decorrente da inevitabilidade da jurisdição. Somente a parte munida de um título executivo (judicial ou extra-judicial) pode-se demandar em juízo buscando a satisfação de seu crédito.

## **6.3 Ação Cautelar**

Visa a concessão de uma garantia processual que assegure a eficácia da ação de conhecimento ou de execução, mediante a concessão de uma medida de cautela que afaste o perigo decorrente da demora no desenvolvimento dos processos principais.

## **7. Elementos da ação**

Tem-se pelos elementos da ação a individualização da lide. Pelo bem da segurança jurídica, uma só lide deve corresponder apenas uma solução jurisdicional. Os elementos da ação identificam as causas evitando um novo processo juntamente com um já existente (litispendência) ou até mesmo já solucionado (coisa julgada) e; estes elementos são fundamentais para o estudo da conexão, continência e prevenção.

Para identificar uma causa a doutrina aponta três elementos essenciais, quais sejam: as partes, o pedido e a causa de pedir.

### **7.1 Partes**

São aquelas que participam da relação jurídica processual contraditória, desenvolvida perante o juiz. O autor é aquele que deduz a pretensão em juízo e o réu é o que resiste à sua pretensão.

Para que as partes sejam as mesmas, impõe-se que idêntica ainda a qualidade jurídica de agir nos dois processos. Se num o litigante obrou em nome de outrem (como representante legal ou mandatário) e noutro em nome próprio, não incorre a identidade de parte.

## 7.2 Causa de pedir

A *causa patendi* são os fatos e fundamentos jurídicos que levam ao autor a demandar em juízo. É a descrição dos fatos e sua repercussão jurídica na esfera patrimonial ou pessoal do autor.

Ao fato em si mesmo dá-se a denominação de “causa remota” do pedido; e sua repercussão jurídica, a de “causa próxima do pedido”. Para que duas causas tratadas como idênticas é preciso que sejam iguais tanto a causa próxima como a remota.

## 7.3 Pedido

Há, em toda a inicial, dois pedidos distintos.

O primeiro é chamado de imediato, é a exigência formulada contra o juiz, visando a tutela jurisdicional, podendo ser de cognição, executiva ou cautelar.

O segundo, denominado de mediato, é a exigência formulada contra o réu para que este se submeta à pretensão de direito material que o autor alega.

A alteração de qualquer das duas espécies de pedido implica a geração de uma nova demanda, afastando a incidência da coisa julgada e litispendência.

## **8. Competência**

### **8.1 Conceito**

*“É a medida da jurisdição”* (segundo J. E. Carreira Alvim, tal expressão advém de Mortara, autor italiano que atribui a Pisanelli); *“é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”* (Humberto Theodoro Jr.); *“é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”* (Liebman); *“são limites legais impostos ao exercício válido e regular do poder jurisdicional”* (Marcato)

Todo juiz tem jurisdição, pois está nela plenamente investido. Porém, nenhum juiz tem toda a competência ou competência para tudo. Porém, todo juiz tem competência para apreciar a sua própria competência sem, entretanto, vincular outros órgãos judiciários.

Acerca deste tema Ada Pellegrine e J.J. Calmon de Passos afirmam que um juiz que atuasse fora de sua competência legalmente determinada, e chegasse a proferir uma “sentença”, tal questão prescindiria de uma declaração de nulidade, pois o juiz que fizesse isso seria um não juiz que proferiria uma não sentença, que não seria válida.

### **8.2 Competência em matéria civil.**

A competência em matéria civil é residual. Resulta da exclusão das matérias atribuídas a outras "justiças", especiais ou não. Por exclusão, o que não for penal, o que não for eleitoral, não for militar nem trabalhista, será civil. De sorte que na civil se integram também àquelas matérias de natureza constitucional, administrativa, comercial, tributária. Tudo é considerado como da jurisdição civil, da competência de juízo cível. A competência, nesses casos, está afeta tanto à Justiça Federal quanto a justiça estadual.

## 8.3 Competência internacional e interna

### 8.3.1 Competência internacional

A competência internacional pode ser exclusiva ou concorrente. Os arts. 88 a 90 do CPC estipulam quando a jurisdição nacional deverá atuar sobre os conflitos de interesses.

- a) Da competência concorrente (CPC, art. 88): A autoridade judiciária é competente para julgar, sem prejuízo da competência de demais jurisdições estrangeiras quando: I- o réu for domiciliado no Brasil; II- a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil; III – a lide decorrer de fato ou ato praticado no Brasil. Nestes casos a jurisdição brasileira, se provocada, assumirá o dever de solucionar o conflito, muito embora aceite eventual solução proveniente de país estrangeiro que também se intitule com jurisdição para a composição da lide.
  
- b) Da competência exclusiva (CPC, ART. 89): São as hipóteses nas quais a autoridade brasileira é a única com competência para resolver o conflito, quando: I- os imóveis forem situados no Brasil; II- os bens relativos ao inventário e partilha sejam situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Nos casos das hipóteses do art. 89, se a ação correu e foi processada perante a justiça estrangeira, trazida para homologação, o STF negará a mesma, fundamentando que a ação é de competência exclusiva da justiça brasileira. Em se tratando das hipóteses do art. 88, a sentença proferida na justiça estrangeira poderá ser trazida para homologação perante o STF, tendo em vista que, nestas hipóteses, a ação poderá ser proposta tanto na justiça estrangeira quanto na justiça brasileira.

As hipóteses que não estiverem previstas como de competência concorrente ou exclusiva (hipóteses previstas nos arts. 88 e 89 do CPC), serão hipóteses de

competência exclusiva da justiça brasileira. Havendo uma ação de competência exclusiva da justiça estrangeira proposta na justiça brasileira, tal processo deverá ser extinto e a parte deve ser aconselhada a propor a ação na justiça competente.

### **8.3.2 Competência interna**

As regras de competência interna são aquelas que indicarão quais os órgãos locais serão responsáveis pelo julgamento de cada caso concreto apresentado em juízo.

A distribuição da competência é feita, no Brasil, a partir da própria Constituição Federal, que a atribui:

- a) ao Supremo Tribunal Federal (art. 102);
- b) ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105);
- c) à Justiça Federal (arts. 108 e 109)
- d) às justiças especiais:
  - . Eleitoral;
  - . Militar;
  - . Trabalhista;
- d) à justiça estadual.

No Brasil, de acordo com a Constituição, temos várias justiças, cada qual com órgãos superiores e inferiores, para que se possa cumprir o chamado duplo grau de jurisdição. São órgãos inferiores as varas, as comarcas e as seções. Os de segundo grau são os tribunais, geralmente estaduais ou regionais federais. Os tribunais superiores são o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do

Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar. Todos eles com sua competência específica.

A Constituição Federal, no art 109 fixou a competência da Justiça Federal através de dois critérios distintos:

O primeiro critério leva em consideração a pessoa envolvida no litígio ou que nele tenha interesse. Assim, compete aos juízes federais:

- a) as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho; as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
- b) as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;
- c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

O segundo leva em consideração a matéria objeto de análise pelo juízo, como:

- a) as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;
- b) a disputa sobre direitos indígenas;
- c) as causas relativas a direitos humanos a que se refere a nacionalidade e naturalização;
- d) a execução de sentenças estrangeiras homologadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Já a justiça estadual, isto é, é a competente para apreciação de todas as causas que não sejam de competência de qualquer outra especializada (justiça federal, militar do trabalho e militar). A competência da justiça estadual é determinada por exclusão. Tudo que não for da competência da Justiça Federal ou de qualquer das justiças especiais, pertencerá aos órgãos jurisdicionais estaduais, tanto na área civil como nas outras áreas.

## **8.4 Princípios**

Existem três princípios que norteiam a questão da competência. São eles:

### **8.4.1 Princípio da Tipicidade:**

Tal princípio afirma que a competência deve ser determinada por norma legal para que seja válida. Evita o juiz *ad hoc* (nomeado).

### **8.4.2 Princípio da Indisponibilidade:**

As partes só poderão dispor sobre a competência se for legalmente permitido, como nos casos de competência relativa.

### **8.4.3 Princípio do Perpetuatio Jurisdictionis:**

Esse, provavelmente, é um dos principais princípios que norteiam esse tópico. De acordo com o art. 87, Código de Processo Civil (CPC), a competência é estabelecida no momento da propositura da demanda, ou seja, na distribuição ou no despacho inicial.

Porém, existem duas exceções a esse princípio:

a) Supressão de órgão de poder judiciário: altera-se a competência

- c) Alteração posterior da competência no que se refere a matéria e hierarquia ou a competência territorial se for absoluta: modifica-se a competência.

Em relação a esse princípio, pode surgir algum questionamento acerca da criação de uma nova comarca, se isso quebraria o princípio da “*Perpetuatio Jurisdictionis*” ou não. Entende-se que com a criação de nova comarca, não se quebra tal princípio se as demandas puderem continuar tramitando na comarca em que estavam. Entrementes, no caso de competência territorial absoluta, se a demanda tiver que ser remetida à nova comarca, devido a localização do imóvel, ocorre a quebra do princípio analisado.

A importância desse princípio dá-se ao fato de que ele priva pela estabilidade processual, da não modificação da competência.

## **8.5 Critérios de competência**

Há várias regras norteadoras, em matéria civil, no que concerne à competência interna, que podem ser de natureza objetiva funcional ou territorial. Para determinação da competência, internamente, devem ser observados os seguintes critérios:

- a) objetivo: funda-se no valor da causa, natureza da ação ou qualidade da parte;
- b) funcional: orienta-se pelo foro e juiz (no primeiro grau) e no segundo, tribunal, câmara, relator. Regulam as atribuições dos diversos órgãos e seus componentes, como, no primeiro grau, qual o foro ou qual o juiz; no caso de tribunal, qual a câmara, o relator, qual a turma ou a seção. É a chamada competência funcional, que se estabelece de acordo com a função;

c) territorial: tem por base o domicílio da parte, a localização da coisa ou o local do fato. Também conhecida como competência de foro, refere-se aos limites territoriais de atuação de cada órgão.

### **8.5.1 Competência em razão do valor da causa**

Com base no valor da causa, as normas de organização judiciária, atribuirão à competência de um ou outro órgão julgante, matéria esta que não está disposta no CPC, sendo matéria pertinente à organização local. Essa lei é proposta pelo Poder Judiciário, não tendo autorização constitucional outra fonte que não seja o tribunal respectivo. Nesses casos de lei de organização judiciária, participam os três poderes. Elaborado o projeto de lei pelo Judiciário estadual, a Assembléia Legislativa ou Chefe do Executivo não poderão ampliá-lo. Poderão negar-lhe aprovação em parte ou até totalmente, não, alterá-lo, por faltar-lhes legitimidade.

“A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato” (art. 258) esse valor “constará sempre da petição inicial” (art 259).

De sorte que o autor deve atribuir valor certo, ainda que a causa não tenha conteúdo econômico imediato. O valor da causa é parte integrante e imprescindível da petição inicial. Se a parte autora não atribuir valor à causa, o juiz deverá, antes de determinar a citação, mandar que complemente a petição inicial, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento.

A atribuição de valor à causa, além de servir, em certas situações, à determinação da competência, tem importância também sob outros aspectos, como para orientar sobre o rito a ser seguido, como nos casos de procedimento sumário ou sumaríssimo, este dos juizados especiais.

### **8.5.2 Competência em razão da matéria**

Em regra, é também estabelecida por normas de organização judiciária local.

Antes, porém, no que concerne à matéria, é necessário que se leve em consideração também a Constituição. Primeiro, deve-se verificar a qual justiça estaria afeta a questão, pois, às vezes, a matéria é de natureza tal que a competência é da Justiça Federal ou de uma justiça especial, qual seja, trabalhista, eleitoral ou militar. Então, antes, em se tratando de competência em razão da matéria, faz-se necessário verificar a que justiça pertenceria a matéria.

Vencida essa primeira fase, e determinado o território, é que se faz a distribuição, agora sim, em relação à matéria propriamente dita (família, falência, execução, registros públicos).

É de se ter presente que determinadas causas, como as que se referem à capacidade das pessoas, só podem ser decididas por “juízes de direito”, isto é, aqueles que reúnem os predicativos de inamovibilidade, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos.

### **8.5.3 Competência funcional.**

Diz respeito à distribuição das atividades Jurisdicionais entre os diversos órgãos que podem atuar no processo.

Pode ser classificada:

a) pelas fases do procedimento;

b) pelo grau de jurisdição;

c) pelo objeto do juízo.

Pelas fases do procedimento. Depende do caso concreto, quando mais de um órgão jurisdicional pode atuar no processo nas suas diferentes fases. Por exemplo, execução num juízo, penhora noutra. Muitas vezes, o bem que a ser penhorado, que vai ser confiscado para garantia do débito, não se encontra na mesma comarca do juízo da execução. Neste caso, se faz a penhora através de carta precatória. Às vezes, também, no processo de conhecimento, pode ocorrer a necessidade de produção de prova em uma outra comarca, o que pode ser feito através de carta precatória. Tem-se aí uma diversidade de competência.

Pelo grau de jurisdição – Verifica-se nos casos de competência hierárquica, podendo acontecer nas hipóteses de competência originária, como no da ação rescisória ou então em casos de competência recursal.

Pelo objeto do juízo. Pode ocorrer, exemplificadamente:

a) no 1º grau: quando o juiz que deve efetivar a penhora ou cumprir a medida cautelar for de outra comarca, caso em que será de sua competência a apreciação de eventuais embargos de terceiro.

b) nos tribunais: suscitada a questão de inconstitucionalidade, há algumas particularidades a respeito da competência funcional. De acordo com a Constituição e com o próprio Código de Processo Civil, os incidentes de inconstitucionalidade só podem ser decididos pelo órgão maior do tribunal. Diferente seria se a suscitação se desse no primeiro grau. Se numa determinada causa, o autor ou réu questionar a constitucionalidade do ato originário objeto daquela ação, o juízo monocrático poderá

sozinho resolver a questão e dizer se se trata de ato inconstitucional ou não, de lei inconstitucional ou não. No tribunal, curiosamente, um dos seus membros não pode fazê-lo. Nem o próprio órgão. Em sede de colegiado, só o órgão maior pode declarar a inconstitucionalidade incidental, que é a chamada inconstitucionalidade "*incidenter tantum*."

#### **8.5.4 Competência territorial.**

A competência territorial é atribuída aos diversos órgãos jurisdicionais tendo em consideração a divisão do próprio território. No que concerne à Justiça Federal, que também é justiça comum, o País é dividido em regiões, que, por sua vez, se dividem em seções.

Os estados se dividem em comarcas. Nem todos os municípios são sedes de comarca, mas todos os municípios brasileiros pertencem a uma determinada comarca.

A competência territorial é atribuída a diversos órgãos jurisdicionais levando-se em consideração a divisão do território. É a chamada competência de foro. No que concerne à justiça comum, pode ser federal ou estadual.

A Justiça Federal é constituída por Tribunais Regionais Federais e seções, enquanto a justiça estadual, sob o ponto de vista territorial, está classificada em tribunais e comarcas. Os tribunais dos estados, os tribunais de justiça, como são denominados, existem em todas as capitais, inclusive no Distrito Federal. Mas, em alguns estados (hoje são apenas três: São Paulo, Minas Gerais e Paraná), há também tribunais de alçada, que são igualmente tribunais de segundo grau. E as comarcas, com uma única ou com várias varas, estão espalhadas por todo o País, em todos os estados, abrangendo todos os municípios.

### **Das diversas espécies de foro.**

No Brasil, temos duas espécies de foro: o comum ou geral e o especial.

Comum ou geral é aquele determinado por exclusão, geralmente pelo domicílio do réu. Essa é a regra geral. Por isso é chamado de foro comum ou foro geral. Dentro ainda do foro comum ou geral, há uma outra modalidade, que é o foro subsidiário ou supletivo. Verifica-se nos casos de domicílio múltiplo ou, então, quando incerto ou ignorado o local de residência ou de domicílio do réu.

Foro especial tem sua divisão submetida a certos critérios como matéria, pessoa e local. Daí a competência *ratione materiae*, *ratione personae* ou *ratione loci*.

O foro da situação da coisa é o chamado *forum rei citae*. Destina-se às ações reais imobiliárias. O foro do último domicílio do morto é o competente para os casos de inventário e partilha, herança e testamentos.

O foro da União, na condição de autora, é o do domicílio do réu. A União não têm, nesse caso, privilégio de foro. O foro é o comum, do domicílio do réu. Na condição de ré, o foro poderá ser o DF, o próprio domicílio do réu, o local do ato ou do fato litigioso ou o local onde se encontrar a coisa litigiosa.

Já o foro *ratione personae* é aquele estabelecido em consideração à própria pessoa. Assim competente é o da residência da mulher, seja ela autora ou ré, nas ações de separação ou anulação de casamento. No caso de divórcio, porém, a mulher não tem foro privilegiado, talvez porque, quando se editou o Código, não havia previsão de divórcio na nossa legislação. Todavia, o do domicílio ou residência do alimentando é o competente para a ação de alimentos, e o do domicílio do devedor, nos casos de anulação de títulos

extraviados ou destruídos. O domicílio do devedor é também o foro competente para as ações de cobrança.

As pessoas jurídicas, na condição de autoras, não têm foro privilegiado. É o comum, do domicílio do réu. Todavia, como ré, será o de sua própria sede ou o da agência ou da sua sucursal, neste caso, em referência às obrigações contraídas pela agência ou pela sucursal.

As questões de interesse dos estados e dos municípios, nas capitais, são resolvidas pelas varas da Fazenda Pública, quer seja Fazenda Pública estadual, quer seja Fazenda Pública municipal. Contudo, nos demais municípios, seguem a regra geral. Se não houver vara especializada, a competência será de uma vara comum.

O foro *ratione loci*, em regra, como o próprio nome o diz, é o do local onde a obrigação deve ser satisfeita. Pode ser também do local do próprio ato ilícito, em se tratando de ação de reparação de dano, ou do domicílio do réu ou do próprio autor.

## **8.6 Competência absoluta e relativa**

Conforme a possibilidade de sofrer ou não alterações, a competência interna classifica-se em absoluta e relativa.

A absoluta, em regra, não pode sofrer modificação por vontade das partes. A competência é absoluta em razão da matéria e em razão da hierarquia, esta estabelecida segundo o grau de jurisdição.

A relativa é passível de modificação, seja por vontade das partes, seja por prorrogação, como nos casos de conexão ou continência. É relativa a competência em razão do valor e do território, isto é, quando não envolver questão inerente à matéria ou à hierarquia. Em sendo relativa, poderá ser alterada, seja por vontade das partes ou por conexão ou continência. Em causas que envolvam direitos reais imobiliários, quando for parte a União, ou nas ações de falência, embora relativa a competência territorial e, portanto, passível de prorrogação, nesses casos ela é imodificável.

### **8.7 Prorrogação de competência**

Pode ocorrer por força de lei ou por vontade das partes. Prorroga-se por força de lei, nos casos de conexão ou continência. São os casos de prevenção. Diz o Código de Processo Civil brasileiro:

*"Art. 103. Reputam-se conexas, duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir."*

*"Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações, sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras."*

Há, portanto, considerável diferença entre conexão simples e a conexão qualificada. A conexão qualificada, que está no art. 104, difere da conexão que está no artigo 103, porque é mais abrangente. Por isso se chama continência. Na continência, há, também, a necessidade de identidade de partes. Porém, seja continência ou conexão, uma e outra são causas de prorrogação da competência.

São as questões de prorrogação da competência, que é o fato de um órgão que ordinariamente não possuía competência para algo determinado, passa a possuí-la em uma segunda fase. Essa prorrogação subdivide-se em dois tipos:

### **I - Prorrogação Voluntária**

A prorrogação por causa voluntária decorre de ato de vontade das próprias partes. Isso se dá, por exemplo, nos casos de foro de eleição. As próprias partes, voluntariamente, convencionam o foro. Mas só nos casos em que a competência for relativa e desde que não incidam as três exceções: casos em que a União for parte, nas hipóteses de ação real imobiliária e nos casos de ação de falência. Ressalvadas essas três exceções, sempre que a competência for relativa, as partes poderão dispor a respeito.

É de se ressaltar ainda que a prorrogação voluntária pode-se dar não só por eleição de foro, mas também, por falta de oposição de exceção. Por se tratar de competência relativa, proposta a ação, ainda que não seja no foro competente, citado o réu, se ele nada alegar, prorroga-se para esse juízo a competência, desde que não incida, claro, quaisquer daquelas três ressalvas.

### **II- Prorrogação Legal**

Aquela determinada pela lei, que não pode ser derogada pelas partes. Apresenta-se de três formas:

a) conexão: ocorre quando duas ou mais ações possuem em comum o objeto (pedido) ou a causa de pedir. O juiz poderá de ofício ou a requerimento das partes reunir as ações conexas a fim de que sejam decididas simultaneamente. Consta no art. 103 e 105, Código de Processo Civil.

b) continência: ocorre quando duas ou mais ações que possuírem as mesmas partes e a causa de pedir, porém o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o de outra. É o caso, por exemplo, do caso de ação de separação judicial e de regulamentação de visitas. Nesse caso, o juiz também, pode decretar a reunião delas para que sejam decididas simultaneamente. Consta no art. 104 e 105, Código de Processo Civil. Ressalvando no que tange a litispendência, que se ocorrer, a ação que por último tenha sido proposta é extinta e no caso da conexão ou continência, elas são reunidas, desde que não ocorra a litispendência total ou parcial.

c) prevenção: não é uma maneira de determinação de competência, mas sim de exclusão dos demais juízos competentes. Um dos juízos torna-se prevento, e os outros se tornam excluídos.

No caso da competência para cada demanda for de foros diversos, torna-se prevento o juízo que fez a primeira citação válida, como afirma o art. 219, Código de Processo Civil.

Se a competência para cada demanda for de um mesmo foro, mas com distribuição em juízos diversos, considera-se prevento o juízo que fazer o primeiro despacho, como determina o art 106, Código de Processo Civil.

## **8.8 Controle de competência**

A regra determina que todo juiz é competente para julgar sua competência. Porém, podem ocorrer alguns conflitos, que podem ser positivos (dois ou mais juízes se declaram competentes) ou negativos (dois ou mais juízes se declaram incompetentes). Também pode ocorrer a controvérsia entre a reunião e separação de processos (casos de conexão/continência). Enumerados no art. 115 Código de Processo Civil.

O conflito poderá ser suscitado pelas partes, pelo Ministério Público, pelo juiz ao Presidente do Tribunal, também havendo a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator.

Deve-se ressaltar ainda a situação descrita no art. 117, Código de Processo Civil. Nesse caso, só é admitido que se suscite o conflito e se ofereça a exceção de forma sucessiva.

Os conflitos serão dirimidos da seguinte forma:

Pelo STJ: casos em que estejam envolvidos tribunais superiores, como o Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE), entre outros.

Pelo STF: casos entre os Tribunais de Justiça (TJ-SP x TJ-MG), entre tribunais e juízes de outros tribunais e entre dois juízes afetos a tribunais diversos.

Não existirá conflito entre tribunais de hierarquia diferentes, pois prevalece a superioridade hierárquica, como consta na Súmula 22 STJ.

Também não haverá conflito caso já exista uma sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes, como determina a Súmula 59 STJ.

Outro ponto importante é aquele que afirma que se houver jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator pode decidir de plano o conflito (decisão monocrática), como vem determinado no art. 120, parágrafo único, Código de Processo Civil.

## **8.8 Perpetuação da jurisdição (“perpetuatio jurisdictionis” – CPC, art. 87)**

A competência é fixada pela propositura da demanda em juízo, sendo irrelevantes quaisquer alterações posteriores em suas regras. Portanto, o juiz que primeiro conhecer do processo perpetua nele sua jurisdição, independentemente de modificação ulterior de competência.

Exceções a esse fenômeno são as modificações posteriores respeitantes aos critérios de competência absoluta. Apesar do Código de Processo Civil limitar-se a excepcionar a perpetuação da jurisdição apenas nos casos de supressão do órgão jurisdicional ou de alteração superveniente de competência em razão da matéria ou hierárquica, os demais critérios de natureza absoluta, pessoal ou funcional, também implicam sua imediata aplicação aos processos em andamento e remessa ao novo juiz competente.

A *perpetuatio jurisdictionis* difere da prorrogação de competência, pois nesta o juiz adquire sua competência no curso do processo, por ausência de oferecimento de exceção declinatória de foro, enquanto na primeira o juiz perde a sua competência original, por força da alteração das regras de fixação de natureza absoluta.

## **9. Das partes e seus procuradores**

O processo desenvolve a relação jurídica surgida entre os litigantes e o Estado-juiz. Gera o processo uma relação jurídica trilateral que vincula os sujeitos da lide e o juiz, todos com um fim em comum, a busca da solução definitiva solucionando o conflito de interesse estabelecido em torno da pretensão resistida.

Sem a presença do órgão judicial, é impossível o estabelecimento da relação processual. Mas, sem a provocação da parte, não pode o juiz instruir o processo.

Ademais, com relação aos procuradores não se pode confundir a capacidade processual, que é aptidão para ser parte, com a capacidade de postulação, que vem a ser a aptidão para realizar os atos dos processos de maneira eficaz.

Em nossos ordenamento é imprescindível a representação por um advogado legalmente inscrito na Ordem dos Advogados (art. 36). Trata-se de pressuposto processual, cuja inobservância conduz à nulidade processual.

Há casos porém em que se admite a postulação pelas partes, quando:

- a) Tiver habilitação legal, ou seja, quando a própria parte for advogado;
- b) Mesmo não sendo advogado, quando não houver causídico no lugar, ou quando os existentes se recusarem ao patrocínio da causa ou estiverem impedidos;
- c) Nos juizados especiais ou de pequenas causa, A Lei 9.099/95, admite a postulação direta pelas partes, desde que o valor da causa não ultrapasse 20 salários mínimos.

## **9.1 Conceito de parte**

A parte, além de sujeito da lide ou do negócio jurídico material deduzido em juízo, é também sujeito do processo, para Carnelluti é *“no sentido de que é uma das pessoas que fazem o processo, seja no sentido ativo ou passivo.”*

Há dois conceitos de parte: como sujeito da lide, tem-se a parte em sentido material, e como sujeito do processo, a parte em sentido processual.

Como nem sempre o sujeito da lide identifica com o que promove o processo, como nos casos de substituição processual, pode-se definir a parte para o direito processual como a pessoa que pede ou perante a qual se pede, em nome próprio a tutela jurisdicional.

A pessoa que invoca a tutela jurídica do Estado e toma a posição ativa de instaurar a relação processual recebe a denominação de autor. A que fica na posição passiva se sujeita à relação processual instaurada pelo autor, chama-se réu.

#### **Direitos e deveres das partes e procuradores**

O art. 14 do CPC estabelece os deveres das partes e de todos que participam do processo. Além do art. 14, o CPC prevê outros deveres éticos da parte como, por exemplo, no seu art. 445, II, 599, 416, §1º e 446, III.

Com relação à linguagem utilizada no processo, o CPC proíbe às partes e seus advogados o emprego de expressões injuriosas nos escritos, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. Sendo tais expressões proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado de que não as use sob pena de lhe ser cassada a palavra.

O advogado tem imunidade penal quanto à alegação de fatos de que necessita para a discussão da causa, chamada *jus conviciandi* (art. 142 do Código Penal). Todavia, a calúnia ou a ofensa gratuita estão proibidas ainda que no acalorado debate da demanda.

Os direitos e deveres dos advogados se acham elencados no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) e no CPC art. 39 e 40.

### **Responsabilidade das partes por dano processual**

O CPC atual adota o princípio da sucumbência, segundo o qual as partes respondem pelas despesas processuais, inclusive honorários de advogado, desde que percam a demanda. No entanto, aquele que pleitear com dolo (intenção de causar prejuízo), responde por perdas e danos em favor do prejudicado.

O art. 17 descreve as hipóteses de litigância de má fé. O litigante de má fé será responsabilizado por perdas e danos, de ofício ou a requerimento, indenizando a parte contrária dos prejuízos que esta sofrer, além dos honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. Não há necessidade de uma nova ação de indenização; na própria sentença o juiz decidirá a respeito, fixando a quantia (que não poderá ser superior a 20% sobre o valor da causa).

### **Despesas, multas e honorários de advogado**

Todas as despesas processuais, ao final, serão pagas pelo vencido, segundo o princípio da sucumbência. O CPC dispõe o adiantamento das despesas até a decisão da causa. O CPC libera do pagamento das custas os casos de justiça gratuita (art. 5º, LXXIV, da CRFB/88). Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento. Dispõe o art. 20 que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários de advogado.

Os honorários de advogado serão fixados entre um mínimo de 10% e um máximo de 20% sobre o valor da condenação. Os honorários de advogado têm natureza

indenizatória. Seu valor, fixado pelo juiz, é absolutamente independente do eventual contrato de honorários que o advogado tenha com o seu cliente.

## **9.2 Substituição processual e substituição de parte**

O titular da ação é o titular do direito material violado (legitimação ordinária). Só quando a lei permitir é admissível que terceiro venha a juízo tutelar direito alheio, em nome próprio (legitimação extraordinária). A substituição processual é, portanto, sinônimo de legitimação extraordinária, agindo o substituto na defesa do interesse que não lhe pertence.

Este instituto não pode ser confundido com a substituição de parte, a qual significa a alteração da pessoa que figura em um dos pólos do processo.

Depois de estabilizada a demanda, nosso ordenamento só permite a substituição das partes originárias em caso de falecimento, mediante a suspensão do feito até que se proceda à habilitação dos sucessores ou do espólio e contanto que o direito de ação não seja intransmissível, pois nesse caso deverá ser o processo extinto (CPC, art. 267).

A alienação do objeto litigioso não implica a alteração das partes. A transferência do direito material, após a citação válida, é irrelevante para o processo, vez que ele prosseguirá até o final com as partes originárias, a não ser que haja concordância quanto a substituição em um dos pólos. Senão, ao adquirente do objeto ou direito litigioso, pode intervir na causa como assistente simples do alienante.

## **9.3 Capacidade de estar em juízo e capacidade processual**

Qualquer pessoa que possua capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações na vida civil tem capacidade de estar em juízo. Determinadas ficções jurídicas têm capacidade

de estar em juízo, muito embora não possuem personalidade civil, tais como o nascituro e as pessoas meramente formais (massa falida, espólio e condomínio), as quais podem atuar como partes nos processos, desde que legalmente representadas (genitora, inventariante e síndico).

Já quanto a capacidade processual (*legitimatio ad processum*), a princípio segue as regras da capacidade de exercício no Direito Civil. Como a relação jurídica processual implica atos de manifestação de vontade, exige a lei processual os mesmos requisitos integrativos da vontade daqueles que, seja por força da idade, seja por força de alguma debilidade mental, não tenham vontade plena.

Não pode a capacidade processual ser confundida com *legitimatio ad causam*, condição da ação. A primeira é pressuposto processual cuja ausência gera a nulidade do processo, por ausência de existência e validade da relação jurídica, enquanto a ausência da segunda gera a extinção do processo sem julgamento do mérito, por carência de ação.

A irregularidade da representação das partes é matéria de ordem pública e comporta reconhecimento de ofício pelo juiz, o qual deverá determinar sua regularização em prazo por ele estabelecido. Se o autor não sanar no prazo estabelecido o processo deverá ser extinto e se for dever do réu deverá o processo seguido à revelia.

#### **9.4 Do advogado**

O advogado integra a categoria daquelas pessoas denominadas de *jurista*, porque versadas em ciências jurídicas, como o professor de direito, o jurisconsulto, o juiz, o membro do Ministério Público.

Sua função específica, ao lado dessas demais pessoas, a de participar do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica justa.

Pela primeira vez, a estrutura institucional da advocacia ganhou, na CF de 1988, *status* constitucional, integrando "as funções essenciais à justiça", ao lado do Ministério Público e da Advocacia Geral da União, prescrevendo o art. 133: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

A denominação advogado é privativa dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, surgindo, assim, uma definição do que seja o advogado: "é o profissional legalmente habilitado a orientar, aconselhar e representar seus clientes, bem como a defender-lhes os direitos e interesses em juízo ou fora dele.

Sustenta a doutrina que o advogado, na defesa judicial dos interesses do cliente, age com legítima **parcialidade institucional** e que em confronto de parcialidades opostas constitui fator de equilíbrio e instrumento da imparcialidade do juiz.

### **Defensoria Pública**

Atendendo antiga postulação e promessa social de assistência judiciária aos necessitados, a CF fala agora em *assistência jurídica integral gratuita* (art. 5º, LXXIV), que inclui também o patrocínio e orientação extrajudicial (advocacia preventiva). E, para o cumprimento dessa obrigação constitucional a Defensoria Pública foi institucionalizada (CF, art. 134: *A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*).

### **Advocacia-Geral da União**

É outro organismo criado pela Constituição de 1988 com a missão de defender os interesses jurídicos judicial e extrajudicial da União. Somente a cobrança judicial executiva da dívida ativa tributária é que fica a cargo de outra instituição federal, a Procuradoria da Fazenda Nacional.

O Advogado-Geral da União, chefe da AGU, é de livre nomeação pelo Presidente da República, sem as garantias de que dispõe o Procurador-Geral da República.

### **Natureza jurídica da advocacia**

Tradicionalmente, diz-se que a advocacia é uma atividade privada, que os advogados exercem como profissionais liberais que são, ligando-se aos clientes pelo vínculo contratual do mandato, combinado com locação de serviço.

Modernamente, formou-se corrente doutrinária, para qual, em vista da indispensabilidade da função do advogado no processo, a advocacia tem caráter público e as relações entre patrono e cliente são regulada por contrato de direito público.

Contudo, diante das regras multifárias das relações do advogado com o cliente e com o Estado jurisdicional, o mais correto parece conciliar as duas correntes doutrinárias, mormente em face do que prescreve o art. 2º do atual EOAB (Lei 8.906/94: "*No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público*"), considerando-se a advocacia, ao mesmo tempo, como *ministério privado de função pública e social*. Assim é que o mandato judicial

constitui representação voluntária no tocante à sua outorga e escolha do advogado, mas representação legal no que diz respeito à sua necessidade e ao modo de exercê-la.

### **Mandato por procuração**

Procuração *ad judicium* é o instrumento de mandato que habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer justiça, foro, juízo ou instância, salvo os de receber citação, confessar, transigir, desistir, e dar quitação e firmar compromisso; e a procuração com a cláusula *ad judicium et extra* habilita o constituído à prática também de todos os atos extrajudiciais de representação e defesa, incluindo sustentações orais.

Ao renunciar ao mandato o advogado continuará a representar o outorgante pelos dez dias seguintes à intimação da renúncia, salvo se for substituído antes desse prazo. O processo não se suspende em virtude da renúncia.

## **10. Do Ministério Público**

Nos feitos cíveis, o *Parquet* ora atua como parte (CPC. Art. 81) agindo em nome próprio, mas na defesa de interesse que não lhe pertença (substituto processual), cabendo-lhe os mesmos direitos e ônus que às partes.

Ora atua como órgão interveniente (CPC. Art. 82), dê as existentes e presentes as situações preconizadas pela lei. Com efeito, o Código de Processo Civil, em seu artigo 82, bem como a legislação extravagante, estabelecem as hipóteses em que cabe ao órgão ministerial atuar no feito, na qualidade de órgão interveniente obrigatório.

Da leitura de tal dispositivo, denota-se, a *prima facie*, que o Ministério Público tem o dever de intervir quando houver interesse público evidenciado *pela natureza da lide ou pela qualidade da parte*.

No que tange à atuação do *Parquet* tendo em vista a natureza da lide, eis que caberá, a esse órgão, analisar e apreciar o caso concreto posto, com total e absoluta independência, não se vinculando aos interesses de qualquer das partes, submetendo-se, exclusivamente, aos imperativos legais e a sua própria consciência.

Tal ocorre, porquanto sendo sua intervenção fundada, tão-só, pela natureza da lide, o Ministério Público terá a atribuição de velar pela correta aplicação da lei ao caso concreto, vale dizer, funcionando puramente como *custos legis*.

Por fim, a ausência de intervenção do MP em feito no qual sua presença é obrigatória gera a nulidade absoluta do processo, abrindo azo até mesmo para a ação rescisória (CPC, art. 487, III, a).

### **10.1 Princípios institucionais e constitucionais do ministério público**

a) unidade: é o conceito de que os promotores de um Estado integram um só órgão sob a direção de um só chefe.

b) indivisibilidade: significa que os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros, "não arbitrariamente, porém, sob pena de grande desordem, mas segundo a forma estabelecida na lei" TJSP, Rcrim 128.587-SP; RT 494/269).

c) independência funcional: significa que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes e nem mesmo dos órgãos superiores do próprio Ministério Público. Por outro lado, essa independência da Instituição como um todo identifica-se na sua competência para "propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concursos público de provas e títulos" (art. 127, § 2º), e para elaborar "sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias" (art. 127, § 3º).

## **10.2 O Ministério Público e o Poder Judiciário**

O MP, conforme sua definição constitucional é "instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado" e, por isso é ele tratado como órgão autônomo, que não integra o Poder Judiciário, embora desenvolva as suas funções essenciais, primordialmente, no processo e perante os juízos e tribunais.

Assim, a CF. apresenta o MP da União integrado pelo MPF (oficiando perante o STF, STJ e Justiça Federal, MP do Trabalho (Justiça do Trabalho), MP Militar (Justiça Militar da União) e MP do Distrito Federal e Territórios (Justiça do Distrito Federal e Territórios).

## **10.3 Funções institucionais**

- a) promoção privativa da ação penal pública;
  
- b) zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

- c) promover o inquérito civil e a ação civil para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses previstos nesta Constituição e outras elencadas nos vários incisos do art. 129 da CF.

#### **10.4 Garantias**

Como garantias da Instituição como um todo destacam-se:

- a) a sua estruturação em carreira;
- b) a sua autonomia administrativa e orçamentária;
- c) limitação à liberdade do chefe do Executivo para a nomeação e destituição do Procurador-Geral;
- d) a exclusividade da ação penal pública e veto à nomeação de promotores *ad hoc*.

Aos membros individualmente são as seguintes as garantias:

- a) o triplice predicado da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos
- b) ingresso aos cargos mediante concurso de provas e títulos, observada, nas nomeações, a ordem de classificação;
- c) promoção voluntária, por antigüidade e merecimento, alternadamente, de uma para outra entrância ou categoria e da entrância mais elevada para o cargo de Procurador de Justiça;
- d) sujeição à competência originária do Tribunal de Justiça, "nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvadas exceções de ordem constitucionais.

## **10.5 Impedimentos**

- a) a representação judicial e consultoria de entidades públicas e o exercício da advocacia;
- b) o recebimento de honorários, percentuais ou custas;
- c) a participação em sociedade comercial;
- d) o exercício de outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) atividades político-partidárias.

## **10.6 Órgãos do MP da União**

Procurador-Geral da República (chefe do Ministério Público da União) - nomeado pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal - mandato bienal - destituição antes do prazo depende de autorização pela maioria absoluta do Senado Federal.

## **10.7 Órgãos do MP Estadual**

- a) Administração Superior (PGJ, Colégio dos Procuradores; CSMP e CGMP);
- b) Administração do MP (Procuradorias de Justiça e Promotorias de Justiça;
- c) Órgãos de Execução (PGJ, Colégio, CSMP, Procuradores e Promotores);
- d) Órgãos auxiliares ( Centros de Apoio operacional, Comissão de Concurso, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Profissional, órgãos de apoio técnico e administrativo e estagiários).

## **11. Do Juiz**

Há, no sistema judiciário, órgãos judicantes singulares e coletivos. Mas, em todos eles, as pessoas que, em nome do Estado, exercem o poder jurisdicional são, genericamente, denominados juízes.

Nos termos do art. 125 do CPC, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições daquele estatuto legal, competindo-lhe:

- I- Assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II- Velar pela rápida solução do litígio;
- III- Prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça;
- IV- Tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

### **11.1 Requisitos**

Para que atividade jurisdicional que toca todos os juízes, para ser válida e eficaz reclama a concorrência dos seguintes requisitos:

- a) Jurisdicionalidade, isto é, devem estar os juízes investidos no poder de jurisdição;
- b) Competência, ou seja, devem estar dentro da faixa de atribuições que, por lei, se lhes assegura;
- c) Imparcialidade, ou seja, devem ficar na posição de terceiro em relação às partes interessadas;
- d) Independência, isto é, sem subordinação jurídica aos tribunais superiores, ao Legislativo ou ao Executivo, vinculando-se exclusivamente ao ordenamento jurídico;
- e) Processualidade, isto é, devem obedecer à ordem processual instituída por lei, a fim de evitar a arbitrariedade, o tumulto, a inseqüência e a contradição desordenada.

## 11.2 Garantias

Para assegurar a independência dos juízes a Constituição Federal outorga-lhes três garantias especiais:

- a) Vitaliciedade: não perdem o cargo senão por sentença transitada em julgado;
- b) Inamovibilidade: não podem ser removidos compulsoriamente, senão quando ocorrer motivo de interesse público, reconhecido pelo voto de dois terços do tribunal competente;
- c) Irredutibilidade de vencimentos.

## 11.3 Restrições

Com a preocupação de assegurar a lisura do exercício da função judicante, o art. 95, parágrafo único da CF/88, dispõe que aos juízes é vedado:

- I- Exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- II- Receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; e
- III- Dedicar-se à atividade político-partidária.

## 12. Dos atos processuais

É de bom alvitre que a celebração dos atos processuais se dê conforme os cânones da lei, para que então possam surtir seus efeitos no mundo jurídico. Conseqüência lógica da inobservância dos parâmetros estabelecidos, é a inaptidão a produzir os efeitos que ordinariamente deveriam ter, tratado esse aspecto pelo campo das nulidades dos atos processuais.

## 12.1 Conceito

O processo é resultante de dois componentes que se combinam e se complementam, e que são a relação processual e o procedimento. A relação processual sendo complexa, compõe-se de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas, onde a passagem de uma para a outra é ocasionada sempre por eventos que têm, perante o direito, a eficácia de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Esses eventos recebem o nome de fatos processuais.

Os fatos processuais podem ser ou não ser efeito da vontade de uma pessoa, logo, ato processual é toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificações ou extinção de situações jurídicas processuais.

Fato processual é todo fato humano, ou não, que tenha repercussão no processo, como por exemplo, a morte da parte, o fechamento imprevisível do foro. Também o são todos os atos ou negócios jurídicos, que, a despeito de poderem ter consequência no processo não tem por finalidade a produção de efeitos processuais.

Ato processual classifica-se, portanto, como a manifestação de vontade de um dos sujeitos do processo, dentro de uma das categorias previstas pela lei processual, que tem por fim influir diretamente na relação processual. Há a necessidade, pois, de que haja: 1) a manifestação de vontade de um dos sujeitos do processo (juiz, partes ou auxiliares); 2) a previsão de um modelo na lei processual; 3) a constituição, modificação ou extinção da relação processual, quer no seu aspecto intrínseco, que é própria existência do vínculo que une autor, juiz e réu, quer no seu aspecto extrínseco, que é o procedimento, conjunto lógico e sucessivo de atos previstos na lei.

## **12.2 Classificação**

Pelo CPC os atos processuais podem ser divididos em:

- atos das partes (arts. 158-161);
- atos do juiz (arts. 162-165);
- atos dos auxiliares (arts. 166-171).

### **12.2.1 Atos processuais das partes**

O processo se instaura por iniciativa da parte, é indispensável sua atividade para a existência do processo e seu desenvolvimento.

a) atos postulatórios: são aqueles pelas quais as partes pleiteiam um provimento jurisdicional. Pode ser feito através da denúncia, petição inicial, contestação, recurso.

b) atos dispositivos: são aqueles pelos quais se abre mão, em prejuízo próprio, de determinada posição jurídica processual ativa, ou ainda, da própria tutela jurisdicional.

c) atos instrutórios: são aqueles destinados a convencer o juiz.

d) atos reais: são as condutas materiais das partes no processo, ou seja, comparecimentos as audiências, pagamento de custas e outras.

### **12.2.2 Dos atos processuais do juiz**

O código no art. 162 definiu os atos do juiz como:

- a. Sentença
- b. Decisão interlocutória
- c. Despacho

As sentenças são decisões que põem fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito. No plano conceitual será terminativa a sentença que extingue o processo com o julgamento de mérito, e meramente terminativa a que extingue o processo sem julgar o mérito. o recurso cabível na sentença é a apelação (art 513).

As decisões interlocutórias são determinações, pronunciamento do juiz, durante o processo, sem lhe pôr fim. Nessas decisões é cabível agravo.

Despachos não têm qualquer caráter de resolução ou determinação. São atos instrutórios ou de documentação. Nos despachos de mero expediente não cabe recurso algum (art504). No entanto, se o despacho prejudicar uma das partes, se tornará decisão interlocutória, cabendo, então, agravo.

### **12.2.3 Dos atos dos auxiliares da justiça.**

São atos de cooperação no processo que se classificam em : movimentação, documentação e execução.

Movimentação são atos exercidos através do escrivão e seus funcionários (escreventes). São exemplos de atos de movimentação: a conclusão dos autos ao juiz, a vista às partes, a expedição de mandatos e ofícios.

Documentação são atos de lavratura dos termos referentes a movimentação (conclusão, vista, etc..), a leitura do termo de audiência, o lançamento de certidões etc...

Execução é função do oficial de justiça. São atos realizados fora dos auditórios e cartórios em cumprimento de mandado judicial ( citação, intimação, penhora etc...).

### **12.3 Princípios**

Na prática dos atos processuais devem ser respeitados os seguintes princípios:

- a) Princípio da Publicidade (art. 155): representa uma das grandes garantias do processo e da distribuição da justiça. Atribui a todos a faculdade de assistir aos atos que se redizem em audiência, ainda que não sejam partes, com exceção dos processos que correm em segredo de justiça devido seu interesse público e pela natureza da lide.
  
- b) Princípio da Instrumentalidade das Formas (art. 154 e 244): preceitua que os atos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir. Consideram-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial e, ainda que, a lei prescreva determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz poderá considerá-lo válido se, mesmo que tenha sido realizado de outro modo, tenha alcançado sua finalidade. Percebe-se, portanto, que as formas não são solenes, considerando-se mais, o fim a que se destinam.

### **13. Prazos processuais**

Em contraposição à inércia da jurisdição existe o princípio do impulso oficial, segundo o qual o processo deve seguir sua marcha até o proferimento da sentença, da maneira mais célere possível.

Portanto, é imposto aos sujeitos do processo o estabelecimento de prazos para o cumprimento dos atos processuais, cuja inobservância acarretará à parte a perda da faculdade processual (preclusão) e ao juiz, às vezes a possibilidade de receber sanções administrativas.

Em caso de omissão da lei quanto ao prazo fixado para o cumprimento do ato, compete ao juiz fixá-lo (CPC, art. 177). No silêncio do juiz, aplica-se a regra do art. 185, valendo o prazo de cinco dias.

Os prazos no Direito Processual Civil serão contados excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento, contagem esta sempre feita a partir da intimação. Serão, também, contínuos, não se interrompendo, com isso, em domingos ou feriados.

Começa a correr o prazo:

I - da data de juntada aos autos o aviso de recebimento, quando a citação ou intimação for pelo correio;

II - da data de juntada aos autos o mandado cumprido, quando a citação ou intimação for por oficial de justiça;

III - da data de juntada aos autos o último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido, quando houver vários réus;

IV - da data de juntada aos autos devidamente cumprida, quando o ato se realizar em cumprimento de carta de ordem, precatória ou rogatória;

V - finda a dilação assinada pelo juiz, quando a citação for por edital.

O prazo para a interposição de recurso conta-se da data em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão.

Reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença. Havendo antecipação da audiência, o juiz, por meio de ofício ou de acordo com o requerimento da parte, mandará intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação.

A superveniência de férias suspenderá o curso do prazo; sendo que o prazo restante recomeçará a correr a partir do primeiro dia útil seguinte ao termo das férias.

Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que:

I - for determinado o fechamento do fórum;

II - o expediente forense for encerrado antes da hora normal.

Todavia, esta regra sofre modificações quando a parte for o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como suas autarquias e fundações, pois estas pessoas terão o prazo contado em dobro para recorrer ou em quádruplo para contestar.

Em se tratando de litisconsortes com procuradores diferentes, os prazos serão contados em dobro tanto para contestar quanto para recorrer ou para falar nos autos. Quando a lei não marcar outro prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas 24 horas.

### **13.1 Prazo próprio e impróprio**

Prazo próprio é aquele imposto às partes, pois acarreta a preclusão pelo vencimento do seu termo final (*dies ad quem*), impossibilitada a sua prática posterior e prosseguindo o procedimento para seu estágio subsequente.

Já os prazos impróprios são aqueles estabelecidos para o juiz e seus auxiliares, posto que não geram qualquer consequência processual se não observados, possibilitando a aplicações administrativas.

### **13.2 Prazo dilatatório e peremptório**

Prazo dilatatório é aquele que comporta ampliação ou redução pelas partes. Ao juiz só é facultada a ampliação do prazo dilatatório (CPC, art. 181).

Os prazos peremptórios são aqueles inalteráveis pelo juiz ou pelas partes, com exceção do que ocorre nas comarcas de difícil acesso (até 60 dias) ou em caso de calamidade pública (até sua cessação).

### **13.3 Preclusão**

É o fenômeno da perda pela parte da faculdade processual de praticar um ato. Classificam-se as preclusões em:

- a) Temporal: é a perda da faculdade de praticar um ato processual em virtude da não observância de um prazo estabelecido em lei ou pelo juiz.
- b) Lógica: é a perda da faculdade pela prática de um ato anterior incompatível com o ato posterior que se pretende realizar.
- c) Consumativa: é a perda da faculdade de praticar o ato de maneira diversa, se já praticado anteriormente por uma das formas facultadas em lei.

## **14. Das nulidades**

Os atos processuais, assim como os demais atos jurídicos, podem apresentar certos vícios que os tornem inválidos ou ineficazes. E no campo direito processual civil, estes vícios em geral são decorrentes da inobservância da forma pela qual o ato devia ter sido regularmente realizado. Observe-se que o conceito de forma aqui empregado deve corresponder ao modo pelo qual a substância exprime e adquire existência, compreendendo não só os seus requisitos externos, como também a noção de tempo e lugar, que também não deixam de ser modo por meio dos quais os atos ganham existência no mundo jurídico.

**Princípios ligados às nulidades processuais.**

### **Princípio da Liberdade das formas**

Também chamado de princípio da informalidade, enuncia que os atos processuais, não dependem de formas.

Ainda que não se desprezem algumas formalidades, a regra que vige no sistema processual é a de que os atos e termos processuais não dependem de forma determinada. Somente quando a lei, expressamente, o determinar é que se poderá falar em anular o ato processual por falta de forma. Ainda assim, se o ato praticado sem a realização de alguma formalidade prevista em lei, e atingir o seu fim, não haverá que se falar em nulidade deste ato, pois reputam-se válidos os atos praticados se outro modo se atingirem a sua finalidade inicial.

O processo civil brasileiro adotando este princípio afastou a incidência do princípio da legalidade das formas.

### **Princípio da Finalidade.**

Também é conhecido como princípio da instrumentalidade das formas.

Tal princípio enuncia que os atos processuais, que forem praticados de forma diversa da estabelecida em lei, e mesmo assim atingirem a finalidade a que ele se destina deve ser considerado válido.

Este princípio está consagrado no CPC no art 244.

O princípio da finalidade, juntamente com o princípio do não prejuízo, também é chamado de instrumentalidade das formas exatamente porque, através dele, é possível dar sentido prático a uma das nuances mais importante do princípio da instrumentalidade do processo: servir ao direito material.

Assim com os olhos voltados para a finalidade do processo, torna-se avançar na marcha procedimental em busca dos escopos do processo e de sua efetividade.

Em geral, as formalidades processuais cedem em razão da finalidade e a função do processo.

#### **Princípio do Aproveitamento**

Por este princípio considera-se que em determinados atos, apesar de eivados de nulidade, esta, ou não será declarada, ou será declarada apenas parcialmente. Isto ocorre, como conseqüência do princípio da finalidade e da economia processual, pois através de meios de proteção, pode-se aproveitar o ato no todo, ou em parte, evitando-se o retroceder processual por causa de eventual nulidade.

É este princípio que informa as hipóteses de invalidade parcial dos atos processuais. Por ele, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes; o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados (arts248 e 250).

#### **Princípio do Prejuízo**

Também é chamado princípio do não-prejuízo.

Tal princípio, enuncia que não há nulidade sem prejuízo, ou seja, caso haja um ato processual cuja nulidade não chegou a tolher a liberdade de atuação de qualquer dos postulantes, não há prejuízo, não podendo-se, então, falar-se em nulidade processual.

Existe uma visível correlação entre o princípio do prejuízo, o da finalidade, e o do aproveitamento. Em todos, prevalece o interesse público de salvar o processo, exceto nas hipóteses em que a falta de forma afronta e prejudica o próprio interesse protegido.

Assim, diante de ato nulo que não prejudicar a parte, a ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta. ( art.249, §1º, CPC ).

### **Princípio da Convalidação**

Por este princípio, vislumbra-se que a nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Logo, se a parte constatar existência de nulidade no processo, tem o dever de acusá-la na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos. Se não o fizer, a nulidade ficará sanada.

Conforme o art. 245 CPC , não haverá convalidação das nulidades absolutas, pois desses defeitos o juiz conheceu de ofício.

O princípio de convalidação só vai incidir sobre as anulabilidades e as irregularidades.

Também há de se notar, que existe uma prevalência dos princípios do prejuízo, da finalidade e do aproveitamento sobre o limite da aplicação da convalidação.

O princípio em questão encontra-se no art. 245 CPC, e as regras de preclusão, que somam os defeitos de nulidade no art. 795 CLT.

Este princípio, é predominantemente dominado pelo interesse de agir, pois é o interesse que leva as partes a argüir ou deixar de argüir os vícios que lhe causam prejuízo.

Sanando-se a nulidade pela inércia da parte, o sistema faz aplicação ao princípio informativo do princípio da economia processual.

### **Princípio da Causalidade**

Por este princípio, entende-se que, anulado um ato processual todas os atos subseqüentes que dependam deste, não terão efeitos.

Isto ocorre, pois o processo pé constituído de atos sucessivos e progressivos, que em regra, se ligam uns aos outros.

O referido princípio está disposto no art. 249 do CPC.

Convém lembrar, que o nosso sistema processual, no que diz respeito a nulidade, segue a linha de, na medida do possível, salvar o processo e evitar retrocessos

inúteis no andamento do feito. Expõe o art. 248 CPC que a causalidade anulatória só terá efeitos em relação aos atos subseqüentes ao ato nulo, e que dele sejam dependentes. Se não há ligação entre um ato e outro não há contágio de nulidade.

Em suma, o princípio da causalidade eqüivale-se a regra de invalidade derivada que dispõe: a invalidade derivada de um ato não contagia os anteriores, nem os subseqüentes que não o tenham como antecedente necessário; mas contamina os atos sucessivos que dele dependam.

### **Existência, validade e eficácia do ato jurídico processual**

No tocante à existência do ato processual, é conveniente asseverar que importa mais o seu conceito negativo, isto é, a inexistência.

O conceito de inexistência de ato jurídico em vigor no direito material, tem vez também no campo do direito processual civil. Cabe observar que é muito difícil admitir, devido ao caráter preponderantemente instrumental da teoria das nulidades, a categoria de atos inexistentes em processo civil.

Mas o próprio CPC refere-se a uma hipótese de ato processual inexistente, em seu art. 37, § único, ao prescrever que os atos praticados advogados sem instrumento de mandato, deverão ser ratificados pela oportuna exibição do instrumento, sob pena de serem havidos por inexistentes.

Analisando-se a fundo a questão, verifica-se que na verdade não se trata de ato processual viciado, mas sim de um momento anterior a averiguação de qualquer vício, uma vez que somente pode ser eventualmente caracterizado como defeituoso um ato que efetivamente tenha existência no plano jurídico.

A rigor, como bem assevera Ovídio A. Baptista da Silva, nem se poderia incluir ato inexistente dentre os atos processuais, desde que, inexistência corresponderia a um *não-ato* e não a um ato processual viciado, razão pela qual não integra o regime de invalidades processuais.

São atos levados à categoria de ineficácia absoluta; o fato existe, porém o ato materializado não existe, não se cogitando da possibilidade de aproveitamento do ato. Eventual necessidade de manifestação judicial não irá além da declaração, não havendo limite temporal para o reconhecimento da inexistência do ato.

Como exemplos para melhor aludir ao que foi dito, ainda que esdrúxulos, poderíamos citar:

- 1) juiz aposentado sentenciando - a sentença é inexistente, pois que já não mais dispõe tal magistrado de jurisdição, no mesmo sentido quando do juiz em gozo de férias;
- 2) bem como a sentença não assinada, ou aquela desprovida de algum dos requisitos do art. 458 do CPC, tais como relatório, fundamentação e dispositivo.

No que concerne à validade, mister se faz aduzir que tal exame está restrito aos atos efetivamente existentes, devendo ter sido superada aquela análise acerca da existência, sob a ótica negativa, consoante o acima mencionado.

Em verdade, para estar eivado de validade o ato jurídico processual deve estar dotado de certos requisitos, auferidos especificamente, atendidas as peculiaridades inerentes a cada ato.

A citação editalícia, por exemplo, para que se repute válida, deve preencher os requisitos estabelecidos no art. 232 e seguintes do CPC. Desprovido de algum dos requisitos o ato estará maculado pela invalidade, não estando apto a adentrar na fase posterior, a qual refere-se à produção de efeitos, haja vista que o destino natural do ato válido é a referida produção de efeitos.

É no plano da validade que se opera a aplicação da teoria das nulidades.

A eficácia do ato jurídico processual refere-se a aptidão à produção de efeitos que todo ato potencialmente dispõe. A concreta eficacização decorre da superação satisfatória dos planos anteriores e do preenchimento de determinadas condições geradoras de tal aptidão, v.g., a publicação da citação por edital, devendo ser juntada aos autos cópia comprovando a respectiva publicação. Antes dessa providência a citação é perfeitamente válida, não estando, no entanto apta a produzir efeitos.

Da mesma forma, a sentença já prolatada, mas "estacionada" nos arquivos do juiz. Ela não produz efeitos, mas está lá, latente, potencialmente pronta para produzir efeitos, bastando para tanto, que o magistrado ordene a sua publicação.

#### **Nulidade Absoluta, Nulidade Relativa e Anulabilidade.**

Primeiramente cabe salientar que, trata-se o ato nulo de um ato que existe fática e juridicamente, estando no entanto viciado na sua formação, em consequência do não atendimento dos requisitos estipulados pela lei processual para a respectiva prática.

Não se identifica diretamente com o vício do ato a nulidade, mas é o estado consequente à decretação judicial, haja vista que não há invalidade processual sem pronunciamento judicial.

Como já foi apontado, segundo a teoria adotada por Galeno Lacerda, e amplamente aceita pela doutrina brasileira, os defeitos dos atos jurídicos processuais podem acarretar:

- a) nulidade absoluta;
- b) nulidade relativa e;
- c) anulabilidade.

### **Nulidade Absoluta**

Quando o ato processual ofender norma em que prevaleçam fins ditados pelo interesse público, tratando-se evidentemente de norma cogente, estar-se-á diante de uma nulidade absoluta.

Nesse particular, cabe um breve menção à cogência das normas, sendo cogentes aqueles que dispõem imperativamente impondo ou não impondo ou proibindo determinada conduta, não havendo permissivos à autonomia da vontade.

Essa espécie de nulidade deve ser decretada de ofício pelo juiz, independentemente de provocação da parte interessada, mas qualquer um pode invocá-la sem a necessidade de demonstrar interesse. Trata a nulidade absoluta de vício insanável, que não se sujeita à convalidação ou sanção.

No direito processual brasileiro, alguns casos de nulidade absoluta estão expressamente indicado na lei( são as nulidades ditas "cominadas"), v.g., arts. 84, 214, 485

incs. I a VI e VIII, art. 1.100. No entanto, não são os únicos casos de nulidade absoluta, é preciso caso a caso, verificar se a exigência formal foi instituída no interesse da ordem pública e então, mesmo que não exista cominação expressa, será absoluta a nulidade, v.g., falta de indicação da causa de pedir na petição inicial, ou, a omissão pelo juiz do saneamento do processo.

Para melhor explicitar o assunto, poderíamos citar como alguns exemplos mas específicos:

- 1) O art. 113 do CPC - incompetência absoluta em razão da matéria, norma que tutela interesse prevalentemente público.
  
- 2) Art. 82 do CPC, não intervenção do MP; nesse caso a nulidade se configura pela ausência de intimação, e caso o Ministério Público, intimado, não compareceu aos autos, de nulidade não se trata. No entanto, é de se citar entendimentos em contrário, tendo em vista tratar-se de nulidade relativa, por estar a norma violada tutelando interesse da parte.
  
- 3) O caso de supressão de rito, - embora meio extravagante - suprimir uma etapa da instrução, por exemplo, sentenciar sem possibilitar às partes a utilização de debates, é violação de norma de interesse público, sobretudo em se considerando que o rito é indisponível.

### **Nulidade Relativa**

Aqui a norma válida ainda é dotada de cogência, todavia, tutelando interesse da parte. Isto é, quando é exclusivamente da parte o interesse visado pela determinação legal

da forma, então se trata de nulidade relativa, que o juiz não pode decretar de ofício, e portanto, só poderá ser decretada mediante provocação da parte ora prejudicada(art. 251).

Pode o juiz conhecer de ofício tais vícios, haja vista tratar-se norma cogente, mas a parte deve alegá-los na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, nos termos do art. 245, caput do CPC. Portanto pode haver preclusão para a parte, mas não para o juiz.

Como corolário lógico desse interesse eminentemente privado, os vícios causadores de nulidade relativa são sanáveis pela aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, que já foi abordado anteriormente.

Passamos, então, a alguns exemplos:

- 1) Nulidade da citação, art. 225 do CPC, omissão de advertência acerca da revelia. Norma cogente, de interesse do citado. Nulidade relativa. Nesse caso, o juiz só poderá declará-la de ofício, quando a parte não teve a oportunidade de manifestação. Tendo a parte se manifestado nos autos, mas não arguindo a nulidade, o Estado não pode fazê-lo por ela, por tratar-se interesse privado.
- 2) Ilegitimidade processual motivada por não representação.
- 3) Não intervenção do MP na hipótese prevista no art 82, I do CPC(interesse de incapaz). A posição majoritária é de que trata-se de hipótese de nulidade relativa, uma vez que a ausência de intimação ao MP estaria violando uma tutela de interesse de incapaz, e não um interesse público, razão pela qual possível seria a aplicação do aludido princípio da instrumentalidade. Ainda cabe observar que a intimação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição supre a deficiência.

### **Anulabilidade**

As normas não cogentes ou dispositivas deixam à vontade individual das partes entre optar pela sua incidência ou adotar norma de conteúdo diverso, sem que daí resulte contrariedade ao direito.

Assim, a anulabilidade, nos moldes, da nulidade relativa, refere-se à norma que tutela interesse privado. Não obstante, dela se difere, por tratar-se de norma de caráter dispositivo e não cogente.

No caso de anulabilidade o saneamento se dá por simples inatividade ou omissão do interessado, sendo que é vedado ao juiz decretá-la de ofício. Ou interessado alega no momento oportuno e pela forma adequada, ou a convalidação se opera. Tal seria o caso da omissão da parte me suscitar oportunamente a exceção processual (arts. 304 e 305 do CPC).

#### Exemplos elucidativos:

- 1) Incompetência territorial, arts. 112 e 114 do CPC. Ou o réu excepciona ou prorroga-se a competência( o juiz inicialmente incompetente apenas por inação do réu faz-se competente). Basta não apresentar a exceção para que fique subtendido que o réu manifestou seu poder de disposição.
- 2) Art. 650 do CPC, bens relativamente penhoráveis. Nesse caso, a constrição efetivada em alguns dos bens elencados nesse dispositivo persistirá em falta de reação do interessado, não cabendo ao juiz declará-la de ofício, em função da respectiva disponibilidade.

### **Das irregularidades.**

Ao lado dessas três categorias de vícios dos atos processuais, cuja ocorrência pode determinar conseqüências relevantes para o desenvolvimento natural da relação processual, costumam os processualistas indicar uma quarta espécie de defeitos dos atos processuais, a que denominam de irregularidade, e cuja existência não tem sequer força de provocar a ineficácia do ato jurídico viciado ou da relação processual.

São vícios de pequena monta, considerados não-essenciais. Não atingem a essência do ato processual. São eles, passíveis de correção ou não de sanção. Não se verifica se o ato é válido ou não, e sim, se a irregularidade pode ou não ser corrigida.

Como exemplos podemos citar:

- 1) o art. 331, III do CPC, não fixação de pontos controvertidos pelo juiz.
  
- 2) mora justificada na prolação de sentença.
  
- 3) erro ou omissão do serventuário (escrivão) na numeração das folhas dos autos do processo.

**Extensão e efeitos das nulidades. Da convalidação do ato processual eivado de nulidade. Saneamento processual.**

É ao juiz que cabe velar pela regularidade formal do processo e de seus atos, determinando de ofício as providências no sentido de mantê-lo segundo os modelos legais. Essa atividade pode ser a qualquer momento provocada pela parte, quer em termos de colaboração, quer porque a falta de alegação pode acarretar a preclusão.

Quanto a decretação de nulidade, deve o juiz declarar que atos são atingidos pela mesma, e dispor quais atos devem ser repetidos ou, retificados - alterando parcialmente ou os complementando-, nos termos do art. 249, caput do CPC, observando o disposto no artigo anterior(248), conquanto em princípio, a nulidade abranja os atos subseqüentes ao atingido, há a necessidade de indicar, caso a caso, os afetados, embora pretéritos, ou não afetados, inobstante posteriores, por dele serem dependentes.

O art. 249, § 2º do CPC, nos traz uma regra de economia processual, estatuinto a desnecessidade de declaração da nulidade quando a decisão de mérito for favorável a parte a quem aproveite a nulidade, exceto quando se tratar de nulidade absoluta, já que a norma tuteladora do interesse público impede qualquer tipo de convalidação.

É de se salientar que nem sempre a imperfeição do ato processual chega a conduzir definitivamente à decretação de sua nulidade, pois pode ocorrer fatos que façam convaler o ato, o qual, então se revigora e sai da mira da sanção de ineficácia.

No que diz respeito aos atos eivados de vícios causadores de nulidade relativa, a não argüição da irregularidade pelo interessado, quando este pela primeira vez se manifesta nos autos, convalida o ato, ocorrendo, dessa forma, a preclusão da faculdade de alegar (CPC, art. 245).

No tocante a convalidação do ato maculado pela declaração de nulidade, é nesse momento que surge a aplicação do princípio da instrumentalidade, traduzido pelo binômio *finalidade-não prejuízo*, bem como os demais princípios anteriormente detalhados.

Porém, nunca é demais lembrar que tais princípios não se aplicam as nulidades absolutas que, segundo a posição dominante em nossa doutrina pátria, jamais convalidam. Cabe ainda ressaltar posição minoritária que, tende pela relativização de todas as nulidades, considerando a aplicação da instrumentalidade para efeitos de nulidade absoluta, mas que não merece nossos aplausos.

De outro lado, mesmo que o ato viciado tenha cumprido seu fim, a ocorrência de prejuízo a outra parte, impõe a decretação da nulidade e suas conseqüências legais. Já, em relação às nulidades cominadas, isto é, aquelas em que a lei fixa a respectiva forma e desde já impõe a sanção ao seu não atendimento, tem-se como relativa a presunção de finalidade. Logo, mesmo sendo cominada a nulidade para o ato praticado de forma diversa, se atingir o objetivo, a nulidade não será declarada, inobstante a cominação.

É necessário observar que as nulidades e sua decretação se inserem dentro do processo, enquanto não transitada em julgado a sentença. Após a coisa julgada, não é mais possível discutir a respeito de nulidades processuais. Tanto que é costume dizer que a coisa julgada sana todas as nulidades, mas na verdade, não se trata de sanção, e sim de um impedimento à alegação e discussão do tema, porque com ela se esgota a atividade jurisdicional sobre determinado pedido, entre as mesmas partes e sobre a mesma causa de pedir.

Os atos inexistentes, por sua vez, não podem convalidar, pelo simples motivo que não têm absolutamente condição de produzir efeito algum.

Por fim, deve-se mais uma vez ressaltar que a correção das nulidades passíveis de sanção, ocorridas no caminho percorrido até a efetiva prestação jurisdicional, repetindo-se os atos estritamente necessários, quando a prática defeituosa não puder ser sanada pela finalidade sem prejuízo, é o que se pode chamar de *saneamento processual*. Cabe ao juiz, no exercício dessa atividade saneadora, aproveitar os atos independentes e desligados, portanto, do ato inquinado de nulidade.

## **15. Litisconsórcio**

Normalmente, os sujeitos da relação processual são singulares: um autor e um réu. Há, porém, casos em que ocorre a figura chamado de litisconsórcio.

### **15.1 Conceito**

Sendo a legitimidade definida pela titularidade do direito material violado, por vezes essa relação jurídica não é unipessoal, envolvendo vários pretendentes á tutela jurisdicional e/ou vários resistentes a tais pretensões. Comporta, então, a relação processual a pluralidade de partes, tanto no pólo passivo como no ativo, o que se denomina litisconsórcio.

Pode o litisconsórcio ser classificado como ativo ou passivo, conforme existam diversos autores ou diversos réus. Já no que se refere ao momento processual de seu estabelecimento, pode ser ele inicial, formado já na propositura da ação, ou ulterior quando surgido no curso demanda.

### **15.2 Espécies de litisconsórcio**

Quanto às conseqüências do litisconsórcio sobre o processo, há possibilidade de classificação sob dois ângulos diferentes:

- I- Conforme possam ou não as partes dispensar a formação da relação processual plúrima, o litisconsórcio classifica-se em necessário ou facultativo.

#### **15.2.1 Facultativo**

É o estabelecido pela vontade do autor, mediante a escolha de ajuizar a demanda acompanhado de demais co-autores ou contra vários réus. Tal instituto é corolário da economia processual, evitando a pluralidade de ações individuais através de cumulação das partes litigantes em um único processo.

Conforme o art. 46 *caput*, “duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando há:

- a) Comunhão de direitos ou obrigações;
- b) Direitos ou obrigações derivados de um mesmo fundamento de fato ou de direito;
- c) Conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
- d) Ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

### **15.2.2 Necessário**

Há litisconsórcio necessário, segundo o art. 47, “quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”.

O conceito legal é falho, pois o CPC definiu o litisconsórcio necessários conforme apenas as características do litisconsórcio unitário.

Acontece que o litisconsórcio unitário nem sempre é necessário, como exemplo temos casos de condôminos que reivindicam a coisa comum, agindo separadamente ou em conjunto o resultado será uniforme, mas o litisconsórcio não é obrigatório. Por outro lado, há casos em que o litisconsórcio é necessário e o resultado da causa não é obrigatória a mesma para cada litigante.

O litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, é aquele sem cuja observância não será eficaz a sentença, seja por exigência da própria lei seja pela natureza jurídica litigiosa.

Ocorrerá nas seguintes hipóteses:

- a) Quando a lei determinar expressamente;
  
  - b) Quando, frente a vários interessados, pela natureza da relação jurídica, a lide tiver de ser decidida de modo uniforme para todas as partes. O que, de fato, torna necessário o litisconsórcio é a forçosa incidência da sentença sobre a esfera jurídica de várias pessoas. Sem que todas elas estejam presentes no processo, não será possível emitir uma sentença oponível a todos os envolvidos na relação jurídica litigiosa.
- II- Do ponto de vista da uniformidade da decisão perante os litisconsortes, classifica-se o litisconsórcio em unitário ou simples.

### **15.2.3 Simples**

É aquele em que o juiz é livre para julgar de modo distinto para cada um dos litisconsortes, os quais são tratados pela decisão como partes autônomas. Está como regra, ligado às hipóteses de litisconsórcio facultativo.

### **15.2.4 Unitário**

É aquele no qual o juiz deve julgar, necessariamente, de maneira uniforme em relação a todos os litisconsortes situados no pólo da demanda. Diante deste contexto, ocorre a extensão dos efeitos dos benefícios da prática de um ato processual aos demais litisconsortes omissos (p. ex.: a contestação oferecida apenas por um dos co-réus). No

mesmo caso, apenas um recurso avariado por um litisconsorte aproveita aos demais (CPC, art. 509).

Confere a lei, ainda, prazo em dobro aos litisconsortes quando estes estiverem representados nos autos por procuradores distintos (art.192, CPC), cada qual mantendo o direito de promover o andamento do processo e recebendo todas as intimações (CPC, art. 49).

## **16. Intervenção de terceiros**

### **16.1 Conceito**

A intervenção de terceiros ocorre quando alguém ingressa, como parte ou coadjuvante da parte, em processo pendente entre outras partes. É sempre de forma voluntária, o que ocorre muitas vezes, é a provocação de uma das partes do processo pendente para que o terceiro venha a integrar a relação processual. Porém, não que dizer que seja arbitrária, só pode ocorrer naqueles casos previstos pela lei processual.

### **16.2 Espécies**

#### **16.2.1 Assistência**

A divisão sistemática do CPC colocou o instituto da assistência fora do capítulo da intervenção de terceiros, muito embora seja essa a sua natureza jurídica.

Segundo o art. 50 do CPC, dá-se a assistência quando o terceiro, na pendência de uma causa entre outras pessoas, tendo interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, intervém no processo para prestar-lhe colaboração.

O assistente não é parte da relação processual e nisso se distingue do litisconsorte. Sua posição é de terceiro que tenta apenas coadjuvar uma das partes a obter vitória no processo.

Não defende direito próprio, mas de outrem, embora tenha interesse próprio a proteger indiretamente. É caso típico de assistência a aquisição de um objeto litigioso por terceiro. Muito embora a alienação posterior à citação seja irrelevante para o processo, tem o adquirente relação jurídica válida com o alienante e essa pode vir a ser atingida caso o assistido venha a obter sentença desfavorável.

A sentença não produz efeito senão perante as partes do processo. Não prejudica e nem beneficia terceiros. Ocorre que o terceiro tem interesse em que a solução seja no sentido em que favoreça sua posição jurídica frente a uma das partes.

Diante disso, tem-se que os pressupostos da assistência são:

- existência de uma relação jurídica entre uma das partes e o terceiro (assistente); e
- possibilidade de vir a sentença a influir na referida relação.

### **Modalidades de Assistência**

Existem duas modalidades de assistência.

À primeira dá-se o nome de assistência simples, possível sempre que o assistente mantiver relação jurídica com o seu assistido.

A segunda e denominada litisconsorcial e existirá sempre que a relação jurídica embasadora do pedido de assistência existir entre assistente e adversário assistido (v.g. herdeiro em ação ajuizada contra o espólio ou devedores solidários). Nesses casos o assistente poderia ter sido parte no feito como litisconsorte facultativo, mas não o foi por opção do autor.

A diferença entre o assistente simples (art. 50) e o considerado litisconsorte (art. 54) é que aquele não pode assumir, em face do pedido, posição diversa do assistido; esse, o assistente litisconsorcial pode fazê-lo. A assistência simples cessa nos casos em que o processo termina com a vontade do assistido (art. 53); a litisconsorcial permite que o interveniente prossiga para defender o seu direito, ainda que a parte originária haja desistido da ação, reconhecido a procedência do pedido ou transacionado com a outra parte.

### **Procedimento**

O assistente requererá por petição sua admissão no processo, justificando o seu interesse jurídico, em todos os graus de jurisdição, recebendo o processo no estado em que se encontra.

Ambas as partes serão ouvidas e qualquer delas poderá impugnar o O assistência sem maior apreciação em torno do pedido, conforme a primeira parte do art. 51, *caput*. Mas, se houver alguma impugnação, só poderá versar acerca da falta de interesse jurídico do terceiro (art. 51, *caput*, segunda parte).

Da impugnação decorre um processo judicial em apenso, que não deverá prejudicar e nem suspender o processo em apenso.

### **Poderes e ônus processuais do assistente**

O assistente não pode opor-se a atos de disposição do assistido, tais como a desistência, reconhecimento jurídico do pedido ou transação.

Caso a assistência seja oferecida em favor de réu revel, o assistente é considerado como gestor de negócios do assistido, atuando em nome próprio, na defesa de interesse alheio (legitimação extraordinária).

Diante da sentença o assistente não poderá discutir sobre a “justiça da decisão” (art. 55, *caput*), porém o CPC abre duas exceções:

- I- Pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença (art. 55, I);
- II- Desconhecia a existência de alterações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 55, II).

#### **16.2.2 Oposição**

Segundo o art. 56 do CPC, “quem pretender, no todo ou em parte, a coisa o direito sobre que controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos”.

Com essa intervenção no processo alheio, o terceiro visa a defender o que é seu e está sendo disputado em juízo por outrem.

Necessário frisar que a oposição não comporta a ampliação dos elementos objetivos da lide (causa de pedir e pedido), hipótese na qual deverá o oponente ajuizar ação autônoma.

A oposição é procedimento adotado pelo Código, sempre atuada separadamente (arts. 59 e 60), embora possa ter eficácia suspensiva com relação a ação principal (art. 60, segunda parte).

O limite temporal de admissibilidade da oposição é o trânsito em julgado da sentença da causa principal. Se, porém, o processo principal estiver em grau de recurso, a oposição deverá ser proposta perante o juízo de primeiro grau.

### **Procedimento**

A oposição pode ocorrer sob a forma de intervenção no processo (art. 59), ou de ação autônoma (art. 60).

Dá-se a primeira quando o pedido do oponente é ajuizado antes da audiência de instrução e julgamento. A segunda se verifica após iniciada a audiência, mas sempre antes do trânsito em julgado da sentença.

Registrada e atuada a oposição, sendo deferido o seu processamento, proceder-se-á à citação dos opostos (autor e réu da ação principal), para que contestem a ação no prazo comum de 15 dias (art. 57).

Se a oposição for oferecida antes da audiência, será apensada aos autos principais e correrá simultaneamente com a ação, observado o procedimento desta, sendo ambas julgadas, a final, pela mesma sentença (art. 59).

Já a oposição oferecida depois de iniciada a audiência de instrução e julgamento, seguirá procedimento próprio, conforme o rito ordinário, e será julgada sem prejuízo da causa principal (art. 60, primeira parte).

O procedimento da oposição admite julgamento de extinção do processo, com ou sem solução de mérito. O recurso interponível será o de apelação (art. 513).

### **16.2.3 Nomeação à autoria**

Consiste a nomeação à autoria no incidente pelo qual o mero detentor, quando demandado, indica aquele que é o proprietário ou o possuidor da coisa litigiosa, visando a transferir-lhe a posição de réu (art. 62).

Cabe, outrossim, nas ações de indenização, quando o réu, causador do dano, alega que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro (art. 63).

Não é propriamente uma modalidade de intervenção de terceiros; é muito mais forma de acerto da legitimidade do pólo passivo da demanda, obrigação essa imposta ao réu ilegítimo, nos casos previstos em lei. Portanto, o nomeado à autoria, exclusivamente do réu, não vem aos autos desenvolver uma relação jurídica distinta da existente entre as partes originárias, mas sim assumir sua qualidade de parte passiva legítima. O descumprimento da obrigação legal ou a nomeação de pessoa diversa daquela efetivamente legítima para o processo gera ao réu a responsabilidade por perdas e danos (CPC, art. 69).

### Procedimento

O réu deve indicar o nomeado legítimo no prazo para a sua resposta (art. 64). Não está obrigado a fazê-lo junto com a contestação, pois a nomeação provoca a suspensão do processo (art. 64), e se for recusada pelo nomeado ensejará reabertura do prazo de defesa ao nomeante (art. 67).

A apresentação simultânea da contestação e da nomeação à autoria não é impedida, mas a contestação só será apreciada se a nomeação não for aceita.

O pedido do nomeante será formulado no bojo dos autos. Ao deferi-lo, o juiz suspenderá o processo e mandará ouvir o autor no prazo de cinco dias (art. 64).

Ao autor abrem três opções:

- a) Aceitar expressamente a nomeação (art. 66, primeira parte), competindo-lhe promover a citação do novo réu;
- b) Abster-se de manifestar, caso em que se presume a aceitação (art. 68, I);
- c) Recusar a nomeação (art. 66, segunda parte), hipótese na qual o feito prosseguirá com o réu original, mediante retorno do prazo para a resposta.

O nomeado devidamente citado pode tomar as seguintes atitudes:

- a) Permanecer silente, caso em que será presumida a aceitação da nomeação, com novo prazo para resposta do novo réu, o processo passará a correr contra o terceiro nomeado e o primitivo demandado será excluído da relação processual, através do que a doutrina chama extromissão da parte;

- b) Aceitar expressamente a nomeação, prosseguindo-se o feito, conforme a alínea a;
- c) Recusar expressamente, com prosseguimento do feito contra o réu original, realizador da nomeação. Nessa hipótese o processo poderá culminar com a extinção sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva.

#### **16.2.4 Denúnciação da lide**

No sistema do Código, a denúnciação da lide é obrigatória, que leva a uma sentença sobre a responsabilidade do terceiro em face do denunciante, de par com a solução normal do litígio de início deduzido em juízo, entre autor e réu.

Consiste em chamar o terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo.

Segundo o art. 70, os casos em que tem cabimento a denúnciação da lide são:

- I- O de garantia da evicção. O réu de ação na qual se discute o domínio do objeto litigioso deve denunciar da lide, pois em caso de derrota na demanda poderá exercer desde já o direito de regresso contra o alienante;
- II- O da posse indireta. O possuidor direto (locatário, usufrutuário ou credor pignoratício) pode denunciar o possuidor indireto ou proprietário do bem (locador) nas demandas ajuizadas por terceiros reivindicantes da posse, de modo que a sentença condenatória eventualmente proferida fixe desde já a responsabilidade regressiva;
- III- O do direito regressivo de indenização.

### **Procedimento**

Cumpra distinguir entre a denúncia feita pelo autor e pelo réu;

a) Denúncia feita pelo autor:

Muito embora a denúncia seja um instituto mais utilizado pelo réu, pois é ele quem se sujeitará aos efeitos de eventual sentença condenatória, permite o CPC seja ela feita por aquele que provocou a tutela jurisdicional.

Na petição inicial será pedida a citação do denunciado, juntamente com a do réu. O juiz marca o prazo para a resposta do denunciado, e o processo ficará suspenso (art. 72).

A citação deverá ser cumprida no prazo de dez dias para o residente na comarca e trinta dias para o residente em outra comarca, ou em lugar incerto (art. 72, § 1º). Não se procedendo à citação no prazo marcado, a ação prosseguirá unicamente em relação ao denunciante (art. 72, § 2º).

Efetivada a citação, o denunciado pode:

- permanecer inerte, quando a relação secundária entre denunciante e denunciado segue à sua revelia;
- comparecer e assumir a demanda, na qualidade de litisconsórcio do autor e com poderes para aditar a inicial;
- negar sua qualidade de garante, questão essa a ser solucionada na futura sentença de mérito.

b) Denúncia feita pelo réu:

A denúncia deverá ser formulada no prazo para sua resposta, em preliminar de contestação. Deferido o pedido, suspende-se o processo, com a citação do denunciado.

Este pode vir ao feito para:

- a) Afirmar sua qualidade de garante, assumindo a qualidade de litisconsorte do réu e contestando o feito;
- b) Quedar-se inerte, com o prosseguimento do feito entre as partes originais, à revelia do denunciado;
- c) Vir aos autos negar sua condição de garante, questão a ser solucionada com a sentença de mérito final.

#### **16.2.5 Chamamento ao processo**

Chamamento ao processo é o incidente pelo qual o devedor demandado chama para integrar o mesmo processo os coobrigados pela dívida, de modo a fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito (art. 77).

A finalidade do instituto é favorecer o devedor que está sendo acionado, porque amplia a demanda, para permitir a condenação também dos demais devedores, além de lhe fornecer, no mesmo processo, título executivo judicial para cobrar deles aquilo que pagar.

É uma faculdade e não uma obrigação e só o réu pode promover o chamamento ao processo.

Conforme o art. 77, é admissível o chamamento ao processo nas seguintes hipóteses:

- I- Do devedor, na ação em que o fiador for réu;
- II- Dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles;
- III- De todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

Nas hipóteses de denunciação da lide o terceiro interveniente não tem vínculo ou ligação com a parte contrária do denunciante na ação principal. A primitiva relação jurídica controvertida no processo principal diz respeito apenas ao denunciante e ao outro litigante originário. E a relação jurídica de regresso é exclusivamente entre o denunciante e o terceiro denunciado.

Já no chamamento ao processo, o réu da ação primitiva convoca para a lide, nos termos do art. 77, pessoa que tem, juntamente com ele, uma obrigação perante o autor da demanda principal, só se chama ao processo quem, pelo direito material, tenha um nexo obrigacional com o autor.

### **Procedimento**

O réu deve propor o incidente no prazo de contestação (art. 78). Recebendo a petição, o juiz suspenderá o curso do processo e será observado quanto à citação e prazos o mesmo rito da denunciação da lide, recomendado pelo art. 72 (art. 79).

Haja ou não aceitação do chamamento, pelo terceiro (chamado), ficará este vinculado ao processo, de modo que a sentença que condenar o réu terá, também, força de coisa julgada contra o chamado.

Havendo sucumbência dos devedores em conjunto, “valerá como título executivo, em favor do que satisfazer a dívida para exigi-la, por inteiro, do devedor principal ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhe tocar” (art. 80)

## **17. Da formação, suspensão e extinção do processo**

### **17.1 Da formação do processo**

O Código trata de estabelecer, no artigo 263, quando se tem por criada a relação jurídica processual, a qual vincula o autor, o juiz e o réu. A distribuição da ação, pelo que se apreende do artigo em comento, marca o início do processo quando há mais de uma vara, ou seja, mais de um juiz com igual competência. Diferentemente, nas comarcas em que haja um só juízo, ou, embora sendo mais de um, a competência de cada qual seja exclusiva, o ato inicial da formação do processo se completa com o despacho apostado pelo juiz à petição inicial.

Então, pode-se dizer que, ao receber a petição do autor, o Estado vincula-se em relação apenas linear, por força do direito de ação. Forma-se apenas um dos lados da relação processual, o lado ativo: a ligação entre autor-juiz e juiz-autor. Em uma segunda fase, com a citação do réu, a relação processual se completa com o seu lado passivo, ou seja, com a vinculação entre réu-juiz e juiz-réu.

A propositura da ação, todavia, só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 219 se a citação for válida (art. 263, 2ª parte).

#### **Necessidade da citação**

É relevante que, após o despacho ou a distribuição da petição inicial, o autor providencie para que o mandado de citação seja expedido, citando-se o demandado. O prazo, para tanto, é de 10 (dez) dias, podendo ser prorrogado de ofício pelo juiz (artigos 219, §§2º e 3º).

Não efetuada a citação, como já afirmado, deixa-se de angularizar a relação jurídica processual, tendo-se, como conseqüência, a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 265, IV).

É bem verdade que, em determinadas causas, não há essa angularidade da relação jurídica processual, razão pela qual não se exige a citação. Os exemplos trazidos por Pontes de Miranda são os seguintes: separação judicial por mútuo consentimento (art. 34 da Lei 6.515/77 e arts. 1.120-1.124 do CPC) e conversão da separação judicial em divórcio pedida por ambos os cônjuges. No último caso, a citação somente cabe se só um dos cônjuges pedir a conversão (Lei 6.515, art. 36).

#### **Inalterabilidade do pedido e da causa de pedir após a citação**

No momento em que o réu é citado validamente, aperfeiçoa-se a relação processual e o processo adquire estabilidade. A lide exposta pelo autor, na inicial, passa a ser objeto do processo, ocorrendo, outrossim, a fixação tanto de seus elementos objetivos como subjetivos.

Em conseqüência, segundo Humberto Theodoro Júnior, não mais se permite, desde então:

- a) a modificação do *pedido* ou da *causa de pedir*, salvo acordo com o réu;
- b) a alteração das partes litigantes, salvo as substituições permitidas por lei;

c) a alteração do juízo, pois se vincula pela propositura da ação (art. 87); mas essa vinculação é do órgão (*juízo*) e não da pessoa física do *juiz*, e recebe a denominação de *perpetuatio iurisdictionis*.

Como decorrência, o código prevê (artigo 264, *caput*) que, depois da citação, o autor estará impossibilitado de modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Assim, para a modificação de que trata o artigo 264, o réu deverá ser novamente citado antes da contestação.

No que concerne à causa de pedir, o autor tanto poderá substituir por outra a causa declinada na petição inicial, como poderá acrescentar novas a que já invocou ou mesmo subtrair alguma das causas indicadas.

Relativamente ao pedido, a modificação introduzida no art. 294 do CPC, pela Lei 8.718/93, alterou a proibição de formular pedido novo omitido na petição inicial. O texto agora vigente permite ao autor aditar (novo texto do art. 294) como modificar (disposição do art. 264) o pedido, contanto que o faça antes da citação do réu, ou do primeiro dos réus se for mais de um. É possível, outrossim, mesmo depois da citação, alterar o pedido ou a causa de pedir, se com isso o réu aquiescer.

### **Alteração do pedido**

Todavia, há um limite temporal à faculdade de alterar o pedido ou a causa de pedir. Esse momento é o saneamento do processo (art. 331, CPC). Vencida essa fase, nem por acordo as partes poderão modificar o pedido. O saneamento é, portanto, o termo final para que o autor possa, com o consentimento do réu, alterar o pedido ou a causa de pedir.

Havendo mais de um réu, enquanto não realizadas todas as citações, a modificação do pedido ou da causa de pedir é possível, mesmo sem o consentimento dos réus já citados. Mas, havendo a modificação, os réus já citados deverão sê-lo novamente, para que possam tomar conhecimento da modificação.

Outrossim, oportuno referir que o art. 294 do CPC repete, em linhas gerais, o que já dissera, de forma mais perfeita, o art. 264 (prevê a possibilidade não só de aditar o pedido, mas de modificá-lo por completo, alterando também a *causa petendi*). Por esse motivo, considera-se que a importância desse dispositivo está na previsão contida em sua segunda parte, quando atribui exclusivamente ao autor a responsabilidade pelas despesas decorrentes da modificação do pedido ou da causa de pedir.

#### **Direito superveniente**

As regras peculiares à estabilização do processo, que importam em não ser permitida a alteração da causa de pedir ou do pedido, nem mesmo com o consentimento deste, após o saneamento do processo, não excluem, porém, a aplicação do direito superveniente.

A aplicação do direito superveniente, seja em favor do autor, seja em favor do réu, está explícita no código em diversos dispositivos, a saber: art. 303, I, a propósito da alegações “relativas a direito superveniente”; art. 462, acerca dos “fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito”. No primeiro caso, a lei consente ao réu ampliar a defesa formulada com a contestação; no segundo, autoriza o juiz a tomar em consideração, mesmo de ofício, os fatos supervenientes, que influam em prol do direito do autor ou das alegações do réu.

#### **Substituição das partes**

Pontes de Miranda, diz que a substituição dos figurantes da relação jurídica processual pode se dar por força da lei, ou permitida pela lei.

Como exemplo da segunda hipótese, aponta a nomeação à autoria – que deve ser requerida no prazo para a defesa (art. 64, CPC). Se o autor recusar o nomeado, ou quando este negar a qualidade que lhe é atribuída (art. 67, CPC), a nomeação fica sem produzir efeito de substituição da parte que se diz ilegítima.

A sucessão entre vivos também é classificada pelo autor como facultativa (permitida em lei), desde que a outra parte consinta. Mas, ainda que não o consinta, poderá o adquirente ou cessionário intervir no processo como assistente do cedente ou alienante.

Nesse sentido, estabeleceu o legislador, no artigo 42 do CPC, que eventual alienação da coisa ou direito litigioso, entre vivos, não modifica a legitimidade *ad causam*, isto é, não altera a feição subjetiva da relação processual que já se estabilizou com a citação. Mas, permite a alteração das partes em razão da alienação do objeto litigioso se a parte contrária concordar com a sucessão processual. Havendo a sucessão, o sucessor torna-se parte na relação processual. Caso não haja concordância, permanece inalterada a relação subjetiva no processo, devendo prosseguir entre as mesmas partes originárias. Nesse último caso, o alienante que permanece no processo não defende mais direito seu, mas de outrem, isto é, do adquirente.

De outro lado, substituição imposta por lei é a que acontece em caso de morte do autor ou de morte do réu (quando são aplicáveis as disposições do artigo 12, V, § 1º, CPC), bem como na hipótese de extinção da pessoa jurídica.

## **17.2 Da suspensão do processo**

### **Conceito**

A suspensão do processo consiste na paralisação da marcha dos atos processuais, até que a causa suspensiva desapareça. Diferentemente dos fatos extintivos, nas hipóteses de simples suspensão, tão logo cesse o evento que a causou, a movimentação do processo se restabelece. A suspensão, na verdade, apenas inibe o andamento do feito, mas não elimina o vínculo jurídico emanado da relação processual.

Na conformidade do que reza o art. 180, os prazos iniciados antes da suspensão não ficam prejudicados na parte já transcorrida. Cessada a causa geradora da paralisação do feito, sua fluência restabelece-se, restituindo-se à parte o prazo que faltava quando da suspensão.

Só se praticam, no interregno da suspensão, atos urgentes, a fim de se evitar dano irreparável (CPC, art. 266).

### **Os casos de suspensão do processo**

Prevê o art. 265 causas de ordem física, lógica e jurídica para a suspensão do processo e que são as seguintes:

- I - a morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;
- II - a convenção das partes;

III – a oposição de exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz;

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo;

c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente;

V - motivo de força maior;

VI - demais casos, que este Código regula.

#### **Suspensão por morte da parte**

Com o falecimento de uma das partes o processo terá seu curso suspenso, porquanto desaparece um dos sujeitos da relação processual. Em que pese a previsão do art. 1784 do novo Código Civil de que é imediata a transferência de direitos e obrigações do falecido a seus herdeiros, faz-se necessária a habilitação no processo (art. 1055, CPC), pelo respectivo espólio ou sucessores (art. 43, CPC), bem como a constituição de novo advogado, pois a morte extingue o mandato anterior (art. 682, CC).

Nos casos de direito intransmissível, a morte ocasiona não apenas a suspensão, mas a extinção do processo pendente (art. 267, IX). Os exemplos dados por Humberto Theodoro Júnior são as ações de separação conjugal, alimentos, divórcio, interdição.

Suspensa o processo, e tendo havido a habilitação dos sucessores (art. 1.055 a 1.062 do CPC), o procedimento retoma sua caminhada, ocorrendo a sucessão das partes, passando os sucessores a figurarem na mesma condição processual antes ocupada pelo sucedido. O Código, no entanto, prevê conseqüências para aqueles que não vierem a se habilitar: se for em relação aos sucessores do réu, o processo segue a sua revelia. Omitindo-se os autores, o feito é extinto por abandono (art. 267, III, CPC).

#### **Por morte ou incapacidade do defensor**

Se a parte tinha um único defensor e esse morre no curso da demanda, ficará ela privada de defesa técnica. Em razão disso, o processo, mesmo depois de iniciada a audiência, não poderá prosseguir, sendo caso de determinar sua suspensão, para que a parte, depois de intimada, constitua novo mandatário.

Ao autor, falecido o seu procurador, caberá nomear outro advogado no prazo legal. Não o fazendo, o processo será declarado extinto, sem julgamento do mérito, arcando a parte omissa com as despesas processuais e honorários advocatícios. Tratando-se de inércia do réu, mandará juiz que, decorrido o prazo da lei, o processo tenha seguimento à sua revelia (CPC, art. 265, § 2º).

Quanto à incapacidade civil do advogado, as hipóteses de ocorrência são as mesmas previstas para a pessoa física, cujo rol está no Código Civil (art. 3º, incs. II, e III; art. 4º, II; art. 1.767, II e III). Outrossim, pode o advogado perder a capacidade postulatória

quando vem a ser profissionalmente inabilidade pela Ordem dos Advogados do Brasil, nos casos de exclusão ou suspensão (Lei nº 8.906/94, arts. 11 e 12).

### **Por morte do representante legal**

Segundo a lei civil (CC, arts. 3º e 4º), o representante legal cuja morte conduz à suspensão do processo é a pessoa encarregada da representação ou assistência dos incapazes. Estamos falando dos genitores no exercício do pátrio poder (CC, arts. 1634, V), dos tutores (CC, art. 1728), dos curadores (CC, art. 1767), ou, ainda, do curador especial nomeado para a causa pelo juiz (CPC, arts. 8º, 9º, e 218, § 2º).

Os incapazes (relativa ou absolutamente) carecem de capacidade para estar em juízo e, por isso, na falta de seu representante ou assistente, ficam no processo em situação irregular. Daí porque o feito não pode prosseguir, tal como sucede quando falece a própria parte. Mas aqui há uma particularidade que distingue as duas situações. Decorrido algum tempo da suspensão do processo e não tendo se apresentado para ao juiz um novo representante, o magistrado deverá nomear curador especial para o incapaz (CPC, art. 9º, I). Não se aplicam, nesse caso, as sanções previstas nos incisos I a III, do art. 13 do CPC: extinção do feito e revelia do réu incapaz privado do representante. E isso porque não teria eficácia qualquer intimação ao incapaz para que promovesse a investidura de outra pessoa no *múnus* de representação legal.

### **Por perda da capacidade processual**

A parte pode vir a perder, no curso da demanda, a capacidade de estar em juízo, o que lhe acontecerá quando lhe sobrevier incapacidade mental ou física de reger a própria vida e os bens (incapacidade absoluta e relativa - CPC, arts. 3º e 4º). Como é sabido, a capacidade de exercício, disciplinada pelo CPC nos artigos 7º a 9º, é pressuposto de validade da relação processual. Disso decorre a necessidade, prevista pela lei adjetiva, de suspender o

processo quando uma parte se torna incapaz, para que, então, venha a ser representada por curador. Se, intimado, ele não se apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, o processo se extingue (omissão do representante do autor), ou segue à revelia (omissão do representante do réu). Trata-se de interpretação analógica do artigo 265, § 2º, que dá esse prazo para que a parte capaz constitua novo defensor em caso de morte do seu constituído. Outrossim, quando a parte incapacitada não tiver curador, ou enquanto ainda não o tenha, a defesa será feita por curador especial, nomeado pelo juízo (artigo 9º, I).

### **Por irregularidade na representação**

Trata, a hipótese, de incapaz que está no processo sem representante legal (pais, tutor, curador). Se não tiver quem o represente, ou sempre que o juiz desconheça a respeito, a lei prevê que lhe seja nomeado curador especial. (art. 9º, I, do CPC). A irregularidade na representação processual (art. 13, I) se assemelha à perda da capacidade processual por qualquer das partes (art. 265, I, CPC), mas com ela não se confunde. É que na situação prevista no artigo 13, a incapacidade já vem do início do processo, ao passo que naquela de que trata o artigo 265 é superveniente.

Também, há irregularidade na representação (do representante judicial da parte) quando a procuração existente nos autos não é suficiente ou apresenta defeitos, ou quando falta a exibição do estatuto social da pessoa jurídica.

### **Por convenção das partes**

O inciso II do artigo 265 contempla a possibilidade de o processo suspender-se por iniciativa das partes, que assim tenham convencionado. Tendo-se presente que a convenção é negócio jurídico processual entre as partes (CPC, art. 158), entende um segmento da doutrina que a decretação da suspensão do processo, nesse caso, é ato vinculado do juiz e não discricionário, não lhe sendo dado vetar a suspensão.

A possibilidade de as partes poderem convencionar a suspensão do processo, na forma do artigo 265, II, do CPC, sofre algumas limitações, impostas pela lei processual, a saber:

- a) não pode ultrapassar o prazo de 6 (seis) meses (CPC, art. 265, § 3º), ressalvada a exceção prevista no art. 792 do CPC, quando o credor houver concedido prazo “para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação”;
- b) não terá cabimento quando qualquer ato processual estiver em curso, como, por exemplo, quando já tiver sido iniciada a audiência de instrução e julgamento; quando estiver fluindo o prazo para a prolação da sentença (art. 456) ou para a lavratura e publicação do acórdão (art. 564) ;
- c) não apanha os prazos para recurso, já iniciados;
- d) não tem lugar para os atos já praticados;
- e) não é cabível em se tratando de prazos peremptórios (art. 182,1ª parte), pois, se é defeso às partes reduzi-los ou prorrogá-los, fica vedada, também, a suspensão.

**Por incompetência, suspeição e impedimento do juiz**

O artigo 265, III, cuida da suspensão do processo quando tenha sido oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz.

A lei está a se referir à incompetência relativa. Não se cogitou de incompetência absoluta, porquanto essa não é argüida por meio de exceção. O juiz tem de declará-la de ofício (art. 113), podendo ainda ser alegada pela parte a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Quer dizer, nessa espécie de exceção (a absoluta), o processo não se suspende: ou acolhe-se de imediato ou rejeita-se de imediato a alegação de incompetência.

Em conseqüência da interposição da exceção de incompetência relativa, pára de fluir o prazo para oferecer respostas de outra natureza, como contestação, reconvenção, impugnação ao valor da causa, etc. O procedimento principal permanece suspenso até o momento em que parte tenha sido cientificada da decisão que, em primeiro grau de jurisdição, tenha julgado a exceção. Acolhida, os prazos só se iniciam quando o interessado tomar conhecimento, mediante intimação de que os autos de que os autos chegaram ao juízo 'ad quem'.

Do mesmo modo, suspende-se o processo quando houver sido interposta exceção de suspeição ou impedimento do juiz. Tais exceções visam a garantir a imparcialidade do juiz, afastando a decisão do julgador que, por qualquer das razões elencadas nos artigos 134 e 135 do CPC, puder ser considerado suspeito ou impedido (arts. 312 a 314, CPC). Nessa hipótese, a suspensão do processo terminará: a) quando o juiz, reconhecendo-se suspeito ou impedido, abster-se de continuar no julgamento da causa, remetendo os autos ao seu substituto (art. 313, CPC); b) quando o tribunal vier a julgar a exceção.

#### **Por prejudicialidade**

O processo também é suspenso sempre que a sentença de mérito estiver na dependência de solução de uma questão prejudicial que é objeto de outro processo ou de prova a ser requisitada a outro juízo.

As prejudiciais da sentença impedem-lhe a prolação enquanto não forem solucionadas, por constituírem antecedente lógico do julgamento do processo principal. Podem ser internas quando submetidas à apreciação do mesmo juiz que vai julgar a causa principal. São externas quando objeto de outro processo pendente.

Se a prejudicial é interna, ou seja, proposta no bojo dos próprios autos em que a lide deve ser julgada, não há suspensão do processo.

A hipótese contida na alínea *c* do inciso IV do art. 265 já está contida na alínea *a*, porque ela cuida de uma específica hipótese de prejudicialidade que, por força desta já conduziria à suspensão do processo ainda quando nada se dispusesse de modo explícito quanto a ela. Pendendo um processo sobre *ação de estado* cujo deslinde determine o julgamento a ser proferido em um outro, suspende-se este em razão da nítida relação de prejudicialidade existente entre as duas causas. Trata-se, na alínea *c* tanto quanto na alínea *a*, de uma prejudicialidade externa.

A hipótese de suspensão prevista na alínea *b* ocorre quando uma prova, geralmente testemunhal, seja requisitada a outro juízo, mediante carta precatória ou rogatória. Como o CPC manda ouvir as testemunhas arroladas pelo autor antes das arroladas pelo réu (art. 413), a tendência dos juízos é suspender o processo, sem a inquirição destas, quando a precatória houver sido expedida para ouvir uma daquelas. Se, em contrapartida, a testemunha tiver sido arrolada pelo réu, o processo se suspende quando, produzida toda a prova oral, só restar essa pendente.

**Por motivo de força maior**

É uma impossibilidade de ordem física ou natural (e.g. um incêndio, ou uma epidemia, uma inundação, uma revolução, uma guerra) que impeçam o funcionamento das atividades judiciais, e, por via de consequência, o regular andamento do feito.

#### **Outros casos legais de suspensão**

Entre outras hipóteses, a suspensão poderá ocorrer:

- a) verificada pelo juiz a incapacidade processual ou irregularidade da representação da parte (art. 13);
- b) em razão da intervenção de terceiros, sob a forma de nomeação à autoria (art. 64), denunciação da lide (art. 72), chamamento do processo (art. 79) e oposição (art. 60);
- c) pelo incidente de falsidade documental proposto após a instrução da causa (art. 394);
- d) nos casos de atentado (art. 881), etc.

### **17.3 Da extinção do processo**

A relação processual se estabelece com o objetivo de compor ou solucionar a lide. Quando essa meta é alcançada, diz-se que o processo se extinguiu com julgamento do mérito (art. 269), tendo resolvido o litígio por meio da prestação jurisdicional. Se, no entanto, termina de modo anormal, sem decidir a causa, fala-se que seu desfecho foi sem julgamento de mérito (art. 267).

O Código agrupa as causas de extinção do processo sem julgamento de em três categorias: a) os pressupostos processuais positivos (que compreendem os requisitos para a constituição de uma relação processual válida, ou seja, com viabilidade de desenvolver-se regularmente); b) as condições da ação (como parcela que se destaca do mérito e imune à

coisa julgada), e c) os pressupostos negativos, impeditivos do julgamento do mérito (circunstâncias alheias à relação processual, como a litispendência, a coisa julgada, a perempção, a caução, o depósito prévio da custas, o abandono da causa, e a desistência da ação).

### **Extinção do processo sem julgamento do mérito**

Segundo o texto do art. 267, são os seguintes casos que provocam a extinção do processo sem julgamento do mérito:

**Art. 267** - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

**I** - quando o juiz indeferir a petição inicial;

**II** - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

**III** - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

**IV** - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

**V** - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

**VI** - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

**VII** - pela convenção de arbitragem;

**VIII** - quando o autor desistir da ação;

**IX** - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

#### **Indeferimento da inicial**

O indeferimento da inicial é simples despacho, que, por isso não tem efeito preclusivo, de sorte que, mesmo depois da contestação, o juiz poderá voltar ao exame da matéria e, uma vez reconhecida a inépcia da petição com que o autor abriu a relação processual, ser-lhe é lícito decretar a extinção do processo.

#### **Paralisação do processo por negligência das partes**

A paralisação do processo por inércia das partes faz presumir o desinteresse em obter a prestação da tutela jurisdicional. Por isso, a lei prevê que, havendo negligência dos litigantes em dar andamento ao feito, a consequência será a extinção do processo sem julgamento do mérito. Bastará o decurso do tempo para que a hipótese se tenha por verificada.

O artigo 267, II, fala em negligência das partes, mas poderá ser de uma, de algumas ou de todas. Para que a hipótese de extinção se configure, é necessário que o processo permaneça parado por mais de 1 (um) ano sem que nenhuma das partes haja praticado atos no processo.

A extinção pode ocorrer por iniciativa da parte ou do Ministério Público, e, ainda, ser decretada de ofício pelo juiz. Em qualquer hipótese, todavia, a extinção do processo não se dá de forma automática. Antes, o juiz mandará intimar a parte, pessoalmente, por mandado, para dar andamento no feito, em 48 horas. Não ultimada essa providência, e

persistindo a inércia, será possível, então, que o magistrado, por sentença, declare a extinção do processo e determine o arquivamento dos autos, tal como prevê o artigo 267, § 1º, do CPC.

#### **Abandono da causa por mais de trinta dias**

Aqui, ao contrário do que sucede na hipótese do inciso II, a extinção do processo constitui penalidade imposta ao autor negligente, razão pela qual, agora, há de ser considerado o elemento subjetivo, isto é, a intenção deliberada de abandonar o processo, o que presume o ânimo de não atuar.

Não sendo o réu revel, o juiz deverá, antes de determinar a extinção do processo, ouvir o demandado, na medida em que este também tem interesse na composição da lide, por meio da sentença de mérito, podendo eventualmente diligenciar para contornar a omissão do autor e propiciar o andamento do feito paralisado.

#### **Ausência dos pressupostos processuais**

Como requisitos necessários à formação e desenvolvimento regular da relação processual, os pressupostos processuais devem ser apreciados de ofício pelo juiz (art. 267, § 3º) assim que lhe for apresentada a petição inicial e durante todo o desenrolar do processo, mesmo que as partes nada tenham alegado a respeito. Sabidamente, não se confundem com as condições da ação (inciso VI) e nada têm a ver com o mérito da causa. Compreendem, na verdade, questões relativas à relação processual, de modo que a sentença que nega a existência dos pressupostos processuais não nega a existência da ação (em sentido processual), apenas afirma que não pode se fazer valer naquele processo. A ausência dos pressupostos processuais torna irregular, inválido o processo.

O Código simplificou o assunto catalogando o que entende por pressupostos processuais no art. 301. Tanto nos casos previstos neste inciso, como nos incisos V e VI, o juiz poderá extinguir o processo, respondendo o réu pelas custas de retardamento se não alegar o fato em tempo hábil.

### **Da perempção**

Quando o autor, por três vezes, der causa à extinção do processo pelo fundamento previsto no artigo 267, III (abandono da causa), ocorre o fenômeno denominado perempção, que significa a perda do direito de renovar a mesma ação (art. 268, parágrafo único). A parte, todavia, poderá invocar seu direito como matéria de defesa, em eventual ação contra ela intentada.

### **Da litispendência**

A litispendência ocorre quando se repete ação idêntica a uma que se encontra em curso. Por ação idêntica deve se entender aquela que tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato). É causa de extinção da segunda ação (aquela em que o réu foi por último citado, ou aquela posteriormente distribuída, quando se está diante de citação ocorrida no mesmo dia). Assim, a afirmação de litispendência encerra o novo processo, a menos que o primeiro seja extinto antes de solucionada a objeção de litispendência suscitada no segundo, quando, então, este último prossegue normalmente, uma vez que desaparece o óbice que se lhe antepunha.

Mas, suponhamos que o processo precedentemente instaurado também seja extinto sem julgamento do mérito (por outra razão, evidentemente). Nessa hipótese, o autor ficará livre, por força do que reza o art. 268, para intentar de novo a ação.

### **Da coisa julgada**

Há coisa julgada “quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não cabia recurso”. Existe, a toda evidência, correlação entre coisa julgada e litispendência. A primeira diz com causas em andamento simultâneo; a segunda, em andamento sucessivo, ou seja, refere-se à propositura de ação que já fora decidida por sentença.

O artigo 467 do CPC define a coisa julgada em seu duplo aspecto: material e formal. Fala-se em coisa julgada material quando o ato decisório resolve o mérito da causa, decidindo a lide e impedindo, conseqüentemente, que ação seja novamente proposta. É a imutabilidade da sentença fora do processo em que foi prolatada; portanto, relativamente a outros feitos judiciais. Coisa julgada formal, de outro lado, refere-se à indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo; logo obstaculiza as partes e o mesmo juiz de decidir a questão.

### **Ausência de condições da ação**

O artigo 267, VI, do CPC afirma que se extingue o processo, sem julgamento de mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação. Segundo o Código são três as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual.

### **Pela convenção de arbitragem**

A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, contempla a hipótese de as partes, capazes de contratar, elegerem um árbitro para resolver os seus conflitos, renunciando à jurisdição estatal.

Nesse caso, denunciada, em juízo, a existência da convenção, o processo é extinto sem julgamento de mérito. Mas, se ambas as partes a ela renunciarem, deixa de ser pressuposto (negativo) do julgamento do mérito.

A matéria deverá ser alegada pelo réu (CPC, art. 301, IX, e § 4º), não podendo ser conhecida de ofício. Além disso, só as relações jurídicas disponíveis (art. 1º da aludida Lei) são passíveis de solução por essa via.

#### **Quando o autor desistir da ação**

A desistência é ato unilateral do autor, de modo que, desistindo, pode ele voltar a juízo com a mesma demanda. A desistência é da ação em sentido processual. Daí porque não é dado pensar que, com a desistência, tenha o autor renunciado ao direito de ação (sentido material) em relação ao objeto do processo.

Situação bem diferentemente, todavia, e que com a desistência não se confunde, é a renúncia (CPC, art. 269, V), que tem por objeto o direito material, ou seja, o próprio direito subjetivo afirmado na inicial. Aqui a extinção do processo é com julgamento de mérito, porquanto a própria pretensão, com a renúncia, deixa de existir.

Importante referir que, depois de decorrido o prazo para a resposta, a desistência só produzirá efeitos se com ela consentir o réu (art. 267, § 4º, CPC). Sendo o réu revel, não há necessidade de colher-se sua anuência para que o autor possa desistir da ação.

### **Por intransmissibilidade do direito material**

A causa de extinção, neste caso, não é da ação, mas do direito posto em juízo, porquanto intransmissível. O exemplo clássico é o da ação de divórcio em que o réu venha a falecer. Como o direito, no caso, é personalíssimo, o processo será extinto em qualquer fase.

### **Quando ocorrer a confusão entre o autor e o réu**

A hipótese está regulada no inciso X do artigo 267 do CPC. Cuida-se de aplicação da regra prevista no artigo 381 do novo Código Civil, que assim reza:

*Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.*

A confusão, como dispõe o diploma substantivo (art. 382) pode ser total ou parcial. Se não abranger toda a dívida, o processo prossegue quanto à parte não atingida.

### **Outros casos de extinção do processo sem julgamento de mérito**

Afora as hipóteses enunciadas no art. 267, a lei processual indica outras tantas de extinção do processo sem julgamento de mérito.

Os exemplos citados por Egas Moniz de Aragão são os seguintes:

- a) art. 13, I - a extinção resulta do fato de o autor não haver suprido, no prazo assinalado pelo juiz, sua falta de capacidade ou a irregularidade da representação processual;
  
- b) art. 47, parágrafo único - a extinção decorre de o autor não haver promovido, no prazo assinalado pelo juiz, a citação inicial de litisconsortes, cuja presença fora reputada indispensável à eficácia da sentença;
  
- c) art. 265, § 2º- a extinção tem como causa o fato de o autor não haver nomeado, no prazo legal, novo advogado, em vista do falecimento daquele que o representava.

Trata-se, como complementa o autor, “de pressupostos processuais subjetivos, ligados à parte, cuja ausência impede que o processo tenha desenvolvimento válido”.

#### **Apreciação de ofício das matérias indicadas nos incisos IV, V, e VI**

O art. 267, § 3º, do CPC autoriza o juiz “conhecer de ofício em qualquer tempo e qualquer grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria constante dos nºs. IV, V, VI”. Os mencionados incisos tratam dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, da preempção, da litispendência, da coisa julgada e das condições da ação.

#### **Repropositura da ação**

O art. 268 do CPC assegura ao autor o direito de intentar novamente a ação, nos casos em que o processo tenha sido extinto sem julgamento de mérito. O preceito

ressalva, porém, as hipóteses em que a extinção tenha se dado em decorrência da preempção, da litispendência e da coisa julgada.

### **Extinção do processo com julgamento do mérito**

#### **Por acolhimento ou rejeição do pedido do autor**

Aqui, a pretensão do autor e a resistência do réu, depois de examinadas as alegações, a prova produzida e o direito das partes, encontram uma solução. Aprecia-se o pedido feito na ação, que não se confunde, como já tivemos oportunidade de destacar, com o exercício da pretensão pré-processual à tutela jurídica. Julga-se o mérito, pondo-se fim à lide.

Ao contrário da sentença prolatada nos casos do art. 267 do CPC, a proferida nas situações elencadas pela norma do art. 269 é de mérito, sendo atingida pela coisa julgada.

Pode acontecer, segundo bem observa Nelson Nery Júnior que o juiz profira ato judicial examinando uma das matérias enumeradas no artigo 269. Nesse caso, argumenta o autor, o ato só será sentença, dentro do sistema do CPC, se tiver aptidão para extinguir o processo.

#### **Quando o réu reconhecer a procedência do pedido formulado pelo autor**

Necessário distinguir, neste tópico, a confissão e o reconhecimento da procedência do pedido.

O artigo 348 do CPC dispõe que “há confissão quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”. Refere-se à

admissibilidade dos fatos narrados e não ao direito. Constitui meio de prova e pode ser feita tanto pelo autor quanto pelo réu.

O reconhecimento do pedido, ao contrário, é ato privativo do réu. Seu objeto, portanto, é o próprio direito. Consiste na admissão de que a pretensão do autor é fundada e, portanto, deve ser julgada procedente.

Quem reconhece a procedência do pedido, perde a causa, responsabilizando-se, em conseqüência, pelo principal e despesas processuais (art. 26 do CPC). Quem confessa, no entanto, pode perfeitamente ganhar a ação, pois a confissão se relaciona unicamente a fatos e estes fatos, os narrados pelo autor, nem sempre conduzem à procedência da demanda. A confissão dos fatos não implica a confissão do direito.

Humberto Theodoro Júnior e Nelson Nery Júnior pensam que o reconhecimento do pedido acarreta a automática procedência do pedido, constituindo-se em circunstância limitadora do livre convencimento do juiz.

### **Pela transação**

O Código Civil conceitua a transação como sendo o meio pelo qual os interessados podem prevenir ou terminar litígios mediante concessões mútuas.

É forma de autocomposição da lide, tal como ocorre com o reconhecimento do pedido. As partes antecipam o fim do processo, compondo a lide elas próprias e dispensando o pronunciamento do órgão jurisdicional a respeito das suas pretensões.

A transação pressupõe sacrifício recíproco, ou seja, cada parte renuncia à parte de sua pretensão. Se um dos litigantes for beneficiado sem ser também sacrificado, tem-se, em verdade, reconhecimento ou renúncia e não transação. Também a transação, uma vez homologada, é exeqüível, sem que preexista sentença apreciando o mérito. O magistrado apenas verifica a validade do ato.

Para que tenha cabimento a transação, as partes devem ser capazes (do contrário precisarão de consentimento alheio) e os direitos envolvidos devem ser disponíveis.

### **Pela prescrição e decadência**

A decadência e a prescrição, assinala Humberto Theodoro Júnior, são efeitos que o transcurso do tempo pode produzir sobre os direitos subjetivos, no tocante à sua eficácia e exigibilidade.

A decadência não depende de provocação da parte interessada; já a prescrição, que é renunciável, depende de invocação pela parte a que beneficia, sempre que o litígio verse sobre questões de natureza patrimonial.

### **Renúncia ao direito**

A renúncia difere da desistência, prevista no art. 267, VIII, do CPC, na medida em que está põe fim ao processo, sem que a solução da lide sofra qualquer conseqüência. Daí porque a desistência não impede a renovação da ação.

A renúncia, não depende de assentimento da outra parte, como sucede com a desistência (art. 267, § 4º), pois nenhum interesse teria o réu de a ela se opor, porquanto

implica em composição da lide a seu favor. Isto não significa, como pondera Aragão, que a renúncia atinja direitos exercidos pelo réu, como a reconvenção. “Se ocorrer a renúncia à ação, prosseguirá a reconvenção, da mesma forma que, embora renunciado, o direito em que se funda esta, prosseguirá a outra.”

## **18. Do procedimento**

Procedimento e a forma de exteriorização e materialização do processo, ou seja, a maneira pela qual o instrumento estatal de composição de litígios se mostra no mundo jurídico e que não pode ser confundido com o termo jurídico “rito”, já que este corresponde a simples seqüência de atos coordenados com a finalidade de obtenção da sentença.

### **18.1 Procedimento comum**

Em nosso ordenamento há diversas formas de procedimento para amparar as diversas situações passíveis de conflitos a serem deduzidas em juízo. Neste diapasão há um procedimento comum, aplicável a todos os casos em que a natureza do direito material alegado pela parte não demande a utilização de regras especiais.

Encontra-se definido em lei dois tipos de ritos para o procedimento comum, o ordinário e o sumário.

#### **18.1.1 Rito ordinário**

Neste rito do procedimento comum encontra-se a nítida divisão entre as fases postulatória, ordinatória, probatória e decisória, com predominância da forma escrita.

É o aplicável quando não cabível o rito sumário ou qualquer procedimento especial previsto em lei, além de possuir natureza informativa de todos os demais processos de conhecimento encontrados no Código de Processo Civil (art. 272, parágrafo único).

O legislador fez nítida opção por regulamentar minuciosamente apenas o procedimento de rito ordinário, sendo que todos os demais têm estabelecidas apenas as regras diferenciadoras que lhes caracterizam.

- a. - Fase postulatória: é composta da petição inicial, citação, eventual resposta do réu e corresponde à fase em que as partes vêm a juízo formular suas pretensões, trazendo os motivos de fato e de direito que entendem suficientes para a formação da convicção do julgador (CPC, arts. 282 a 318);
  
- Fase ordinária: é a fase em que o juiz verifica a regularidade e correção do processo, sendo composta das providências preliminares e do saneador (CPC, arts. 319 a 331);
  
- Fase probatória: corresponde à fase em que as partes irão demonstrar a veracidade dos fatos por elas narradas na inicial (fatos constitutivos do direito do autor) ou na contestação do réu (fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor) (CPC, arts. 332 a 457);
  
- Fase decisória: é aquela em que o juiz, estando o processo completo e devidamente instruído, profere a sua decisão (CPC, arts. 458 a 475).

### 18.1.2 Rito sumário

Ao contrário do rito ordinário, o sumário tem como principais características a oralidade, a celeridade e a concentração de atos processuais. As hipóteses de cabimento do rito sumário estão previstas no art. 275 do CPC.

O primeiro critério de fixação é o do valor da causa, sendo o rito sumário aplicável em todos os casos em que ele não ultrapasse sessenta vezes o valor do salário mínimo, irrelevante a natureza do direito material versado na petição inicial (CPC, art. 275, I);

O segundo critério é o da matéria, aplicável independentemente do valor dado à causa, conforme previsão do inciso II, do art. 275. São as causas que versam sobre:

- a) Arrendamento rural ou de parceria agrícola;
- b) Cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;
- c) Ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;
- d) Ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;
- e) Cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;
- f) Cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;
- g) Os demais casos previstos em lei, tais como a adjudicação compulsória (Lei nº 6.014/73); o usucapião especial (art. 5º da Lei nº 6.969/81), entre outros.

Com a reforma do CPC a concentração dos atos do rito sumário foi alterada, de apenas uma audiência de tentativa de conciliação, contestação, instrução, debates e julgamento, na qual se concentravam as fases postulatória, ordinatória, instrutória e decisória,

para duas audiências distintas. A primeira a ser realizada é a de tentativa de conciliação e apresentação de contestação (concentração das fases postulatória e ordinatória). Em sendo necessário prova oral ou pericial, mister se faz designação de uma nova audiência, em que se concentrarão as fases probatória e decisória.

O rito sumário não comporta ações que versem sobre estado ou capacidade de pessoas, não permitem ação declaratória incidental ou intervenção de terceiro, salvo assistência, recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.

A escolha do rito ordinário em detrimento do rito sumário não comporta nulidade e nem caracteriza cerceamento de defesa, seja em virtude do valor dado à causa, ou seja pela matéria versada nos autos, por ser o rito ordinário mais amplo e desconcentrado, sem qualquer limitação à amplitude do desenvolvimento da defesa das partes.

## **18.2 Procedimentos especiais**

Os procedimentos estão cada vez mais sofrendo especializações, conforme seja a natureza do direito versado nos autos. Esta especialização busca facilitar a composição dos litígios decorrentes da controvérsia das partes de um direito material especial cuja defesa demanda uma adaptação e diferenciação daquele procedimento normalmente utilizada em juízo para as lides comuns.

Os procedimentos especiais se dividem em jurisdição contenciosa ou voluntária, estando previstos no Livro IV do CPC ou em legislação extravagante.

## **19. Do processo de conhecimento**

### **19.1 Da petição inicial (arts. 282 ao 296, CPC)**

#### **Introdução**

A petição inicial, subscrita por advogado, deve conter o pedido do autor e os fundamentos jurídicos do pedido. Deve conter também todos os requisitos mencionados no artigo 282 do CPC, especialmente a indicação das provas, instruída com a procuração. Em princípio, devem ser juntados, desde logo, todos os documentos que serão usados no processo.

A inicial deve ser redigida de maneira lógica e compreensível, de modo que o réu possa entender o pedido e defender-se. Não é indispensável que o autor cite o artigo da lei em que se baseia, pois o juiz conhece a lei.

#### **Os requisitos da petição inicial**

A petição inicial indicará:

- I - o juiz ou tribunal a que é dirigida (competência);
- II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu (qualificação das partes);
- III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (causa de pedir - é a exposição da lide);

IV - o pedido, com as suas especificações (o pedido deve ser certo e determinado, pois o pedido é o objeto da ação);

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu.

Se satisfeito os requisitos do artigo 282 do CPC, o juiz observará o artigo 285 do CPC, ou seja, determinará a citação.

Caso o juiz verifique que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 dias. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial, em conformidade com o art. 295, CPC.

Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder. Do mandado constará que, em não sendo contestada a ação, os fatos articulados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu.

### **O pedido**

Dois são os tipos de pedido: o mediato (material) e o imediato.

Pedido imediato é o pedido que vem logo a seguir, aquele que imediatamente é percebido. O que o autor deseja, ou seja, a sentença. Diz respeito ao tipo de provimento jurisdicional buscado pela parte: condenação, declaração, constituição.

Pedido mediato é o próprio bem jurídico, é o bem da vida pretendido pelo autor.

O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:

- I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar, na petição, os bens demandados;
- II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito;
- III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

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

Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645, CPC).

**O valor da causa (arts. 258 ao 261, CPC)**

A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.

O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

- a) Na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação;
- b) Havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;
- c) Sendo alternativos os pedidos, o de maior valor;
- d) Se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal;
- e) Quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato;
- f) Na ação de alimentos, a soma de doze prestações mensais, pedidas pelo autor;
- g) Na ação de divisão, demarcação e de reivindicação, a estimativa oficial para lançamento do imposto.

Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de uma e outras. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a um ano;

Se, por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

O réu poderá impugnar, no prazo da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor. Não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial.

### **O indeferimento da petição inicial**

A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

Considera-se inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir; quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; quando o pedido for juridicamente impossível; quando contiver pedidos incompatíveis entre si.

II - quando a parte for manifestamente ilegítima;

III - quando o autor carecer de interesse processual;

IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5º, CPC);

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

VI - quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, § único, 1º parte, e artigo 284, CPC.

O autor da causa poderá apelar, caso a sua petição inicial for indeferida, sendo facultado ao juiz, no prazo de 48 horas, reformar a sua decisão.

Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente.

## **19.2 Da antecipação da tutela (art. 273, CPC)**

Denomina-se tutela antecipada o deferimento provisório do pedido inicial (antecipação do pedido), no todo ou em parte, com força de execução, se necessário.

O art. 273, CPC, estabelece que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

A tutela antecipada tem semelhança com a medida cautelar. A diferença é que a tutela versa sobre o adiantamento do que foi pedido na inicial, ao passo que a cautelar destina-se à solução de aspectos acessórios, com a manutenção de certas situações, até o advento da sentença na ação principal.

A tutela antecipada só pode ser concedida a requerimento da parte. A tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, prosseguindo em todo caso o processo até o final do julgamento.

O requisito do "receio de dano irreparável ou de difícil reparação" é dispensado quando o réu abusar do direito de defesa ou agir com manifesto propósito protelatório.

A tutela antecipada pode ser dada a qualquer momento no curso do processo, ouvida, ou não, a parte contrária, em decisão interlocutória. Pode até ser dada liminarmente, no recebimento da inicial.

Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588, CPC.

A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

### **19.3 Da citação (arts. 213 ao 233, CPC)**

#### **Considerações gerais**

Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de que ele tome conhecimento da ação proposta e assim apresente sua defesa.

A citação do réu é requisito essencial de validade do processo, suprida apenas se ele toma conhecimento da ação proposta de forma espontânea. Comparecendo o réu apenas para argüir a nulidade e sendo esta decretada, será considerada feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão.

A citação será efetuada em qualquer lugar em que se encontre o réu, mas deve ser sempre feita na pessoa deste ou de quem detenha poderes específicos para recebê-la, p. ex., o militar ativo deve ser citado na unidade em que estiver servindo, se não for conhecida a sua residência ou se não for encontrado nela.

Não se fará, porém, a citação, salvo para evitar o perecimento do direito:

- I - a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso;
- II - ao cônjuge ou a qualquer parente do morto, consangüíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos 7 dias seguintes;
- III - aos noivos, nos 3 primeiros dias de bodas; IV - aos doentes, enquanto grave o seu estado.

#### **A citação real e a citação ficta**

A doutrina divide a citação em real e ficta. A citação real (citação feita por correio e citação por oficial de justiça) é aquela feita pessoalmente ao réu ou a quem o represente, e gera os efeitos da revelia, caso o réu não apresente a sua contestação dentro do prazo fixado. Já na citação ficta (citação por edital e citação com hora certa) presume-se que o réu tomou conhecimento dos termos da ação por meio de edital ou pelo oficial de justiça, em não sendo encontrado pessoalmente.

### **19.3.1 Formas de citação**

A legislação prevê que a citação pode ser feita pelos seguintes modos: por correio, por oficial de justiça, por hora certa e por edital.

#### **A citação por correio (arts. 222 e 223, CPC)**

A citação por correio é a regra em processo civil. Somente não será admitida a citação por correio nas ações de resultado, quando for ré pessoa incapaz, nos processos de execução, quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência ou, ainda, quando o autor requerer outra forma de citação.

Na citação por correio, o escrivão enviará cópias da petição inicial, do despacho do juiz, advertência de se tornar o réu revel, comunicado sobre o prazo para a resposta e o endereço do respectivo juízo. A carta será enviada com recibo de AR.

#### **A citação por oficial de justiça (art. 224 ao 226, CPC)**

Quando a citação não puder ser feita por correio, ela será feita por oficial de justiça, ou seja, quando o réu morar em local não acessível à correspondência ou quando o réu for incapaz.

O mandado de citação deverá conter os requisitos previstos no art. 225, CPC: nome, endereço, advertência sobre a revelia, o dia e local do comparecimento, o prazo para a defesa etc.

O oficial ao encontrar o réu deverá ler o mandado e entregar-lhe a contrafé, obtendo a nota de ciência ou certificando que o réu recusou a assinatura.

#### **Citação por hora certa (arts. 227 ao 229 CPC)**

Quando, por 3 vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família, ou, em sua falta, qualquer vizinho, que ele retornará no dia seguinte e na hora que designar a fim de efetuar a citação.

No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência. Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca. Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará carta, telegrama ou radiograma ao réu, dando-lhe de tudo ciência.

Nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar citações ou intimações em qualquer delas.

#### **A citação por edital (art. 231 e 233, CPC)**

Será realizada citação por edital quando:

- a) desconhecido ou incerto o réu;
- b) ignorado, incerto ou inacessível o local em que se encontrar;
- c) nos casos expressos em lei.

O edital deverá conter a afirmação do autor, bem como a certidão do oficial de que o réu é desconhecido ou incerto e de que este se encontra em local incerto e não sabido.

Será afixado o edital na sede do juízo e publicado no prazo máximo de 15 dias no órgão oficial e pelo menos duas vezes na imprensa local, onde houver.

### **19.3.2 Efeitos da citação válida**

Com a citação válida torna-se prevento o juízo, há a indução da litispendência e faz-se litigiosa a coisa; e, quando ordenada por juiz incompetente, a citação constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato.

### **19.3.3 Intimação (arts. 234 ao 242, CPC)**

Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

As intimações efetuam-se de ofício, em processos pendentes, salvo disposição em contrário.

Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o MP serão contados da intimação.

As intimações consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não tenha havido expediente forense.

É importante frisar que intimação não se confunde com notificação. Intimação se refere a fatos que já ocorreram em um processo, p. ex., a intimação de uma sentença. Por outro lado, a notificação se refere a fatos futuros, p. ex., notificação de uma audiência a se realizar em determinada data.

#### **19.4 Da resposta do réu (arts. 297 ao 318, CPC)**

O réu poderá oferecer, no prazo de 15 dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa a sua defesa (resposta), por meio de contestação, exceção e reconvenção.

O réu não é obrigado a se defender, uma vez que ele também pode reconhecer o pedido do autor.

#### **Preclusão**

Se o réu não observar o princípio da eventualidade (art. 300, CPC) haverá preclusão, a qual pode ser conceituada como a perda de um direito ou de uma faculdade processual, em razão do tempo, do vencimento da matéria ou de um imperativo da lógica.

Logo, são espécies de preclusão:

1. preclusão temporal - perda do prazo;
2. preclusão consumativa - a matéria já foi resolvida no processo;
3. preclusão lógica - há uma incompatibilidade do ato anterior com o ato subsequente.

#### **19.4.1 Espécies**

##### **19.4.1.1 Contestação**

A contestação é defesa de mérito direta (resposta do réu ao pedido do autor).

Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Em conformidade com o art. 301, CPC, compete ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

- I - inexistência ou nulidade da citação;

- II - incompetência absoluta;
- III - inépcia da petição inicial;
- IV - preempção;
- V - litispendência;
- VI - coisa julgada;
- VII - conexão;
- VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
- IX - convenção de arbitragem;
- X - carência de ação;
- XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:

- forem relativas a direito superveniente;
- competir ao juiz conhecer delas de ofício;
- por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

#### **19.4.1.2 Exceção**

**A declaração de incompetência (arts. 112 ao 124, CPC)**

Argüi-se, por meio de exceção (defesa), a incompetência relativa.

A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas. Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

Prorroga-se a competência, se o réu não opuser exceção declinatória do foro e de juízo, no caso e prazo legais.

Não pode suscitar conflito a parte que, no processo, ofereceu exceção de incompetência. O conflito de competência não obsta, porém, a que a parte que o não suscitou, ofereça exceção declinatória do foro.

### **Impedimentos e suspeição (arts. 134 ao 138, CPC)**

#### **Considerações preliminares**

O impedimento e a suspeição são formas de exceção processual (defesa), pelas quais o magistrado será afastado do julgamento de determinado processo, seja de ofício seja por meio de exceção processual. Vale observar que as exceções de impedimento e suspeição também podem ser levantadas pelo autor.

A forma correta de se argüir o impedimento ou a suspeição é pelo uso das exceções. Estas deverão ser apresentadas em petição no prazo de 15 dias, contados da data da juntada da citação nos autos. Note-se que as exceções de incompetência ou de suspeição são matérias de defesa e se não apresentadas dentro do prazo estabelecido por lei, serão prorrogadas.

Se deferida pelo juiz, a exceção será apensada aos autos e suspenderá o feito até que seja julgada em primeira instância.

O excepto será intimado para apresentar sua defesa em 10 dias. A seguir, será feita a instrução da exceção e prolatada a sentença. Caso seja julgada procedente, os autos serão encaminhados ao juiz competente.

### **Os impedimentos**

Os impedimentos estão elencados no art. 134, CPC. De acordo com este artigo o juiz está impedido de exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

- I - de que for parte;
- II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;
- III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;
- IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

### **As suspeições**

As hipóteses de suspeições encontram-se disciplinadas no art. 135, CPC, sendo que o juiz será considerado suspeito nos seguintes casos:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - se alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - se ele for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - se receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - se interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

O juiz poderá, ainda, declarar-se suspeito por motivo íntimo, quando dois ou mais juízes forem parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral.

#### **19.4.1.3 Reconvenção**

A reconvenção é uma ação incidente, que o réu pode mover contra o autor, dentro do mesmo processo. Equivale a um verdadeiro contra-ataque. A reconvenção deve ter conexão com a ação principal, competir ao mesmo juiz e permitir o mesmo rito processual.

É matéria exclusiva da defesa e deve ser apresentada em peça autônoma, ao mesmo tempo em que se apresenta a contestação. Logo, conclui-se, que o prazo para sua apresentação é de 15 dias, porém, vale salientar, que ambas devem ser protocoladas juntas, no mesmo dia, mesmo que o prazo de 15 dias ainda não se tenha encerrado.

O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

O réu, ao ser apresentada a reconvenção, adquire o nome de reconvinte e/ou autor de reconvindo. O reconvindo não é citado, mas intimado, na pessoa de seu procurador, para contestá-la em 15 dias, sendo que o juiz competente para julgá-la é o mesmo que está julgando a ação principal e em sua sentença ele decidirá sobre a ação e a reconvenção. É importante frisar, também, que a reconvenção segue o mesmo rito da ação principal.

Pode haver reconvenção sem contestação, mas, nesse caso, não deixa de se caracterizar a revelia.

Não pode haver reconvenção de reconvenção, vez que a reconvenção é atitude privativa do réu.

A reconvenção é cabível somente no processo de conhecimento não sendo usada, então, no procedimento sumário, nem no processo de execução.

O réu não pode, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem.

Do indeferimento liminar da reconvenção cabe agravo de instrumento, vez que se trata de decisão interlocutória, que não põe termo ao processo.

## **19.5 Da fase ordinatória**

Esta fase inicia-se logo após a entrega da contestação. O juiz fará uma análise do processo para sanar eventuais irregularidades (providências preliminares). Ele ainda poderá extinguir o processo sem julgamento do mérito ou julgar antecipadamente a lide.

### **19.5.1 Da revelia (arts. 319 ao 324, CPC)**

Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado:

- I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;
- II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
- III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 dias.

Contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação. Poderá ele, entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra.

São efeitos da revelia:

- 1- a confissão ficta;
- 2- os prazos correm sem intimação;
- 3- pode haver o julgamento antecipado da lide

### **19.5.2 Da ação declaratória incidental**

Toda vez que houver dúvida quanto à existência ou inexistência de relação jurídica, abre-se a possibilidade do interessado ajuizar ação de cunho meramente declaratório (CPC, art. 5º).

Para o réu deve formulá-la através da reconvenção, para o autor, pode-se surgir dúvida após a contestação, autoriza o art. 325 que o autor, no prazo decadência de dez dias apresente um requerimento para que seja declarada a existência ou inexistência do direito controverso.

### **19.5.3 Dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (CPC, art. 326)**

Somente nas hipóteses expressamente previstas em lei é possível falar-se em vistas ao autor para a manifestação sobre a resposta do réu.

## **19.6 Do julgamento conforme o estado do processo**

### **Considerações preliminares**

O julgamento antecipado do processo ocorre após a fase das providências preliminares, quando o juiz, notando a presença de alguma irregularidade, irá saná-la.

Esta fase consiste na análise pelo juiz sobre a necessidade de produção de provas ou na possibilidade de se proferir uma sentença que ponha fim ao processo, quer extinguindo-o sem julgamento do mérito, quer abordando a relação jurídica de direito material.

Assim, pode-se falar que o julgamento conforme o estado do processo se dá de três formas, a saber:

1a) prevista no art. 329, CPC: quando ocorrer qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, o juiz declarará extinto o processo.

2a) prevista no art. 330, CPC: (I) - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; ou (II) - quando ocorrer a revelia e o seu efeito, art. 319, CPC.

3a) art. 331, CPC: não ocorrendo qualquer das hipóteses acima será iniciada a fase instrutória.

#### **19.6.1 Da extinção do processo (art. 329, CPC)**

Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, I a V, CPC, o juiz declarará extinto o processo.

#### **19.6.2 Do julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC)**

De acordo com o art. 330, CPC, o juiz conhecerá diretamente do pedido, ou seja, julgará antecipadamente a lide, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia.

Embora todas as formas de extinção do processo previstas nos arts. 267 e 269 são geradoras de decisões declaratórias de extinção do processo, pode ocorrer que o processo preencha todos os requisitos de admissibilidade de mérito, porém não houve nenhuma forma de autocomposição, nem tampouco ocorreu a prescrição e a decadência, e não há também a necessidade de se produzir prova em

audiência. Neste caso deve o juiz proferir uma sentença de mérito propriamente dita, após ter feito uma análise do processo em questão ante as alegações e provas documentais feitas pelas partes.

Entretanto, esta decisão pode ser proferida sem que haja a fase probatória. É onde ocorre o chamado julgamento antecipado da lide ou julgamento de mérito antecipado.

São três as hipóteses para este caso:

- a) quando a questão de mérito for unicamente de direito (onde não há controvérsia com relação aos fatos, mas tão somente quanto à interpretação jurídica dada pelo autor e suas conseqüências de direito material);
- b) quando a questão é de direito e de fato, mas não demanda produção de provas em audiência ou perícia; c) quando ocorrer a revelia.

### **19.6.3 Do saneamento do processo (art. 331, CPC)**

Segundo o art. 331 do CPC, se não for caso de extinção do processo ou julgamento antecipado da lide e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

Desta forma, pode se concluir, que o saneamento do processo pode ocorrer de duas formas:

a) pela audiência do art. 331, CPC: quando a lide versar sobre direitos disponíveis, designará o juiz audiência de conciliação no prazo de 30 dias. Uma vez instaurada a audiência tentara o juiz uma conciliação entre as partes. Sendo obtida a conciliação, esta será reduzida a termo e homologada por sentença.

Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

b) por escrito: pela análise do art. 331, CPC, fica claro que a audiência de conciliação só será realizada quando estivermos diante de direito disponível, ou seja, quando for possível a obtenção da conciliação, hipótese em que o juiz deve sanear o feito por escrito.

## **19.7 Das provas**

### **Considerações preliminares (art. 332 ao 340, CPC)**

Provar significa convencer, tornar aceitável determinada afirmação, estabelecer a verdade. Pode-se dizer que a prova, objetivamente, é todo meio suscetível de demonstrar a verdade de um argumento.

Sob o ponto de vista subjetivo a prova é destinada a formar a convicção do próprio juiz.

Destas considerações, pode-se conceituar provas como todo meio lícito, suscetível de convencer o juiz sobre a verdade de uma alegação da parte.

Há fatos que, por suas peculiaridades, não necessitam ser provados, são eles:

- a) os fatos notórios, CPC, art. 334, I;
- b) o fato cuja ocorrência seria impossível;
- c) os fatos cuja prova seja moralmente ilegítima, CPC, art. 332;
- d) os fatos impertinentes;
- e) os fatos irrelevantes;
- f) os fatos incontroversos, CPC, art. 334, III;
- g) os fatos confessados, CPC, art. 334, II.

Quanto às provas moralmente ilegítimas, incluindo-se aqui tanto aquelas que afrontam os bons costumes quanto aquelas ilícitas, que agredem a privacidade das pessoas, estas são taxativamente vedadas pela Constituição Federal (art. 5º, LVI).

A jurisprudência entende que a gravação magnética de ligações telefônicas feita clandestinamente não é meio legal nem moralmente legítimo (RTJ 84/609, 110/798 e RT 603/178), embora alguns julgados admitam a interceptação em caso de separação litigiosa (RF 286/270 e RBDP 43/137).

Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

O ônus da prova incumbe:

- I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O CPC possibilita a convenção das partes em contrato a respeito da distribuição do ônus da prova, salvo se recair o acordo sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil o exercício do direito pela parte.

Já no Código de Defesa do Consumidor também é permitida a inversão do ônus da prova, desde que presentes dois requisitos importantes: a hipossuficiência e a verossimilhança.

São ainda deveres da parte:

- I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
- II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;
- III - praticar o ato que lhe for determinado.

### **19.7.1 Tipos de prova**

#### **a) Depoimento pessoal (art. 342 ao 347, CPC).**

O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Quando o juiz não determinar o comparecimento das partes de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

A confissão, propriamente dita, ocorre, de acordo com o art. 348, CPC, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.

A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados (pena de confissão) os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.

A parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados. Todavia, a parte não é obrigada a depor de fatos:

I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.

#### **Diferença entre interrogatório judicial e depoimento pessoal**

São diferenças entre o interrogatório judicial e o depoimento pessoal: o depoimento pessoal é requerido pela parte enquanto que o interrogatório é determinado de ofício; o depoimento pessoal é meio de prova sendo que o interrogatório é meio de convencimento; no depoimento há pena de confesso, tal pena inexistente no interrogatório judicial; e finalmente o depoimento pessoal é feito uma única vez na audiência de instrução, enquanto que o interrogatório pode ser realizado a qualquer tempo, no curso do processo.

**b) Confissão (arts. 348 a 354)**

A confissão no Direito Processual Civil é considerada a rainha das provas.

A confissão pode ser conceituada como o ato pelo qual a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.

A confissão pode ser judicial ou extrajudicial: será judicial a feita no processo, podendo ser provocada ou espontânea; e será extrajudicial quando formulada fora do processo, por forma escrita ou oral, perante a parte contrária ou terceiros.

A confissão é indivisível, não podendo a parte beneficiada aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável.

A eventual retratação não invalida a confissão anteriormente firmada, porém ambas serão avaliadas e valoradas em sentença pelo juiz.

**c) Exibição de documento ou coisa (art. 355 a 363)**

Conforme o art. 355 do CPC o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder.

**d) Prova documental (arts. 364 a 399)**

É qualquer coisa capaz de demonstrar a existência de um fato. Ultrapassa o conceito de documento de prova escrita, sua forma mais comum de apresentação. É

considerada a prova mais forte do processo civil, apesar do princípio da persuasão racional facultar ao juiz o seu afastamento pelos demais meios (testemunhal e pericial) produzido nos autos.

**e) Prova testemunhal (art. 400 ao 419, CPC)**

Testemunha é o terceiro, estranho ou isento com relação às partes, que vem a Juízo trazer os seus conhecimentos a respeito de determinado fato.

A prova testemunhal é uma espécie do gênero prova oral.

**Admissibilidade e do valor da prova testemunhal**

A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

- I - já provados por documento ou confissão da parte;
- II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

### **A produção da prova testemunhal**

O momento para o requerimento da produção da prova testemunhal é o da petição inicial, para o autor, e o da contestação, para o réu.

Porém, é importante frisar que no processo sumário as testemunhas já devem ser arroladas quando da prática destes atos, enquanto que no rito ordinário o rol pode ser juntado até 5 dias antes da audiência de instrução.

É lícito a cada parte oferecer, no máximo, 10 testemunhas; mas quando qualquer das partes oferecer mais do que 3 testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes.

Primeiramente serão ouvidas as testemunhas do autor, depois as comuns, se houverem, e, finalmente, as do réu. Sempre que houver a participação do MP, na qualidade de fiscal da lei, a ele é concedido o direito de perguntar, após as partes.

Depois de apresentado o rol de testemunhas, a parte só pode substituir a testemunha:

I - que falecer;

- II - que, por enfermidade, não estiver em condições de depor;
- III - que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça.

São inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua função:

- I - o Presidente e o Vice-Presidente da República;
- II - o presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados;
- III - os ministros de Estado;
- IV - os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal e Recursos, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União;
- V - o procurador-geral da República;
- VI - os senadores e deputados federais;
- VII - os governadores dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal;
- VIII - os deputados estaduais;
- IX - os desembargadores dos Tribunais de Justiça, os juízes dos Tribunais de Alçada, os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;
- X - o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.

Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz a afirmação falsa, cala ou oculta a verdade.

**f) Prova pericial (art. 420 a 443, CPC)**

**Introdução**

A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. A avaliação visa a atribuir um valor monetário a alguma coisa ou obrigação. A vistoria destina-se a analisar o estado de um bem imóvel. O exame visa a análise do estado em que se encontra um bem móvel, semovente ou pessoas.

O juiz indeferirá a perícia quando:

- I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;
- II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- III - a verificação for impraticável.

**Perito**

Perito é a pessoa dotada de conhecimentos técnicos sobre uma determinada área das ciências naturais ou humanas, cuja função é auxiliar o juiz sobre determinado fato.

A nomeação do perito independe de qualquer compromisso formal de fiel cumprimento das atribuições a ele destinadas, pois sua responsabilidade decorre pura e simplesmente da lei.

Por exercer função pública o perito também se submete às recusas decorrentes de impedimento ou suspeição, além de sujeitar-se aos delitos próprios dos funcionários públicos.

A lei permite também a presença de assistentes técnicos da confiança das partes para acompanhar a perícia e realizar pareceres, se entender necessários. Vale ressaltar que os assistentes não estão sujeitos às recusas acima vistas, já que não são considerados funcionários públicos.

#### **g) Inspeção judicial (art. 440 a 443, CPC)**

A inspeção judicial, muito mais que um meio de prova, é elemento de convicção unilateral do juiz, através de exame pessoal sobre fato relevante para o sentenciamento do processo.

Pode ser ela de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, consistindo em inspeção de pessoas ou coisas (CPC, art. 440).

### **19.8 Da audiência (arts. 444 ao 457, CPC)**

#### **Introdução**

A audiência é ato processual complexo, público, solene e formal em que o juiz irá fazer a coleta da prova oral, ouvir os debates das partes e, por fim, proferir sua sentença.

De acordo com o art. 446, CPC, os advogados não podem intervir enquanto as partes, o perito ou as testemunhas estiverem depondo.

### **Atos preparatórios**

Na fase de saneamento do processo será marcada a audiência de instrução com o seu dia e hora determinados.

Se possível a conciliação, determinará de ofício o comparecimento das partes.

As testemunhas deverão ter sido intimadas para o comparecimento, desde que arroladas no prazo legal de 10 dias antes da audiência, podendo o juiz designar prazo adverso ao legal, conforme preceitua o art. 407 do CPC, sendo que as partes só serão compelidas ao depoimento pessoal se intimadas pessoalmente, sob pena de confesso.

Na data prevista, o juiz declarará aberta a audiência, mandando apregoar as partes e seus advogados.

Segundo o art. 453, CPC, a audiência poderá ser adiada se: a) por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez; b) não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados.

**A conciliação (arts. 447 ao 449, CPC)**

Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo, que, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

A conciliação pode ser conceituada como a composição amigável do litígio mediante proposta formulada de ofício pelo juiz ou por sugestão de uma das partes.

A tentativa de conciliação, que pode ser feita a qualquer tempo, CPC, art. 125, IV, é dever indeclinável do magistrado, sob pena de nulidade, nos litígios relativos a direitos patrimoniais de caráter privado, nas causas pertinentes ao Direito de Família, nos casos e para os fins em que a lei admite transação.

O juiz deve convocar as partes a comparecer pessoalmente na audiência ou mediante procurador com poder específico de transigir. Tal convocação será feita no despacho saneador, CPC, art. 331, podendo o magistrado suprir, posteriormente, eventual omissão neste sentido. Havendo litisconsortes, todos deverão comparecer à audiência de conciliação, valendo o mesmo para o oponente e os opostos.

Não comparecendo uma das partes ou ambas, e a falta for justificada, a audiência será adiada. Todavia, em caso de nova falta, a audiência retomará sua normal tramitação.

Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

### **A instrução e o julgamento**

Se infrutífera a conciliação, deverá o juiz iniciar a instrução do processo. Contudo, anteriormente, o juiz deverá fixar os pontos controversos sobre os quais recairão as provas. Sendo que estas serão produzidas de acordo com a ordem prevista no art. 452, CPC, ou seja:

- 1º) o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos;
- 2º) posteriormente o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu;
- 3º) finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

Encerada a instrução, a palavra será dada pelo juiz ao autor, ao réu e depois ao MP, pelo prazo sucessivo de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10 a critério do juiz. Caso exista litisconsortes o prazo será de 30 minutos, divididos por igual entre os integrantes do grupo, se eles não dispuserem de modo contrário.

Encerrados os debates, proferirá oralmente o juiz a sentença desde logo ou chamará os autos à conclusão, para proferir a sentença por escrito no prazo de 10 dias.

## **19.9 Da sentença**

### **Introdução**

A sentença é a decisão feita por juiz competente e segundo as normas processuais vigentes, sobre pedido oferecido pelo autor e contraposto à resposta do réu, quando houver.

A sentença é ato processual que põe termo, julgando ou não o mérito, ao processo de conhecimento de primeira instância. No primeiro caso, ou seja, se a sentença julgar o mérito da questão, esta será denominada de definitiva (V. art. 269, CPC). Já quando a sentença não julgar o mérito, será denominada de terminativa (V. art. 267, CPC).

A sentença propriamente dita não se confunde com a mera decisão interlocutória, que é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

Uma vez proferida e publicada a sentença, o juiz encerra a sua atividade jurisdicional no processo.

### **19.9.1 Requisitos formais (arts. 458 ao 466, CPC)**

São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

lhe submeterem. É, pois, no dispositivo, que o juiz irá decidir a lide.

O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.

É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

No caso acima, o juiz poderá impor, na sentença, multa diária ao réu ("astreinte"), independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

### **19.9.2 Vícios da sentença**

Os vícios da sentença estão ligados geralmente ao pedido formulado pelo autor. Ou melhor, não pode ser concedido à parte mais do que foi pedido, se tal fato ocorrer, restará caracterizado um vício na sentença.

Pode-se classificar os vícios em:

a) extra petita - neste vício o pedido do autor permanece sem resposta jurisdicional, já que o provimento reconhece ou afasta pretensão jamais formulada nos autos. O vício aqui gera nulidade absoluta, atingindo todo o julgado;

b) ultra petita - o juiz decide além do que foi formulado nos autos. Houve uma extrapolação por parte do juiz que, além de julgar o pedido, inclui também algo não requerido nos autos. Neste caso a nulidade atingirá tão somente o que foi excessivamente concedido.

c) citra petita - o julgamento é aquém do solicitado pelo autor, deixando o juiz, assim, de analisar parte do pedido.

### 19.9.3 Classificações da sentença

As sentenças podem ser classificadas de acordo com o provimento jurisdicional postulado. Podem ser elas:

a) Meramente declaratórias: nestas o autor limita-se a pedir ao judiciário que estabeleça a existência ou não da relação jurídica alegada na inicial, sem qualquer outra consequência prática a ser suportada pelo réu.

b) Condenatórias: são aquelas nas quais após certificar-se da existência do direito da parte vencedora, profere decisão condenando o adverso a uma obrigação de fazer ou não fazer, pagar quantia certa em dinheiro ou dar coisa certa ou incerta.

c) Constitutivas: visam a modificação, criação ou extinção de uma relação jurídica pré-existente.

#### **Efeitos da Sentença**

O efeito principal da sentença é o formal, ou seja, o de extinguir o processo, efeito este meramente processual.

Esta extinção se dá por intermédio das sentenças terminativas e definitivas. As primeiras possuem apenas o efeito formal, uma vez que não abordam a questão de mérito da lide. Já as sentenças definitivas, além de trazerem consigo o efeito formal de extinção do processo, geram também os efeitos materiais. Tais efeitos trazidos para fora do processo, são inúmeros, de acordo com o pedido formulado pela parte vencedora.

Assim, a sentença condenatória tem o condão de impor ao devedor um prestação; a declaratória outorga certeza jurídica sobre a relação deduzida em juízo etc.

### **19.10 Da sentença e a coisa julgada (arts. 467 ao 475, CPC)**

A sentença de mérito é a forma normal de extinção de um processo.

É muito importante recordar que, uma vez prolatada e publicada a sentença, o juiz esgota sua atividade jurisdicional no processo. A partir daí esta sentença só pode ser modificada para corrigir, de ofício, erro de cálculo e inexatidão material, ou por meio de embargos de declaração.

Assim, denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325, CPC), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

- I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
- II - nos demais casos prescritos em lei.

A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

- I - que anular o casamento;
- II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI, CPC). Nos casos previstos acima, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.

## **20. Recursos**

### **20.1 Conceito**

Recurso é o ato pelo qual a parte demonstra seu inconformismo com uma decisão proferida nos autos, é uma espécie de remédio processual que a lei coloca à disposição das partes para impugnação de decisões judiciais, dentro do mesmo processo, com vistas à sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração, bem como para impedir que a decisão impugnada se torne preclusa ou transite em julgado.

Tem ele a finalidade de outorgar maior certeza quanto à decisão emanada do Judiciários e evitar erros, gerando maior força de pacificação social ao processo.

### **20.2 Os recursos previstos no CPC**

O art. 496 do CPC trata da grade recursal básica do processo civil brasileiro e elenca os seguintes recursos: *apelação, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial ou extraordinário.*

Os atos de mero expediente, referentes ao normal andamento do processo, não são recorríveis. Em caso de inversão tumultuária do processo, justamente pela ausência de observância da ordem legal instituída para o procedimento, com determinações equivocadas de atos de mero expediente, tem lugar a correção parcial.

Este não é recurso na correta acepção da palavra, posto não visar a reforma ou invalidação de alguma decisão, mas apenas trazer de volta os autos à sua marcha processual.

### **20.3 Classificação dos recursos**

- Quanto ao âmbito: totais ou parciais, dependendo da extensão da matéria impugnada.
  
- Quanto ao momento: independente (ou principal) e adesivo, desde que haja sucumbência recíproca.
  
- Quanto à fundamentação: livre (a apelação, o agravo, o recurso ordinário e os embargos infringentes), ou vinculada (recurso especial e extraordinário).
  
- Quanto ao objeto: ordinários (incisos I a V do artigo 496 do CPC) e extraordinários (incisos VI a VIII do artigo 496 do CPC).
  
- Quanto aos efeitos: sendo o efeito devolutivo comum a todos os recursos, dividem-se em suspensivos e não-suspensivos.

### **20.4 Admissibilidade dos recursos**

Juízo de Mérito e Juízo de Admissibilidade: exame quanto à possibilidade de conhecimento do recurso pelo órgão competente, em função das condições e pressupostos genéricos previstos em lei.

Conhecimento e não conhecimento - juízo de admissibilidade no órgão que tem competência para julgar o mérito do recurso; Seguimento e não seguimento – juízo de admissibilidade no órgão *a quo*.

## 20.5 Competência para a admissibilidade dos recursos

Bifásica para os recursos de apelação, embargos infringentes, recurso especial e extraordinário, pois que o recurso é interposto primeiro no órgão prolator da decisão recorrida. Neste caso o recurso será ou não recebido, terá ou não seguimento.

Monofásica: embargos de declaração e agravo, visto que o juízo de admissibilidade é de competência exclusiva do órgão a quem compete o exame do mérito do recurso. Nestes casos, o recurso será ou não recebido.

## 20.6 Efeitos do juízo de admissibilidade

No órgão de interposição (*a quo*):

se positivo (recebe o recurso ou dá seguimento), o efeito é apenas encaminhar o recurso para o órgão *ad quem*, a quem compete o julgamento do mérito do recurso. Acaso o recurso manejado tenha efeito suspensivo, o juízo de admissibilidade positivo tem o efeito de prolongar o estado de ineficácia da decisão recorrida,

se negativo, tranca-se a possibilidade de que o recurso seja encaminhado ao órgão julgador, possibilitando a eficácia imediata do comando contido na decisão recorrida e deixando que a mesma transite em julgado ou se torne preclusa. A decisão negativa de admissibilidade do recurso é atacável por agravo de instrumento.

No órgão julgador:

se positivo (conhece-se do recurso), abre-se a possibilidade de julgamento do mérito.

se negativo, abrem-se as seguintes possibilidades: tratando-se de decisão monocrática do relator, cabe agravo nos termos do artigo 557, § 1º, do CPC. Tratando-se do próprio órgão julgador, dá-se fim ao processamento do recurso, sem apreciar seu mérito.

## **20.7 Requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos**

Condições recursais: cabimento, legitimidade e interesse.

Pressupostos recursais: tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

Tempestividade: tempestivo é o recurso interposto dentro do prazo legal.

Preparo: o recorrente, ao interpor o recurso, deverá comprovar o pagamento das custas processuais respectivas. Ao protocolar o recurso, o preparo deve já ter sido feito. Sendo insuficiente o preparo, a parte será intimada para, em cinco dias, complementar o valor (§ 2º do art. 511 do CPC). O Ministério Público, União, Estados, Municípios e respectivas autarquias, por gozarem de isenção legal, não se sujeitam ao preparo.

Regularidade Formal: deve o recurso obedecer às regras formais de interposição exigidas pela lei para seu tipo específico (ex. Agravo de Instrumento).

Cabimento: previsão legal do recurso e adequação à decisão judicial que se quer impugnar (sentença/apelação, interlocutória/agravo etc).

Legitimidade para recorrer: art. 499 do CPC, *“o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público”*.

Interesse em recorrer: tem interesse em recorrer aquele que, legitimado para tanto, tenha sofrido um gravame, total ou parcial, com a decisão impugnada (gravame material ou meramente processual). Aplica-se o binômio necessidade/utilidade.

Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, tais como desistência, renúncia ou preclusão lógica.

## **20.8 Princípios recursais**

### **Princípio do duplo grau de jurisdição**

Consiste na possibilidade de submeter-se a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes, *“como garantia de boa justiça”* (Nery).

A CF/88 traça os limites do duplo grau, garantindo-o, mas não de forma expressa, está ínsito em nosso sistema constitucional.

### **Princípio da taxatividade**

O rol legal de recursos é *numerus clausus*. Valendo destacar que o Agravo Regimental não é novo tipo de recurso, mas espécie do recurso agravo e que o Pedido de Reconsideração não é considerado recurso.

#### **Princípio da singularidade ou unirrecorribilidade**

Para cada decisão judicial deve existir um único recurso a ela correlacionado, num mesmo momento processual. Devendo excetuar os casos em que um determinado acórdão que, decidindo uma única questão, com fundamento legal e constitucional, leva a parte a interpor Resp e RE simultaneamente.

#### **Princípio da dialeticidade**

O recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido. Essencial para se formar o contraditório e o *quantum appellatum*.

#### **Princípio da fungibilidade**

Este princípio afere a possibilidade de que, em casos de dúvida objetiva, o tribunal receba um recurso por outro.

São condições da fungibilidade:

a) existência de dúvida objetiva, assim entendidos os casos em que há controvérsia jurisprudencial e doutrinária, ou erro do juiz;

b) interposição no prazo menor, em caso de prazos diferentes para os recursos possíveis (segundo parcela da doutrina, não se faz necessário obedecer esse requisito). Não se aplica a fungibilidade em casos de erro grosseiro ou má-fé.

#### **Princípio da voluntariedade**

Decorre do princípio dispositivo e indica que o recurso depende de iniciativa da parte interessada. Também insere-se nesse princípio a liberdade do interessado para delimitar a órbita de abrangência de seu recurso.

#### **Princípio da proibição da *reformatio in pejus***

O recurso não deve resultar para o recorrente situação de piora em relação àquela em que lhe fora imposta pela decisão recorrida (também não se aceita a *reformatio in melius*, pois não pode o tribunal melhorar a situação do recorrente para além dos limites por ele mesmo fixados no recurso).

#### **Princípio da Consumação**

Uma vez já exercido o direito de recorrer, consumou-se a oportunidade para fazê-lo, de sorte a impedir que o recorrente torne a impugnar o pronunciamento judicial já impugnado.

#### **Princípio da complementaridade**

O recurso e razões devem ser oferecidos na mesma oportunidade. Segundo esse princípio, poder-se-á complementar a fundamentação de recurso, se houver alteração da decisão em virtude de Embargos de Declaração.

## **20.9 Efeitos dos recursos**

- Efeito devolutivo: devolve-se ao tribunal o conhecimento da matéria efetivamente impugnada no recurso.

- Efeito suspensivo: qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso. Pelo efeito suspensivo, a execução do comando emergente da decisão impugnada não pode ser efetivada até que seja julgado o recurso.

- Efeito translativo: por esse efeito, fica o tribunal autorizado a conhecer de matérias não tratadas no recurso, as chamadas questões de ordem pública. Opera-se efeito translativo nos recursos ordinários, mas não nos excepcionais.

- Efeito substitutivo: a decisão do tribunal a respeito do mérito do recurso substitui a decisão recorrida.

## **20.10 Recursos em espécie**

### **I - Apelação**

O Recurso de Apelação tem como objeto sentenças, tanto as fundadas no art. 267 quanto 269 do CPC. É cabível contra sentenças proferidas em qualquer tipo de processo (conhecimento, execução e cautelar), e procedimento (comum ou especial).

As decisões interlocórias mistas, consistentes na alteração da relação jurídica processual, sem extingui-la por completo, não são apeláveis, pois não põem fim ao processo nem esgotam a jurisdição.

É ela um recurso ordinário, de primeiro grau, com petição de interposição dirigida ao próprio juiz prolator da sentença recorrida, contendo os nomes e qualificações das partes, os fundamentos de fato e de direito em que se funda o pedido de nova decisão. Tem por finalidade principal evitar o trânsito em julgado da sentença e serve como forma de obtenção de garantia do duplo grau de jurisdição.

Enseja, via de regra, a invalidação da sentença pelo tribunal, de forma que o processo retorne ao primeiro grau para que outra decisão seja proferida.

#### **Formas de interposição, prazo e efeitos**

- Formas: Principal (15 dias) ou Adesiva (prazo para as contra-razões)
  
- Requisitos: satisfação das condições (cabimento, legitimidade e interesse) e dos pressupostos recursais (tempestividade, preparo e regularidade formal).
  
- Petição de interposição dirigida ao juízo *a quo*.

-Razões: fundamentos que embasam o recurso e o pedido de reforma (*error in iudiciando*) ou invalidação (*error in procedendo*) da sentença atacada.

- Efeitos: em regra, suspensivo e devolutivo.

### **Procedimento**

- Em 1º Grau: juízo de admissibilidade / declaração dos efeitos do recurso / intimação do recorrido para apresentar contra-razões / encaminhamento ao 2º Grau.

- Em 2º Grau: registrado o recurso, distribui-se a um Relator, sendo os dois subseqüentes o Revisor e o terceiro juiz. Na sessão de julgamento, após a leitura do relatório e antes dos votos, será dada oportunidade para sustentação oral dos advogados.

### **O novo § 1º do artigo 518 do CPC**

A lei 11.276/06 inseriu o novo § 1º ao artigo 518 do CPC, que agora assevera: *“o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”*.

Tal dispositivo cria, na prática, um novo requisito específico de admissibilidade para o recurso apelatório. Assim, a apelação, para subir ao tribunal, além de externar todos os requisitos genéricos já expostos na teoria geral, deverá também não estar em confronto com súmula do STJ ou STF.

### **Efeitos**

O efeito devolutivo permite ao órgão *ad quem*, como regra geral, a reapreciação da matéria objeto de impugnação, nos termos do caput do art. 515 do Código de Processo Civil, consagrando a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*.

De acordo com os parágrafos 1º e 2º, devolve-se ao tribunal de todas as questões discutidas nos autos do processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (§ 1º), como, v. g., a hipótese de o juiz negar um primeiro pedido e deixar de examinar o pedido seguinte, ou quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um (§ 2º), como, v. g., no caso de pedido de rescisão contratual, onde se discute o defeito da coisa bem como a falta de manutenção na mesma.

A Lei nº 10.352, de 26/12/01, acrescentou ao art. 515 o parágrafo 3º, com a seguinte redação: "*Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento*". Há, ainda, a novidade do § 4º do mesmo dispositivo, que reza poder o Relator, em caso de irregularidades processuais, determinar que sejam realizadas diligências com o objetivo de sanar a nulidade, retornando os autos para a conclusão do julgamento do recurso.

A lei 11.276/06, por sua vez, acrescentou o parágrafo 4º ao mesmo dispositivo, vertido nos seguintes termos: "*constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação*".

Já o art. 516 do CPC preconiza que as questões anteriores à sentença e ainda não decididas, da mesma forma, são devolvidas (efeito translativo) ao tribunal, pois são omissões de natureza processual (questões preliminares, como, v. g., os pressupostos processuais e as condições da ação).

Já o efeito suspensivo impede a execução da sentença (que só pode ser a provisória), como regra geral na apelação. As exceções a essa regra encontram-se descritas no artigo 520 do CPC.

## **II. Agravo**

O Recurso de Agravo é cabível contra decisões interlocutórias proferidas no processo, tanto no de conhecimento como no de execução e cautelar, de jurisdição contenciosa ou voluntária. Trata-se de recurso cuja sistemática foi profundamente alterada por lei recente (lei 11.187/05) e que, por isso, merece atenção por parte dos estudantes e profissionais do Direito.

É incabível o Recurso de Agravo nos Juizados Especiais – exceção JEF, em que existe a possibilidade de agravo de instrumento contra decisão que defere/indefere tutela de urgência.

### **A nova lei do agravo**

De acordo com a nova sistemática desse recurso, imposta pela lei 11.187/05, publicada no DOU de 19 de outubro de 2005, em regra, por expressa disposição legal, contra decisões interlocutórias caberá agravo na modalidade retida, no prazo de 10 dias. A exceção, agora, é o cabimento do agravo de instrumento, restrito às hipóteses em que a (i) decisão recorrida possa causar lesão grave ou de difícil reparação à parte, (ii) nos casos de não recebimento da apelação ou, por fim, (iii) quando a decisão refere-se aos efeitos em que a apelação é recebida.

Trata-se de medida legislativa que visa restringir o cabimento do agravo de instrumento, com a clara intenção de diminuir o fluxo de agravos que chegam aos tribunais.

As principais alterações carreadas pela nova lei foram, em breve síntese:

1 – A imposição, como regra geral, do manejo de agravo retido contra as interlocutórias.

2 – A obrigatoriedade, sob pena de preclusão, da interposição oral do agravo retido, quando a decisão interlocutória recorrida for proferida na audiência de instrução e julgamento.

3 – A vedação do manejo de agravo interno (regimental), contra as decisões monocráticas do relator tratadas nos incisos II e III do art. 527 do CPC.

### **Modalidades**

- a) Agravo de Instrumento: é interposto perante o tribunal *ad quem*, com autuação própria para que dele conheça o tribunal enquanto prossegue o andamento do feito em primeiro grau.
- b) Agravo Retido: recurso interposto contra decisão de primeiro grau que, por opção do agravante ou por determinação legal, seu conhecimento e julgamento ficam deferidos para outra oportunidade: no julgamento da Apelação.
- c) Agravo “Simples” ou “Regimental” : interposto para ser apreciado imediatamente nos mesmos autos; é recurso interposto, por exemplo, contra decisão do relator que cause

prejuízo à parte, tendo seu processamento previsto nos regimentos dos tribunais e que dispensa a formação de instrumento. Notar que, nos casos dos incisos II e III do artigo 527, restou vedado o uso desse recurso, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo, inserido pela lei 11.187/05.

### **Interposição**

O agravo retido deve ser interposto por petição escrita dirigida ao próprio juiz da causa. Esse recurso comporta também interposição oral, nos termos do §3º do artigo 523 do CPC.

No caso de agravo de instrumento, sua interposição deverá ser feita no prazo de 10 dias, por petição escrita, diretamente no tribunal *ad quem*. A petição deverá conter a exposição dos fatos, do direito e o pedido de reforma da decisão, além do nome e endereço completo dos advogados, constantes do processo. Vale lembrar que após da interposição do recurso, terá o agravante 03 dias para juntar aos autos, em primeiro grau, cópia da petição de agravo, o comprovante de sua interposição e a relação dos documentos que formaram o instrumento. Trata-se de condição de regularidade formal do recurso, cujo não cumprimento levará à sua não-admissão. Protocolado o recurso, será ele imediatamente distribuído a um relator, que o indeferirá de plano, negando-lhe seguimento, nos casos dos arts. 527, I, e 557 do CPC). Poderá, ainda: converter o agravo de instrumento em agravo retido; atribuir efeito suspensivo ao recurso ou antecipar seus efeitos (antecipação de tutela recursal); valendo-se do § 1-A do art. 557, dar provimento ao recurso. Contra qualquer dessas decisões, caberá agravo para o mesmo tribunal, em 5 dias.

Finalmente, tratando-se de agravo regimental, deverá o procedimento ser observado de acordo ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça local.

### **Efeitos**

O recurso de agravo tem efeito devolutivo. No caso do artigo 527, poderá, por decisão do relator, a ele ser emprestado também efeito suspensivo.

### **III. Embargos de Declaração**

Conquanto refira-se o CPC apenas a Embargos de Declaração contra sentença ou acórdão, admite-se também o seu manejo contra decisão interlocutória.

Questiona-se, em doutrina, a natureza jurídica dos embargos de declaração, havendo aqueles que negam seja este um recurso e outros que lhe atribuem essa natureza jurídica. Modernamente, parece prevalecer a segunda corrente.

Tem duplo objetivo, quais sejam, esclarecer a sentença (ou decisão) recorrida, sanando obscuridade ou contradição, ou integrá-la, em caso de omissão quanto a ponto sobre o qual deveria manifestar-se a sentença. A integração da sentença, pois, dá-se pela via dos Embargos de Declaração, enquanto a correção da mesma pode se dar *ex officio*.

É também utilizado esse recurso com o objetivo de prequestionamento da questão federal ou constitucional para viabilizar o manejo do RE e do Resp.

Via de regra, não tem efeito infringente. Contudo, se ao sanar a omissão ou a contradição, resultar uma decisão conflitante e, portanto, derogatória da anterior, é admissível o efeito infringente. Nos casos em que vier o recurso a ter efeito infringente, tem entendido a jurisprudência que o juiz ou o tribunal deve abrir oportunidade ao embargado para contra-arrazoar o recurso.

### **Efeitos**

Efeito devolutivo peculiar, porquanto não permite a revisão da decisão recorrida, mas apenas seu esclarecimento ou integração.

Outra peculiaridade, é que a devolução se faz ao mesmo órgão prolator da decisão recorrida e não a outro hierarquicamente superior, como ocorre em regra nos demais recursos.

Também em decorrência do efeito devolutivo, o manejo desse recurso obsta a formação da coisa julgada ou à preclusão da decisão recorrida.

O efeito suspensivo desse recurso impede a executoriedade da decisão recorrida – isso de acordo com o efeito do recurso a ser interposto contra a decisão embargada.

Finalmente, o terceiro e especial efeito desse recurso é interromper o prazo para a interposição dos demais recursos – exceção JEC.

### **Procedimento**

Prazo de interposição de 5 dias, tanto em primeiro quanto em segundo grau. Não sujeito a preparo. Deverá o recurso ser interposto através de petição escrita, dirigida ao órgão prolator da decisão, com a precisa indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo. Nos Embargos de Declaração não há contraditório. Por isso, uma vez recebidos, deverão ser julgados no prazo de cinco dias se em primeiro grau; em segundo grau, deverá o relator colocá-los em julgamento na sessão subsequente, nela

proferindo seu voto. No caso de embargos manifestamente protelatários, poderá o juiz ou tribunal declarar esse caráter e condenar o recorrente a pagar multa cujo valor não excederá 1% do valor da causa. Em caso de reiteração, a multa pode ser elevada para até 10% do valor da causa.

### **III Embargos Infringentes**

Inicialmente, embargos significam recurso oposto perante o mesmo juízo que proferiu a decisão atacada, objetivando a sua declaração e/ou reforma. Embargos infringentes, nos termos do art. 530 do Código de Processo Civil, constituem uma modalidade de recurso (comum) cabível contra acórdão, decidido de forma não unânime, proferido em apreciação de um recurso de apelação – que tenha reformado a sentença de mérito - ou de uma ação rescisória – desde que tenha dado procedência à mesma. O objetivo desse recurso é fazer prevalecer o voto vencido, atacando parte do dispositivo do acórdão proferido.

#### **Admissibilidade**

Os pressupostos de admissibilidade podem ser gerais e específicos. Gerais, são aqueles inerentes a todo e qualquer recurso, específicos, os inerentes ao próprio recurso de embargos infringentes, a saber:

a) que o ato decisório atacado tenha sido proferido em grau de apelação, reformando uma sentença de mérito;

b) ou julgado procedente o pedido na ação rescisória;

d) em qualquer caso, é preciso que o julgamento não seja unanimidade, total ou parcialmente.

### **Competência, prazo e efeitos**

A competência para apreciar e julgar os embargos infringentes variará dependendo da origem da decisão recorrida, se proferida pela Câmara Cível ou Seção Cível. Assim, tem-se que competente será a Seção Cível, em acórdão proferido por Câmara Cível (Turmas) em apelação, ou o Órgão Especial, em acórdão proferido por Seção Cível em julgamento de ação rescisória.

Prazo: 15 dias a partir da intimação da decisão.

Efeitos: os efeitos dos embargos infringentes são classificados em principais e secundários.

Principais: obstar o trânsito em julgado e sobrestar o prazo para a interposição do recurso especial e do extraordinário, segundo a nova redação dada ao art. 498, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Secundários: em se tratando dos embargos infringentes, tais efeitos são: Efeito regressivo (ou devolutivo, conforme o entendimento de parte da doutrina): os embargos infringentes são opostos e julgados pelo próprio órgão, daí porque, para alguns, o seu efeito é regressivo. Mas como a matéria objeto do recurso será revista por um colegiado mais amplo (o órgão competente, como a Seção Cível), para outros o seu efeito não deixa de ser devolutivo. **Suspensivo:** os embargos infringentes têm, no silêncio da lei, efeito suspensivo, não podendo a decisão ser executada (Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior e Luiz Fux). Se a divergência for parcial, é importante registrar que a suspensividade

é somente da parte do acórdão não unânime (não se estendendo ao recurso de apelação antes julgado ou mesmo ação rescisória).

### **Procedimento**

Os embargos infringentes são processados segundo as disposições contidas nos arts. 531; 533 e 534 do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.352, de 26/12/01.

### **IV. Recurso ordinário**

O recurso ordinário, previsto constitucionalmente, tem a mesma natureza da apelação, permitindo a discussão tanto de matéria fática quanto de direito. Foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. É uma modalidade de recurso previsto na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código de Processo Civil, funcionando como uma autêntica apelação e devolvendo ao órgão *ad quem* todo o conhecimento da matéria impugnada, tendo cabimento nas seguintes hipóteses:

*PARA O STJ, quando a decisão no mandado de segurança for denegatória, devendo a mesma ter sido proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; ou nas causas em que forem partes: de um lado, Estado estrangeiro ou Organismo Internacional, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.*

Para o STF, se a decisão for proferida, nas mesmas condições, pelos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, ou Superior Tribunal Militar).

### **Interposição, prazo, preparo e efeitos**

- Forma de interposição: a interposição se faz por escrito, via de petição fundamentada (admite-se a interposição por telegrama etc.), perante o juízo que proferiu a decisão recorrida, contendo o nome e a qualificação das partes; os fundamentos de fato e de direito, ou razões do recurso; e o pedido de nova decisão, com novo pronunciamento, ou a sua invalidação.

- Prazo: o recurso ordinário deve ser interposto no prazo de 15 dias contados da intimação da decisão recorrida.

- Preparo: sendo um dos pressupostos recursais objetivos, o preparo é indispensável.

- Efeitos: ao receber a petição do recurso, o juiz declarará os seus efeitos em decisão passível de ataque por agravo de instrumento; também se constituirá em decisão agravável aquela que não receber o recurso em questão. O recurso ordinário é recebido nos dois efeitos (devolutivo e suspensivo).

### **V. Recurso especial**

#### **Conceito**

O recurso especial é o recurso que tem por finalidade manter a hegemonia das leis infraconstitucionais. Moacyr Amaral Santos (1998:171), a respeito do assunto, leciona: "... de conformidade com a nova ordem constitucional, a tutela da autoridade e da

*unidade da lei federal sofreu alterações, competindo ao Supremo Tribunal Federal, pelo seu instrumento - o recurso extraordinário -, manter a autoridade e a unidade da Constituição Federal, ao passo que compete ao Superior Tribunal de Justiça, pelo seu instrumento - o recurso especial -, manter a autoridade e a unidade das leis federais, de natureza infraconstitucional".*

A natureza jurídica é de se tratar de recurso especial na acepção da palavra. Criado pela Constituição da República Federativa do Brasil para descongestionar o Supremo Tribunal Federal, tem como finalidade proteger o direito objetivo, ou seja, a norma jurídica, de natureza infraconstitucional.

O recurso especial está previsto no art. 105, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, e no art. 541 do Código de Processo Civil.

É cabível das decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados e DF ou Tribunais Regionais Federais.

As hipóteses legais são tratadas segundo o artigo 105, III, da CF/88, em que caberá REsp quando a decisão recorrida: *a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face da lei federal (alínea com redação dada pela EC nº 45/04); c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.*

A competência para julgar o recurso especial é do Superior Tribunal de Justiça, por suas turmas, conforme previsão de seu Regimento Interno.

O prazo para a interposição do recurso especial é de 15 dias contados da intimação da decisão recorrida.

### **Pressupostos recursais específicos**

- a) Esgotamento prévio das vias ordinárias: o vocábulo *causas decididas* indica que só é cabível o apelo excepcional quando não mais comporte a decisão impugnação pelas vias recursais ordinárias;
- b) Imprestabilidade para mera revisão de prova: tendo em vista que o apelo excepcional só conhece sobre questão de direito, nunca de fato, não deve veicular o recorrente pretensão de reapreciação de prova. Exceção se faz a questionamento quanto ao valor da prova abstratamente considerado (ônus da prova, valor da confissão, meio de prova de certo negócio jurídico etc);
- c) Prequestionamento: consiste na discussão, no debate, pela corte local, das questões constitucionais ou federais que se pretende submeter aos tribunais superiores.

### **Procedimento**

A interposição do recurso especial, *mutatis mutandis*, segue as mesmas regras definidas para o recurso de apelação.

Interposição conjunta dos recursos especial e extraordinário: quando a decisão atacada comportar a interposição do recurso especial e recurso extraordinário, a parte deverá fazê-lo simultaneamente, ficando o último sobrestado até o julgamento daquele outro. Para tanto, os autos subirão, primeiramente, para o STJ, visando o julgamento do recurso especial, e, posteriormente, para o Supremo Tribunal Federal para o julgamento do recurso extraordinário, caso este não fique prejudicado. Entretanto, se o recurso extraordinário prejudicar o recurso especial, o relator sobrestará o julgamento deste, e, ato contínuo, remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento daquele recurso. Por outro lado, havendo entendimento divergente do relator do recurso especial,

o Supremo Tribunal Federal devolverá os autos para o Superior Tribunal de Justiça, visando o julgamento do recurso especial, cuja decisão deverá ser acatada pelo relator supracitado.

- Preparo: juntamente com a interposição do recurso especial, a parte deverá comprovar o pagamento das custas relativas ao seu processamento, sob pena de deserção. Assim, a prova do pagamento das custas deve acompanhar a petição de interposição do recurso.

- Efeito do recurso especial: o efeito do recurso especial é apenas devolutivo, portanto, o acórdão poderá ser executado provisoriamente.

- Admissibilidade: admitido o recurso pelo presidente do tribunal recorrido, será ele remetido ao Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, se inadmitido, a parte poderá interpor o recurso de agravo de instrumento (art. 544 do CPC) perante o presidente do tribunal recorrido, uma vez que na modalidade retida não surtirá o efeito desejado, que é promover a subida do recurso especial.

- Especial retido: ver art. 542, § 3º, Código de Processo Civil.

## **VI. Recurso extraordinário**

Recurso extraordinário é o recurso que tem por finalidade manter a guarda e a proteção da Constituição da República Federativa do Brasil.

A natureza jurídica do recurso extraordinário é de se tratar de um recurso especial na acepção da palavra e tem por finalidade a proteção do direito objetivo, ou seja, a norma jurídica, de natureza constitucional.

As hipóteses legais encontra-se no art. 102, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, e é cabível quando a decisão recorrida:

- a) *contrariar dispositivo desta constituição;*
- b) *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição;* d) *julgar válida lei local contestada em face de lei federal.* (alínea acrescentada pela EC nº 45/04).

A competência para julgar o recurso extraordinário é do Supremo Tribunal Federal, por meio de suas turmas.

### **Procedimento**

O prazo para a interposição do recurso extraordinário é de 15 dias contados da intimação da decisão recorrida.

A interposição do recurso extraordinário, *mutatis mutandis*, segue as mesmas regras definidas para o recurso especial.

Interposição conjunta dos recursos especial e extraordinário: quando a decisão atacada comportar a interposição do recurso especial e do recurso extraordinário, a parte deverá fazê-lo simultaneamente, ficando o último sobrestado até o julgamento do outro. Para tanto, os autos subirão, primeiramente, para o STJ visando o julgamento do recurso especial, e, posteriormente para o Supremo Tribunal Federal para o julgamento do recurso extraordinário, caso este não fique prejudicado. Entretanto, se o recurso extraordinário

prejudicar o recurso especial, o relator sobrestará o julgamento deste, e, ato contínuo, remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento daquele recurso. Por outro lado, havendo entendimento divergente do relator do recurso especial, o Supremo Tribunal Federal devolverá os autos para o Superior Tribunal de Justiça, visando o julgamento do recurso especial, cuja decisão deverá ser acatada pelo relator supracitado.

- Preparo: juntamente com a interposição do recurso extraordinário, a parte deverá comprovar o pagamento das custas relativas ao seu processamento, sob pena de deserção. Assim, a prova do pagamento das custas deve acompanhar a petição de interposição do recurso.

- Efeito do recurso extraordinário: o efeito do recurso extraordinário é apenas devolutivo, portanto, o acórdão poderá ser executado provisoriamente (ver Súmulas 634 e 635 do STF).

- Admissibilidade: admitido o recurso pelo presidente do tribunal recorrido, ele será remetido ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, se inadmitido, a parte poderá interpor o recurso de agravo de instrumento (art. 544 do CPC) perante o presidente do tribunal recorrido, uma vez que na modalidade retida não surtirá o efeito desejado, isto é, promover a subida do recurso extraordinário.

- Extraordinário retido: ver art. 542, § 3º, Código de Processo Civil.

#### **Pressupostos recursais específicos**

- a) Esgotamento prévio das vias ordinárias: o vocábulo *causas decididas* indica que só é cabível o apelo excepcional quando não mais comporte a decisão impugnação pelas vias recursais ordinárias;

- b) Imprestabilidade para mera revisão de prova: tendo em vista que o apelo excepcional só conhece sobre questão de direito, nunca de fato, não deve veicular o recorrente pretensão de reapreciação de prova. Exceção se faz a questionamento quanto ao valor da prova abstratamente considerado (ônus da prova, valor da confissão, meio de prova de certo negócio jurídico etc);
- c) Prequestionamento: consiste na discussão, no debate, pela corte local, das questões constitucionais ou federais que se pretende submeter aos tribunais superiores;
- d) REPERCUSSÃO GERAL: por força do § 3º acrescentado ao artigo 102, III, da CF/88 pela EC nº 45/04, há um novo pressuposto específico de admissibilidade do RE, qual seja, a demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso levado ao STF. É exigência que não se aplica ao REsp.

#### **Nota específica sobre a repercussão geral**

A Lei Federal nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, com *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias, regulamentou o § 3º do art. 102 da CF/88, tratando, definitivamente, do detalhamento desse requisito específico de admissibilidade do RE. Em termos gerais, o que se pode entender por *repercussão geral* vem descrito no § 1º do novo art. 543-A do CPC, que diz: “*para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*”.

Nota-se, da leitura do dispositivo, que o STF não mais apreciará matérias que espelhem interesses meramente individuais, passando a ser tribunal cuja vocação é decidir questões efetivamente relevantes, com desdobramentos nas esferas econômica, política, social ou jurídica. Assim, ainda que o RE veicule matéria constitucional e que todos os

demais requisitos de admissibilidade tenham sido preenchidos, o recurso não será conhecido se não houver relevância (entenda-se *repercussão geral*) sobre o ponto discutido.

Ainda segundo a lei 11.418/06, deve o recorrente, em preliminar do RE, demonstrar em que consiste a repercussão geral da matéria debatida no recurso, sendo que, se a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do STF ou jurisprudência dominante do tribunal, o requisito da repercussão geral presume-se presente.

Quando uma determinada questão for considerada como não-relevante, os recursos extraordinários que versem sobre o mesmo tema também não serão admitidos.

Finalmente, a lei remete ao RISTF a tarefa de regulamentar a execução da lei em comento.

## **VII. Embargos de divergência em Resp e RE**

Inicialmente, embargos significam recurso oposto perante o mesmo juízo que proferiu a decisão atacada, objetivando a sua declaração e/ou reforma. Embargos de divergência, por sua vez, é o recurso oposto contra a decisão da turma que, em recurso especial, divergir do julgamento da outra turma, da seção ou do órgão especial; ou, em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário. Portanto, esse recurso só é admissível no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Os embargos de divergência estão previstos e regulados no Código de Processo Civil (art. 546) e Regimentos Internos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, sendo cabíveis quando houver divergência de interpretações de teses jurídicas.

Os embargos de divergência são cabíveis quando houver divergência de interpretações de teses jurídicas dentro do mesmo tribunal, ou seja, quando a decisão da turma, em recurso especial, divergir do julgamento da outra turma, da seção ou do órgão especial; ou, em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.

### **Procedimento**

Os embargos de divergência são opostos mediante petição, no prazo de 15 (quinze) da intimação da decisão recorrida, perante a secretaria do tribunal, sendo a referida pela junta aos autos, independentemente de despacho, conforme Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (arts. 266, § 2º, e 260) e do Supremo Tribunal Federal (art. 334).

Registre-se, ainda, que deverá acompanhar a petição do recurso documento comprobatório da divergência, podendo, para tanto, ser mediante certidão ou cópia autenticada, ou, ainda, a citação do repositório jurisprudencial, oficial ou autorizado, identificando os trechos da divergência. Realizada a distribuição, os autos serão conclusos para a realização do juízo de admissibilidade, nos termos do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 266, § 3º) e Supremo Tribunal Federal (art. 335).

## **21. Da Ação Rescisória**

### **21.1 Conceito**

É a forma de impugnar uma ação judicial transitada em julgado, para desconstituir a coisa julgada material. Ação de competência originária dos tribunais por meio do qual se pede a anulação ou desconstituição de uma sentença ou acórdão transitado materialmente em julgado e a eventual reapreciação do mérito.

A sentença de mérito não pode ser anulada por ação anulatória, sentença de mérito deve ser impugnada por ação rescisória, conforme prevê o artigo 485 do Código de Processo Civil.

A sentença meramente homologatória e a sentença terminativa não podem ser impugnadas por meio de ação rescisória, nesses casos, cabem apenas os recursos conforme previsto na lei.

## **21.2 Hipóteses**

O artigo 485 descreve os fundamentos (rol taxativo) que podem ensejar a ação rescisória, quando na sentença definitiva houver:

- a) prevaricação, concussão ou corrupção do juiz da causa;
- b) juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- c) dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou conluio com objetivo de fraudar a lei;
- d) ofensa à coisa julgada;
- e) violação literal à disposição de lei;
- f) baseada em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou seja, provada na própria ação rescisória;
- g) fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que baseou a sentença;
- h) documento novo, depois da sentença, cuja existência a parte ignorava ou não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

### **21.3 Legitimidade**

- Legitimidade ativa – pode ajuizar a ação rescisória a parte ou seu sucessor a título singular ou universal, o terceiro interessado e o ministério público ( quando o MP não foi ouvido ou houve conluio da parte, a fim de fraudar a lei.

- Legitimidade passiva – o beneficiário da sentença de mérito. O MP pode ser em casos específicos.

### **21.4 Competência**

Somente os tribunais têm competência para rescindir sentença ou acórdão. No caso seria o tribunal que apreciaria o recurso da ação.

### **21.5 Algumas considerações acerca da ação rescisória**

- a) prazo – dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença ou acórdão rescindível. Este prazo é decadencial.
- b) a propositura da ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda;
- c) na ação rescisória a revelia não opera seus efeitos;
- d) admite-se rescisória de rescisória;
- e) MP funcional como fiscal da lei;
- f) quando o tribunal rescinde a sentença, se for o caso, proferirá novo julgamento;
- g) a citação do réu será de 15 a 30 dias para responder aos termos da ação;
- h) após a instrução, o relator abrirá o prazo de 10 dias para manifestação do autor e do réu;
- i) ação rescisória não é recurso;
- j) o autor tem que depositar 5% da ação rescisória;
- k) o juiz de primeiro grau não têm competência para rescindir a sentença;
- l) a competência para julgar a ação rescisória é especificada nos regimentos internos dos tribunais;

- m) ação rescisória visa desconstituir coisa julgada material, na coisa julgada formal cabe recurso;
- n) a sentença rescindível, não é nula, apenas anulável;
- o) fundamento da ação rescisória é o vício formal ou substancial da sentença de mérito.

## 22. Do Processo de Execução

O processo de execução, segundo Ovídio A. Baptista da Silva , tem por fim satisfazer o direito que a sentença condenatória tenha proclamado pertencer ao demandante vitorioso, sempre que o condenado não o tenha voluntariamente satisfeito. Nesse sentido, o processo de execução fará com que seja cumprido o que foi imposto pela sentença condenatória.

Na execução, diferentemente do que ocorre no processo de conhecimento, não há análise do mérito da questão. Este já foi decidido no processo de conhecimento. O juiz, na execução, irá, pura e simplesmente, dar provimento a um direito já garantido ao autor. Logo, são requisitos da ação de execução: o inadimplemento do devedor e o título executivo (judicial ou extrajudicial).

### 22.1 Princípios

#### a) Autonomia da execução

O princípio da autonomia está previsto no artigo 614, *caput* do CPC, sendo que o mesmo está intimamente ligado ao princípio da iniciativa, onde enseja que o processo de execução não pode ser instaurado *ex officio* pelo juiz, mesmo que o título executivo seja fundado em sentença condenatória, ou seja, o processo de execução por título judicial é outro processo. Atento à sua autonomia e à “abstração das suas origens e da sentença condenatória” e até por isso, com e pela demanda executória cria-se nova relação

processual. Daí dizer, como diz Araken de Assis, que *“a execução inaugura outra espécie de serviços, diferentes daqueles anteriormente prestados, a reclamarem contraprestação digna e suficiente”*.

**b) Princípio da patrimonialidade**

Preceito esculpido no art. 591 do CPC, este princípio alude a responsabilidade patrimonial do devedor a fim de satisfazer toda a execução, seja com bens presentes ou futuros.

**c) Princípio do resultado**

Consoante lição de Araken de Assis, *“toda execução há de ser específica. É tão bem sucedida quando entrega fielmente ao exequente o bem perseguido, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários.”* Portanto, a execução visa tão somente satisfazer o crédito já declarado quando em processo de conhecimento (título executivo judicial) ou oriundo de um título executivo extrajudicial.

**d) Princípio da disponibilidade**

Este princípio está esculpido no art. 569 do CPC, e reza que o credor poderá desistir da execução, ou de apenas algumas medidas executivas.

Pois bem, a desistência da ação deverá ser homologada pelo juiz, nos termos do art. 158, parágrafo único do CPC, sendo que esta decisão será na forma de decisão interlocutória (art. 162, § 2º, também do *Codex Processual Civil*

Todavia, com relação ao princípio da disponibilidade no processo de execução, há alguns limites dispostos no CPC.

**e) Princípio da adequação**

Este princípio se refere aos meios executórios, onde os mesmos devem se adequar de forma a que a execução alcance seu fim precípuo: a obtenção da prestação com a conseqüente total efetivação da prestação jurisdicional.

**f) Princípio da Iniciativa**

Consoante lição de Teori Zawascki, *“o processo de execução não pode ser instaurado de ofício pelo juiz, ainda que o título executivo seja uma sentença.”*

Assim sendo, deve a parte impulsionar o processo executivo, pois somente daí que o órgão jurisdicional estará apto a se pronunciar mediante os atos executórios, isto é, a desenvolver as atividades executivas.

**g) Princípio de que toda execução é real**

Este princípio está relacionado diretamente com os bens do devedor, isto é, a atividade jurisdicional executiva incide sobre os bens do devedor, e não sobre a pessoa do mesmo, nos termos do art. 591, CPC, salvo as exceções do art. 5º, LXVII da Carta Magna.

**h) Princípio de que a execução tende apenas a satisfação do direito do credor**

Toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do credor, sendo que a penhora sobre os bens do devedor deverá somente ser efetuada para satisfazer o montante devido, e nunca mais que isso, consoante leitura do art. 659 do CPC.

**i) Princípio da utilidade da execução**

Este princípio deve ser útil ao credor tão somente para efetivar seu direito já reconhecido anteriormente em tutela cognitiva, e nunca usar o instrumento executório como castigo ou para gerar sacrifício ao devedor, consoante leitura do art. 659, § 2º do Diploma Processual Civil.

**j) Princípio da economia**

A regra do art. 620 do CPC é clara no sentido de que toda a execução deverá ser ordenada pelo juiz, pelo modo menos gravoso ao devedor.

**k) Princípio da especificidade.**

Nesta seara, a obrigação deve ser específica, pois na lição de Humberto Theodoro Jr., *“permite-se, porém, a substituição da prestação pelo equivalente em dinheiro (perdas e danos) nos casos de impossibilidade de obter-se a entrega da coisa devida (art. 627), ou de recusa da prestação de fato (art. 633).”*

**l) Princípio do ônus.**

A regra é de que todas as despesas dentro do processo executório, inclusive os honorários advocatícios do exeqüente, são despendidos pelo devedor, consoante regra do art. 651 e 659, ambos do CPC.

#### **m) Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana**

O princípio constitucional da dignidade humana está previsto no art. 1º, III, do Diploma Maior c/c o art. 649 do CPC que trata da impenhorabilidade de bens, visando, assim, o preceito de que a execução não deve *“causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua família”* pois desta forma, estaria a execução a gerar situações incompatíveis relacionadas e indo de encontro ao princípio constitucional supra mencionado. Então foi neste sentido que o legislador editou a regra do art. 649, bem como a Lei de Impenhorabilidade dos bens de família.

## **22.2 Sujeitos da execução**

Duas são as partes no processo de execução: de um lado têm-se as que pedem a tutela jurisdicional executiva (exeqüente ou executante), e de outro aquelas contra quem se pede tal tutela (executado).

O executante possui a legitimidade ativa, e necessita, assim como nos demais processos, possuir capacidade processual.

Possui também legitimidade ativa o Ministério Público, como parte e como fiscal da lei, sendo que neste último caso ele necessitará de autorização legal.

De acordo com o art. 566, CPC, têm legitimidade ativa para promover a ação de execução:

- I - o credor a quem a lei confere título executivo;
- II - o MP, nos casos prescritos em lei.

Assim, no caso de legitimação ativa, tem-se que a legitimação ordinária cabe ao credor que tenha seu nome indicado no título executivo, e a extraordinária cabe, por exemplo, ao MP, o qual, como representante dos incapazes, pode promover a ação executiva.

O art.567, CPC, enumera as demais pessoas que possuem legitimidade ativa no processo de execução, são elas:

- I - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;
- II - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos;
- III - o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

Quanto à legitimidade passiva, esta também pode ser dividida em ordinária e extraordinária. Possuem legitimidade passiva ordinária, de acordo com o art. 568, CPC, o devedor reconhecido como tal no título executivo, assim como seu espólio, seus herdeiros e sucessores, além do novo devedor que tenha assumido a dívida com o consentimento do credor.

A legitimidade passiva extraordinária ocorre contra legitimados passivos que não hajam participado e nem sejam sucessores daqueles que tenham criado o título. É o caso, p. ex., do responsável tributário.

Ao devedor de título executivo extrajudicial, quando este quer ver seu débito quitado a mercê da vontade do credor, cabe a ação de consignação em pagamento.

No processo de execução admite-se, ainda, o litisconsórcio tanto ativo quanto passivo, mas nenhuma das modalidades de intervenção de terceiro são cabíveis.

### **22.3 Competência**

A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante o juízo que proferiu a sentença, objeto da execução. A competência, neste caso, é absoluta.

Nesse sentido, o art. 575 determina que a execução processar-se-á perante:

I - os tribunais superiores, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III – (expressamente revogado pela Lei nº 10.358/01)

IV - o juízo cível competente, quando o título executivo for a sentença penal condenatória ou sentença arbitral.

A execução, fundada em título extrajudicial, será processada perante o juízo competente. A competência, neste caso, é relativa. O foro da praça de pagamento do título é competente, se outro não tiver sido eleito pelas partes. No foro do domicílio do

devedor será ajuizada a execução, caso o título executivo extrajudicial não indicar a praça de pagamento.

## **22.4 Requisitos da execução**

São requisitos para realizar a execução:

- I - o inadimplemento do devedor,
- II - um título executivo (judicial ou extrajudicial).

### **O inadimplemento do devedor**

O inadimplemento do devedor é o primeiro requisito para se promover uma ação de execução.

### **O título executivo**

Na execução não é necessário que se detalhe o crédito. Não é necessário detalhar a causa de pedir que está implícita na própria apresentação do título executivo.

Vale ressaltar que é a lei que determinará, taxativamente, quais são os títulos dotados de força executiva.

De acordo com o art. 475- N , CPC, são títulos executivos judiciais:

- I - a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;
- II - a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- III - a sentença homologatória de transação ou de conciliação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;
- IV - a sentença arbitral;
- V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;
- VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal;
- VII - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título universal ou singular.

São títulos executivos extrajudiciais, de acordo com o art. 585, CPC:

- I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
- II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;
- III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como de seguro de vida;
- IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio;
- V – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como os encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

VI - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VIII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. Aqui, a legislação prevê a possibilidade de que outros títulos executivos extrajudiciais sejam criados por leis especiais, como, por exemplo, o contrato de honorários advocatícios, quando ajustado por escrito.

A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo extrajudicial não inibe o credor de promover-lhe a execução.

#### **Requisitos do título executivo**

De acordo com o art. 586, CPC, o título, hábil à execução, deve ser líquido, certo, exigível.

O título executivo estando formalmente perfeito, será certo o crédito nele contido.

O título é líquido quando determinado o valor e a natureza que se deve. O crédito é certo quando se sabe que se deve; líquido, quando se sabe quanto e o que se deve. Um título não deixa de ser líquido por não apontar o montante da dívida, desde que se possa, pelos elementos nele contido, e por simples cálculo aritmético, chegar ao valor devido.

A exigibilidade diz respeito ao vencimento da dívida. Se a obrigação estiver sujeita a condição ou termo, somente com a verificação de um dos institutos é que o crédito ter-se-á tornado exigível.

## **22.5 Da responsabilidade patrimonial**

Em toda obrigação há o dever de prestar contas, ou seja, o compromisso que o devedor assume de satisfazer ao credor, cumprindo a obrigação.

O patrimônio do devedor será sempre a garantia do credor. Desta forma, há a vinculação do patrimônio do obrigado, ou de parte dele, a fim de que o credor obtenha a satisfação de seu direito de crédito, ainda que nos bens do devedor, quando este espontaneamente não cumpre a obrigação.

Este vínculo patrimonial de sujeição dos bens do devedor, para satisfação do credor, é chamado de responsabilidade patrimonial.

Nesse sentido, estabelece o art. 591, CPC, que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Vale ressaltar que a constituição da obrigação, em princípio, não impede a livre circulação dos bens do devedor, a não ser quando ele tenha por fim exclusivo fraudar o credor.

É importante salientar, também, que, no processo de execução, os bens atingidos pela execução devem pertencer apenas ao devedor. Caso o bem de algum terceiro seja atingido, cabe ao terceiro prejudicado interpor os embargos de terceiro.

Existem, porém, exceções à esta regra elencados no art. 592, CPC. Neste sentido, a responsabilidade patrimonial estende-se aos bens:

- I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real;
- II - do sócio, nos termos da lei;
- III - do devedor, quando em poder de terceiros;
- IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;
- V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.

## **22.6 A fraude à execução**

Ocorre fraude contra credores quando o devedor, procurando subtrair seus bens à responsabilidade executória, os aliena ou onera a terceiro.

De acordo com o art. 593, CPC, considera-se fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

- I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
- II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III- nos demais casos expressos em lei.

A ação pauliana é a ação competente para se anular atos fraudulentos.

## **22.7 Liquidação da sentença**

### **Natureza jurídica**

Com a recente alteração houve uma pacificação acerca da natureza jurídica do instituto da Liquidação de Sentença, a liquidação de sentença não é uma mera fase do processo de conhecimento servindo como um elo cognitivo entre a fase de conhecimento e a fase de cumprimento da sentença.

### **Procedimento de liquidação de sentença**

A liquidação de sentença, que antes era distribuída nos artigos 603 a 611 do CPC, encontra-se agora regulamentada pelos artigos 475-A ao 475-H.

A atual regra proíbe, expressamente, a prolação de sentença ilíquida no caso das alíneas 'd' e 'e' do inciso II do art. 275 do Código, que são os casos de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre e no de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo.

Excetuada esta questão de proibição de decisão ilíquida, o código continua a prever três formas de liquidação: a liquidação por cálculo do contador, por artigo e por arbitramento.

Em qualquer uma das formas de liquidação, deve-se ressaltar que o código não mais prevê a necessidade de citação da parte contrária, que já se dava na pessoa de seu advogado. A liquidação agora exige tão somente a intimação do advogado, o que contribuiu com o princípio da economia processual e da celeridade. Na grande maioria das comarcas, essa intimação faz-se por publicação oficial, reduzindo custos e quaisquer possibilidades de eventuais desaparecimentos procrastinatórios, além da extirpação deste custo à parte que promove a liquidação.

Outra alteração é a possibilidade de se iniciar a liquidação de sentença na pendência de recurso. O § 2º do art. 475-A ensina que a liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

Vale dizer que a lei não distinguiu a pendência de que tipo de recurso e restringiu ao fato do mesmo ter sido ou não recebido no efeito suspensivo. Evidentemente, a liquidação poderá se iniciar mediante pendência de qualquer recurso, inclusive o recurso de apelação, o que pode significar um enorme ganho de celeridade no processo para se receber o crédito advindo da demanda.

Neste caso, a liquidação se dará em autos apartados no juízo de origem, sendo obrigação do liquidante instruir o requerimento com as peças processuais pertinentes.

### **Modalidades**

#### **a) Por cálculo**

O código prevê que, sendo possível a liquidação da sentença por cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Vale ressaltar que, caso a parte necessite de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, esta poderá, nos próprios autos, requerer a exibição dos mesmos, sendo fixado prazo de até trinta dias para apresentar. Havendo recusa, por parte do devedor, serão aceitos os cálculos do credor. Se a recusa for de terceiro, poderá se utilizar da busca e apreensão e imputação de crime de obediência.

Após apresentados os memoriais de cálculo do credor, não tendo sido impostamente aceitos os cálculos pela não exibição de documentos pelo devedor, é que pode iniciar-se a liquidação por cálculo do contador.

Caso haja um aparente excesso do valor apresentado, o juiz poderá valer-se do contador do juízo. Neste caso, interessante o fato de que, pela leitura do texto legal, o juiz pode fazê-lo de ofício, não sendo necessário, sequer, pedido da parte contrária. Também poderá valer-se do contador do juízo no caso de assistência judiciária.

Se a parte não aceitar os cálculos apresentados pela contabilidade forense, o processo poderá continuar com relação à parte incontroversa (inclusive com penhora de bens), tendo por base o valor encontrado pelo contador. O restante poderá ser discutido por meio de todo o sistema recursal disponível.

#### **b) Por arbitramento**

A liquidação por arbitramento continua em vigor quando determinada pela sentença ou convencionado pelas partes, bem como quando a natureza do objeto da liquidação assim exigir.

Neste caso, o juiz nomeará o perito para fazer o arbitramento e fixará prazo razoável para apresentação do laudo. Não houveram alterações substanciais nesta questão, com relação ao antigo sistema de liquidação.

### **c) Por artigos**

Havendo necessidade de prova de fatos novos, a liquidação se dará por artigos, sendo proibido, como nos demais casos, rediscussão da lide e modificação do teor da decisão.

A liquidação por artigos também não sofreu alterações quanto ao seu procedimento e cabimento, devendo ser aplicado, no que couber, o procedimento comum. Todavia, uma interessante alteração no sistema de liquidação de sentença traz reflexos mais sérios neste tipo de liquidação.

### **Recurso**

Da decisão que julgar a liquidação de sentença, uma vez que não se trata de processo autônomo, o recurso cabível é o agravo de instrumento. É uma interessante forma de submeter a apreciação de fatos novos ao duplo grau de jurisdição sem prejuízo da demora que se pode causar ao jurisdicionado que, já com seu direito declarado, inicia uma nova batalha para receber seu crédito.

No entanto, é evidente que o agravo de instrumento pode ser recebido no efeito suspensivo, se existir possibilidade de lesão de difícil reparação.

## **22.7 Das espécies de execução**

### **a) Da entrega de coisa certa (arts. 621 ao 628, CPC)**

A execução para a entrega de coisa certa se pauta, ou melhor, tem como pressuposto, a execução de uma obrigação de dar ou restituir.

De acordo com o art. 621, CPC, o devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo (judicial ou extrajudicial), será citado para, dentro de 10 dias, satisfazer a obrigação, ou, seguro o juízo, apresentar embargos.

O devedor poderá depositar a coisa, em vez de entregá-la, quando quiser opor embargos. Porém, depositada a coisa, o exequente não poderá levantá-la antes do julgamento dos embargos.

Se o devedor entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta, de acordo com a sentença, tiver de prosseguir para o pagamento de frutos e ressarcimento de perdas e danos.

Não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou de móvel.

Alienada a coisa quando já litigiosa, expedir-se-á mandado contra o terceiro adquirente, que somente será ouvido depois de depositá-la.

O credor tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando esta não lhe for entregue, se deteriorou, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente. Não constando da sentença o valor da coisa ou sendo impossível a sua avaliação, o credor far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial. O valor da coisa e as perdas e danos serão apurados em liquidação de sentença.

Havendo benfeitorias indenizáveis feitas na coisa pelo devedor ou por terceiros, de cujo poder ela houver sido tirada, a liquidação prévia é obrigatória. Se houver saldo em favor do devedor, o credor o depositará ao requerer a entrega da coisa; se houver saldo em favor do credor, este poderá cobrá-lo nos autos do mesmo processo.

#### **b) Da entrega de coisa incerta (arts. 629 à 631)**

Em conformidade com o art. 629, quando a execução recair sobre coisas determinadas pelo gênero e quantidade (art. 874, CC), o devedor será citado para entregá-las individualizadas, se lhe couber a escolha; mas se essa couber ao credor, este a indicará na petição inicial.

Qualquer das partes poderá, em 48 horas, impugnar a escolha feita pela outra, e o juiz decidirá de plano, ou, se necessário, ouvindo perito de sua nomeação.

De forma complementar, aplicar-se-á à execução para entrega de coisa incerta o estatuído para a entrega de coisa certa.

#### **c) Execução das obrigações de fazer (art. 632 ao 641, CPC)**

Em conformidade com o art. 632, quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar (se omissis o prazo em título executivo, devendo, o prazo determinado pelo juiz, ser razoável), se outro não estiver determinado no título executivo (judicial ou extrajudicial).

Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos (caso o credor não aceite a execução da obrigação de fazer); caso em que ela se converte em indenização.

O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.

De acordo com os arts. 634 e 635, CPC, se o fato puder ser prestado por terceiros (obrigações fungíveis), é lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele o realize a custa do devedor. Prestado o fato, o juiz ouvirá as partes no prazo de 10 dias; não havendo impugnação, dará por cumprida a obrigação; em caso contrário, decidirá a impugnação.

A multa diária aplicável ao devedor de obrigação de fazer infungível ("astreintes") tem sido utilizada, hoje em dia, também para compelir o devedor de obrigação de fazer fungível, por ser mais barata para o credor e eficaz para o cumprimento do título executivo do que a conversão em perdas e danos ou a imputação da obrigação de fazer a terceiro. A multa diária não está limitada ao valor da obrigação principal e converte-se para o credor, o qual, com isso, obterá uma certa recompensa pela demora no cumprimento da obrigação. O multa diária excessiva pode ser, ao final, reduzida pelo juiz.

Nesse sentido, de acordo com os arts. 644 e 645, CPC, na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial ou extrajudicial, o juiz, se omissa a sentença ou o título, fixará multa por dia de

atraso e a data a partir da qual ela será devida. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.

Nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assinie prazo para cumpri-la. Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no art. 633, CPC.

Em se tratando de obrigação de emitir declaração de vontade, o art. 466-B, CPC, determina que se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado. Além disso, tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível (art. 466-C). Finalmente, condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida (art. 466-A).

#### **d) Execução das obrigações de não fazer (arts. 642 ao 645, CPC)**

Se o devedor praticou o ato, a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o credor requererá ao juiz que lhe assinie prazo para desfazê-lo.

Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos.

#### **e) Execução por quantia certa contra devedor solvente (arts. 646 ao 729, CPC)**

### **Considerações preliminares**

Existe a execução por quantia certa contra devedor solvente e a execução por quantia certa contra devedor insolvente. Todavia, a execução por quantia certa contra devedor insolvente é uma modalidade de execução para decretar a insolvência civil do devedor.

A execução por quantia certa de devedor solvente tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor, em consonância com o art. 591, CPC.

#### **- citação do devedor e da nomeação de bens**

A citação é o ato de chamamento do devedor ao processo. Contudo, diferentemente do que ocorre no processo de conhecimento, no de execução o devedor é citado para, no prazo de 3 dias efetuar o pagamento da dívida (art. 652).

Não efetuado o pagamento, o oficial de justiça, munido da segunda via do mandado, procederá de imediato à penhora dos bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado.

A intimação do executado far-se-á na pessoa do seu advogado, não o tendo, será intimado pessoalmente.

O art. 653, CPC, estabelece que o oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução. Nos 10 dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o devedor três vezes em dias distintos; não o encontrando, certificará o ocorrido.

Compete ao credor, dentro de 10 dias, contados da data em que foi intimado do arresto requerer a citação por edital do devedor. Findo o prazo do edital, terá o devedor o prazo a que se refere o art. 652, CPC, convertendo-se o arresto em penhora em caso de não pagamento.

A penhora deverá obedecer a ordem estabelecida no art. 655, CPC. Se o devedor não tiver bens no foro da causa, far-se-á a execução por carta, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens no foro da situação, art. 747, CPC.

#### **- penhora**

É a penhora, o primeiro ato da execução por quantia. A penhora deve ser feita normalmente por oficial de justiça, o qual, munido de um mandado, apreenderá os bens que lhe forem indicados pelo devedor, ou pelo credor, se aquele não o fizer.

Além de sua função principal de imprimir sobre o bem penhorado a responsabilidade executória, individualizando-o como objeto da execução expropriatória, ela também gera um direito de preferência em favor do credor primeiro penhorante, como prescreve o art. 612, CPC.

Pode-se dizer, ainda, que a penhora torna ineficaz, em relação ao credor penhorante, o ato de alienação que o devedor praticar do bem penhorado, de modo que a

atividade executória prosseguirá sobre o bem afetado pela penhora mesmo contra o adquirente.

Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem.

Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia. Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual um auto.

De acordo com o art. 665, o auto de penhora conterá:

- I - a indicação do dia, mês, ano e lugar em que foi feita;
- II - os nomes do credor e do devedor;
- III - a descrição dos bens penhorados, com os seus característicos;
- IV - a nomeação do depositário dos bens.

De acordo com o art. 668, CPC, o executado pode, no prazo de 10 dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que a substituição não trará prejuízo ao exequente e será menos onerosa para ele devedor.

A penhora pode recair, ainda, sobre créditos, dívidas de dinheiro a juros, sobre direitos e ação do devedor.

De acordo com o art. 648, não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

### **Da expropriação**

De acordo com o art. 647, CPC, a expropriação consiste:

- I - na adjudicação em favor do exeqüente ou das pessoas indicadas no § 2º do art. 685-A desta Lei;
- II- na alienação por iniciativa particular;
- III- na alienação em hasta pública;
- IV - no usufruto de bem móvel ou imóvel.

O devedor pode, a todo momento, mas antes de arrematados ou adjudicados os bens, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

### **I- Da adjudicação**

A adjudicação é agora a forma preferencial de expropriação, tanto mais por sua simplicidade, já que poupa esforço processual, pois mediante a entrega do próprio bem penhorado ao credor resolve-se num ato só tanto a expropriação como o pagamento, ou seja, evita-se a triangulação que uma alienação a terceiro sempre traz.

Verifica-se a adjudicação quando o exeqüente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requer lhe sejam adjudicados os bens penhorados (do ponto de vista do direito material ocorre uma dação em pagamento, no caso de adjudicação pelo credor).

Também podem adjudicar o bem penhorado o credor com garantia real, os credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, o cônjuge, os descendentes ou ascendentes do executado.

Havendo mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; em igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, descendente ou ascendente, nessa ordem.

O instituto da remição de bens (art. 787, ora revogado) não faz mais sentido algum, justamente porque agora se admite que os parentes do devedor possam adjudicar o bem penhorado (não confundir com remição da execução, que persiste no Código, e que significa o pagamento integral da dívida pelo próprio devedor, antes da adjudicação ou da alienação dos bens (art. 651: *“Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios”*)).

A adjudicação considera-se perfeita e acabada, diz o art. 685-B, com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel.

## **II - Da alienação por iniciativa particular;**

A alienação por iniciativa particular dá-se quando, não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exeqüente requer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária (art. 685-C).

A negociação do bem passa-se extrajudicialmente (portanto, sem tipificação legal), devendo o juiz tão-só fixar:

- a) o prazo em que a alienação deve ser efetivada;
- b) a forma de publicidade;
- c) o preço mínimo (art. 680);
- d) as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem.

Uma vez concluída a negociação, porém, a alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exeqüente, pelo adquirente e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário, ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente.

### **III- na alienação em hasta pública (arts. 686 e seguintes)**

A alienação em hasta pública assemelha-se a uma espécie de licitação. Só deve ser utilizada no caso de não ter ocorrido nem adjudicação, nem alienação por iniciativa particular.

Aperfeiçoa-se a arrematação em hasta pública com a assinatura do auto de arrematação pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, quando então a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

A publicação de editais e a própria realização da praça ou leilão poderão ser substituídas, a requerimento do exequente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado (art. 689-A). O Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, regulamentarão esta modalidade de alienação, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.

O art. 694, §1º, elenca as hipóteses em que a arrematação em hasta pública é ineficaz.

No prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, o executado pode oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto quanto aos embargos de que trata o art. 745 do CPC. Nesse caso, como visto, o arrematante pode perder o interesse pelo bem e está autorizado a desistir da arrematação.

#### **IV - no usufruto de bem móvel ou imóvel.**

Esta hipótese é a última das formas de expropriação, segundo o art. 647, na verdade não implica perda da propriedade do bem pelo devedor. Tem lugar esse procedimento executivo quando o juiz reputar menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito.

Decretado o usufruto, perde o executado o gozo do móvel ou imóvel, até que o exeqüente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios (art. 717). O usufruto tem eficácia, assim em relação ao executado como a terceiros, a partir da publicação da decisão que o conceda (art. 718). O procedimento de usufruto é, em grande medida, atípico, e se protraí no tempo; por conseqüência, pode gerar incidentes, que serão decididos pelo juiz da causa, mediante decisões interlocutórias.

### **Fim da execução**

Se o próprio exeqüente não tiver adjudicado o bem penhorado, concluída a expropriação deste, o produto da venda é-lhe entregue (salvo no caso de usufruto de móvel ou imóvel, no qual a satisfação do credor se dá de forma paulatina e sem a perda da propriedade do bem pelo executado). Assim, o devedor satisfaz a obrigação, embora de maneira forçada. Não há mais, portanto, interesse no prosseguimento da ação executiva, daí porque ela deverá ser declarada extinta, conforme diz o art. 794, I. Essa sentença consubstancia a quitação do devedor e é só depois dela que se considera extinta a execução (art. 795).

Pode a execução terminar também por transação, remissão ou renúncia do crédito. Mas, em qualquer caso, é indispensável a sentença declaratória do art. 794.

### **f) Execução contra a Fazenda Pública (art. 730 e 731 CPC)**

Na execução contra a Fazenda Pública a Fazenda Pública, ou seja, a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas, figura no pólo passivo.

Aqui não haverá expropriação de bens, haja visto que os bens públicos são impenhoráveis.

A execução contra a Fazenda Pública também terá como pressuposto um título executivo (judicial ou extrajudicial).

Diferentemente do que ocorre nas demais execuções, a Fazenda não é citada para pagar em 3 dias, mas sim para opor embargos no prazo de 10 dias.

Caso não sejam opostos os embargos, ou sendo estes julgados improcedentes, será expedido precatório (que será pago segundo a ordem de apresentação) e o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do Tribunal competente.

Vale ressaltar que algumas dívidas, como as de natureza alimentar, gozam do direito de preferência e não é necessário que neste caso se obedeça a ordem cronológica existente.

#### **g) Execução de prestação alimentícia (arts. 732 ao 735, CPC)**

De acordo com o art. 732, CPC, a execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto para as execuções por quantia certa contra devedor solvente.

Porém, neste tipo de execução existe uma particularidade que a diferencia das demais. De acordo com o art. 733, CPC, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 dias, pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Estas são as 3 alternativas previstas em lei para o devedor. Caso ele não pague, não prove que pagou, nem justifique sua atitude, o juiz decretará sua prisão civil,.

Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Se o devedor for funcionário público ou tiver emprego fixo, o credor poderá requerer que os alimentos sejam descontados, diretamente, na folha de pagamento, evitando-se, desta forma, a execução.

Da decisão que declara a prisão civil do devedor de alimentos cabe agravo de instrumento, com a possibilidade do efeito suspensivo, também se tem admitido o habeas corpus.

#### **h) Execução por quantia certa contra devedor insolvente**

O processo de insolvência civil regido pelos arts 748 e seguintes do CPC, consiste em uma execução **coletiva**, porque é realizada em benefício de todos os credores do devedor civil (pessoa natural ou pessoa jurídica prestadora de serviços-não empresário) e **universal**, porque incide sobre todos os bens penhoráveis. A insolvência, tem semelhança com a falência, mas é um instituto civil, regido pelo CPC, e o insolvente não é comerciante ou empresário.

#### **Da caracterização da insolvência**

O art. 748 do CPC, define inicialmente o insolvente quando as dívidas excederem a importância dos bens do devedor.

O art. 750-I do CPC, permite presumir a insolvência quando o devedor, mesmo possuindo bens que suplantem as dívidas, alguns destes bens, não são livres e desembaraçados, ficando impossibilitado de quitar toda a obrigação.

O art. 750 II, dentro ainda da conceituação da insolvência presumida, diz que é nos casos do devedor, nos termos do art.813 (medida cautelar de arresto), que sem domicílio certo tenta ausentar-se ou alienar seus bens; ou quando, tentar se ausentar furtivamente, contrai dívidas acima de suas posses, ou tenta aliená-los ou gravá-los (hipoteca, penhor ou anticrese) sem deixar bens que cubram suas obrigações; neste caso, combinando-se com o art. 814-I do CPC, as dívidas podem ou não estar exigíveis, tendo-se o *“fumus boni iuris”* e o *“periculum in mora”*.

#### **Da legitimidade para se requerer a insolvência**

O art. 753, diz quem pode requerer a insolvência.

Em primeiro lugar, o credor quirografário, (pois os credores com privilégios ou preferências, devem requerer a execução por quantia certa solvente) instruindo o pedido com o título executivo judicial ou extrajudicial.(art. 754-584-585).

Pode também requerer a insolvência, o próprio devedor (art. 753-II), denominando-se auto-insolvência, convocando-se todos os credores comuns para se habilitarem. Neste caso, quando declarada a insolvência, os credores assumem a parte ativa, nomeando o juiz um administrador, seguindo-se o procedimento dos arts. 761 e 762 do CPC.

O espólio, por seu inventariante (art. 753-III).

#### **Da competência**

O juízo competente para se propor a insolvência é o estadual, qualquer que sejam as partes, pois a justiça federal não tem competência para processos coletivos, como falência e insolvência.

O foro competente, é o do devedor, art. 760 do CPC.

#### **Da citação e defesa do devedor**

Requerida a insolvência pelo credor, o devedor será citado por mandado para embargar a execução em 10 (dez) dias, não havendo segurança do juízo, podendo o devedor levantar todas as matérias de defesa constantes nos arts. 741, 742 e 745 do CPC, dependendo se o título executado é judicial ou extrajudicial. Podendo também neste prazo, elidir a insolvência, pagando todo o débito.

Requerida a insolvência pelo devedor ou por seu espólio, não há citação dos credores, não havendo portanto, embargos do devedor, ocorrendo o procedimento dos arts. 759 e 760 do CPC, podendo o juiz proferir uma sentença e decretar-lhe a insolvência, produzindo os efeitos materiais e processuais dos arts. 761 e 762 do CPC.

O Ministério Público, deve participar da insolvência, mesmo não havendo definição expressa no capítulo da insolvência, mas, a doutrina é majoritária quanto a esta obrigatoriedade, por se tratar de uma questão extraordinária, onde todos os bens do

devedor serão arrecadados e levados a hasta pública, sendo portando, matéria de interesse público, conforme art. 82-III do CPC.

#### **Da declaração judicial da insolvência.**

Na insolvência, existirão normalmente quatro sentenças.

1ª-A sentença que declara a insolvência (art.761);

2ª-A sentença que aprova o quadro geral de credores;

3ª-a sentença que encerra a insolvência;

4ª-A sentença que declara a extinção de todas as obrigações;

A primeira sentença é proferida, após ser embargada a execução insolvente ou não existindo embargos do devedor, o juiz proferirá uma sentença declaratória de natureza constitutiva,(art.761) porque altera as relações do devedor com seus bens e credores. É uma sentença no aspecto formal, porque no aspecto processual ela contraria o art. 162 do CPC, que diz que a sentença extingue o processo e no caso da insolvência a visão é contrária, pois ela inicia o processo da execução coletiva.

Esta sentença poderá ser apelada, com efeito somente devolutivo, caso tenha sido embargada e nos embargos foi ela proferida, julgando-os improcedentes (art.520 V), ou com efeito devolutivo e suspensivo, caso não tenha sido embargada, sendo ela proferida na própria execução.(art. 520).

A sentença declaratória da insolvência, produz efeitos materiais e processuais.

Os efeitos materiais são:

I- provocar o vencimento antecipado das dívidas do devedor;

II- provocar a perda do direito de administrar os bens e deles dispor até a liquidação total da massa; I

II- os bens passam a constituir um universalidade, denominada massa do insolvente;.

IV-Interromper a prescrição das obrigações, que começa a correr no dia em que passar em julgado a sentença que encerrar o processo de insolvência(art.777), consideram-se extintas todas as obrigações do devedor, decorridos cinco anos do encerramento do processo de insolvência.

Os efeitos processuais são:

I- A arrecadação de todos os bens do devedor, os atuais penhoráveis,os adquiridos no curso do processo e até que sejam extintas as obrigações;

II- A execução por concurso universal de credores, a nomeação de um administrador que passa a representar a massa ativa e passivamente e que terá a incumbência de liquidá-la; a expedição de edital convocando os credores para apresentem em 20 dias a declaração de seu crédito, acompanhada do título executivo; a atração para o juízo universal da insolvência de todas as execuções existentes, salvo se em alguma, estiver designado dia para praça ou leilão, caso em que o produto da alienação entrará para a massa.

A segunda sentença, é a que aprova o quadro geral de credores (art. 768/771), e será proferida após a habilitação dos credores e classificação dos créditos.

A terceira sentença (art.777 do CPC), é proferida para encerrar o processo de insolvência após o pagamento dos credores do insolvente com o dinheiro apurado pela alienação dos bens arrecadados, começando a correr a prescrição das obrigações no dia em que passar em julgado esta sentença.

A quarta sentença (arts.779/782) será prolatada a requerimento do devedor após decorridos 05 (cinco anos) do trânsito em julgado da sentença que encerrou o processo de insolvência.

A quinta sentença poderá existir, quando, após aprovado o quadro geral dos credores (art. 769), o devedor insolvente acordar com os seus credores propondo-lhes uma forma de pagamento, e caso aceito, o juiz proferirá uma sentença aprovando a proposta.

## **22.9 Defesa do devedor**

### **a) Embargos do devedor e impugnação**

#### **Considerações iniciais**

Antes do advento da Lei 11.232/05, os embargos dividiam-se em embargos à execução de título judicial e embargos à execução de título extrajudicial, sendo os embargos fundados em título executivo judicial, mais restritos.

Hodiernadamente, os embargos fundados em título judicial mantêm o mesmo processamento. Contudo, os embargos fundados em título judicial, a partir do advento da retro citada lei, passaram a ter outro nome, qual seja: impugnação, sendo que a matéria para embasar tal meio de defesa poderá versar tão-somente sobre a falta ou nulidade da citação, se o processo ocorreu à revelia, inexigibilidade do título, penhora incorreta ou avaliação errônea; ilegitimidade de parte, excesso de execução e qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Até esse ponto, nenhuma novidade, além do nome da possibilidade de impugnação nos próprios autos, com uma exceção de executividade.

Atualmente, é necessário citar que concerne a execução de título judicial, que se chama de **impugnação**, não existe mais efeito suspensivo, podendo o juiz, concedê-la, como exceção, podendo o exeqüente requerer o prosseguimento, devendo, contudo, apresentar caução, que não será necessária em dois casos: crédito alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta salários mínimos, e o exeqüente demonstrar situação de necessidade; nos casos de execução provisória em que penda agravo instrumental junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar de risco, de difícil ou incerta reparação; outra novidade consiste na forma de impugnação do excesso de execução.

Anteriormente era possível impugnar de forma genérica os cálculos, o que não será mais permitido, pois quando o executado alegar que o exeqüente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação, conforme dispõe o novel artigo 475-L, § 2º, do Código de Processo Civil.

### **Prazo**

Outra inovação é com relação ao prazo de impugnação, pois pela lei anterior, o prazo seria de 10 dias, conforme dispõe o artigo 736, do Código de Processo Civil; agora, o prazo para impugnar será de 15 (quinze dias).

### **Legitimidade**

No que diz respeito à legitimidade para aforar os embargos à execução fundada em título extrajudicial ou fundada em título judicial (impugnação), é oportuno salientar que tem legitimidade para propor aquele que se encontra no pólo passivo da demanda executiva. O próprio nome já indica que os embargos ou impugnação são do devedor.

Com relação a intervenção de terceiros, só é cabível a oposição e a assistência, excluindo-se a denunciação à lide, chamamento ao processo e nomeação à autoria.

### **Competência**

O juízo competente para análise dos embargos ou impugnação, por se tratar de procedimento incidental, é do juízo perante o qual tramita a execução, sendo competente o juízo deprecado, quando os embargos ou a impugnação versarem sobre a penhora de bens feita no juízo para o qual foi expedida carta precatória, visando à constrição patrimonial, pois nesse caso, pela atual redação do artigo 747, do Código de Processo Civil, no que toca a vícios inerentes à penhora, avaliação, alienação, etc...

### **Procedimento**

O procedimento dos embargos do devedor em oposição a execução de título extrajudicial segue o rito dos artigos 736 e seguintes do Código de Processo Civil, necessitando-se de petição inicial com os requisitos dos artigos 282 e 283, também do Estatuto Processual. Recebidos os embargos, o juiz determinará que sejam autuados em apenso aos autos do processo de execução e mandará intimar o credor para impugná-los no prazo de 10 (dez) dias.

Depois, o processo segue normalmente, com a tomada das providências preliminares e, se for o caso, instrução para, ao final, ser proferida sentença com a finalidade de acolher ou não os embargos opostos.

Esse, contudo, não é o processamento da impugnação (embargos do devedor contra ação de execução fundada em título executivo judicial), pois, nesse caso, o executado deverá, no prazo de 15 dias, lançar mão da impugnação, alegando as matérias previstas em leis (numerus clausus). Aforada, intima-se o executado para, no prazo de 15 dias contraditar à impugnação. Após isso, os autos vão conclusos para decisão, que a partir da entrada em vigor da lei em estudo, será decisão interlocutória.

### **Sentença**

Essa decisão, se julgar improcedentes os embargos será declaratória e reconhecerá a inexistência do direito da tutela que ele pretendia; se julgar procedente terá mais de uma eficácia, senão vejamos: declaratória, pois declara a inexistência ou desconstituição do título; mandamental, pois seu dispositivo contém, conforme afirma Wambier, “contra-ordem, que desfaz a ordem de que proveio a atividade executiva.”

Nos embargos à execução fundada em título judicial, a decisão não é interlocutória, mas sim sentença, acolhendo ou rejeitando os embargos, fará coisa julgada material no limite dos pedidos e das causas de pedir que o embargante apresentou. Assim, se o devedor propõe embargos à execução fundado em título extrajudicial, invocando prescrição e compensação, e o juiz julga improcedentes os pedidos, apenas estas matérias estarão cobertas pela coisa julgada.

#### **b) Exceção de pré – executividade**

A exceção de pré-executividade constitui-se em instituto jurídico relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro e se estrutura somente em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Não há lei que a regule.

#### **Legitimidade**

A maioria da doutrina considera legitimados para lançar mão da exceção de pré-executividade aqueles que podem figurar no pólo passivo do processo executivo, os quais estão dispostos no art. 568, do Código de Processo Civil, além destas pessoas admite-se que em determinados casos é possível o oferecimento do incidente processual por terceiros, desde que estes sejam juridicamente interessados.

Por fim, admite-se, ainda, a oposição de exceção de pré-executividade por pessoa que foi equivocadamente citada, ou seja, que foi erroneamente indicada pelo autor na petição inicial como devedora. Tal hipótese, até mesmo por questões lógicas, dispensa maiores comentários.

#### **Forma**

Em regra, conforme posicionamento, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, a exceção de pré-executividade deve ser oposta por meio de simples petição, nos próprios autos do processo executivo, sendo dispensado o atendimento às formalidades dispostas no art. 282, do Código de Processo Civil, que se refere à petição inicial.

#### Matérias argüíveis e as provas na Exceção de Pré-Executividade

Depois de analisar os posicionamentos de diversos autores, Geraldo da Silva Batista Júnior manifesta, de forma acertada, o seu entendimento com relação às matérias argüíveis na exceção de pré-executividade.

Para este autor "não há matéria que não possa ser alegada em exceção de pré-executividade. Se ela reflete o direito constitucional de defesa, é possível utilizá-la para promover qualquer defesa, porque, por evidente, os direitos constitucionalmente garantidos estão acima de qualquer argumento de ordem infraconstitucional, sejam eles jurisprudenciais, doutrinários ou legais".

Nesse sentido, defende que qualquer matéria pode ser alegada em exceção de pré-executividade, desde que possua prova pré-constituída. Isto porque, admitir uma instrução probatória dilatada contraria o principal objetivo do processo executivo, que é satisfazer um direito líquido, certo e exigível presumidamente existente, e, conseqüentemente, afronta outro princípio constitucional, aquele que garante a prestação da tutela executiva.

## **22.10 Suspensão e extinção das execuções**

De acordo com o art. 791, CPC, suspende-se a execução:

- I - no todo ou em parte, quando recebidos os embargos à execução (art. 739-A);
- II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III, CPC;
- III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

De acordo com o art. 794, CPC, extingue-se a execução quando, dentre outras hipóteses:

- I - o devedor satisfaz a obrigação;
- II - o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida;
- III - o credor renunciar ao crédito.

A extinção só produz efeito quando declarada por sentença.

## **23. Do Processo Cautelar**

### **Conceito**

Segundo Alexandre Freitas Câmara, processo cautelar *“é o processo que tem por fim assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional a ser produzido em outro processo”*. Para Márcio Louzada Carpena, é o processo *“de caráter instrumental e provisório, destinado a, com base em cognição sumária, afastar um dano capaz de*

*comprometer a utilidade da prestação jurisdicional num processo de conhecimento ou de execução, já ou a ser instaurado”.*

É tido, pela ampla maioria da doutrina, como um terceiro tipo de processo (*tertium genus*), ao lado do processo de conhecimento e de execução.

### **Características**

#### **a) Autonomia**

No aspecto formal, o processo cautelar goza de autonomia com relação à demanda principal, possuindo autos separados (próprios), procedimento e rito específicos. Essa *autonomia* não se repete quanto ao aspecto material, uma vez que o resultado do processo principal influencia na demanda cautelar. Pode-se afirmar, pois, que o processo cautelar é *formalmente autônomo e materialmente vinculado* ao processo principal.

#### **b) Instrumentalidade**

Deve-se a Piero Calamandrei a construção da idéia de instrumentalidade do processo cautelar. Segundo o mestre florentino, a instrumentalidade é a nota verdadeiramente típica do processo cautelar, uma vez que esse tipo de tutela não possui um fim em se mesma, mas sim servir de instrumento de proteção à eficácia de um processo principal. Essa nota característica da tutela cautelar, a que Calamandrei chamou de *instrumentalidade hipotética*, encontra correspondência no que atualmente se tem denominado *referibilidade e não-satisfatividade* do processo cautelar.

#### **c) Temporariedade**

Temporário é algo que não dura para sempre. A cautelar assim o é, pois tem duração limitada no tempo, produzindo efeitos até que desapareça a situação de perigo que a ensejou, ou nos casos expressamente previstos nos artigos 806 e 808 do CPC.

**d) Revogabilidade**

Como será visto, a tutela cautelar é concedida com base em *summaria cognitio*, ligada a situações de emergência (*periculum in mora*) e que demandam superficial cognição sobre o direito discutido (*fumus boni iuris*). Por isso, não se poderia deferir à tutela cautelar caráter de irrevogabilidade e imutabilidade, uma vez que é a mesma deferida com fundamento em conhecimento parcial e sumário do litígio. Com efeito, sempre que se verificar a ausência dos requisitos que renderam ensejo à concessão da tutela cautelar, deverá ela ser revogada pelo magistrado (artigo 807 do CPC), de ofício ou a requerimento da parte.

**e) Modificabilidade**

Os mesmos motivos que conduzem à *revogabilidade* das cautelares podem ser aplicados à possibilidade de sua modificação. Assim, para melhor atender ao escopo da tutela cautelar – que como visto é proteger a eficácia do processo principal -, poderá o magistrado modificar a medida pleiteada para adequá-la ao caso concreto.

**f) Fungibilidade**

As mais autorizadas lições sobre processo cautelar indicam o artigo 805 do CPC como norma consagradora do princípio da *fungibilidade* das tutelas cautelares. Nas palavras do Professor Marcio Louzada Carpena, “na esfera da ação cautelar, impera o princípio da fungibilidade, pelo qual é lícito ao julgador substituir a medida requerida por outra que se mostre mais adequada à situação fática.

### **Eficácia no tempo**

Conforme exposto no item anterior, uma das notas características da tutela cautelar é a sua *temporiedade*, entendida essa como o *prazo de validade* da medida cautelar eventualmente deferida. O CPC expressamente arrolou as causas que rendem ensejo à perda da eficácia das medidas cautelares, encontrando-se elas descritas no artigo 808 do diploma processual civil.

O inciso I do artigo citado assevera que cessa a eficácia da medida cautelar se *a parte não intentar a ação no prazo previsto no artigo 806*. O artigo 806 do CPC, a seu turno, reza que *cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório*.

Trata-se de disposição protetiva dos interesses do requerido, na medida em que evita que o requerente da cautelar antecedente se satisfaça com os efeitos obtidos com a medida e deixe de manejar a ação principal em prazo razoável (trinta dias!). Como bem definiu o ilustre doutrinador Marcio Louzada Carpena, *“não seria correto que se emitisse medida judicial para proteger um processo principal que não se concretiza em prazo razoável, estendendo de forma demasiada e às custas da parte adversa, a manutenção provisória de ordem acautelatória com base em cognição sumária”*. Outrossim, conforme amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial, é norma que só se aplica às medidas cautelares constrictivas de direitos do requerido. As cautelares, classificadas como *conservativas*, que não acarretam prejuízos à esfera jurídica do demandado – tais como a produção (*rectius*, asseguaração) antecipada de provas, exibição e justificação – não se submetem a esse regramento.

O segundo caso de perda da eficácia da medida cautelar é o de não ser ela *executada* (*rectius*, efetivada) no prazo de trinta dias. Trata-se de norma destinada a evitar que medida cautelar deferida seja efetivada a qualquer tempo. Outrossim, a perda da eficácia só ocorrerá quando a não efetivação for imputável à parte requerente. Tratando-se, por exemplo, de não efetivação por morosidade da justiça, obviamente não se deve aplicar a norma em comento.

Finalmente, assevera o inciso III do artigo 808 que a medida cautelar perderá sua eficácia se “o juiz declarar extinto o processo principal com ou sem julgamento de mérito”. A regra em análise tem direta relação com a já analisada *instrumentalidade* da tutela cautelar. Com efeito, voltando-se o processo cautelar para a proteção da eficácia de um outro processo, dito principal, não há razão para que essa cautela prossiga gerando efeitos se a razão maior de sua existência – que é o processo principal – não mais subsiste, ou seja, foi extinto.

### **Competência no Processo Cautelar**

#### **Competência geral**

A competência, segundo doutrina surrada no processo civil, pode ser definida como a forma de distribuir, entre os vários órgãos judiciários, as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.

No processo cautelar, a regra básica de competência encontra-se inserida no artigo 800 do CPC: *as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer a ação principal*. Com efeito e sem maiores dificuldades, é possível afirmar que será competente para conhecer e julgar a lide cautelar o mesmo juízo que é competente para conhecer a ação principal. Na regra em comento recebe críticas por parte da doutrina por desconsiderar o que os autores de

nomeada denominam *competência cumulativa* entre o juiz da causa principal e o juiz do local onde a medida tem de ser cumprida. O CPC, como se depreende da leitura do artigo 800, não admite essa cumulação de competências, estatuidando juízo específico para conhecer e julgar a cautelar (o juízo da ação principal). Tal sistemática, contudo, pode ocasionar o perecimento do objeto da ação cautelar, quando essa tiver de ser cumprida, com urgência, em local diferente daquele em que tramita ou tramitará a ação principal. Lopes da Costa, citado por Alexandre Freitas Câmara, trazia exemplo ilustrativo: *“Imagine-se o devedor domiciliado em Goiás, vendendo o gado que invernou numa pastagens em Minas Gerais. O credor há de requerer o embargo em Catalão, para que o juiz de lá depreque a execução ao de Alfenas, por exemplo. É possível que, ao chegar a precatória, as reses já tenham virado bife”*.

Em situações como a narrada, nas quais a eficácia da medida cautelar pode ficar comprometida por não coincidir o juízo competente com o do local em que a medida deva ser efetivada, tem-se admitido o manejo da ação cautelar onde se fizer necessário, mesmo que o juízo seja relativamente incompetente para apreciá-la.

### **Competência cautelar em segundo grau de jurisdição**

O parágrafo único do artigo 800 do CPC consigna: *interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal*.

A norma em comento não tem interpretação uniforme na doutrina. Marcio Louzada Carpena defende que as medidas cautelares devem ser requeridas para o juízo (monocrático ou colegiado) que se encontre com toda a jurisdição sobre o processo principal. Segundo leciona, *“somente quando já tiver acabada a prestação jurisdicional do juízo a quo, terá o ad quem competência originária para apreciar e julgar a ação cautelar incidentalmente ajuizada”*. Concluindo seu entendimento, assevera: *“ora, se o que dispusesse a competência fosse a interposição do recurso (assim como imprecisamente redigiu o legislador) e, não o ofício jurisdicional sobre toda a lide, no caso de agravo de*

*instrumento ter-se-ia medida cautelar endereçada ao tribunal, acompanhando o instrumento, enquanto o processo tramita normalmente no primeiro grau, o que não teria sentido". Sobre essa questão, aliás, cumpre destacar que a pendência de agravo não atribui competência ao tribunal para o processo cautelar incidente, isso porque o agravo não leva ao conhecimento do tribunal todas as questões discutidas no processo, mas apenas a devolução acerca da decisão interlocutória recorrida.*

Ovídio Baptista, por sua vez, não faz qualquer ressalva, pugnano pela competência do juízo *ad quem* tendo sido interposto o recurso. Nelson Nery parece trilhar o mesmo caminho, como se percebe da leitura da nota nº 4, dos comentários que faz ao artigo 800 do CPC. Finalmente, encontra-se também posição segundo a qual não basta a interposição do recurso para atribuir competência cautelar à instância *ad quem*, sendo necessário que o processo tenha efetivamente chegado ao tribunal (é o que defende Sergio Bermudes).

### **Classificação**

Diversas são as classificações propostas pela doutrina acerca do processo cautelar. Adota-se, por sua simplicidade, a proposta pelo Professor Alexandre Freitas Câmara, que defende sejam as medidas cautelares classificadas de 3 formas: quanto à tipicidade, quanto ao momento de postulação e quanto à finalidade.

- Quanto à tipicidade, as medidas podem ser típicas (nominadas), caso estejam descritas em lei, ou atípicas (inominadas), caso sejam requeridas e deferidas com base no poder geral de cautela.

- Quanto ao momento da postulação, as cautelares poderão ser antecedentes, se pleiteadas antes da propositura da ação principal, ou incidentes, acaso postuladas quando já em curso a demanda principal.

- Quanto à finalidade, as cautelares podem ser classificadas em medidas de garantia de cognição, quando objetivas assegurar a eficácia de um processo de cognição (exemplo: assecuração de prova); medidas de garantia de execução, que se destinam a garantir a eficácia de um processo executivo (exemplo: arresto); e medidas que consistem em caução, como é o caso da contracautela prevista no art. 804 do CPC.

### **Requisitos genéricos para a concessão da tutela cautelar**

A missão do processo cautelar é proteger a eficácia de um outro processo, dito principal, quando esteja este – o principal – correndo risco de tornar-se ineficaz pelo decurso do tempo.

#### ***Periculum in mora***

Trata-se a tutela cautelar de medida que nasce sob o signo da urgência. É preciso pressa para que o processo principal possa ser garantido. Dessa situação de urgência decorre o primeiro requisito para a concessão das cautelares: o chamado *periculum in mora* ou perigo na demora.

#### ***Fumus boni iuris***

Ainda em decorrência da urgência inerente ao processo cautelar, tem-se o segundo requisito para a concessão desse tipo de tutela: o *fumus boni iuris*.

Em sede de processo cautelar, justamente porque não há tempo para que o juiz perquiria profundamente sobre o direito debatido (cognição essa dita exauriente e que só terá lugar no processo principal), há que se analisar apenas a aparência desse direito. Não se pode pretender, em sede de processo cautelar, constatar cabalmente a existência do direito afirmado pela parte requerente, mas apenas a possibilidade de que esse direito afirmado possa existir.

Por isso, afirma-se ser superficial a cognição realizada no processo cautelar. Não é necessária a demonstração exaustiva, pelo requerente, do direito que afirma assistir-lhe, mas apenas a sua possibilidade ou, em outras palavras, a sua fumaça.

Com efeito, presentes esses dois requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* -, deve a tutela cautelar ser concedida.

### **Procedimento**

#### **A petição inicial**

Tendo em vista que uma das características do processo cautelar é a sua autonomia formal, nada mais natural que se inicie esse processo com a apresentação, em juízo, de uma petição inicial, a qual, na lição abalizada de DINAMARCO, é o *instrumento da demanda*, no caso, o instrumento da demanda cautelar.

Essa petição inicial do processo cautelar deve observar, primeiramente, todos os requisitos do artigo 282 do CPC, e também as disposições contidas no artigo 801 do mesmo diploma legal.

Desse dispositivo, merecem atenção especial os incisos III e IV.

O inciso IV determina que o requerente da medida cautelar deverá indicar a *exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão*. Trata-se, em outras palavras, de exigência da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos genéricos para a concessão de tutela cautelar e, como visto anteriormente, consistentes no seu próprio mérito.

O inciso III, a seu turno, exige que o requerente indique, na petição inicial, a *lide e seu fundamento*, norma que é complementada pelo parágrafo único do mesmo artigo, que assevera tratar-se de exigência aplicável apenas às cautelares preparatórias, ou seja, às cautelares antecedentes.

Ao se referir, o dispositivo em comento, a *lide e seu fundamento*, está o legislador a se referir à ação principal, ou seja, ao processo (conhecimento ou execução) a ser protegido pela demanda cautelar. Outrossim, dispensa as cautelares incidentes desse requisito por já estarem, a lide principal e seu fundamento, declinadas e expostas na própria petição inicial do processo principal, o que torna despicienda a sua repetição na petição inicial da demanda acessória.

Esse requisito, aplicável, como visto, apenas às cautelares antecedentes, tem sua razão de ser. O requerente da medida cautelar antecedente, ao declinar a lide e o fundamento da ação principal, permite que o juiz analise o interesse de agir do demandante, pesquisando a necessidade e a adequação da medida pleiteada.

Essa petição inicial terá autuação própria e deve correr em apenso à lide principal.

Havendo pedido de concessão da tutela cautelar liminarmente, *inaudita altera pars*, deverá o magistrado apreciá-lo com a máxima urgência, sob pena de se frustrar a presteza e a eficácia da própria medida requerida. Não estando o julgador inteiramente convencido do alegado, poderá determinar a realização de audiência de justificação (art. 804), de forma que possa melhor decidir sobre o deferimento ou não do pleito de urgência. Outrossim, poderá o juiz condicionar a concessão da liminar à prestação, pelo requerente, de contracautela.

### **Citação e resposta do requerido**

Segundo dispõe o artigo 802 do CPC, *o requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir*. A norma em comento exige atenção especial, uma vez que, contemplando o caráter de urgência e sumariedade da ação cautelar, reduz o prazo para o oferecimento de defesa pelo requerido para exíguos 5 dias. Outra observação pertinente é que, não obstante refira-se o dispositivo a *contestar o pedido*, é certo que outras modalidades de resposta do réu serão possíveis, tais como as exceções de impedimento, suspeição e incompetência relativa. A resposta na modalidade de reconvenção, contudo, não é possível, dado os estreitos limites da cognição que se realiza em sede cautelar. Outrossim, não se admite ação declaratória incidental.

O prazo para apresentar a defesa começa a correr:

- I) da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido; ou
- II) da juntada aos autos do mandado de execução da cautela, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia. Vale lembrar que na hipótese do inciso II só se terá por iniciado o prazo para a defesa se : a) a execução da cautela for cumprida contra o requerido, e não contra terceiro; b) no momento da efetivação

da medida o requerido assinar o mandado ou a carta citatória. Finalmente, as modalidades de citação no processo cautelar são aquelas descritas no artigo 221 do CPC, observadas as peculiaridades de cada caso concreto.

Conforme lição do Professor Marcio Louzada Carpena, *“havendo mais de um réu com procuradores diferentes, o prazo para contestar, bem como para recorrer ou falar nos autos de modo geral, será em dobro, já que empregável é o art. 191 do CPC”*.

Quanto ao conteúdo da contestação, parece óbvio que, sendo os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* o próprio mérito da ação cautelar, é principalmente no sentido de demonstrar a sua inexistência que deve se concentrar o esforço defensivo do requerido. Poderá, outrossim, opor todas as defesas processuais (carência de ação, por exemplo), buscando a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 CPC) e ainda alegar decadência ou prescrição do direito do requerente, nos termos do artigo 810 do CPC, o que acarretará a extinção do processo cautelar com julgamento do mérito, inclusive com força de coisa julgada material, o que, como visto, representa exceção à regra geral das sentenças cautelares, que como será visto adiante, não possuem essa qualidade especial da imutabilidade.

### **Instrução**

O Livro III do CPC, ao tratar das medidas cautelares, não disciplinou a fase instrutória desse tipo de processo. Por isso, aplicam-se as regras constantes do Livro I dedicado ao processo de conhecimento. É de se firmar que a prova no processo cautelar deve ter limitação clara: demonstrar a ausência ou a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

### **Sentença**

Sendo demanda autônoma, também o processo cautelar tem como ato final uma sentença, que tanto poderá ser terminativa (quando ausentes, por exemplo, pressupostos processuais e condições da ação), quanto definitiva, essa última de procedência do pleito cautelar (quando presentes *fumus boni iuris* e *periculum in mora*) ou de improcedência do mesmo, se ausentes tais requisitos.

No que tange à eficácia preponderante da sentença cautelar, conquanto exista alguma divergência doutrinária – mormente entre aqueles doutrinadores que negam a classificação quinária das eficácias da sentença -, a mais abalizada doutrina ressalta a mandamentalidade da sentença cautelar.

Por se fundar em cognição superficial e tutelar apenas a aparência do direito, a sentença cautelar, em regra, não faz coisa julgada material, apenas formal. Exceção positivada na lei é a do artigo 810 do CPC, permitindo que a sentença cautelar faça coisa julgada também material quando o juiz acolher alegação de decadência ou prescrição do direito do autor.

Contra a sentença cautelar caberá recurso de apelação, com a especificidade de que o mesmo será recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo, por força do que dispõe o artigo 520, IV, do CPC.

Por oportuno, vale ressaltar que o sistema recursal aplicável ao processo cautelar é o mesmo previsto no Livro I, cabendo agravo das decisões interlocutórias, apelação das sentenças, bem como os demais recursos, inclusive os excepcionais, quando for o caso.

## 23.1 Procedimentos Cautelares Específicos

### 1 – Arresto – arts. 813 a 821 do CPC

#### Conceito

Trata-se de medida típica de caráter nitidamente cautelar, por ter clara *referibilidade*. Para Alexandre Câmara é uma “*medida cautelar de apreensão de bens destinada a assegurar a efetividade de um processo de execução por quantia certa*”. Para Ovídio Baptista, trata-se de “*medida cautelar típica, instituída para segurança dos créditos monetários*”.

#### Cabimento

O artigo 813 do CPC trata do cabimento do arresto. Segundo entendimento doutrinário majoritário, trata-se de enumeração exemplificativa, sendo possível o deferimento do arresto em casos outros que não aqueles descritos na norma em comento.

O art. 814 do CPC, a seu turno, as seguintes condições para o deferimento da medida:

- a) prova literal da dívida líquida e certa (o que equivaleria ao *fumus boni iuris*) e;
  
- b) prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no art. 813 – (o que equivaleria ao *periculum in mora*).

### **Bens arrestáveis**

Podem ser objeto de arresto os bens economicamente apreciáveis e passíveis de serem penhorados. Podem ser bens corpóreos (móveis e imóveis) ou incorpóreos (crédito, ações). Ficam excluídos do alcance do arresto os bens impenhoráveis – art. 649 do CPC .

### **Procedimento**

Aplica-se ao arresto o procedimento cautelar comum.

### **Efeitos**

Afetação do bem arrestado à futura execução; Perda, pelo Requerido, da posse direta (não do domínio); direito de preferência: no concurso entre duas penhoras sobre o mesmo bem, terá preferência aquele que primeiro penhorou a coisa, exceto se o outro credor tiver, antes, obtido o arresto

## **2 – Seqüestro – arts. 822 a 825**

### **Conceito**

Para Humberto Theodoro Júnior *“Seqüestro é a medida cautelar que assegura futura execução para entrega de coisa, e que consiste na apreensão de um bem*

determinado, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega, de bom estado, ao que vencer a causa”.

Trata-se de medida típica de caráter nitidamente cautelar – referibilidade.

### **Cabimento**

O artigo 822 do CPC trata do cabimento do sequestro. Trata-se de enumeração exemplificativa.

### **Requisitos para concessão**

Como toda e qualquer medida cautelar, são necessários *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Deve ser concedido o seqüestro sempre que se fizer necessária a apreensão de um bem determinado, ameaçado de dano, dissipação, ocultação etc, com o objetivo de proteger um possível direito do requerente sobre esse bem.

### **Diferenças entre arresto e seqüestro**

- a) O arresto é medida cautelar que visa assegurar a eficácia de futura execução por quantia certa, já o seqüestro, por sua vez, protege execução para entrega de coisa certa;
- b) O arresto incide sobre quaisquer bens do demandado, enquanto o seqüestro sobre bem específico – daí a necessidade de se descrever, na petição inicial, o bem a ser seqüestrado e o local em que se encontra;

c) O arresto comporta substituição (art. 805 do CPC), o sequestro não.

### **3 – Caução – arts. 826 a 838**

#### **Conceito**

Segundo definição encontrada em doutrina, caucionar é assegurar, garantir a realização futura do direito.

#### **Procedimento**

O procedimento previsto nos arts. 826 a 838 do CPC cuida dos casos em que alguém *tenha direito ou esteja obrigado a caucionar*. Trata-se, claramente, de demanda não cautelar, porquanto revela-se satisfativa da pretensão levada a juízo. Ademais, não ostenta referibilidade – na medida em que não protege a eficácia de um processo principal – e tampouco tem o *periculum in mora* como uma das condições para sua concessão. Trata-se, pois, reafirme-se, de processo satisfativo, com natureza de processo de conhecimento.

Nesses termos, os arts. 826 a 838 do CPC limitam-se a regular o procedimento caucional, destinado a veicular todos os tipos de cauções, sejam elas negociais, legais ou judiciais. Como ensina Ovídio Baptista, *“não há, no direito brasileiro, ação de procedimento comum, ordinário ou sumário, para pedirem-se ou prestarem-se cauções. Todas as cauções haverão de ter o procedimento regulado por estas normas, sejam elas cautelares ou não”*.

Por fim, vale destacar que as únicas cauções verdadeiramente cautelares estão indicadas no art. 799 do CPC.

#### **4– Busca e apreensão – arts. 839 a 843**

##### **Conceito**

Busca e apreensão é o mandamento judicial destinado a promover a busca (procura) e apreensão de coisas e pessoas, com o objetivo de se garantir a eficácia de um processo principal.

No direito brasileiro, trata-se de medida que ora terá natureza cautelar, ora satisfativa.

##### **Tipos de busca e apreensão**

a) atos de busca e apreensão de natureza executiva: exemplo § 2º do art. 461-A do CPC – natureza satisfativa;

b) busca e apreensão como incidente de outra demanda: poderá ter natureza cautelar ou satisfativa. Exemplo: busca e apreensão de bem arrestado e maliciosamente desviado (cautelar);

c) Ação de Busca e Apreensão de bem alienado fiduciariamente (satisfativa);

d) Busca e Apreensão de menores: cautelar ou satisfativa.

### **Cabimento**

Trata-se de medida subsidiária do arresto e do seqüestro. Quando se refere a pessoas, dúvida não há, pois não se arresta ou seqüestra um indivíduo. Já quanto a coisas, mais complexa é a distinção. A regra é que, sendo cabível arresto ou seqüestro, não se deve deferir busca e apreensão.

### **Procedimento**

Observa-se o procedimento cautelar geral, com as seguintes particularidades: deferida a medida, deverá ser expedido mandado contendo os requisitos do art. 841 do CPC. Há entendimento de que o mandado, cumprido por dois oficiais de justiça, deve ser sempre acompanhado por suas testemunhas (§ 2º do art. 842), sob pena de nulidade.

### **5 – Exibição – arts. 844 a 845**

#### **Conceito**

A ação de exibição tem o objetivo de permitir que o demandante veja, examine, uma coisa ou documento.

#### **Espécies**

O direito brasileiro prevê duas espécies de exibição:

a) exibição incidente, prevista nos arts. 355 a 363 e 381/382;

exibição cautelar, regulada nos arts. 844 e 845 do CPC.

### **Cabimento**

A ação de exibição, cautelar e antecedente, tem cabimento nos casos expostos no art. 844 do CPC.

### **Procedimento**

A petição inicial observa o disposto nos arts. 282 e 801 do CPC, além da observância ao artigo 356 do CPC.

**6 – Ação de produção antecipada de provas (*rectius*, asseguaração de provas)  
– arts. 846 a 851**

### **Conceito**

Para Pontes de Miranda é um procedimento cautelar destinado à *“obtenção preventiva da documentação de estado de fato que possa vir a influir, de futuro, na instrução de alguma ação”*.

Produção ou asseguaração de prova? – Fases do procedimento probatório no processo de conhecimento: proposição, admissão e produção. *“O procedimento de*

*instrução preventiva (...) ainda não produz a prova”* (Ovídio Baptista), consistindo, essa cautelar, em instrumento destinado a assegurar uma prova que será futuramente produzida no processo principal.

É medida que tem caráter nitidamente cautelar: proteção do direito à prova – tutela de um direito de índole processual (e não substancial).

### **Cabimento**

São três os meios de prova (art. 846 do CPC) cuja produção pode ser assegurada: interrogatório da parte; inquirição de testemunhas; exame pericial.

### **Procedimento**

A medida cautelar de asseguarção de prova é sempre antecedente. Se já instaurado o processo principal, cabível será a antecipação da produção da prova no próprio processo, com um adiantamento ou inversão dos atos do procedimento.

Na asseguarção de prova material (perícia), deve o requerente fazer constar de sua petição inicial os quesitos a serem respondidos pelo perito e a indicação de seu assistente técnico. O demandado deverá fazer o mesmo, no prazo da resposta.

Uma vez assegurada a prova, caberá ao juiz proferir sentença homologatória. Os autos devem permanecer em cartório, sendo lícito às partes e interessados solicitar as certidões que quiserem (art. 851 do CPC).

O juízo em que se desenvolve a cautelar fica com a sua competência fixada para o processo principal.

Como se trata de medida cautelar não restritiva de direitos, a ela não se aplica o art. 808, II, do CPC.

## **7 – Alimentos provisionais – arts. 852 a 854**

### **Conceito**

Para Humberto Theodoro Jr. são alimentos *“que a parte pede para seu sustento e para os gastos processuais, enquanto durar a demanda”*.

Comporta execução na forma dos arts. 732 a 735 do CPC.

### **Natureza jurídica**

Para Alexandre de Freitas Câmara é uma medida sumária satisfativa, mesma natureza da antecipação da tutela.

### **Distinção entre alimentos provisórios e provisionai**

Utiliza-se o procedimento especial da ação de alimentos (PROVISÓRIOS) quando se tem prova já constituída da relação jurídica prejudicial (obrigação alimentar). Caso contrário, utiliza-se o procedimento do CPC (PROVISIONAIS).

## **8 – Arrolamento de bens – arts. 855 a 860**

### **Conceito**

O arrolamento de bens é uma medida cautelar destinada a conservar uma universalidade de bens que se encontre em perigo de extravio ou dissipação, através de sua descrição e depósito.

Incide sobre bens indeterminados ou desconhecidos. Tem nítida natureza cautelar (referibilidade).

### **Cabimento**

Será cabível o arrolamento sempre que se tenha interesse na conservação de bens indeterminados que componham uma universalidade. Objetiva inventariar e apreender bens compõem essa universalidade. É de abrangência ampla, podendo incidir sobre bens móveis, imóveis e documentos.

## **9 – Justificação – arts. 861 a 866**

### **Conceito:**

Para Humberto Theodoro Jr. *“Justificação é processo autônomo de coleta avulsa de prova testemunhal, utilizável em processo futuro, mas não necessariamente destinada a esse fim”.*

Não se trata de medida cautelar, porquanto (i) desprovida de referibilidade e (ii) ausente o requisito do *periculum in mora*.

### **Cabimento**

É cabível a justificação toda vez que alguém tiver interesse em demonstrar, através de prova testemunhal, a existência de um fato ou de uma relação jurídica.

Exemplos de utilização do instituto, segundo a doutrina de Humberto Theodoro Jr:

- a) Justificar a existência de união estável;
- b) Prova junto a órgãos da Previdência Social;
- c) Justificar, o servidor público, fatos relativos a sua vida funcional, para suprir deficiências e lacunas dos registros das repartições;
- d) Justificar a autoria de obra intelectual criada sob regime de anonimato.

A justificação deve ser sempre antecedente.

### **Competência**

A Justificação segue a regra geral aplicável ao processo cautelar. Para o professor Humberto Theodoro Jr. trata-se de procedimento unilateral, sem direito a defesa ou recurso

### **Procedimento**

A petição inicial deve conter a discriminação pormenorizada dos fatos a provar, bem como o rol das testemunhas a inquirir, após deve a citação dos interessados na demanda (contra quem a prova seja oponível). Após a citação deve-se designar a audiência de inquirição das testemunhas. O juiz deve proferir a sentença, julgando a homologação, dizendo se foi justificada ou não a existência do ato ou relação jurídica. Por fim, há a entrega dos autos ao promovente, 48 horas após a publicação da sentença.

## **10 – Protestos, notificações e interpelações – arts. 867 a 873**

### **Conceito**

O protesto, a notificação e a interpelação são procedimentos não contenciosos, meramente conservativos de direito. São procedimentos de jurisdição voluntária e não cautelares (inexistência de referibilidade e *periculum in mora*)

### **Protesto**

*“É o protesto (...) ato judicial de comprovação ou documentação da intenção do promovente”.* (Humberto Theodoro Jr.)

### **Finalidade**

a) prevenir responsabilidade (engenheiro que notifica construtor que não está seguindo o projeto);

b) prover conservação de direitos;

prover ressalva de direitos (protesto contra alienação de bem que poderá reduzir o devedor ao estado de insolvência)

### **Notificação**

#### **Conceito**

*“Consiste a notificação (...) na cientificação que se faz a outrem conclamando-o a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sob cominação de pena”.* (Humberto Theodoro Jr.)

Ex. Notificação do locatário para desocupar prédio alugado.

#### **Interpelação**

#### **Conceito:**

*“A interpelação tem o fim específico de servir ao credor para fazer conhecer ao devedor a exigência de cumprimento de obrigação, sob pena de ficar constituído em mora”.* (Humberto Theodoro Jr.)

### **Procedimento**

Deve o requerente demonstrar interesse em manejar a medida e a sua não nocividade. Não comporta defesa ou contraprotesto nos mesmos autos. Segundo entendimento doutrinário, a lei permite o protesto, em outros autos, daquele que foi atingido por protesto.

### **11 – Homologação do penhor legal**

#### **Conceito**

Instituto regulado pelo art. 1467 do Código Civil de 2002: *São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I – os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; II – o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarneendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.*

A norma em tela institui o penhor legal em favor de hoteleiros, fornecedores de alimentos e pouso (hotéis, motéis, restaurantes, pensões bares, lanchonetes e similares) e locadores de imóvel.

É satisfativo, não tendo, portanto, natureza cautelar.

### **Procedimento**

Petição inicial, acompanhada da conta pormenorizada das despesas, a tabela de preços e a relação dos objetos retidos. Recebida a inicial, será citado o demandado para que pague a dívida ou apresente defesa. Citado, poderá o demandado: a) pagar a dívida; b) permanecer inerte; c) oferecer defesa.

A defesa do demandado deve limitar-se às matérias do art. 875 do CPC.

### **Sentença e execução**

Segundo a doutrina dominante, a sentença homologatória do penhor legal não é título executivo. Por isso, deverá o credor valer-se de processo de conhecimento para formar o título que o habilitará a executar o crédito.

## **12 – Da posse em nome de nascituro**

### **Conceito**

Para Humberto Theodoro Jr. *“Medida destinada a permitir que se dê proteção aos interesses do feto, através da constituição de prova da existência da gravidez, para o fim de permitir que o representante legal do nascituro entre na posse de seus direitos”*.

Medida adequada para os casos de sucessão *causa mortis* em que o nascituro venha a ser um dos herdeiros.

### **Procedimento**

Petição inicial, pleiteando a declaração do estado de gravidez, com a investidura do demandante nos direitos do nascituro. A petição deve ser instruída com a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro será sucessor. Citação dos herdeiros do falecido para que ofereçam resposta. Oitiva do MP. Produção de prova pericial para atestar o estado de gravidez. Sentença declaratória do fato: a gravidez.

### **13 – Do atentado – arts. 879 a 881**

#### **Conceito**

*“Atentado é a criação de situação nova ou mudança de status quo, pendente a lide, lesiva a parte e sem razão de direito”.* (Humberto Theodoro).

Ocorrendo alteração no estado de fato, decorrente de ato ilícito de uma das partes, surge o atentado.

#### **Requisitos**

a) pendência de processo;

- b) inovação no estado de fato inicial;
  
- c) ilegalidade da inovação;
  
- d) prejuízo para o interesse da outra parte.

### **Sentença e execução**

São efeitos da sentença de procedência da ação de atentado:

- a) reconhecimento da inovação ilícita no estado de fato cometida pelo demandado;
  
- b) ordem de restabelecimento do estado anterior;
  
- c) suspensão da causa principal ( o que não deve ocorrer quando beneficiar o perpetrador do atentado);
  
- d) proibição do demandado falar nos autos do processo principal até a purgação do atentado;
  
- e) imposição do ônus da sucumbência;
  
- f) se for o caso, condenação do demandado a ressarcir os prejuízos sofridos pelo demandante.

#### **14 – Do protesto e da apreensão de títulos – arts. 882 a 887**

##### **Do protesto**

Não se trata de processo judicial, mas administrativo, porquanto se dá perante o oficial de protestos e não em juízo. É matéria regulada pela lei nº 9464/97. Com efeito, não se trata de medida cautelar, mas ato probatório extrajudicial.

##### **Da apreensão de títulos**

Há casos em que o título é entregue ao devedor para aceite ou pagamento e indevidamente retido. Nesses casos, surge para o credor o direito de recuperá-lo, através da apreensão de títulos, procedimento previsto nos arts. 885 a 887 do CPC. Não se trata de cautelar, mas processo de conhecimento, de caráter satisfativo. Prisão – art. 885 do CPC – inconstitucionalidade.

#### **15 – Outras medidas provisionais – arts. 888 e 889**

I- Obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida: qualquer das partes tem legitimidade para requerer. Visa proteger o bem em litígio.

II – Entrega de bens de uso pessoal: os bens de uso pessoal do cônjuge não integram a comunhão. Por isso, não é lícito que, em caso de rompimento do vínculo conjugal, uma das partes retenha bens da outra. Trata-se de processo cognitivo de caráter possessório. (Alexandre Câmara)

III – Posse provisória de filhos: visa estabelecer quem vai ficar com os filhos do casal, até que se possa solucionar a ação principal, na qual se busca a dissolução do vínculo conjugal.

IV- Afastamento de menor autorizado a contrair casamento: medida decorrente da autorização judicial para que o menor possa contrair núpcias. O afastamento é medida geralmente preparatória da ação de suprimimento de assentimento dos pais para o casamento.

V – Depósito de incapazes castigados imoderadamente ou induzidos à prática de atos ilícitos ou imorais: Medida antecedente ou incidente a outra, na qual se buscará a suspensão ou perda do pátrio poder.

VI – Afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal: afastamento temporário x separação de corpos – a separação rompe o vínculo sem exigir afastamento da residência – a medida do art. 888, VI, implica afastamento físico, para impedir agressões e outros.

VII – Guarda e educação dos filhos, regulado o direito de visita: regulamentação provisória da guarda e direito de visitas. Não se confunde com a medida do inciso III, pois nesta a ação principal deve versar sobre a guarda dos filhos.

VIII – Interdição e demolição de prédios: prevê a interdição e demolição de prédios para proteger a saúde, a segurança e outros interesses públicos.

## 24. Dos procedimentos especiais

### 24.1 Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa

#### a) Da Ação de Consignação em Pagamento (arts. 890 à 900, CPC)

##### Conceito

A ação de consignação em pagamento é um meio de extinção das obrigações.

Ela representa uma forma compulsória de pagamento que a lei confere ao devedor para cumprir a sua obrigação recusada pelo credor ou por qualquer outra circunstância que dificulte o pagamento ou torne duvidosa sua legitimidade.

A consignação em pagamento poderá ser realizada, sempre que, segundo o art. 973, CC:

- a) *o credor, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na forma devida;*
- b) *o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condições devidas;*
- c) *o credor for desconhecido, estiver declarado ausente, ou residir em lugar incerto, ou de acesso perigoso ou difícil;*
- d) *ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;*
- e) *se pender litígio sobre o objeto do pagamento;*
- f) *houver concurso de preferência aberto contra o credor, ou se ele for incapaz de receber o pagamento.*

Possui legitimidade para ingressar com a ação de consignação em pagamento tanto o devedor quanto terceiros interessados em quitar a dívida em nome e por conta do devedor. O demandado será sempre o devedor, e, se for o caso, seus herdeiros ou sucessores.

### **Procedimentos**

A ação de consignação em pagamento possui três modalidades de procedimentos distintos:

- I - consignação fundada na recusa em receber;
- II - consignação fundada na dúvida sobre quem deva legitimamente receber;
- III - consignação de aluguéis.

### **Consignação fundada na recusa em receber**

Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de 10 dias para a manifestação de recusa. Decorrido este prazo, sem a manifestação de recusa, reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada.

Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, o devedor ou terceiro poderá propor, dentro de 30 dias, a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa. Em não sendo proposta a ação no prazo de 30 dias, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante.

Em consonância ao art. 891, requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente. Quando a coisa devida for corpo que deva ser entregue no lugar em que está, poderá o devedor requerer a consignação no foro em que ela se encontra.

Tratando-se de prestações periódicas, uma vez consignada a primeira, pode o devedor continuar a consignar, no mesmo processo e sem mais formalidades, as que se forem vencendo, desde que os depósitos sejam efetuados até 5 dias, contados da data do vencimento.

De acordo com o art. 894, se o objeto da prestação for coisa indeterminada e a escolha couber ao credor, será este citado para exercer o direito dentro de 5 dias, se outro prazo não constar de lei ou do contrato, ou para aceitar que o devedor o faça, devendo o juiz, ao despachar a petição inicial, fixar lugar, dia e hora em que se fará a entrega, sob pena de depósito.

Em conformidade com o art. 896, na contestação, o réu poderá alegar, no prazo de 15 dias, que:

- I - não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida;
- II - foi justa a recusa;
- III - o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;
- IV - o depósito não é integral. No caso do inciso IV, a alegação será admissível se o réu indicar o montante que entende devido.

Não oferecida a contestação, e ocorrentes os efeitos da revelia, o juiz julgará procedente o pedido, declarará extinta a obrigação e condenará o réu nas custas e honorários advocatícios. Proceder-se-á do mesmo modo se o credor receber e der quitação.

### **Consignação fundada na dúvida sobre quem deva legitimamente receber**

Na hipótese da consignação fundada na dúvida sobre quem deva legitimamente receber, o devedor paga dentro do prazo para o pagamento. Todavia, vem a consignar o devido, uma vez que tem dúvidas sobre quem deva receber o montante da dívida.

Nesse sentido, determina o art. 895, CPC, que se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos que o disputam para provarem o seu direito. Mesmo que o devedor desconheça por completo quem seja o credor, ele pode requerer a consignação fundada na dúvida sobre quem deva legitimamente receber.

Quando a consignação se fundar em dúvida sobre quem deva legitimamente receber, não comparecendo nenhum pretendente, converter-se-á o depósito em arrecadação de bens de ausentes; comparecendo apenas um, o juiz decidirá de plano; comparecendo mais de um, o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os credores; caso em que se observará o procedimento ordinário.

Quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, é lícito ao autor completá-lo, dentro em 10 dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato. Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida. A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos.

Aplica-se o procedimento estabelecido neste Capítulo, no que couber, ao resgate do aforamento.

## **b) Da Ação de Depósito**

### **Conceito**

A ação de depósito tem por finalidade exigir a restituição da coisa depositada.

### **Procedimento**

Na petição inicial, instruída com prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato, o autor pedirá a citação do réu, para, no prazo de cinco dias, entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro ou contestar a ação. O devedor pode depositar ou consignar e contestar também.

Da inicial poderá constar, também, a cominação da pena de prisão até um ano como depositário infiel, mas que o juiz só decretará se procedente a ação, na sentença final. O pedido na inicial é condicionante da decretação na sentença. Ademais, como a apelação contra a sentença tem efeito suspensivo, a execução da ordem somente pode ocorrer após o julgamento do recurso confirmando a sentença de procedência.

Em contestação, além das defesas processuais (art. 301), o réu pode alegar a nulidade ou falsidade do título, a extinção das obrigações e outras matérias relevantes perante a lei civil.

Contestada a ação nos cinco dias legais, segue-se em procedimento ordinário.

Na sentença final, procedente a ação, o juiz determinará a entrega da coisa em 24 horas ou o equivalente em dinheiro, sob pena de, não sendo cumprido o mandado, ser decretada a prisão do depositário infiel.

Sem prejuízo da prisão ou do depósito do equivalente em dinheiro, o autor pode promover a busca e apreensão da coisa, a qual, se for frutífera, extingue a prisão, devolvendo-se o dinheiro, se depositado. Aliás, a prisão não se executa se houver o depósito do valor, bem como se a coisa puder facilmente ser apreendida. A prisão não é, propriamente, um meio executivo, mas um meio coativo subsidiário. Somente se aplica se os meios executivos regulares não tiverem sucesso.

Se a coisa não puder ser apreendida nem for depositado o equivalente em dinheiro, o credor poderá, nos próprios autos, prosseguir na execução por quantia do que lhe foi reconhecido na sentença (art. 906).

### **c) Da Ação de Anulação e Substituição de Títulos ao Portador**

#### **Conceito**

Os títulos em geral, sejam de crédito ou representativos de capital (ações), podem ser nominativos ou ao portador.

Se forem nominativos e o tomador os perde, o problema deve ser resolvido em ação direta entre aquele e o emitente. Se, porém, o título é ao portador e há perda, extravio ou destruição, o problema afigura-se diferente, porquanto envolve terceiros eventualmente de boa fé, em virtude do princípio da livre circulação da cártula, podendo, por isso, o emitente recusar-se a entregar outra desde logo, somente ficando obrigado a fazê-lo se ficar demonstrado que realmente os títulos foram extraviados ou destruídos, garantindo-se contra o eventual aparecimento nas mãos de terceiros.

Para esse fim prevê o Código de Processo Civil a ação de anulação e substituição de títulos ao portador.

#### **Legitimidade**

Compete esta ação ao dono dos títulos que os perdeu ou que deles foi desapossado, sendo réu aquele que injustamente os detém. O Réu pode ser pessoa certa ou desconhecida. Se pessoa certa, pode o proprietário promover a reivindicação dos títulos; se pessoa desconhecida, ou se houver afirmação de que o título foi destruído, a ação será de anulação e substituição.

#### **Procedimento**

Nos termos dos arts. 907 e 908 do Código de Processo Civil, aquele que tiver perdido título ao portador ou dele houver sido injustamente desapossado poderá:

- I - reivindicá-lo da pessoa que o detiver;
- II - requerer-lhe a anulação e substituição por outro.

No caso do número II, exporá o autor, na petição inicial, a quantidade, espécie, valor nominal do título e atributos que o individualizem, a época e o lugar em que o adquiriu, as circunstâncias em que o perdeu e quando recebeu os últimos juros e dividendos, requerendo: I - a citação do detentor e, por edital, de terceiros interessados para contestarem o pedido; II - a intimação do devedor, para que deposite em juízo o capital, bem como juros ou dividendos (vencidos e vincendos), e para que não pague a terceiros enquanto não for resolvida a ação; III - a intimação da Bolsa de Valores, para conhecimento de seus membros, a fim de que estes não negociem os títulos.

Feita a citação, o prazo de contestação é o normal, de quinze dias, observando-se que só será ela admitida se acompanhada do título reclamado, a fim de que seja evitada a sua circulação.

Se houver contestação, a ação adotará o procedimento ordinário; se não houver, o juiz profere sentença desde logo, anulando os títulos primitivos e determinando que o emitente emita outros em substituição. No que se refere à anulação dos títulos, a sentença tem conteúdo constitutivo negativo. Se, por outro lado, o emitente recusar-se a cumprir a sentença, cabe ao autor a ação de preceito cominatório do art. 287, não se aplicando, porém, a execução específica de emitir declaração de vontade. Isso porque, de um lado, o emitente não é réu na ação de substituição e, de outro, a cartularidade do título torna a obrigação infungível. Haverá, apenas, a possibilidade de cominação de multa diária.

O art. 912 do Código de Processo Civil prevê ação diferente, apesar de análoga. É a ação daquele que, sendo dono do título, o teve parcialmente destruído. Neste caso, trata-se de ação do portador contra o emitente, presumindo-se que este último não queira substituí-lo voluntariamente.

O portador, exibindo o que restar do título, pedirá a citação do devedor (emitente), para, em dez dias, substituí-lo ou contestar a ação. Havendo contestação, o procedimento será o ordinário; não havendo, o juiz proferirá sentença imediatamente, ordenando a substituição. Neste caso, o descumprimento acarretará a execução de obrigação

de fazer, devendo o credor ter cominado a multa diária na inicial para que possa ser aplicada na sentença e executada.

Finalmente, o art. 913 prevê regra de responsabilidade civil no caso de o título perdido ou extraviado ter sido adquirido em Bolsa: "Comprado o título em bolsa ou leilão público, o dono que pretender a restituição é obrigado a indenizar ao adquirente o preço que este pagou, ressalvado o direito de reavê-lo do vendedor".

A disposição não é de direito processual; é de direito material, porquanto estabelece a presunção de boa fé daquele que adquiriu o título em bolsa ou leilão público, definindo a obrigação do dono de indenizá-lo. A norma pode ter efeitos no processo, porque o pagamento do terceiro de boa fé passa a ser condicionante da ação de reivindicação dos títulos: todavia é nitidamente de direito material.

#### **d) Da ação de prestação de contas (arts. 914 ao 919, CPC)**

##### **Conceito**

Ação de prestação de contas destina-se a fazer com que sejam prestadas contas por quem as deve prestar, ou para exigir que as receba aquele a quem elas devem ser prestadas.

A lei determina que quem administra bens ou interesses alheios é obrigado a prestar contas desta sua administração.

De acordo com o art. 914, CPC, a prestação de contas competirá a quem tiver o direito de exigí-las e a quem tiver a obrigação de prestá-las. Assim, duas são as espécies de prestação de contas: a ação para exigir contas e a ação de prestar contas.

Estas duas espécies de ação de prestação de contas possuem caráter dúplice, ou seja, o réu não precisa reconvir para cobrar o saldo que foi apurado em seu favor, pelo contrário, ele poderá cobrá-lo diretamente em execução.

### **A ação para exigir contas**

Esta ação apresenta duas fases. Primeiramente, no procedimento para se exigir a prestação de contas deve ser analisado se o autor tem o direito de exigir do réu a prestação de contas. Se ele não tiver esse direito, encerra-se a ação sem passar para a segunda fase.

Caso ele tenha o direito de exigir a prestação de contas, iniciar-se-á a segunda fase onde serão examinadas as contas prestadas e se há saldo em favor do autor ou do réu.

Na petição inicial o autor requererá a citação do réu para que em 5 dias apresente as contas ou sua contestação.

Uma vez prestadas as contas, terá o autor o prazo de 5 dias para dizer sobre elas. Se não houver a necessidade de produção de provas (caso em que o juiz designará uma audiência de instrução e julgamento), desde logo o juiz proferirá a sentença.

Porém, se o réu não apresentar contestação ou ainda se negar a prestar contas, o juiz conhecerá diretamente do pedido, de acordo com o art. 330 CPC.

Julgando procedente a ação o réu terá 48 horas para prestar-lhes sob pena ter que aceitar as contas que o autor prestar, sendo que este possui o prazo de 10 dias para apresentá-las.

### **A ação de prestar contas**

Esta ação apresenta apenas uma fase, e caracteriza-se pela espontaneidade do devedor em prestar contas.

O autor em sua petição inicial requererá a citação do réu para, no prazo de 5 dias aceitar as contas prestadas (que devem ser comprovadas através de documentos) ou contestar.

O réu pode aceitá-las, e neste caso o juiz proferirá a sentença com o julgamento do mérito.

Se, contudo, o réu não aceitá-las mas não contestar, ficando em silêncio quanto à matéria, será decretada sua revelia.

Caso o réu conteste a ação, esta seguirá o rito ordinário.

### **c) Das Ações Possessórias**

## Introdução

De acordo com o art. 920, CPC, a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.

É lícito ao autor, em conformidade com o art. 921, CPC, cumular ao pedido possessório o de:

- I - condenação em perdas e danos;
- II - cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho;
- III - desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse.

É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

De acordo com o art. 923, CPC, na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio.

Em conformidade com o art. 924, CPC, regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas referentes à manutenção e reintegração de posse (ponto 1.2.2) quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário o procedimento, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa.

#### **Da manutenção e da reintegração de posse**

O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.

De acordo com o art. 927, CPC, incumbe ao autor provar:

- I - a sua posse;
- II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
- III - a data da turbação ou do esbulho;
- IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

De acordo com o art. 929, CPC, julgada procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração.

Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 dias subseqüentes, a citação do réu para contestar a ação. Quando for ordenada a justificação prévia, de acordo com o art. 928, CPC, o prazo para contestar contar-se-á da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar.

Aplica-se, quanto ao mais, o procedimento ordinário.

#### **Do interdito proibitório**

De acordo com art. 932, CPC, o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Aplica-se ao interdito proibitório o disposto no tópico anterior .

#### **d) Da Ação de Nunciação de Obra Nova**

##### **Conceito**

De acordo com o art. 934, CPC, compete a ação de nunciação de obra nova:

I - ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado;

II - ao condômino, para impedir que o co-proprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum;

III - ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura.

Ao prejudicado também é lícito, se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário ou, em sua falta, o construtor, para não continuar a obra. Dentro de 3 dias requererá o nunciante a ratificação em juízo, sob pena de cessar o efeito do embargo.

De acordo com o art. 936, CPC, na petição inicial, elaborada com observância dos requisitos do art. 282, CPC, requererá o nunciante:

I - o embargo para que fique suspensa a obra e se mande afinal reconstituir, modificar ou demolir o que estiver feito em seu detrimento;

II - a cominação de pena para o caso de inobservância do preceito;

III - a condenação em perdas e danos.

Tratando-se de demolição, colheita, corte de madeiras, extração de minérios e obras semelhantes, pode incluir-se o pedido de apreensão e depósito dos materiais e produtos já retirados.

De acordo com o art. 937, CPC, é lícito ao juiz conceder o embargo liminarmente ou após justificação prévia.

Em conformidade com o art. 938, CPC, deferido o embargo, o oficial de justiça, encarregado de seu cumprimento, lavrará auto circunstanciado, descrevendo o estado em que se encontra a obra; e, ato contínuo, intimará o construtor e os operários a que não continuem a obra sob pena de desobediência e citará o proprietário a contestar em 5 dias a ação.

De acordo com o art. 939, CPC, aplica-se a esta ação o disposto no art. 803, CPC.

Em consonância com o art. 940, CPC, o renunciado poderá, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra, desde que preste caução e demonstre prejuízo resultante da suspensão dela. A caução será prestada no juízo de origem, embora a causa se encontre no tribunal. Em nenhuma hipótese terá lugar o prosseguimento, tratando-se de obra nova levantada contra determinação de regulamentos administrativos.

#### **e) Da Ação de Usucapião**

Os artigos 941 e seguintes regulam a ação de usucapião de terras. A usucapião de bens móveis obedece ao procedimento comum, com citação por edital de eventuais interessados.

#### **Usucapião de coisa móvel**

Há duas modalidades de usucapião de coisa móvel: a ordinária, que supõe posse por um triênio, justo título e boa-fé (Cód. Civil, art. 1.260); a extraordinária, que supõe posse quinquenária, independentemente de justo título e boa-fé (Cód. Civil, art. 1.261). Em

qualquer dos casos, para a contagem do tempo, o possuidor pode acrescentar à sua posse à dos antecessores, contanto que contínuas, pacíficas e, no caso da usucapião ordinária, igualmente com justo título e boa-fé.

### **Usucapião de imóveis**

#### **Usucapião ordinária (Cód. Civil, art. 1.242).**

Adquire a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. É de cinco anos o prazo, se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Ter justo título é “ser portador de documento capaz de transferir-lhe o domínio, se proviesse do verdadeiro dono” (Sílvio Rodrigues). A promessa de compra e venda, registrada, constitui justo título, dada sua natureza de direito real à aquisição (Cód. Civil, art. 1.225, VII).

É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa (Cód. Civil, art. 1.201).

“Incontestadamente” tem sentido processual. Não configuram contestação atos *extrajudiciais* de turbação da posse.

A ação de anulação de escritura pública, ajuizada contra os possuidores, antes que se completasse o lapso para a prescrição aquisitiva, torna evidente o intuito do proprietário em molestar a ocupação mansa e pacífica do imóvel (STJ, 1999).

A oposição à posse, manifestada em ação de reivindicação, desqualifica o tempo de duração do respectivo processo para os efeitos do usucapião (STJ, 1999).

### **Posse**

Nada impede que o caráter originário da posse se modifique, motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não é embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força *ad usucapionem* (STJ, 2000).

O tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e a sentença não pode ser computado para o efeito do usucapião (STJ, 2002). Para reputar-se interrompida a prescrição aquisitiva com a citação, é de rigor que a ação proposta, de modo direto ou virtual, vise à defesa do direito material sujeito à prescrição (STJ, 2001).

### **Objeto da ação.**

Bem pertencente a sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião (STJ, 2001). O Estado não adquire a propriedade dos bens que integram a herança jacente, até que seja declarada a vacância, de modo que, nesse interregno, estão sujeitos à usucapião (STJ, 2001). Cláusula de inalienabilidade não impede a aquisição da propriedade, por usucapião, pelo promitente comprador (STJ, 2001). A ausência de transcrição no Ofício

Imobiliário não induz a presunção de que o imóvel se inclui no rol das terras devolutas, devendo o Estado provar essa alegação (STJ, 2000).

**Usucapião extraordinária (Cód. Civil, art. 1.238).**

Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. O prazo reduz-se a dez anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

**Usucapião *pro labore* (Código Civil, art. 1.239).**

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Por regular inteiramente a matéria, o Código Civil revogou a Lei 6.969/1981, que tinha a particularidade de permitir que essa espécie de usucapião tivesse por objeto terras públicas (devolutas). Ademais, a Constituição é expressa: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião” (art. 191, parágrafo único).

**Usucapião urbana especial (Cód. Civil, art. 1.240).**

Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

### **Legitimação**

Súmula 263 do STF: “O possuidor deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião”. Portanto, a usucapião não supõe, necessariamente, posse atual. Basta que o usucapiente, antes de perder a posse, haja completado o tempo necessário para a aquisição da propriedade.

Composse. Assim como qualquer condômino pode reivindicar a coisa comum (Cód. Civil, art. 1.314), pode qualquer dos possuidores propor a ação de usucapião em nome da compossessão (Ernane Fidelis dos Santos).

Trata-se de ação real. Para propor a ação, exige-se a outorga do outro cônjuge (CPC, art. 10).

A propositura da ação de usucapião, pelo varão, depende do consentimento da mulher, sob pena de nulidade do processo. O suprimento da inicial, após a citação dos confrontantes, para aditar-lhe memorial descritivo da área usucapienda, implica a renovação da citação (STJ, 1999).

É cabível a ação de usucapião por titular de domínio que encontra dificuldade, em razão de circunstância ponderável, para unificar as transcrições ou precisar área adquirida escrituralmente (STJ, 2001).

"Admissível o usucapião quando o imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, como nua-proprietária" (STJ, 2001).

Pago o preço, o promitente comprador possui a coisa como dono, podendo usucapir, ainda que não registrado o contrato de promessa de compra e venda, não prevalecendo a tese de que se trataria de mera posse contratual (STJ, 2002).

### **Competência**

Excluída do processo a União, pelo Juiz Federal, compete à Justiça Estadual processar e julgar o feito (STJ, 2003).

A Justiça Estadual é competente para processar e julgar usucapião cujo objeto é bem imóvel hipotecado à Caixa Econômica Federal, enquanto a empresa pública não manifestar expressamente seu interesse na lide (STJ, 2002).

A jurisprudência do STJ e do Supremo Tribunal Federal têm reiteradamente negado o interesse da União nas ações de usucapião de imóveis compreendidos em antigos aldeamentos indígenas, restando rejeitada a tese da existência do domínio da União sobre esses imóveis (STJ, 2000).

Se a União manifesta interesse na ação, alegadamente porque o imóvel usucapiendo confronta com bem integrante do seu patrimônio, cessa a competência da Justiça

Estadual - que só será restabelecida se, e quando, a Justiça Federal excluir a União do processo, com regular intimação do seu representante judicial (STJ, 2000).

### **Petição inicial**

O imóvel usucapiendo deve ser devidamente individuado: localização, área e confrontações.

Não é exigível certidão positiva ou negativa do Registro de Imóveis (Ernane Fidelis dos Santos), mas há decisões exigindo-a, para verificação da existência de pessoas cuja citação pessoal se imponha.

### **Contestação**

Para contestar ação, exige-se “interesse” (CPC, art. 3º). Por isso, Ernane Fidelis assevera que o terceiro, citado por edital, não pode contestar a ação, simplesmente por saber que o autor não tem o tempo de posse que alega, o que se choca, a nosso ver, com o interesse público, que envolve a ação de usucapião.

O prazo de contestação da Fazenda Pública não é computado em quádruplo, salvo se citada como proprietária do imóvel (Ernane Fidelis dos Santos).

### **Imposto de transmissão de bens**

A usucapião constitui forma originária de aquisição de propriedade. Não há transmissão. Por isso, não incide o imposto de transmissão de bens (Ernane Fidelis dos Santos).

## **h) Da Ação de Divisão e da Demarcação de Terras Particulares**

### **Conceito**

Estas ações também são exclusivas de terras particulares. A demarcação de terras públicas se faz por meio da ação discriminatória, disciplinada na já referida Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, que adota o procedimento sumaríssimo com regras especiais.

É pressuposto da ação que o imóvel seja divisível quanto à possibilidade física, segundo seu destino natural, econômico e de utilidade, e quanto à possibilidade perante o direito (é indivisível, p. ex., o imóvel rural que não possa subdividir-se em área superior ao módulo rural, nos termos da legislação agrária).

Se não for possível a divisão física, a ação adequada é a ação de extinção do condomínio, com a venda da coisa comum, porque nenhum condômino é obrigado a manter-se indefinidamente em condomínio.

### **Legitimidade**

O proprietário ou qualquer condômino são partes legítimas para promover a demarcação e, em se tratando de coisa comum, serão citados os demais como litisconsortes.

### **Procedimento**

Na petição inicial, instruída com os títulos de propriedade, designar-se-á o imóvel pela situação e denominação e descrever-se-ão os limites por constituir, aviventar ou renovar e nomear-se-ão todos os confinantes da linha demarcada. A demarcação pode ser requerida com queixa de esbulho, formulando, também, o pedido de restituição do terreno invadido, com os rendimentos que deu, ou a indenização dos danos pela usurpação verificada.

Dispõe o art. 953: "Os réus que residirem na comarca serão citados pessoalmente; os demais, por edital".

Feitas as citações, os réus terão o prazo de vinte dias, em comum, para contestar. Contestada a ação, adotar-se-á o procedimento ordinário. Não havendo contestação, o juiz julga antecipadamente a lide. Em qualquer hipótese, porém, antes de proferir sentença definitiva, o juiz nomeará dois arbitradores e um agrimensor para levantarem o traçado da linha demarcanda.

Apresentado o laudo e ouvidas as partes, a sentença que julgar procedente a ação determinará o traçado da linha demarcanda. Após o seu trânsito em julgado (a sentença é apelável no duplo efeito; o art. 520, I, que dá só efeito devolutivo à apelação, refere-se à sentença que homologa a divisão ou demarcação no final), serão colocados os marcos necessários, segundo regras técnicas de agrimensura que o Código reproduz (arts. 959 a 964). Os arbitradores farão relatório circunstanciado, juntando-o aos autos. As partes manifestar-se-ão no prazo comum de dez dias. Decididas as impugnações e feitas, se for o caso, as retificações, lavrar-se-á um auto de demarcação em que os limites demarcandos serão minuciosamente descritos. Assinado o auto pelo juiz, arbitradores e agrimensor, será proferida sentença homologatória da demarcação. Esta sentença é apelável apenas com o efeito devolutivo.

Quanto à divisão, a petição inicial, elaborada com os requisitos do art. 282 e instruída com os títulos de domínio, conterà a indicação da origem da comunhão e os característicos do imóvel, bem como a qualificação de todos os condôminos. Feitas as citações

na forma da ação de demarcação e valendo as observações acima oferecidas, o prazo para contestar é de vinte dias, comum a todos os réus. Todos serão intimados a apresentar os seus títulos, se ainda não o fizeram, e a formular os seus pedidos sobre a constituição dos quinhões.

Não havendo impugnação sobre a pretensão quanto aos quinhões, o juiz determinará a divisão geodésica do imóvel; se houver, decidirá sobre os pedidos e os títulos que deverão ser atendidos na formação dos quinhões.

Na divisão, deverão ser respeitadas benfeitorias de mais de um ano e outros acidentes, de modo que haja igualdade econômica no resultado. Como na demarcatória, os confinantes poderão sentir-se violados em seus terrenos e vindicar as áreas invadidas, com as mesmas conseqüências já aludidas.

Os agrimensores elaborarão plano de divisão, que, após ouvidas as partes, será decidido pelo juiz. Esta sentença é apelável no duplo efeito.

Transitada em julgado essa sentença, será feita a implantação dos marcos da divisão e lavrado auto, circunstanciando o quinhão de cada um, recebendo, cada condômino, uma folha de pagamento, minuciosamente descrita, inclusive com alguma eventual reposição a que tem direito e as servidões instituídas pelo juiz para a utilização cômoda de todas as partes, com equilíbrio entre os quinhões.

Em seguida o juiz homologa a divisão, servindo a folha de pagamento como título a ser registrado no Registro de Imóveis. Esta sentença é apelável só no efeito devolutivo (art. 520, I).

#### **i) Do Inventário e da Partilha**

### **Conceito**

Em consonância ao art. 982, o inventário judicial se procederá, ainda que todas as partes sejam capazes.

Conforme dispõe o art. 983, CPC, o inventário e a partilha devem ser requeridos dentro de 30 dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 6 meses subsequentes. O juiz poderá, a requerimento do inventariante, dilatar este último prazo por motivo justo.

Já o art. 984, CPC, dispõe que o juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas.

Em conformidade com o art. 985, CPC, até que o inventariante preste o compromisso (art. 990, parágrafo único, CPC), continuará o espólio na posse do administrador provisório.

De acordo com o art. 986, CPC, o administrador provisório representa ativa e passivamente 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, der causa.

### **Da legitimidade para requerer o inventário**

A quem estiver na posse e administração do espólio incumbe, dentro do prazo de 30 dias a contar da abertura da sucessão, requerer o inventário e a partilha. O juiz poderá, a requerimento de quem estiver na posse e administração do espólio, dilatar este último prazo por motivo justo. O requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança.

Tem, de acordo com o art. 988, CPC, legitimidade concorrente:

- I - o cônjuge supérstite;
- II - o herdeiro;
- III - o legatário;
- IV - o testamenteiro;
- V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;
- VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;
- VII - o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;
- VIII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;
- IX - a Fazenda Pública, quando tiver interesse.

Dispõe o art. 989, CPC, que o juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas acima mencionadas o requerer no prazo legal.

Em falecendo uma pessoa estrangeira, com último domicílio no seu país de origem, o imóvel a ela pertencente, situado no Brasil, será inventariado e partilhado no Brasil.

### **Do inventariante e das primeiras declarações**

O art. 990 do CPC, dispõe que o juiz nomeará inventariante:

I - o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge supérstite ou este não puder ser nomeado;

III - qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio;

IV - o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados;

V - o inventariante judicial, se houver;

VI - pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial.

O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo.

### **j) Dos Embargos de Terceiro**

#### **Conceito**

Segundo o art. 1.046, CPC, quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento,

inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos. Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor. Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela apreensão judicial. Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.

Em conformidade com o art. 1.047, CPC, admitem-se, ainda, embargos de terceiro:

- I - para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos;
- II - para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese.

Segundo o art. 1.048, CPC, os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 5 dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

De acordo com o art. 1.049, CPC, os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão.

Dispõe o art. 1.050, CPC, que o embargante, em petição elaborada com observância do disposto no art. 282, CPC, fará a prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas. É facultada a prova da posse

em audiência preliminar designada pelo juiz. O possuidor direto pode alegar, com a sua posse, domínio alheio.

Reza o art. 1.051, CPC, que julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes.

Já o art. 1.052, CPC, afere que quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados.

Em conformidade com o art. 1.053, CPC, os embargos poderão ser contestados no prazo de 10 dias, findo o qual proceder-se-á de acordo com o disposto no art. 803, CPC.

Segundo o art. 1.054, CPC, contra os embargos do credor com garantia real, somente poderá o embargado alegar que, *in fine*:

- I - o devedor comum é insolvente;
- II - o título é nulo ou não obriga a terceiro;
- III - outra é a coisa dada em garantia.

Trata-se de dois procedimentos instrumentais em relação a outros processos. A habilitação tem por fim promover a substituição das partes pelos seus sucessores, e a restauração de autos, a recomposição física do aspecto documental do processo extraviado ou destruído.

A habilitação pode ser requerida tanto pelos sucessores do falecido quanto pela parte que tem interesse no prosseguimento do processo para que seja eficaz. Quando promovida por sucessor devidamente documentado (art. 1.060), a habilitação se faz nos autos principais, independentemente de processo e sentença. Quando houver dúvida ou exigência da parte interessada e inércia dos que deveriam habilitar-se, instaura-se o processo dos arts. 1.057 e s., com sentença cuja eficácia admite o prosseguimento da ação principal à revelia, se os julgados habilitados não assumirem a defesa no processo principal.

A restauração de autos tem por finalidade a recomposição do processo primitivo através de cópias, termos constantes de cartório etc., e é de jurisdição contenciosa, porque a parte contra quem é movida fica constrangida, por sentença, a aceitar os autos como reconstituídos, prosseguindo, depois, o processo recomposto nos termos em que foi feito. Tem, portanto, conteúdo declaratório e condenatório.

Em ambos os casos, o processo principal permanece suspenso, até o julgamento definitivo da habilitação ou restauração, cuja sentença é apelável no duplo efeito.

#### **m) Das Vendas a Crédito com Reserva de Domínio**

Nas vendas a crédito com reserva de domínio (hoje quase totalmente substituídas pela alienação fiduciária que adiante será referida), duas são as alternativas possíveis ao credor em face do não pagamento do devedor:

1) se tiver ele título executivo, pode promover a execução por quantia das prestações não pagas, permitindo-se o leilão, logo em seguida à penhora, da coisa alienada com reserva de domínio, sub-rogando-se no preço apurado a penhora do bem. Daí, seguem-se, eventualmente, os embargos;

2) pode, também, o vendedor, após protesto do título, requerer, liminarmente e sem audiência do comprador, a apreensão e depósito da coisa vendida. Ao deferir o pedido, o juiz nomeará perito que procederá à vistoria da coisa e arbitramento de seu valor, descrevendo-lhe o estado e individuando-a em todos os característicos.

Feito o depósito, o comprador será citado para, dentro em cinco dias, contestar a ação.

Neste caso, o comprador que houver pago mais de 40% do preço requererá ao juiz que lhe conceda trinta dias para reaver a coisa, liquidando as prestações vencidas, juros e honorários.

Trata-se de pedido de purgação de mora, que importa em reconhecimento jurídico do pedido e que é, como no despejo, incompatível com a contestação. É uma faculdade de direito material permitida ao devedor dentro do prazo de citação, que obterá mais trinta dias para o pagamento total, se já havia pago mais de 40% do preço.

Se o réu não contestar, não pedir o prazo para purgação da mora ou não efetuar o pagamento no prazo concedido, poderá o autor pedir a reintegração imediata de posse da coisa depositada, apresentando os títulos vencidos e vincendos. Neste caso, descontada do valor arbitrado a importância da dívida acrescida das despesas judiciais e extrajudiciais, o autor restituirá ao réu o saldo, depositando-o em pagamento.

Se a ação for contestada, observar-se-á o procedimento ordinário, sem prejuízo da reintegração liminar (art. 1.071, § 4º). Entende-se, sem prejuízo da apreensão e depósito liminar, porque a reintegração vem depois, com a sentença que julga procedente a ação, sendo a execução imprópria dessa sentença. Da sentença que julga ação procedente e determina a reintegração cabe apelação no duplo efeito.

#### **n) Da Arbitragem (Lei nº 9.307/96)**

##### **Considerações gerais**

Segundo Marcos Vinícius R. Gonçalves, a arbitragem é um acordo de vontades, celebrado entre pessoas capazes, que preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de litígios, desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Neste sentido, quem decidirá, de fato, a respeito do litígio será uma terceira pessoa, desvinculada do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do Estado-juiz. Do mesmo modo, não é necessário que o árbitro seja pessoa relacionada com o Direito nem tampouco advogado, pois o árbitro deve demonstrar, simplesmente, o conhecimento (muitas vezes técnico) sobre o tema a ser solucionado, bem como muitas vezes é uma pessoa de confiança das partes. Vale ressaltar que, atualmente, existem Câmaras de Arbitragem profissionais.

A Lei 9.307/96, que revogou a matéria disciplinada pelo Código Civil, dispõe, em seu art. 2º, que as partes poderão escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

É importante frisar que as regras poderão ser de direito ou de equidade, dependendo da vontade das partes. Todavia, no silêncio das partes, prevalecerá a arbitragem de direito.

A arbitragem poderá, ainda, se firmar nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

#### **Da convenção de arbitragem e seus efeitos**

A arbitragem pode ser instituída pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral.

De acordo com o art. 4º da citada lei, a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Neste caso, a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Fica claro, então, que não há conflito quando da instituição da cláusula compromissória, pois ela é criada justamente para dirimir possíveis descentendimentos que surgirem durante a vigência de um contrato.

A arbitragem com cláusula compromissória nos contratos de adesão depende da aquiescência expressa do aderente.

Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, a parte interessada poderá requerer a citação da outra parte para comparecer em Juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

O autor, neste caso, indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, o juiz tentará conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de 10 dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória. Serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Em conformidade com o art. 9º, o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

O compromisso arbitral judicial será celebrado por termo nos autos, perante o Juízo ou Tribunal, onde tem curso a demanda.

Já o compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

- I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
- II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;
- III - a matéria que será objeto da arbitragem; e
- IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Além disso e segundo o art. 11 da Lei, o compromisso arbitral poderá conter:

- I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;
- II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;
- III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;
- IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
- V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e
- VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

As partes ao fixarem os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, estarão criando um título executivo extrajudicial. Todavia, caso as partes não dispuserem sobre tal honorário, caberá ao árbitro requerer ao órgão do Poder Judiciário, que seria competente para julgar originariamente a causa, que os fixe por sentença.

De acordo com o art. 12, extingue-se o compromisso arbitral:

- I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;
- II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto;  
e
- III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

### **Dos Árbitros**

Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, evitando-se, assim, empates de decisões. Nada impede também a nomeação de suplentes.

É concedido às partes, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes.

As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

Dispõe o art. 16 da Lei que se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

Porém, não havendo substituto indicado para o árbitro, serão aplicadas as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

### **Da Sentença Arbitral**

A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de 6 meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

É facultado às partes e aos árbitros, de comum acordo, prorrogar o prazo estipulado para a sentença.

A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do Tribunal arbitral.

Segundo o art. 26 da Lei, são requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;
- II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;
- III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
- IV - a data e o lugar em que foi proferida.

#### **o) Da Ação Monitória**

### **Conceito**

A ação monitória é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva.

### **Legitimidade**

Nos termos do art. 1.102a, compete a ação monitória a quem pretender, com prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

### **Pressuposto de admissibilidade**

O pressuposto da admissibilidade do pedido monitório (condição da ação interesse processual adequação) é ter o possível credor prova escrita da obrigação sem eficácia de título executivo. Obviamente, porque se tivesse título teria execução e faltar-lhe-ia o interesse processual necessário ao provimento monitório. Prova escrita é a documental, não necessariamente o instrumento do negócio jurídico. Podemos citar, entre outras: o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, os títulos cambiários após o prazo de prescrição, a duplicata não aceita antes do protesto ou a declaração de venda de um veículo, por exemplo.

### **Procedimento**

Ao despachar a inicial, o juiz pode indeferi-la de plano nas mesmas hipóteses de indeferimento da inicial do processo de conhecimento e, em especial, se não estiver

acompanhada da prova escrita da obrigação. Esse ato de rejeição é sentença; logo, o recurso contra ela cabível é a apelação, nos termos do art. 296 do Código de Processo Civil.

Se a inicial estiver em ordem, o juiz determinará a citação do réu (isso não está expresso na lei, mas é óbvio que não pode haver processo sem citação, que será feita nos termos gerais do Código, inclusive, se for o caso, pelo correio), com a determinação de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. Esse ato é decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento sem efeito suspensivo, efeito esse que pode ser obtido por meio de mandado de segurança nos casos que a doutrina e a jurisprudência têm admitido o remédio constitucional para tal fim.

No prazo de quinze dias contados da juntada aos autos da prova da citação (mandado, precatória, aviso de recebimento da carta) o réu poderá oferecer embargos.

A sentença somente será proferida nos embargos se forem apresentados, e dela caberá apelação sem efeito suspensivo, como preceitua o art. 520, V.

Há que se observar que o "título judicial", constituído de pleno direito pela não-apresentação dos embargos ou sua rejeição, é um título judicial sem sentença que existe nos moldes do processo de conhecimento. Trata-se de título judicial por equiparação e não pela natureza do provimento.

Rejeitados os embargos, fica afastada a suspensão da ordem de pagamento ou de entrega da coisa, retomando ela sua eficácia, de modo que o devedor será intimado (não citado), prosseguindo-se a execução com penhora ou busca e apreensão da coisa. Intimado, o devedor poderá oferecer bens à penhora ou depositar a coisa para apresentar outros embargos, os quais, porém, somente poderão versar sobre as matérias do art. 741,

ou seja, questões posteriores ao título judicial (ressalvada a hipótese do inciso I, que é caso de inexistência do processo em face do executado).

## **24.2. Dos Procedimentos especiais de jurisdição voluntária**

### **A) Das disposições gerais**

O entendimento dominante é o de que a jurisdição voluntária tem natureza mais administrativa e consiste na tutela do interesse público nos negócios jurídicos privados.

O interesse processual necessidade, que, na jurisdição contenciosa, decorre da sistemática geral de que ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos, na jurisdição voluntária decorre de lei, que impede a prática do ato sem a intervenção e autorização judicial.

### **Jurisdição voluntária X jurisdição contenciosa**

Há traços distintivos da jurisdição voluntária em confronto com a jurisdição contenciosa:

a) pela posição que as partes ocupam na relação processual, porque, ao passo que na voluntária os interessados que iniciam o processo perseguem determinados efeitos jurídicos materiais para eles mesmos, na contenciosa os demandantes procuram produzir efeitos jurídico-materiais obrigatórios para determinados demandados;

b) pela posição do juiz ao ditar a sentença, pois, enquanto na contenciosa o juiz decide entre litigantes, na voluntária, ao invés, se pronuncia só em relação aos interessados; e na voluntária o julgamento não precisa ser sempre a favor de uma das partes e contra a outra, porque pode satisfazer a ambas;

c) pelos sujeitos da relação processual, pois na voluntária não existe demandado, senão simples interessado peticionário, ao passo que na contenciosa existe sempre um demandado;

d) pelo conteúdo da relação processual ao iniciar-se o juízo, porque na voluntária se procura dar certeza ou definição a um direito ou certos efeitos jurídicos materiais ou legalidade a um ato, sem que se apresente ao juiz, inicialmente, nenhuma controvérsia nem litígio para sua solução na sentença, e na contenciosa, ao contrário, inicialmente se está pedindo a solução de um litígio com o demandado. A presença do litígio prévio vem a ser a causa do processo;

e) pelos efeitos da sentença, porque na contenciosa o normal é que tenha força de coisa julgada, ao passo que na voluntária jamais constitui coisa julgada. A sentença voluntária será obrigatória enquanto não modificada, mas não é imutável;

f) na jurisdição contenciosa a regra é o juízo de legalidade estrita, ao passo que na voluntária há um juízo de conveniência;

g) na jurisdição voluntária há interessados e não partes.

### **Procedimento**

Os procedimentos de jurisdição voluntária também têm um procedimento geral ou comum (arts. 1.104 a 1.111), que vale também como parte geral, e procedimentos especiais (arts. 1.113 a 1.210).

O procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhe formular o pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público. Os interessados não são aqueles que podem ter interesse jurídico na decisão, mas apenas os titulares da relação jurídica a ser integrada ou liberada. A citação e intervenção do Ministério Público é obrigatória em todos os procedimentos de jurisdição voluntária:

Em casos especiais, incapazes também podem provocar a atuação jurisdicional, como, por exemplo, o suprimento da idade para casamento.

O prazo para responder é de dez dias. Apesar de na jurisdição voluntária não existir conflito de interesses materiais, pode haver controvérsia quanto à autorização a ser concedida ou à providência a ser tomada, de forma que pode instaurar-se um verdadeiro contraditório processual como se houvesse partes, uma pretendendo a autorização judicial e outra resistindo e, no processo, elas serão tratadas como sujeitos autônomos: deverão ser intimadas dos atos do processo, poderão requerer prova, recorrer etc.

Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar suas alegações, mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a

realização de quais provas. É maior, portanto, o poder inquisitivo do juiz do que no processo contencioso, o que se justifica pela investigação do interesse público que pode estar oculto atrás das alegações dos interessados, mas deve preservar sua condição de magistrado e julgador, não se envolvendo com as tendências emotivas que o processo traz.

A Fazenda Pública será ouvida nos procedimentos em que tiver interesse.

Após o prazo de resposta, pode desenvolver-se atividade probatória, com audiência, se necessário, proferindo, em seguida, o juiz, sentença em dez dias.

No curso do processo cabe o agravo de instrumento, podendo contra a sentença também ser apresentados embargos de declaração. As normas do processo de conhecimento, respeitadas as regras especiais do capítulo, são aplicadas subsidiariamente.

As despesas processuais serão adiantadas pelo requerente mas rateadas entre os interessados (art. 24).

### **Sentença**

A sentença na jurisdição voluntária não faz coisa julgada, podendo ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes. Há, pois, preclusão das questões decididas e somente fato superveniente é que justifica a modificação do pronunciamento jurisdicional: fato superveniente é o fato ocorrido posteriormente, mas também o fato anterior que, por força maior, não pode ser apresentado ao conhecimento do juiz.

Ainda quanto à mutabilidade da sentença, encontra ela limitação quando se consuma o ato autorizado. Praticado este, de nada mais adianta pretender modificar a sentença da jurisdição voluntária. Se o ato tiver algum vício, é este que deve ser atacado pelos fundamentos da lei civil.

### **Casos de jurisdição voluntária**

O art. 1.112 relaciona seis casos de pedidos que adotarão o procedimento geral da jurisdição voluntária:

I - Emancipação. Na atualidade, a emancipação por ato do pai se faz por escritura pública e, portanto, sem intervenção judicial. Esta é necessária quando o emancipado quer demonstrar que se estabeleceu com economia própria ou se o menor estiver sob tutela. Os casos em que se prova a maioria documental (exercício de cargo público efetivo, p. ex.) também não dependeriam de ato judicial porque se operam ex vi legis; se, porém, houver recusa em aceitar a maioria, pode-se pedir ao juiz a declaração da ocorrência da capacidade em virtude do fato que a gerou.

II - Sub-rogação. De vínculos ou ônus. Deve ser feita sempre respeitada a vontade do instituidor. Se a sub-rogação importar em alienação, aplicar-se-ão os arts. 1.113 e s.

III - Alienação, arrendamento ou oneração de bens dotais, de menores, de órfãos ou de interditos. A possibilidade e oportunidade da efetivação desses negócios é regulada na lei civil. No procedimento preservar-se-á o interesse dos incapazes ou da integridade do dote.

IV - Alienação, locação e administração da coisa comum. Para a utilização do processo como de jurisdição voluntária é indispensável ou que o negócio não possa ser feito porque um dos condôminos é incapaz, ou é indispensável que todos estejam de acordo com o negócio e recorram ao Judiciário para a formalização, regularidade e igualdade do ato para todos. Se houver discordância inicial, o processo deve ser de jurisdição contenciosa, pelo menos na primeira fase de compelir o condômino recalcitrante a vendê-la, dar-lhe administração ou locá-la. Neste caso a ação é de jurisdição contenciosa, de natureza condenatória, para, no caso de alienação, promover a extinção do condomínio. A venda, depois, como execução imprópria da sentença que decreta a extinção, adotará o procedimento dos arts. 1.113 e s.

V - Alienação de quinhão em coisa comum. É a ação do comunheiro que deseja alienar seu quinhão na coisa comum e deve citar os outros comunheiros para que, se desejarem, exerçam o seu direito de preferência.

VI - Extinção de usufruto e de fideicomisso.

## **B) Dos Procedimentos especiais**

### **a) Das Alienações Judiciais (arts. 1.113 à 1.119)**

Toda vez que a lei estatuir a possibilidade de venda de bens depositados e estejam eles sujeitos a fácil deterioração, estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para sua guarda, o juiz, de ofício, ou a requerimento do depositário ou de qualquer das partes, poderá mandar aliená-los em leilão.

O procedimento se desenvolve em contraditório, sendo sempre ouvidas as partes, as quais, se forem maiores e capazes, podem dispensar o leilão e fazer a alienação direta.

No caso de leilão, os bens são avaliados previamente e alienados ainda que o maior lance não alcance o valor da avaliação, ressalvado o preço vil, conforme se comentou por ocasião da arrematação na execução.

O preço obtido substituirá os bens depositados.

O art. 1117, do CPC descreve outros bens que também alienados em leilão.

Na alienação judicial da coisa comum, tem preferência, em condições iguais, o condômino ao estranho, entre os condôminos, o que tiver benfeitorias de maior valor ou o condômino de quinhão maior, se não houver benfeitorias. Se a alienação se verificar sem a observância das preferências, o condômino preterido poderá requerer a adjudicação da coisa, antes da assinatura da carta, mediante o depósito do preço. O pedido será feito em contraditório, ouvindo-se o adquirente, os demais condôminos, adotando-se o procedimento do art. 803.

#### **b) Da Separação Consensual (arts. 1.120 a 1.124-A)**

A Lei do Divórcio, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, substituiu o antigo desquite por separação judicial. Quando esta se procede com mútuo consentimento, adota o procedimento dos arts. 1.120 e s., denominando-se separação consensual; quando é litigiosa, o procedimento ordinário.

A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges e advogado ou advogados. Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição, a rogo deles. As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião.

A petição, instruída com a certidão de casamento celebrado há mais de dois anos e o contrato antenupcial, se houver, conterà, os requisitos previstos no art. 1.121.

Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha de bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma do inventário e partilha (arts. 982 e s.).

Apresentada a petição ao juiz, independentemente de distribuição, se este verificar que preenche os requisitos acima, ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação consensual, esclarecendo-lhes as conseqüências da manifestação de vontade.

Convencendo-se o juiz de que ambos, livremente e sem hesitações, desejam a separação consensual, mandará reduzir a termo as declarações de vontade e, em seguida, mandará dar vista ao Ministério Público pelo prazo de cinco dias.

Se a manifestação do Ministério Público não apresentar impugnação quanto à falta de algum requisito legal ou depois de suprida ou resolvida ela, o juiz homologará a separação.

Se o juiz, ao ouvir os cônjuges, verificar alguma hesitação ou comprometimento da liberdade, marcará novo dia, dentro de quinze a trinta dias, para que os cônjuges voltem para ratificar o pedido. Se qualquer dos cônjuges não comparecer

ou não ratificar o pedido, o juiz mandará autuar a petição e documentos e arquivar o processo.

Homologada a separação consensual e transitada em julgado a sentença, da qual cabe apelação, será ela averbada no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se acham registrados.

A separação consensual pode resultar, também, da conversão da separação judicial litigiosa, suspendendo-se o processo contencioso e adotando-se o procedimento de jurisdição voluntária. Consumada a separação, desta forma extingue-se o processo contencioso, porque perdeu o objeto.

A separação judicial, consensual ou litigiosa, é ação personalíssima. Se houver falecimento de algum dos cônjuges no seu curso, a ação se extingue por ser ela intransmissível (art. 267, IX).

### **c) Dos Testamentos e Codicilos (arts. 1.125 a 1.141)**

Antes de serem levados a inventário para serem cumpridos, os testamentos precisam, dependendo de sua espécie, ser registrados ou confirmados em procedimento de jurisdição voluntária, cuja finalidade é a verificação de sua integridade e cumprimento das formalidades que, como se sabe, são solenes.

O registro ou a confirmação não impedem a eventual ação contenciosa anulatória, nem a redução das disposições testamentárias inoficiosas (que excedem a legítima). A recusa de registro ou confirmação, a contrario sensu, a despeito de mais difícil, não impede, também, a ação ordinária contenciosa de declaração positiva de sua validade, com todos os ônus decorrentes.

Em se tratando de testamento cerrado, o juiz, ao recebê-lo, verificará se está intacto, mandará abri-lo e que o escrivão o leia em presença de quem o entregou. Lavrar-se-á, em seguida, auto de abertura que, rubricado pelo juiz e assinado pelo apresentante, mencionará o disposto no art. 1.125 do CPC.

É feita a autuação e ouvido o Ministério Público. Se não achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o juiz mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento. Este será registrado e arquivado no cartório a que tocar, dele remetendo o escrivão uma cópia à repartição fiscal.

Quando o testamento for público, qualquer interessado, exibindo-lhe o traslado ou certidão, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento. O juiz mandará processá-lo, autuando-o e ouvindo o Ministério Público.

Se o detentor do testamento não o exhibir, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, poderá mandar exhibi-lo em juízo para os fins legais. Não sendo cumprida a ordem, proceder-se-á à busca e apreensão do testamento, de conformidade com o disposto nos arts. 839 a 843 (Da busca e apreensão).

Feito o registro, o escrivão intimará o testamentário nomeado no instrumento a assinar, no prazo de cinco dias, o termo da testamentaria; se não houver testamentário nomeado, estiver ou for ele ausente ou não aceitar o encargo, o escrivão certificará a ocorrência e fará os autos conclusos para que o juiz nomeie testamentário dativo, observando-se a preferência legal civil (CC, art. 1.763). Assinado o termo de testamentaria, o escrivão extrairá cópia autêntica do testamento para ser juntada aos autos do inventário ou de arrecadação da herança.

O testamento particular e os testamentos especiais (marítimo, militar, nuncupativo e o codicilo), para serem cumpridos, precisam ser confirmados.

Essa confirmação se faz mediante a inquirição judicial das testemunhas, mediante requerimento do herdeiro, legatário ou testamenteiro.

A petição inicial será instruída com a cédula testamentária, devendo ser intimados para a inquirição as pessoas elencadas no art. 1.131 do CPC.

Cabe ao testamenteiro promover o cumprimento das disposições testamentárias.

#### **d) Da Herança Jacente (arts. 1.142 a 1.158)**

Considera-se jacente a herança que, não havendo testamento, não tiver herdeiro ou sucessor conhecido ou se todos renunciarem a herança.

Neste caso o juiz mandará imediatamente promover a arrecadação dos bens, que ficarão sob a guarda e administração de um curador. Proceder-se-á, em seguida, à tentativa de localização de herdeiros, inclusive com a expedição de editais. Se se habilitar herdeiro ou cônjuge, a arrecadação converte-se em inventário. Se não aparecerem, após os prazos legais, a herança será declarada vacante. Após a arrecadação poderão ser pagos credores e alienados bens de fácil deterioração. Transitada em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, os herdeiros e os credores só poderão reclamar seus direitos por ação direta.

#### **e) Dos Bens dos Ausentes (arts. 1.159 a 1.169)**

Desaparecendo alguém de seu domicílio sem deixar representante a quem caiba administrar-lhe os bens ou deixando mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato, declarar-se-á a sua ausência.

Seus bens serão arrecadados e ficarão, também, sob a guarda e administração de curador, até que, obedecidos os prazos legais, seja declarada a sua sucessão provisória e depois definitiva.

**f) Das Coisas Vagas (arts. 1.170 a 1.176)**

Se alguém achar coisa alheia perdida, não lhe conhecendo o dono ou legítimo possuidor, a entregará à autoridade judiciária ou policial, que a arrecadará, mandando lavrar o respectivo auto, dele constando a sua descrição e as declarações do inventor.

Se após edital não comparecer o dono, a coisa será alienada e, pago o prêmio do inventor, o saldo será receita do Estado. Se houver suspeita de que a coisa tenha sido criminosamente subtraída, a autoridade policial converterá a arrecadação em inquérito policial, competindo ao juiz criminal a decisão sobre a entrega da coisa a eventual pretendente.

**g) Da Curatela dos Interditos (arts. 1.177 a 1.186)**

A interdição tem por finalidade a declaração da incapacidade, por anomalia psíquica ou prodigalidade, do surdo-mudo sem educação que o habilite a enunciar precisamente a sua vontade e a dos viciados pelo uso de substâncias entorpecentes quando acometidos de perturbações mentais.

A interdição poderá ser requerida pelas pessoas enumeradas no art. 1.177, do CPC.

Quanto ao Ministério Público, poderá requerer a interdição nos termos do art. 1.178.. Quando a interdição for requerida pelo Ministério Público, o juiz nomeará ao interditando curador à lide.

### **Procedimento**

Na petição inicial, o interessado provará sua legitimidade, especificará os fatos que revelam a anomalia psíquica e assinalará a incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens.

O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o examinará, interrogando-o minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens e do mais que lhe parecer necessário para ajuizar do seu estado mental, reduzidas a auto as perguntas e as respostas. Trata-se de uma inspeção judicial indispensável. Se o interditando não tiver condições de entender as perguntas e formular respostas, o juiz fará constar tais circunstâncias do termo.

Dentro do prazo de cinco dias contados da audiência de interrogatório, poderá o interditando impugnar o pedido, nomeando, inclusive, advogado, se quiser. Representará o interditando nos autos o Ministério Público ou, quando for este o requerente, o curador à lide. O parente sucessível do interditando também poderá constituir-lhe advogado com os poderes que teria se nomeado pelo interditando, mas responde pelos honorários.

Se o interditando impugnar o pedido, instaura-se um contraditório, sem que com isso o procedimento se converta em processo de jurisdição contenciosa. Pode haver controvérsia sem lide, porque não há conflito de interesses sobre a capacidade que é qualidade de ordem pública, apesar de poder existir divergência de opiniões quanto a ela.

Após o prazo acima apontado, o juiz nomeará perito para proceder a exame do interditando. Apresentado o laudo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, onde poderá ouvir testemunhas e esclarecimentos de peritos. Nos casos de interditandos já declarados incapazes mentalmente pela Previdência Social, tem sido aceito o laudo da instituição previdenciária como exame pericial.

A sentença de interdição é apelável, mas produz efeitos desde logo, nomeando o juiz curador, se procedente. Será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital o nome do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela.

O processo de interdição corre em segredo de justiça até a publicação acima referida, para proteção da pessoa do interditando.

A interdição será levantada, cessando a causa que a determinou.

O pedido de levantamento poderá ser feito pelo interditando, pelo curador ou por procurador e será apensado aos autos da interdição. O juiz nomeará perito para proceder ao exame de sanidade do interditado e, após a apresentação do laudo, designará audiência de instrução e julgamento.

Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e mandará publicar a sentença, após o trânsito em julgado, pela imprensa local e órgão oficial da mesma forma que a sentença de interdição, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais.

A sentença de interdição e a que determina o seu levantamento faz coisa julgada erga omnes, porque é relativa a questão de estado da pessoa (art. 472, segunda parte).

#### **h) Da Nomeação e remoção de Tutor ou Curador (arts. 1.187 a 1.198)**

Os arts. 1.187 a 1.198 disciplinam a nomeação, compromisso e responsabilidades dos tutores e curadores, bem como as garantias que devem prestar para acautelar os bens que serão confiados à sua administração. Prevêem, também, a sua remoção no caso de descumprimento dos encargos que lhes são atribuídos pela lei e sua dispensa no caso de cessação das funções.

#### **i) Da Organização e da Fiscalização das Fundações (arts. 1.199 a 1.204)**

As fundações são pessoas jurídicas constituídas por um patrimônio a serviço de fins de interesse social. Ao criá-las, o instituidor elaborará o seu estatuto ou designará quem o faça, podendo a instituição constar de testamento.

O interessado submeterá o estatuto ao órgão do Ministério Público, que verificará se foram observadas as bases da fundação e se os bens são suficientes ao fim a que ela se destina. Autuado o pedido, o órgão do Ministério Público, no prazo de quinze dias, aprovará o estatuto, indicará as modificações que entender necessárias ou lhe denegará a aprovação (art. 1.201). Nos dois últimos casos pode o interessado em petição motivada requerer ao juiz o suprimento da aprovação. O juiz, antes de suprir a aprovação,

poderá mandar fazer no estatuto modificações a fim de adaptá-lo aos objetivos do instituidor.

O próprio órgão do Ministério Público elaborará o estatuto e submetê-lo-á à aprovação do juiz quando o instituidor não o fizer nem nomear quem o faça, ou quando a pessoa encarregada não cumprir o encargo no prazo assinado pelo instituidor ou, não havendo prazo, dentro de seis meses.

A alteração do estatuto está sujeita à aprovação do Ministério Público, aplicando-se o art. 1.201 e parágrafos. Se a proposta de alteração não foi aprovada pela unanimidade dos administradores, os vencidos serão intimados para impugná-la no prazo de dez dias, antes da aprovação final.

Qualquer interessado ou o Ministério Público promoverá a extinção da fundação, requerendo-a ao juiz, se se tornar ilícito o seu objeto, for impossível a sua manutenção ou se vencer o prazo de sua existência (v. CC, arts. 24 a 30).

#### **j) Da Especialização da Hipoteca Legal (arts. 1.205 a 1.210)**

Nos casos previstos na lei civil e mesmo processual, o pedido de especialização de hipoteca legal declarará a estimativa da responsabilidade e será instruído com a prova do domínio dos bens, livres de ônus, dados em garantia.

Proceder-se-á ao arbitramento da responsabilidade e à avaliação dos bens. Ouvidos os interessados em cinco dias, o juiz determinará, por sentença, se proceda à inscrição da hipoteca.

Poderá, também, ser determinado o reforço da hipoteca mediante caução quando em favor de menores, interditos ou da mulher casada.

Se todos os interessados forem maiores, capazes e concordes, a especialização da hipoteca legal não depende de intervenção judicial.

## PROVAS OAB DPC

### DIREITO PROCESSUAL CIVIL - EXAME 132° SP OAB

1. Assinale a alternativa que contém afirmativa correta a respeito da execução de sentença arbitral, condenatória-cível.

(A) Sempre ocorrerá perante o Juízo Arbitral em razão da competência funcional, absoluta.

(B) Sempre será executada perante a Justiça Federal depois de homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

(C) Deve ser proposta nova demanda, pois não é considerada título executivo que enseje a instauração da execução.

(D) Deve ser executada perante a Justiça Estadual competente, conforme as regras do cumprimento de sentença.

2. Assinale a alternativa correta a respeito do não cabimento do recurso de agravo.

(A) Decisão que afasta a deserção.

(B) Decisão de inadmissão da apelação.

(C) Decisão que aprecia a liquidação de sentença.

(D) Decisão que indefere a alegação de incompetência absoluta.

3. No Juizado Especial Cível, em não comparecendo o autor à audiência de conciliação, será

(A) decretada a sua revelia.

(B) reconhecida a renúncia ao direito.

(C) adiada a audiência.

(D) arquivado o processo.

4. Assinale a alternativa correta.

(A) É obrigatório o procedimento perante os Juizados Especiais Cíveis quando o valor da causa for até 40 salários mínimos.

(B) É facultado ao autor optar por litigar perante os Juizados Especiais ou na Justiça Comum, desde que dentro dos limites econômicos e da matéria sob a sua jurisdição.

(C) As hipóteses de cabimento das demandas perante os Juizados Especiais Cíveis são idênticas às do procedimento sumário.

(D) Não é cabível recurso em sede de Juizados Especiais.

5. Onde houver instalada a Vara do Juizado Especial Federal, é incorreto afirmar que

(A) não existe reexame necessário.

(B) envolve demandas que não ultrapassem 60 salários mínimos.

(C) é cabível uniformização pelas Turmas Recursais e reapreciação pelo STJ para dirimir a divergência.

(D) é facultado à parte litigar perante a Justiça Especial ou a Justiça Comum (Federal).

6. Sobre os embargos à execução, é correto afirmar que

(A) somente serão cabíveis e admissíveis se garantido o juízo com a penhora.

(B) somente serão cabíveis e admissíveis se citado o executado.

(C) deverão ser apresentados no prazo de 15 dias, contados da juntada do mandado de citação aos autos.

(D) o seu conhecimento depende de prestação de caução.

7. São matérias que o juiz pode conhecer de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição:

(A) legitimidade das partes.

(B) prescrição.

(C) incompetência absoluta.

(D) todas estão corretas.

8. Sobre o litisconsórcio, é correto afirmar que

(A) na ação de usucapião temos litisconsórcio necessário simples.

(B) sempre são considerados litigantes distintos e por isso os atos e omissões de um não beneficiarão nem prejudicarão os outros.

(C) o litisconsórcio necessário é sempre unitário.

(D) o litisconsórcio facultativo é sempre simples.

9. Ocorrendo a alienação de coisa ou bem litigioso no curso de um processo, a alteração da parte

(A) pode ocorrer a qualquer tempo, independentemente de qualquer outro requisito.

(B) pode ocorrer por sucessão, desde que com a anuência da parte contrária.

(C) pode ocorrer por substituição, desde que com a anuência da parte contrária.

(D) nunca pode ocorrer, em razão das perpetuações.

10. Em sede de recurso extraordinário, a questão constitucional nele versada deverá oferecer repercussão geral sob pena de

(A) não ser provido pelo STJ.

(B) não ser provido perante o juízo a quo.

(C) não ser conhecido pelo juízo ad quem.

(D) não ser provido pelo juízo ad quem.

#### **GABARITO**

1 – D, 2 – A, 3 – D, 4 – B, 5 – D, 6 – C, 7 – D, 8 – A, 9 – B, 10 - C

#### **DIREITO PROCESSUAL CIVIL - EXAME 131º SP OAB**

1. O princípio dispositivo, também denominado de princípio da inércia da jurisdição, significa que:

(A) nenhum Juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

(B) caberá ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

(C) o Juiz conhecerá de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, das questões de ordem pública.

(D) cabe ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial.

2. Assinale a alternativa correta.

I. Partes, causa de pedir e pedido são os elementos identificadores da demanda.

II. São causas que geram a extinção do processo sem julgamento do mérito: perempção, litispendência e prescrição.

III. A ausência de contestação leva invariavelmente a que seja julgada antecipadamente a lide.

(A) Apenas I é correta.

(B) Apenas II é correta.

(C) Apenas III é correta.

(D) Todas são incorretas.

3. Há conflito de competência quando:

(A) foi oferecida exceção de incompetência, pelo réu.

(B) foi alegada incompetência absoluta do juízo, em sede de contestação.

(C) dois ou mais Juízes se declaram competentes.

(D) é determinada a remessa dos autos a outro juízo.

4. Diante das afirmações:

I. Capacidade de ser parte ou para a causa é um conceito com regras pré-definidas nas regras processuais.

II. Capacidade postulatória é aquela referente à pessoa que está em juízo pleiteando para si um bem da vida.

III. Capacidade e legitimidade são expressões sinônimas, sendo que o que as diferencia é o momento, ou seja, antes ou depois de proposta demanda, respectivamente.

Pode-se dizer que:

(A) apenas I e II estão corretas.

(B) apenas I e III estão corretas.

(C) apenas II e III estão incorretas.

(D) todas estão incorretas.

5. Sabendo-se que o Código de Processo Civil é dividido em 5 (cinco) Livros, pode-se afirmar que:

(A) são cinco os tipos de processo: sumário, ordinário, especial, execução e cautelar.

(B) são quatro os tipos de processo: conhecimento, execução, cautelar e especial, sendo que o livro V é só de disposições transitórias.

(C) são cinco os tipos de processo: conhecimento, especial, execução, cumprimento de sentença e cautelar.

(D) nenhuma das alternativas anteriores é correta.

6. São cabíveis os embargos à arrematação e à adjudicação:

(A) sempre que os embargos à execução não tenham sido opostos pelo executado.

(B) apenas na fase de execução de processo de conhecimento.

(C) quando se estiver diante de uma execução de título executivo extrajudicial, por quantia certa contra devedor solvente.

(D) nenhuma das alternativas anteriores.

7. O arresto é uma das demandas cautelares típicas, prevista nos arts. 813 a 821 do Código de Processo Civil, sendo cabível:

(A) quando o oficial de justiça, não localizando o executado para proceder à citação, encontra bens suficientes para garantir a execução.

(B) quando o devedor sem domicílio certo deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado.

(C) quando lhes foi disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de danificação.

(D) quando houver fundado receio de extravio ou de dissipação de bens.

8. É caso de denunciação da lide:

(A) quando se está diante de litisconsórcio necessário.

(B) quando, sendo o devedor acionado, denuncia o fiador.

(C) quando aquele que estiver obrigado por lei ou contrato, é denunciado a assegurar a obrigação.

(D) quando sendo acionado o detentor, este denuncia o proprietário ou o possuidor.

9. Diante das afirmações:

I. Para que os embargos à execução sejam admissíveis, sempre é necessária a garantia do juízo.

II. Na execução de obrigação de fazer e não fazer e na de entrega de coisa, uma vez não cumprida a obrigação específica, deve ser proposta a execução por quantia certa.

III. Os embargos à execução, depois do advento da Lei n.º 11.232/05 (chamada lei do cumprimento de sentença), só são cabíveis quando se estiver diante de título executivo extrajudicial.

Pode-se dizer que:

- (A) todas são corretas.
- (B) todas são incorretas.
- (C) só I e II são corretas.
- (D) só II e III são corretas.

10. Sobre a reconvenção, é correto afirmar que:

- (A) é sempre cabível, sob pena de cercear o direito de ação do réu.
- (B) não é cabível em sede de possessória e juizado especial.
- (C) só não é cabível em sede de processo de execução e cautelar.
- (D) só é cabível em sede de processo de conhecimento.

**GABARITO**

1 – A, 2 – A, 3 – C, 4 – D, 5 – D, 6 – C, 7 – B, 8 – C, 9 – B, 10 - D

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL - EXAME 130° SP OAB**

1. Com relação ao ônus da prova, é correto afirmar que, em regra,:

- (A) sempre é do autor.
- (B) somente será do réu se disser respeito à relação de consumo.
- (C) cada um tem de provar o fato constitutivo do seu direito.
- (D) depende do que for determinado pelo juiz.

2. Leia as afirmações.

I. Reconhecimento jurídico do pedido e confissão vinculam o juiz.

II. Renúncia ao direito e desistência vinculam o juiz.

III. Renúncia ao direito e reconhecimento jurídico levam a uma sentença de resolução do mérito.

IV. Confissão e desistência levam a que seja extinto o processo sem julgamento de mérito.

Pode-se dizer que:

- (A) apenas I é correta.
- (B) apenas II é correta.
- (C) apenas III é correta.
- (D) todas estão corretas.

3. Relativamente aos recursos especial e extraordinário, é correto afirmar:

(A) O recurso extraordinário tem cabimento, na hipótese de dissídio jurisprudencial, quando há interpretação de lei federal, por Juízo de primeira instância ou Tribunal, de maneira divergente daquela conferida pelo acórdão de que se pretende recorrer.

(B) O recurso extraordinário tem cabimento quando a ofensa à Constituição Federal for indireta, ou seja, quando a decisão recorrida afronta diretamente lei ordinária e indiretamente a Constituição Federal.

(C) Quando o recurso extraordinário ou o recurso especial não forem admitidos, cabe agravo de instrumento, dirigido ao Tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais, no prazo de 10 dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

(D) O recurso extraordinário, ou o recurso especial, apenas quando interposto contra decisão interlocutória proferida nos autos de processo cautelar, ficará retido nos autos e somente será processado se o reinterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra decisão final, ou para as contra-razões.

4. Sobre a liquidação de sentença, é incorreto afirmar que:

(A) será processada nos mesmos autos, sem a necessidade de instaurar-se um novo processo.

(B) são duas as espécies, por artigos e cálculo.

(C) o pronunciamento que determina o quantum debeatur é decisão interlocutória e, por isso, agravável.

(D) não haverá liquidação de sentença em procedimento sumário.

5. De posse de uma sentença condenatória, transitada em julgado, onde já se encontra presente o an debeatur e o quantum debeatur, a parte credora deve:

(A) instaurar o processo de execução, apresentando o cálculo devidamente atualizado e requerendo a citação para o pagamento em 24 horas, sob pena de penhora.

(B) apresentar o cálculo devidamente atualizado mais a multa de 10% e requerer a penhora e avaliação.

(C) requerer a instauração da liquidação para apurar o valor do débito devidamente atualizado, para só depois praticar atos de natureza executiva.

(D) requerer a citação do devedor para pagar em 15 dias, sob pena de incidir multa de 10% sobre o total do débito.

6. A autora teve o seu pedido de justiça gratuita indeferido pelo juiz a quo. Inconformada, interpõe agravo na forma de instrumento, tendo o Exmo. Relator determinado a sua conversão em retido. Nesse caso, cabe à parte:

(A) pedir reconsideração.

(B) interpor agravo interno.

(C) interpor recurso especial.

(D) interpor recurso extraordinário.

7. Airton, portador de determinada moléstia, precisa urgentemente sofrer uma intervenção cirúrgica, sendo que o seguro saúde está se negando a cobrir as despesas. Como advogado da parte, qual atitude tomaria?

(A) Ajuizaria um processo de execução, já que o contrato celebrado entre as partes é um título executivo extrajudicial.

(B) Impetraria um mandado de segurança, já que o seguro saúde está violando o direito expresso no contrato.

(C) Pediria uma tutela de urgência, seja como tutela antecipada ou medida cautelar.

(D) Ajuizaria uma declaratória incidental.

8. Sobre a competência, é correto afirmar que:

(A) a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício pelo juiz.

(B) quando tratar de regra territorial, nunca deve ser declarada de ofício pelo juiz.

(C) a incompetência relativa é argüida através de exceção de incompetência, e a absoluta, em preliminar de contestação.

(D) as partes podem dispor a respeito de regra de competência relativa, e o juiz deve declarar a incompetência se se tratar de contrato de adesão.

9. Assinale a alternativa correta.

(A) Na ação revisional de aluguel, que terá o rito ordinário, o aluguel fixado na sentença retroage à data da citação, e as diferenças devidas durante a ação de revisão, descontados os alugueres provisórios satisfeitos, serão pagas corrigidas, exigíveis, também, a partir da citação.

(B) É defeso ao Juiz, na ação de revisão de aluguel, homologar acordo de desocupação.

(C) Cabe a ação revisional de aluguel na pendência de prazo para a desocupação do imóvel, ou quando tenha sido este estipulado amigável ou judicialmente.

(D) Na ação revisional de aluguel, se pedido pelo locador, a sentença poderá estabelecer periodicidade de reajustamento do aluguel diversa daquela prevista no contrato que está sendo revisado, bem como poderá adotar outro indexador para o reajustamento do aluguel.

10. Arrematado um determinado bem, pode ainda acontecer:

(A) remição do bem.

(B) adjudicação.

(C) embargos à execução.

(D) pagamento.

**GABARITO**

1 – C, 2 – C, 3 – C, 4 – B, 5 – B, 6 – A, 7 – C, 8 – D, 9 – D, 10 – A

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL - EXAME 129º SP OAB**

1. Com a ação cautelar de exibição de documentos, é correto afirmar que

(A) a medida foi revogada pelo atual sistema processual em razão da inserção no parágrafo 7.º do art. 273 do CPC.

(B) não se admite a busca e apreensão da coisa, mas só de pessoas.

(C) não há busca e apreensão incidente na pendência de processo principal, pois a medida é mero incidente e medida de instrução.

(D) uma vez deferida a exibição em caráter cautelar, o requerente deve propor a ação no prazo de 30 dias a contar da satisfação da ordem.

2. Com relação à ação de execução, é incorreto afirmar:

(A) a competência para apreciar e julgar os embargos à execução é determinada na forma estabelecida pela regra geral de competência, portanto, no foro do domicílio do executado (art. 94, CPC).

(B) os embargos têm natureza jurídica de ação, portanto, a petição deve obedecer aos requisitos dos art. 282 e 283 do CPC.

(C) se fundados os embargos em execução de título extrajudicial, o devedor poderá alegar toda e qualquer matéria relativa ao processo de execução ou de conhecimento.

(D) os embargos de retenção de benfeitorias são uma subespécie dos embargos do devedor e estão limitados à execução por título extrajudicial.

3. Em razão da Emenda Constitucional n.º 45/2004, se um ex-empregado pretender ingressar com ação de revisão de benefício previdenciário e ação de indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho, deverá propor sua pretensão na seguinte conformidade:

(A) ambas poderão ser formuladas na Justiça do Trabalho, trazendo como litisconsorte necessário o ex-empregador e o INSS, pois a competência é absoluta desse juízo.

(B) deverá ingressar com duas ações distintas, pois a regra é de competência absoluta, sendo que a Justiça do Trabalho tem competência para a ação de revisão de benefício, mas não a tem para a acidentária.

(C) deverá ingressar com duas ações distintas, pois a regra é de competência absoluta, sendo que a Justiça do Trabalho tem competência para a ação de acidentária, mas não a tem para a de revisão de benefício que deve ser intentada contra o empregador.

(D) deverá ingressar com duas ações distintas, pois a regra é de competência absoluta, sendo que a Justiça do Trabalho tem competência para a ação de acidentária, mas não a tem para a de revisão de benefício, que deve ser intentada contra o INSS, podendo o empregador ingressar nessa relação como assistente simples.

4. Tem legitimidade para requerer a ação de restauração de autos:

(A) qualquer das partes do processo originário, seja autor ou réu.

(B) qualquer das partes do processo originário, seja autor ou réu, bem como o Juiz titular da Vara em que os autos foram extraviados.

(C) qualquer das partes do processo originário, seja autor ou réu, bem como o Juiz titular da Vara em que os autos foram extraviados, desde que fique caracterizada desídia na administração da Vara.

(D) qualquer das partes do processo originário, seja autor ou réu, ou por ato de ofício da Corregedoria ou do Conselho Nacional da Justiça.

5. Assinale a alternativa correta quanto à jurisdição voluntária.

(A) Terá competência para apreciar e julgar a ação de emancipação o Juiz da Vara ou Tribunal da comarca onde residir o menor interessado.

(B) Não importa que a causa seja submetida a jurisdição contenciosa ou voluntária, as regras gerais sobre competência devem ser respeitadas.

(C) As causas submetidas a jurisdição voluntária não dependem, para serem julgadas validamente, de nenhuma regra sobre competência, pois são feitos em que não há de se falar em jurisdição propriamente dita.

(D) A competência para conhecer e julgar a ação de subrogação não será, necessariamente, do juiz que determinou o gravame do bem, podendo ser inclusive do Tribuna de Justiça do Estado.

6. Quanto ao processo de interdição, é correto afirmar:

(A) somente os pais, tutores e curadores têm legitimidade para requerer a interdição cuja ação deverá ser proposta no foro do domicílio deles, requerentes.

(B) os parentes mais próximos, ou seja, aqueles que estiverem incluídos no rol sucessório, também têm legitimidade para requerer a interdição cuja ação deverá ser proposta no foro do domicílio do interditando.

(C) tanto o cônjuge como o companheiro têm legitimidade para requerer a interdição, e a ação deverá ser proposta no foro do domicílio do casal.

(D) o cônjuge tem legitimidade ad causam, mas não tem ad processum para requerer a interdição do respectivo parceiro e a ação deve correr no foro do domicílio do interditando.

7. Acerca do processo monitório, é correto afirmar:

(A) acolhida a inicial, o juiz ordenará a citação do réu para pagar ou entregar a coisa no prazo de 15 dias.

(B) acolhida a inicial, o juiz ordenará a intimação do réu para pagar ou entregar a coisa no prazo de 15 dias.

(C) desnecessária a intimação ou citação do réu para pagar ou entregar a coisa no prazo de 15 dias, pois basta a expedição do mandado monitório.

(D) o mandado monitório é idêntico ao relativo à ação executiva, de modo que o prazo para cumprimento da obrigação deve ser de 24 horas.

8. Analise as proposições quanto à medida cautelar de produção antecipada de provas:

I. é procedimento cautelar que consiste em assegurar certa prova, antes do momento adequado de sua produção, que corre o risco de não se concretizar ante a possibilidade de seu perecimento;

II. o objeto da ação pode ser quaisquer fatos ou circunstâncias que tenham importância para a solução da lide;

III. por ser medida cautelar, exige uma situação de emergência para que seja deferida, sem o que não será deferida;

IV. legitimado para promover a ação pode ser o autor, o réu ou terceiro que tenha interesse jurídico, motivo pelo qual prescinde do requisito do *fumus boni iuris*, ganhando maior destaque o receio de lesão.

É correto afirmar que:

(A) somente as afirmativas I e IV estão corretas.

(B) somente as afirmativas I, II e IV estão corretas.

(C) estão incorretas as afirmativas II e III.

(D) todas as afirmativas estão corretas.

9. Quanto aos embargos de terceiro, é correto afirmar que:

(A) se a decisão que ordenou a penhora for proferida por juiz absolutamente incompetente, o terceiro prejudicado não tem necessidade de embargar, pois não produzirá

qualquer efeito aquela decisão com relação ao seu direito. Dessa forma, no cumprimento do mandado, o oficial poderá deixar de cumprir a ordem do juiz, mediante a simples alegação do terceiro de que a decisão é nula e de nenhum efeito.

(B) o compromisso de compra e venda desprovido de registro é negócio nulo e, por isso, não poderá ser fundamento de embargos de terceiro.

(C) somente por embargos de terceiro se anula ato jurídico por fraude contra credores.

(D) é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.

10. Considere as afirmações a seguir, concernentes à ação de consignação em pagamento.

I. Se o devedor tiver dúvidas sobre quem deve receber o crédito, deverá propor a ação contra, necessariamente, todos os credores que disputam o crédito.

II. Se o juiz concluir pela insuficiência do depósito, deverá determinar na sentença, sempre que possível, o montante devido, condenando o consignante ao respectivo pagamento ou depósito da coisa, valendo tal decisão como título executivo judicial que favorece o réu consignado. Isso se dá em razão da natureza dúplice da ação.

III. Não cabe consignatória de prestação de coisa indeterminada. Se o devedor pretende ver a situação resolvida, deve valer-se da ação para tutela específica (art. 461, CPC), única forma de provocar o credor para que venha escolher a coisa.

IV. Admite-se a consignatória nas obrigações de trato sucessivo, podendo o devedor consignar o pagamento das prestações vencidas e das prestações vincendas. Quanto a estas, o devedor poderá depositar as prestações que forem vencendo no mesmo processo, desde que os depósitos sejam realizados no prazo de 5 dias contados da data dos respectivos vencimentos.

Pode-se dizer que

- (A) todas as afirmações estão corretas.
- (B) somente as afirmações I, II e III estão corretas.
- (C) somente as afirmações I, II e IV estão corretas.
- (D) todas as afirmações estão erradas.

#### **GABARITO**

1 – C, 2 – A, 3 – D, 4 – A, 5 – B, 6 – B, 7 – A, 8 – D, 9 – D, 10 – C

1. Com relação à ação de prestação de contas, anulação de títulos ao portador e consignação em pagamento, é correto afirmar:

(A) são tipos especiais relativos ao processo de conhecimento com aplicação de regras específicas relativos ao processo de execução.

(B) o CPC trata de todas as situações fáticas que autorizam a parte a consignar o pagamento, trazendo um rol taxativo.

(C) a ação de anulação de títulos tem como requisitos a perda do título ou seu injusto desapossamento.

(D) aquele que tem o dever de prestar contas não tem interesse legítimo para a propositura da ação de prestação de contas, pois seu direito é natural e independe da atitude da parte contrária.

2. É correto afirmar em nosso sistema jurídico, em relação às ações possessórias:

(A) dependem sempre do pedido de concessão de tutela específica prevista no CPC para garantir a efetividade da posse.

(B) é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.

(C) a legitimidade ativa do possuidor independe de estar ou não na posse da coisa ou no seu direito de poder pedir sua restituição.

(D) a competência para conhecer e julgar ações possessórias é sempre relativa, ainda que haja conexão da ação com pedido de rescisão contratual.

3. Os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, previstos no Código de Processo Civil, têm como característica:

(A) submetem-se aos princípios da demanda e da inércia, o que garante a ordem jurídica justa e permite que o judiciário somente se manifeste quando provocado, não obstante o legislador preveja alguns tipos que possam ser instaurados ex officio.

(B) permitem que os sujeitos da relação processual estejam excluídos das normas relativas aos deveres e direitos das partes previstos na parte geral, pois trata-se de mero procedimento administrativo.

(C) a presença do Ministério Público será sempre dispensável, pois o procedimento interessa tão somente às partes, que mantêm absoluto controle sobre os atos que realizam.

(D) dispensa a cobrança de custas e despesas, pois o Estado tem obrigação de garantir às partes a isenção de custas quando ele próprio estabelece normas exigindo a submissão ao procedimento.

4. No processo cautelar:

(A) o réu está obrigado a se defender ante a natureza de urgência da medida e a possibilidade de sempre se atingir a esfera patrimonial e pessoal do requerido.

(B) não cabe ação cautelar contra o Poder Público.

(C) o requerido terá o prazo de cinco dias para se defender, salvo se a medida pleiteada for de arresto e seqüestro, caso em que o prazo é contado em dobro.

(D) a citação induz os efeitos previstos no CPC e interromperá o prazo prescricional da pretensão a ser futuramente deduzida, desde que requerida como medida preparatória, devendo obrigatoriamente preceder à propositura da ação principal.

5. Assinale a alternativa correta.

(A) O juiz que for parte em processo já definitivamente julgado está impedido de julgar causa substancialmente idêntica àquela de que participou.

(B) Ultrapassado o prazo da contestação, não fica preclusa a faculdade de opor exceção de impedimento porque esta se funda em razões de ordem pública.

(C) A suspeição argüida contra todos os membros do Tribunal Regional Federal desloca o conhecimento da exceção para a competência do STF.

(D) O oferecimento de exceção de incompetência absoluta suspende o processo, mesmo que apresentada em peça autônoma.

6. São sujeitos passivos na ação de execução:

(A) o devedor, reconhecido como tal no título executivo; o novo devedor; o espólio; o responsável tributário e o fiador.

(B) o devedor, seus herdeiros e sucessores a título universal ou singular.

(C) o devedor; o sócio ou acionista, independentemente de se desconsiderar a pessoa jurídica ou atribuir-lhe responsabilidade direta.

(D) tão somente o devedor reconhecido no título como tal; outras pessoas somente responderão pela execução se participarem do processo executivo.

7. Acerca dos embargos de terceiro, é correto afirmar:

(A) contra a sentença proferida em embargos não cabe recurso de terceiro interessado.

(B) não se admite embargos de terceiro, em qualquer situação, para defesa da posse. Havendo ameaça ou violação a posse, o interessado deverá se valer da ação possessória ou da intervenção de oposição.

(C) é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.

(D) não tem legitimidade para a causa o possuidor, mas tão somente o proprietário.

8. Analise os itens sobre o pedido:

I. Considerando que a relação processual somente se completa com a citação válida do réu, nada impede que o autor adite ou altere o pedido até que ela ocorra.

II. Tratando-se de obrigações periódicas, a lei processual considera incluídas no pedido as prestações vincendas, mesmo que não haja pedido expresso na petição inicial.

III. Admite-se a cumulação de pedidos, desde que sejam compatíveis entre si; tenha o juiz competência para apreciar todos eles e seja adequado a todos eles o mesmo tipo de procedimento.

IV. Mesmo que o autor não tenha formulado pedido de pena pecuniária para o caso de descumprimento da ordem judicial da prática de algum ato, tolerância de uma atividade ou prestação de ato ou entrega de coisa, o juiz poderá determinar a respectiva pena na sentença ou decisão de tutela antecipada que proferir.

Estão corretos os itens

(A) I e II, apenas.

(B) II e III, apenas.

(C) III e IV, apenas.

(D) I, II, III e IV.

9. Assinale a alternativa correta.

(A) Havendo interesse de menores relativamente incapazes, a falta de intervenção do Ministério Público só anulará o processo se não tiverem sido regularmente assistidos por seus representantes legais.

(B) A falta de intervenção do Ministério Público não acarreta a nulidade do processo, se os menores envolvidos na causa resultaram vitoriosos.

(C) Não se decreta a nulidade do processo por falta de intervenção do Ministério Público quando as partes não informaram ao Juízo a existência de menores interessados na causa.

(D) Se o Ministério Público não recorre contra a sentença desfavorável aos interesses dos menores a quem devia defender, o processo fica eivado de nulidade passível de correção por ação rescisória.

10. O momento processual adequado para ser examinada, pelo julgador, questão envolvendo ilegitimidade das partes será:

- I. quando do despacho da petição inicial;
- II. no despacho saneador;
- III. no despacho saneador ou na sentença;
- IV. quando do julgamento do recurso.

Quanto às afirmativas acima,

- (A) apenas a I é correta.
- (B) apenas a IV é correta.
- (C) I, II, III e IV são corretas.
- (D) apenas II, III e IV são corretas.

**GABARITO**

1 – C, 2 – B, 3 – A, 4 – D, 5 – B, 6 – A, 7 – C, 8 – D, 9 – B, 10 – C

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL – OAB SANTA CATARINA 2006**

1. De acordo com o Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

(A) O agravante terá que, no prazo de três dias, juntar aos autos do processo cópia de petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, bem como relação de documentos que instruíram o recurso. Se porventura, o agravante não juntar cópia do agravo de instrumento ao processo, desde que argüido pelo agravado, importar a inadmissibilidade do agravo.

(B) A interposição dos embargos de declaração suspende o prazo para interposição de outros recursos cabíveis contra a mesma decisão.

(C) O recurso adesivo será conhecido mesmo havendo desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.

(D) A decisão do Tribunal que converter o agravo de instrumento em agravo retido será passível de agravo interno.

2. De acordo com o Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

(A) O devedor poderá opor-se à execução de título executivo extrajudicial por meio de embargos. O juiz rejeitará os embargos do devedor quando apresentado fora do prazo legal, qual seja, quinze dias.

(B) Pode-se afirmar que, em ação de alimentos, a revelia não produzirá seus efeitos.

(C) Caso o autor desista da ação principal, automaticamente a reconvenção restará extinta.

(D) No procedimento ordinário o autor poderá arrolar as testemunhas até dez dias antes da audiência, já no procedimento sumário o rol das testemunhas deverá ser juntado aos autos pelo autor até cinco dias antes da audiência.

3. De acordo com o Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

- (A) É inadmissível o chamamento ao processo do devedor, na ação em que o fiador for réu.
- (B) A denunciação da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.
- (C) A oposição pode ser oferecida contra ambas as partes – autor e réu – ou contra só uma delas e não constitui modalidade de intervenção provocada.
- (D) A nomeação à autoria compete tanto ao réu como ao autor suscitar.

4. De acordo com o Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

- (A) O procedimento cautelar pode ser instaurado somente antes do curso do processo principal e deste é sempre dependente.
- (B) A tutela antecipada não poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso.
- (C) O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir.
- (D) O procedimento cautelar de seqüestro tem lugar quando o devedor, que tem domicílio, se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente.

5. Em Processo Civil, assinale a alternativa correta:

- (A) Atualmente o entendimento do STJ é que o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação, bem como as vincendas.
- (B) Pode ser sujeito passivo em uma ação de execução o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor.
- (C) Na ação monitória há necessidade de instruí-la com título executivo judicial ou extrajudicial.

(D) O apelado poderá promover a execução provisória quando o juiz recebe o recurso de apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo.

6. De acordo com o Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

(A) Ao nomear o perito, o juiz fixa imediatamente o prazo para a entrega dos pareceres dos assistentes técnicos.

(B) A prova pericial consiste em exame, vistoria ou inspeção.

(C) Pedidos declaratórios não podem ser cumulados com pedidos condenatórios.

(D) Nas ações que versem sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a obrigação poderá se converter em perdas e danos se o autor assim requerer.

7. De acordo com o Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

(A) A exibição de documentos, por medida cautelar, pode ser preparatória ou incidental ao processo principal.

(B) O inimigo capital da parte e a pessoa condenada por falso testemunho são suspeitos para testemunhar.

(C) O juiz não pode ouvir testemunhas impedidas ou suspeitas.

(D) A parte que alegar direito municipal não necessita provar o seu teor e a sua vigência, ainda que o juiz o determine.

8. De acordo com o Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

(A) A confissão judicial não pode ser provocada.

(B) Vale como confissão a admissão referente a fatos indisponíveis.

(C) A confissão não pode ser revogada.

(D) A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

9. De acordo com o Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

- (A) Não dependem de prova os fatos notórios.
- (B) Dependem de prova os fatos admitidos como incontroversos.
- (C) O juiz não pode determinar o comparecimento pessoal das partes em qualquer momento do processo a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.
- (D) Julgar-se-ão em sentenças distintas a ação e a reconvenção.

10. De acordo com o Código de Processo Civil, assinale a alternativa correta:

- (A) O preparo será feito tão logo seja a parte intimada do seu valor.
- (B) A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.
- (C) A parte deverá efetuar o pagamento do preparo após o despacho de admissibilidade do recurso.
- (D) O momento adequado para o preparo é o de recebimento das contra-razões.

#### **GABARITO**

1 – ANULADA, 2 – B, 3 – B, 4 – C, 5 – B, 6 – D, 7 – B, 8 – D, 9 – A, 10 – B

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL – OAB DISTRITO FEDERAL 2006**

**1. Assinale a alternativa CORRETA:**

(A) sobre a jurisdição voluntária é possível afirmar que as teorias revisionistas não a consideram verdadeira jurisdição e sim administração pública de interesses privados;

(B) a jurisdição constitucional relativa ao controle de constitucionalidade *in abstracto* é exercida por meio de processo objetivo e não por meio de processo subjetivo, como o regulado no Código de Processo Civil;

(C) o Código de Processo Civil obedece, sem exceção, ao princípio da inércia da jurisdição consagrado na máxima latina *ne procedat iudex ex officio*;

(D) a lei ordinária pode, excepcionalmente, atribuir poderes jurisdicionais a um órgão que não integre o Poder Judiciário.

**2. Assinale a alternativa CORRETA:**

Sobre os princípios e regras constitucionais que regulam o processo civil **não** é possível afirmar:

(A) a Constituição estabelece o direito fundamental a um processo com prazo razoável de duração;

(B) o princípio da segurança jurídica, previsto na Constituição, implica o respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido;

(C) a Constituição não consagra, expressamente, o princípio do duplo grau de jurisdição;

(D) o princípio da publicidade dos atos processuais é inerente ao devido processo legal.

**3. Assinale a alternativa CORRETA:**

Sobre a ação e suas condições **não** é possível afirmar:

(A) a decisão do juiz que determina a citação não gera preclusão, razão por que o magistrado pode, a qualquer tempo, antes de proferida a sentença, reexaminar questão sobre as condições da ação;

(B) o exame das condições da ação, no Direito Positivo brasileiro, pressupõe, necessariamente, a adoção da teoria do trinômio;

(C) as pessoas jurídicas não possuem legitimidade para propor ação popular;

(D) dentre as teorias dualistas da ação pode ser encontrada a teoria imanentista.

**4. Sobre partes e procuradores, assinale a alternativa CORRETA:**

(A) o réu preso e o revel que tenham sido citados por meio real, têm direito a curador especial, que deverá ser nomeado pelo juiz da causa;

(B) nas ações que versem sobre direitos reais imobiliários, há necessidade de formação de litisconsórcio ativo entre os cônjuges;

(C) um órgão integrante da administração pública não possui capacidade jurídica, mas pode possuir personalidade judiciária;

(D) as partes e seus procuradores estão sujeitos a multa pecuniária se não cumprirem com exatidão os provimentos mandamentais ou criarem embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final.

**5. Assinale a alternativa CORRETA:**

Sobre as questões pecuniárias relativas ao processo **não** é possível afirmar:

(A) cabe ao autor adiantar as despesas relativas a atos processuais que tenham sido requeridos pelo Ministério Público;

(B) custas são o preço decorrente da prestação da atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-juiz através de suas serventias e cartórios. Emolumentos são o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartórios ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos;

(C) a parte vencida deve reembolsar a remuneração do assistente técnico da parte vencedora;

(D) quando a Fazenda Pública é parte autora, não lhe cabe adiantar os honorários do perito.

6. Assinale a alternativa CORRETA:

Sobre a composição subjetiva do processo **não** é possível afirmar:

(A) a formação do litisconsórcio facultativo baseado em afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito pressupõe que o juiz seja absolutamente competente para todas as demandas, não cabendo falar em *vis attractiva*;

(B) o terceiro que pretende ingressar como assistente deve demonstrar a existência de um interesse jurídico, exceto as pessoas jurídicas de direito público federais para as quais basta a demonstração de um interesse econômico;

(C) segundo a doutrina do Direito Processual Civil, a oposição oferecida antes da audiência de instrução e julgamento não constitui intervenção de terceiro propriamente dita, haja vista que faz surgir um novo processo, de natureza incidental em relação ao anterior;

(D) a nomeação à autoria, diferentemente das demais formas de intervenção de terceiros, não busca obter a extromissão da parte.

7. Sobre os atos processuais, assinale a alternativa CORRETA:

(A) para a prática dos atos processuais externos o sábado é dia útil;

(B) sentença é o ato por meio do qual o juiz põe termo ao processo, com ou sem julgamento de mérito;

(C) a sentença somente publicada em mãos do escrivão e registrada, pode ainda ser revogada pelo juiz e substituída por outra, desde que ainda não tenha sido enviada para publicação na imprensa oficial;

(D) desde que haja requerimento da parte, por força do princípio da adstrição ao pedido, a sentença condenatória produzirá hipoteca judiciária.

8. Assinale a alternativa CORRETA:

Sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório **não** é possível afirmar:

- (A) a Fazenda Pública, mesmo que tenha sido revel pode alegar prescrição para que a matéria seja apreciada pelo Tribunal;
- (B) o reexame necessário envolve questão de alçada;
- (C) o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* não é aplicável às hipóteses de reexame necessário;
- (D) o princípio da proibição da *reformatio in peius* não é aplicável às hipóteses de reexame necessário quando se tratar de majoração de verba honorária.

**9.** Assinale a alternativa CORRETA:

Sobre o cumprimento da sentença, **não** é possível afirmar:

- (A) o cumprimento da sentença condenatória de pagar quantia certa é, agora, uma nova fase do processo de conhecimento. Isso provoca uma diversidade de tutelas dentro de um mesmo processo, o que autoriza a doutrina mais recente a afirmar que o processo de conhecimento é, hoje, um processo sincrético;
- (B) após a entrada em vigor da Lei nº 11.232, toda sentença condenatória de obrigação de pagar, ressalvada a execução contra a Fazenda Pública, deixou de ser processada autonomamente, ao abrigo do Livro II do CPC, como antes ocorria;
- (C) a atual forma de cumprimento da sentença não mais admite a propositura da ação incidental de embargos. O executado pode, entretanto, lançar mão da impugnação ou da exceção/objeção de pré-executividade;
- (D) o Código de Processo Civil não mais utiliza a expressão sentença condenatória para caracterizar o título executivo judicial. Cuida, ao revés, de sentença que **reconheça** da existência de obrigação, o que sugere que sentenças declaratórias têm eficácia executiva.

**10.** Assinale a alternativa CORRETA:

Sobre os recursos, **não** é possível afirmar:

- (A) as ações de impugnação distinguem-se dos recursos, dentre outros motivos, porque estes não inauguram uma nova relação processual;
- (B) o recorrente não necessita da anuência do recorrido para desistir do recurso;
- (C) atualmente, o recurso de agravo há de ser aviado na forma retida, ressalvadas algumas hipóteses especificadas, *numerus clausus*, na norma de regência;
- (D) na Justiça Federal, o preparo pode ser efetuado após a interposição do recurso.

### **GABARITO**

1 B, 2 B, 3 D, 4 C, 5 D, 6 D, 7 A, 8 D, 9 B, 10 C

### **Bibliografia**

BARROSO, Carlos Eduardo de Mattos, *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, Volume I*. Editora Lumen Júris, 10ª edição, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21.ª ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios, *Processo de Execução e Cautelar*. 3.ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios, *Procedimentos Especiais*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 44.ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 41 ed. São Paulo: Forense, 2007. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2006.