

JURISDIÇÃO

VOLUNTÁRIA

- **DAS ALIENAÇÕES JUDICIAIS**
- **DA SEPARAÇÃO CONSENSUAL**
- **DOS TESTAMENTOS E CODICILOS**
- **DA HERANÇA JACENTE**
- **DOS BENS DOS AUSENTES**
- **DAS COISAS VAGAS**
- **DA CURATELA DOS INTERDITOS**
- **DAS DISPOSIÇÕES COMUNS À TUTELA E À CURATELA**
- **DA ORGANIZAÇÃO E DA FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES**
- **DA ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL**

Beethoven, p. - 36

Liç. 10 do TJRGS:

"O deferimento do
pedido de reparação
de corpos não tem
sua eficácia submetida
ao prazo do art. 806
do CPC!" — p. 139

{ Nós nos reparamos, p. 140
{ Que me afeto
{ Que te expulso

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER

**PROFESSOR DE TEORIA GERAL DO PROCESSO E DE DIREITO
PROCESSUAL CIVIL DA UFRGS – JUIZ DO TRIBUNAL DE ALÇADA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**



JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

- DAS ALIENAÇÕES JUDICIAIS
- DA SEPARAÇÃO CONSENSUAL
- DOS TESTAMENTOS E CODICILOS
- DA HERANÇA JACENTE
- DOS BENS DOS AUSENTES
- DAS COISAS VAGAS
- DA CURATELA DOS INTERDITOS
- DAS DISPOSIÇÕES COMUNS À TUTELA E À CURATELA
- DA ORGANIZAÇÃO E DA FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES
- DA ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL

AIDE EDITORA

1ª edição — 1992

T335j

Tesheiner, José M. Rosa

Jurisdição voluntária / José Maria
Rosa Tesheiner. — Rio de Janeiro :
Aide Ed., 1992.
170 p.

1. Direito processual civil. I. Título.

CDD-341.46

ISBN: 85-321-0072-4

PUBLICAÇÃO Nº 147

Direitos desta edição reservados à

AIDE EDITORA E COMÉRCIO DE LIVROS LTDA.

Rua Siqueira Campos, 143 - 2º andar - Lojas 22 e 23

Tels.: 235-2440 — 236-5986 — 256-2975 — Fax.: (021)237-4583

Copacabana — 22033 — Rio — RJ

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

ÍNDICE

1ª PARTE

JURISDIÇÃO

1. O conceito de jurisdição	11
2. A jurisdição como atividade de substituição . . .	13
3. A coisa julgada como característica da jurisdição	16
4. Jurisdição e lide	19
5. Jurisdição e imparcialidade	22
6. Jurisdição e juízo final	26
7. Conclusão	29

2ª PARTE

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

1. Introdução	36
-------------------------	----

2. Jurisdição voluntária	40
Conceito e classificação	40
3. Tutela de pessoas incertas	55
3.1. Nascituro	55
3.2. Testamentos	62
3.3. Herança jacente	73
3.4. Coisas vagas	74
4. Tutela de incapazes	76
4.1. Pátrio poder	76
4.2. Busca e apreensão de incapaz	81
4.3. Família substituta	85
4.4. Considerações sobre a ação por ato infracional	90
4.5. Curatela	94
4.6. Ausência	100
4.7. Alienação, arrendamento e oneração de imóveis de incapazes	105
4.8. Emancipação	106
4.9. Casamento de menores	107
5. Tutela em atos da vida privada	109
5.1. Registros públicos	109
5.1.1. Cancelamento de protesto de cambiais	111
5.2. Fundações	115
5.3. Casamento	116
5.4. Alienação de imóveis do cônjuge e de bens dotais	119
5.5. Extinção de usufruto e de fideicomisso	124

5.6. Protestos, notificações e interpelações . . .	126
5.7. Separação e divórcio consensuais	131
5.8. Separação de corpos	139
5.9. Considerações sobre a alienação de coisa comum	145
5.10. Alienação de quinhão em coisa comum . .	148
5.11. Especialização de hipoteca legal	150
5.12. Considerações sobre a alienação de bens depositados judicialmente	152
6. Tutela da prova de fatos jurídicos. Medidas probatórias	154
6.1. Justificação	155
6.2. Considerações sobre a produção antecipada de provas	156
6.3. Considerações sobre a exibição de documento ou coisa	158
7. Benefício da assistência judiciária	162
Bibliografia	167

1ª PARTE

JURISDIÇÃO

JURISDIÇÃO

Sumário:— 1. O conceito de jurisdição — 2. A jurisdição como atividade de substituição — 3. A coisa julgada como característica da jurisdição — 4. Jurisdição e lide — 5. Jurisdição e imparcialidade — 6. Jurisdição e juízo final — 7. Conclusão.

1. O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Tem-se procurado definir a atividade jurisdicional contrapondo-a, de um lado, à atividade legislativa do Poder Legislativo e, de outro, à atividade administrativa, própria do Poder Executivo. Nessa linha de pensamento, todo ato estatal de exercício de poder se classificará como legislativo, administrativo ou jurisdicional. Não há quarta espécie.

Várias têm sido as tentativas de conceituar a jurisdição. Nenhuma é imune à crítica:

a) Caracterizada a jurisdição como atividade de aplicação de sanções, ficam fora as sentenças declaratórias.

b) Dito que importa em atividade de julgamento, sobra a execução.

c) Apontada a coisa julgada como nota diferenciadora, restam excluídas a execução e a cautela.

d) Exigida a presença de um juiz, órgão do Estado, fica sem explicação o juízo arbitral. (Observe-se, porém, que não tem sentido incluir-se o juízo arbitral, atividade privada, numa divisão das funções do Estado).

e) Exigindo-se que o juiz seja órgão do Poder Judiciário, desconsidera-se o processo de *impeachment*.

f) Ao se afirmar que o juiz regula relação entre o autor e o réu, ignora-se a substituição processual, em que não há coincidência entre as partes em sentido material e as partes em sentido formal.

g) Ao se exigir um autor, deixa-se de lado o processo inquisitório.

h) A característica de uma lide falta ou pode faltar nas ações constitutivas necessárias.

i) A caracterização do juiz como terceiro imparcial tem seu ponto fraco no processo penal, especialmente quando o único ofendido é o Estado, de que ele é órgão.

j) A assertiva de que o juiz aplica lei anterior tropeça na jurisdição de equidade e em todos os casos em que o juiz supre lacuna da lei.

k) Por fim, a jurisdição como norma concreta cai em face da competência normativa da Justiça do Trabalho e da ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

Não se dê importância demasiada à imperfeição de qualquer conceito de jurisdição. A busca obsessiva da “essência” da jurisdição se vincula ao conceptualismo que, no campo do Direito, conduz a indesejável distanciamento da realidade.

Na verdade, o conceito de jurisdição varia, conforme se queira ou não incluir a atividade judicial executiva e a cautelar; conforme se pretenda ou não abranger, além da jurisdição civil, a penal; conforme se queira ou não abarcar a jurisdição voluntária; conforme se intente ou não incluir a competência normativa dos tribunais.

A seguir, as principais idéias com que os juristas têm procurado caracterizar a jurisdição, a saber: a de substituição, a de coisa julgada, a de lide e a de imparcialidade.

2. A JURISDIÇÃO COMO ATIVIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Jurisdição, disse CHIOVENDA, é a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

a) Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade *intelectiva* do juiz à atividade intelectual, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei *concernente às partes*.

b) E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se se trata de uma vontade só exeqüível pelos órgãos públicos, tal execução *em si* não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade de lei exeqüível pela parte em causa, a jurisdição consiste na *substituição*, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida (grifei), seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida *em lugar de outrem* (não, entendamos, *em representação* de outros).

Não existe jurisdição somente quando, no curso da execução, surgem contestações que é preciso resolver (seja sobre a existência da ação executória, ou sobre certas medidas executórias); antes, importa em jurisdição a própria aplicação das medidas executórias, porque se coordena com a atuação da lei.(...). Na doutrina italiana(...) dominava a opinião de que a execução constituía mero exercício de império, atividade administrativa, e de que a jurisdição se adscrevia à cognição e se exauria com a sentença. Suposto o conceito, então corrente, de escopo processual (definição de controvérsia), isso era compreensível. Mas plausível não era a tentativa de justificar semelhante conceito com a idéia romana do *jus dicere* ligada ao especial ordenamento judiciário dos romanos. Só no direito comum foi que se desenvolveu o princípio *jurisdictio in sola notione consistit*, acolhido, depois, pela doutrina italiana e francesa. Ora, não devemos contrapor *império* e *jurisdição*, como qualitativamente diversos: a jurisdição não é, ao contrário, mais que um complexo de atos de império

reagrupados por determinado escopo que o caracteriza, e emanados em virtude dos correspondentes poderes postos a serviço desse escopo e da função jurisdicional.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965, v. 2, pp. 4-11.)

Crítica. Ao se caracterizar a jurisdição como atividade de substituição, é preciso que se aponte, com clareza, quem é o substituído. Dizer que o juiz substitui “todos os cidadãos” não tem sentido ou tem apenas o de indicar que ele exerce atividade estatal. No processo de conhecimento, não se pode dizer que o juiz substitui o autor, máxime quando profere sentença de improcedência; nem se pode dizer que substitui o réu, máxime quando profere sentença de procedência; se afirmamos que substitui quem tem razão, fica por explicar por que motivo não bastou a anterior afirmação de seu direito, feita pelo vencedor. O que se pode, então, dizer é que a sentença substitui o acordo das partes: acordo que não houve ou que o Estado declara juridicamente irrelevante (sentença constitutiva necessária; sentença penal). Dizer-se, porém, que a sentença substitui o acordo das partes apenas significa que a jurisdição é um sucedâneo da defesa privada.

Na verdade, a jurisdição é atividade primária do Estado, especialmente em matéria penal. Por isso, a idéia chiovendiana, de caracterizar a jurisdição como atividade substituta, somente é admissível como afirmação de que ela importa em heterorregulação. O Estado, na execução, se interpõe entre as partes e substitui o credor (não o devedor, como afirmou Chiovenda), no exercício de seu poder sobre a parte adversa. Por essa via, a idéia de

substituição acaba por confluir com a de imparcialidade, como nota característica da jurisdição.

3. A COISA JULGADA COMO CARACTERÍSTICA DA JURISDIÇÃO

Em sentido restrito, circunscrito ao étimo do termo, jurisdição é julgamento, atividade declarativa, de produção de certeza jurídica.

Assim, segundo CALAMANDREI, dois são os caracteres essenciais da jurisdição: 1º) é uma atividade de substituição; 2º) é uma atividade declarativa. (Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil. 1917. In CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el processo civil*. Buenos Aires, 1961).

Da primeira característica apontada se falou no item anterior. Quanto à segunda, nada há que objetar, se nos limitamos ao núcleo da jurisdição, mas é inaceitável a assertiva da natureza dúplice das sentenças constitutivas, em que haveria jurisdição no declarar e administração na criação, modificação ou extinção da relação jurídica. Apontar o núcleo da jurisdição não importa em reduzi-la ao núcleo.

Segundo, de certo modo, nas pegadas de CALAMANDREI, que já apontava a coisa julgada como “pedra de toque” da atividade jurisdicional, ALLORIO dá um passo a mais, ao caracterizar como jurisdicional apenas a sentença que produza certeza jurídica.

Seu ponto de partida é uma lição de Kelsen, no sentido de que as funções do Estado não se distinguem por

seus fins (o juízo quanto à finalidade é sociológico), mas apenas pelas *formas* e conseqüentes *efeitos*. O Direito é ciência dos efeitos jurídicos e não haveria interesse em estudar a função jurisdicional como atividade distinta, se não fossem diversos os seus efeitos. Ora, a sentença produz um efeito jurídico que lhe é peculiar e que não se encontra em qualquer outro ato: é o efeito declarativo, a coisa julgada material. Se é verdade que esta não ocorre nos atos administrativos, inclusive nos de “jurisdição” voluntária e se é verdade que ela se faz presente na jurisdição propriamente dita, por que não apontar tal circunstância como característica e elemento diferenciador? Entre a jurisdição voluntária e a contenciosa não há diferença de substância, mas apenas de forma, o que explica a fungibilidade de determinadas matérias, enquadradas pelo direito positivo ora numa ora noutra categoria. A sentença constitutiva proferida em sede contenciosa produz coisa julgada material. É portanto, incondicionalmente jurisdicional, sendo correto afirmar-se que a mudança jurídica dela decorrente *devia* se produzir, porque presentes os pressupostos legais. Quanto aos atos de instrução, é evidente que são atos processuais, mas não jurisdicionais. Quanto às medidas cautelares, é certo que não produzem coisa julgada material. Portanto, não são jurisdicionais, o que não significa que entrem no âmbito da jurisdição voluntária. A coisa julgada é que diferencia a jurisdição em sentido próprio, mas isso não significa que a *falta* de coisa julgada seja um fenômeno exclusivo da “jurisdição” voluntária, pois é óbvio que não produzem tal efeito os atos legislativos e os administrativos; nem por isso a legislação e a administração entram na “jurisdição” voluntária. Em suma, jurisdicio-

nal é todo ato e só o ato que produza coisa julgada material, entendida esta nos termos do Art. 2.909 do Código Civil italiano (“A declaração de certeza contida na sentença passada em julgado forma estado para todo efeito entre as partes, seus herdeiros e sucessores.”). (ALLORIO, Enrico. *Problemi di Diritto*. Milano, Giuffrè, 1957, v. 2.)

Crítica. Não há dúvida de que se pode isolar a categoria dos atos produtores de coisa julgada material e atribuir-lhes, com exclusividade, a denominação de jurisdicionais. Mas uma teoria processual nada ganha com essa redução conceitual, que exclui de seu âmbito não apenas os atos judiciais executivos e cautelares, mas, dentro mesmo do processo de conhecimento, os atos de instrução e as sentenças meramente processuais. Vincula-se, por outro lado, o conceito de jurisdição a um efeito que não é necessário, mas contingente, que pode existir num sistema processual e noutro não. Entre nós, por exemplo, a sentença penal condenatória não produz coisa julgada material, embora dela possa decorrer, mesmo quando nula, a fixação do *máximo* da pena imponível. A ação de revisão cabe sempre. Um *habeas-corpus* pode, a qualquer tempo, decretar a nulidade do processo e da sentença. Os efeitos desta podem ser apagados por ato do Legislativo (anistia) ou do Executivo (graça, indulto).

A coisa julgada pode, sim, funcionar como indicativo da natureza jurisdicional de um ato. Observe-se: o ato administrativo não produz coisa julgada (material); o ato jurisdicional *pode* produzi-la. Por isso, presente o efeito de coisa julgada, pode-se afirmar que o ato é jurisdicional, sem que, de sua ausência, se possa concluir que o ato seja administrativo ou legislativo.

De outro lado, num sistema em que se entrega ao Poder Judiciário a função de produzir a certeza jurídica, a possibilidade de ser um ato revisto pelo Poder Judiciário exclui a hipótese de que tenha natureza jurisdicional. É o que ocorre com a demissão de funcionário público, embora em decorrência de processo (administrativo) de apuração de falta grave. Pelo contrário, há de se ter como jurisdicional o julgamento, por órgão da Administração ou do Poder Legislativo, que produza coisa julgada material, não podendo, pois, ser revisto pelo Judiciário.

4. JURISDIÇÃO E LIDE

O conceito de lide, tal como construído por CARNELUTTI, tem fundamental importância para aqueles tantos que vêm na lide o objeto do processo, definindo a jurisdição como atividade voltada à sua composição.

Ao conceito de lide se chega passo a passo, a partir da idéia de “interesse”.

Interesse é a relação entre o homem e os bens. Sujeito do interesse é o homem: o bem, o seu objeto. O trágico está em que os interesses humanos são ilimitados, mas limitados os bens. (Interesse, “*situazione favorevole al soddisfacimento di un bisogno*” - CARNELUTTI, Francesco. *Lezione di diritto processuale civile*. Padova, Cedam, 1931. v. I, p. 5 - “*o meglio, possibilità del soddisfacimento di un bisogno mediante un bene*” - Id. *Principi del Processo penale*. Napoli, Morano, 1960, p. 44).

Conflito de interesses. Se duas ou mais pessoas têm interesse pelo mesmo bem, que a uma só possa satisfazer,

tem-se um conflito intersubjetivo de interesses ou, simplesmente, um conflito de interesses.

Pretensão. É o ato de se exigir a subordinação do interesse de outrem ao próprio. (*"Il concetto di pretesa, assai variamente inteso, era stato da me definito, dopo alcune incertezze, quale esigenza della soddisfazione di un proprio interesse in confronto con un interesse altrui"*). CARNELUTTI. *Sistema*, I/40; *Istituzioni*, I/78; *Teoria generale del diritto*, p. 20; *Diritto e processo*, p. 53; *Principi del processo penale*, cit. p. 93).

Lide: Conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida.

(*"La lite é il conflitto di interessi tra due persone qualificato dalla pretesa dell'una e dalla resistenza dell'altra."* Ibid.)

Crítica. A idéia de lide não explica a jurisdição, como demonstrou CALAMANDREI, argumentando com as sentenças constitutivas necessárias (*Litis y jurisdición*. In *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, 1961).

Efetivamente, tome-se o exemplo da ação anulatória de casamento. A anulação, requerida por um dos cônjuges, somente pode ser decretada por sentença judicial, nada importando que o outro concorde (submissão à pretensão) ou não (resistência à pretensão).

De igual forma, é irrelevante, no processo penal, a submissão do réu. Ainda que ele concorde com a pena pretendida pelo Ministério Público, é necessária a sentença, para que ela possa efetivamente ser aplicada.

Por outro lado, o desaparecimento da pretensão acarreta o da lide e deveria, por consequência lógica, determinar a extinção do processo. Contudo, e isso pode ocorrer em processo penal, pode o Ministério Público

pedir a absolvição do réu (renúncia à pretensão) e, contudo, condená-lo o juiz.

E não parece razoável afirmar-se que a atividade do juiz é administrativa ou jurisdicional, conforme o réu concorde ou não com a pretensão do autor, quando juridicamente irrelevante a opção do demandado.

Embora JOSÉ FREDERICO MARQUES veja uma lide, no processo penal, mesmo quando o Ministério Público pede a absolvição, caso em que permanece latente (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1959, p. 255), o próprio CARNELUTTI veio a afirmar que nele não há lide, o que o levou a enquadrar o processo penal na categoria da jurisdição voluntária (*Principi del processo penale*. Napoli, Morano, 1960, pp. 48-9).

Insistindo em ver na lide o objeto do processo, escreve ADA GRINOVER: "É certo que Calamandrei criticou o conceito de lide de Carnelutti, afirmando ter ele sentido sociológico e não jurídico; também Liebman realçou que o conflito de interesses existentes entre as partes fora do processo é a razão de ser, a causa remota, mas não o objeto do processo.

Mas para transferir a posição de Carnelutti do plano sociológico para o plano jurídico, basta identificar o mérito com aquela parcela de lide que é deduzida pelo autor, em juízo, através da pretensão, e à qual o réu resiste, através de suas exceções ou da mera insatisfação." (As condições da ação penal. São Paulo, Bushatsky, 1977, pp. 10-1).

Ora, com essa restrição, já não é a lide que se apresenta como objeto do processo, mas o pedido do autor, isto é, a parcela da lide deduzida em juízo. E se

a lide, como tal, não é o objeto do processo, não se pode definir jurisdição como atividade tendente à sua composição.

Contudo, embora negando que a lide seja objeto do processo, dela nos servimos, juntamente com a idéia de direito subjetivo, para caracterizar a jurisdição contenciosa em oposição à voluntária.

Como se verá no momento próprio, a jurisdição contenciosa visa à tutela de direitos subjetivos e supõe interesse de agir decorrente de uma suposta resistência do adversário.

Todavia, a lide que aí se apresenta é abstrata, apenas suposta pelo legislador, o que dá margem a que se veja nas ações constitutivas necessárias uma hipótese de presunção absoluta de lide, independente, por isso, da existência de efetiva resistência do réu.

5. JURISDIÇÃO E IMPARCIALIDADE

Trata-se, aqui, de caracterizar a jurisdição como regulação de uma relação interpessoal por um terceiro imparcial.

Pode-se apontar como fundamento da jurisdição, assim entendida, o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se lê: “Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.”

Indicam-se, aí, o “conteúdo” ou “matéria” jurisdicional: determinação dos direitos e deveres de uma pessoa em face de outra (jurisdição civil); exame de acusação formulada contra alguém, em matéria penal (jurisdição penal).

Observe-se que o Direito organiza a sociedade e regula o convívio mediante normas, gerais e abstratas umas, individuais e concretas outras. Não existindo senão para regular relações entre pessoas, à idéia de Direito como conjunto de normas se pode contrapor a de “relação interpessoal regulada pelo Direito”, dois lados de uma só moeda.

Tais relações são reguladas pelo Direito por três modos fundamentais: a) mediante a atribuição, a um dos sujeitos da relação (sujeito ativo), de um direito subjetivo a uma prestação do devedor, sujeito este passivo, que deve praticar o ato previsto na norma (relação jurídica de crédito e débito); b) mediante a atribuição, ao sujeito ativo, do poder de praticar o ato previsto na norma, cujos efeitos sofre o sujeito passivo (relação jurídica de poder e sujeição, caso dos direitos potestativos ou formativos); mediante uma norma de liberdade (inexistência de relação jurídica, isto é, inexistência de crédito ou poder de um em face do outro).

Distingue-se o ato legislativo do jurisdicional. A lei é norma geral e abstrata, ao passo que o ato jurisdicional tem a natureza de norma concreta.

Distingue-se a jurisdição da administração. O ato administrativo importa na edição de norma concreta, pelo próprio Estado, na sua relação com o súdito. O ato jurisdicional supõe a edição de norma concreta por um terceiro, estranho à relação regulada.

Quer se trate de jurisdição civil, quer de jurisdição penal, trata-se sempre de regular uma relação interpessoal, por algum de seus modos, isto é, por declaração ou atribuição de um crédito; por declaração ou atribuição de um poder; por negação da existência de crédito ou poder de um em face do outro; ou mediante execução.

No exercício da jurisdição penal, o juiz regula a relação entre o Estado e o acusado, sujeitando este ao poder punitivo daquele, no caso de condenação, ou emitindo uma regra de liberdade, no caso de absolvição.

Pode-se apontar, como elemento “formal” da jurisdição, a circunstância de emanar tal regulação de um órgão “independente e imparcial”, como parece decorrer do citado artigo da Declaração dos Direitos do Homem?

Não se trata, é evidente, da “virtude” da imparcialidade, que se exige, sim, do juiz, sem que se possa, porém, transformá-la em fundamento da jurisdição, sob pena de se criar uma teoria processual limitada aos juízes virtuosos; nem se trata de imparcialidade no sentido de que o juiz não deva ter um interesse direto e pessoal na causa, diverso do interesse geral e impessoal do Estado, o que também se exige do administrador público, não se constituindo em característica da jurisdição.

A imparcialidade deve ser entendida no sentido: a) de que existam partes, um autor e um réu; b) que o juiz não seja uma delas, pois ninguém é juiz em causa própria (*Nemo iudex in rem suam*); c) que o juiz seja “independente”, isto é, não subordinado nem ao autor nem ao réu, o que implicaria, em última análise, na transformação de uma das partes em juiz. Jurisdição implica, pois, em heterorregulação: regulação de relações estranhas ao julgador; não de relações de que seja parte.

Na jurisdição civil, abstraídos os casos em que o próprio Estado seja uma das partes, não há dificuldade em se ver no juiz um terceiro, independente e imparcial.

Todavia, na jurisdição penal (e essa é a crítica mais contundente à caracterização da jurisdição a partir da idéia de imparcialidade), não se pode olvidar que o juiz é órgão do Estado e, portanto, está o Estado a regular relação entre ele próprio e o acusado e não relação a que seja estranho. Ademais, no âmbito penal, não é rara a atribuição, ao juiz, da dupla função de acusar e de julgar (processo inquisitório), caso em que sequer há um autor.

A essa dupla objeção se pode responder dizendo que, realmente, não é senão através do artifício da distinção entre Estado-juiz e Estado-acusador, que se atribui ao julgador a condição de terceiro. Parcializa-se o Ministério Público, para que se possa ter um juiz imparcial. Trata-se, sim, de um artifício, mas que atinge o seu objetivo. A jurisdição penal é possível porque se pode separar a função de acusar da função de julgar. Há possibilidade lógica, porque o juiz, embora seja órgão do Estado, não se confunde com o Estado (a parte não se confunde com o todo em que se integra). Há possibilidade psicológica, porque nada impede que o juiz se posicione com independência em face de outro órgão do Estado. Há possibilidade jurídica, porque se pode atribuir a órgãos diversos as funções essencialmente diversas de acusar e de julgar. Quanto ao processo penal inquisitório, já não existe no Brasil (Constituição Federal, art. 129, I). Se existisse, caberia falar de uma “função de administração da justiça”, sem caráter jurisdicional.

Por fim, observa-se que, “de fato”, pode ocorrer que o juiz não seja nem independente nem imparcial, sem que isso afete os efeitos da sentença. É que, no composto

“poder jurisdicional”, desaparecido o jurisdicional, resta ainda a realidade bruta do poder. Que isso não surpreenda, porque o Direito não representa senão um imenso esforço para coibir o arbítrio e transformar a força bruta em justiça.

6. JURISDIÇÃO E JUÍZO FINAL

Os egípcios acreditavam que, morrendo, compareceriam ante um tribunal, presidido por Osiris, para receber punição ou recompensa. No “Livro dos Mortos”, que se costumava depositar nos túmulos, se lia: “Não fiz mal, não cometi violências, não roubei, não matei, não menti, não fiz ninguém chorar.”

Os cristãos ainda hoje acreditam que, desaparecido o mundo, extintas as estrelas e transformado o Sol em globo de fuligem, todos ressuscitarão e serão julgados por Deus, que os chamará à luz da eterna presença ou os abandonará às trevas da eterna ausência (PAPINI).

Como se comporta a idéia de jurisdição, em face do juízo final?

Para caracterizá-la, os juristas têm lançado mão de quatro idéias fundamentais. Vejamos como reage cada uma delas em face do juízo final.

Conforme CHIOVENDA, o juiz, no exercício da jurisdição, substitui uma das partes, ou ambas, ou todos os cidadãos, exercendo atividade que lhes incumbiria primariamente. Na expressiva imagem de CALAMANDREI, é como se, havendo alguém se obrigado a tocar flauta, se pusesse o juiz a tocar em lugar dele.

Ora, no juízo final, Deus não está a substituir quem quer que seja. Muito menos a lacrimějante criatura, prostrada a seus pés, no infinito terror do inferno eterno — Afastai-vos de mim, malditos! — onde haverá choro e ranger de dentes.

Na verdade, a idéia de substituição não explica nem sequer a jurisdição terrestre, porque esta é atividade primária do Estado, especialmente em matéria penal. Por isso, a idéia chiovendiana, de caracterizar a jurisdição como atividade substituta, somente é admissível como afirmação de que ela se constitui em sucedâneo da defesa privada. O Estado, de modo especial na execução, se interpõe entre as partes e substitui o credor, no exercício de seu poder sobre o devedor. Por essa via, a idéia de substituição acaba por confluir com a de imparcialidade, como nota típica da jurisdição.

Mas, vestida a jurisdição com as vestes da imparcialidade, impõe-se concluir que o último juízo não terá caráter jurisdicional. Nele não se vislumbra intervenção de um terceiro imparcial, numa relação intersubjetiva, com o escopo de regulá-la. Tampouco nele se enxerga qualquer resquício de defesa privada. Não há partes. A criatura se encontra só, ante seu Criador. É verdade que, no processo penal, temos uma situação similar: o acusado, só, ante o Estado. Todavia, com o artifício da separação dos poderes e da entrega da função acusatória ao órgão do Ministério Público, consegue-se colocar o juiz, órgão do Poder Judiciário, na situação de terceiro imparcial, entre o Estado — administração e o acusado. Nada disso é admissível no juízo final. Tudo se consumou, dissiparam-se todos os artifícios.

E a idéia de lide? Ela não serve sequer para explicar o processo penal. Quando o marido enciumado matou a

Colombina, em sua disputa com o Arlequim, extinguiu-se a lide, pelo perecimento de seu objeto.

Lide supõe pretensão, ato de exigir algo de outrem. Ora, quando o Ministério Público exerce a pretensão punitiva, é do juiz que ele exige a punição, não do culpado. Portanto, a lide, objeto do processo penal, ocorreria entre o acusador e o juiz: um verdadeiro disparate!

A idéia de lide, que já não resiste ao processo penal, menos ainda resiste ao juízo final. Nele não se buscará compor quaisquer conflitos de interesses, qualificados ou não por pretensões resistidas. Acabou-se a busca desenfreada de bens. Aqueles fragmentos de terra, pequenos ou grandes, que deram origem a inumeráveis contendas, já não têm nenhuma importância. As histórias, milhões de vezes repetidas, de lutas pelo poder e por ambição de mando, tornaram-se todas desconexas, quase inverossímeis. Extinguiram-se o desejo de sexo e as lutas provocadas pelas fêmeas. Já não há lides. Já não há vida.

Na verdade, apenas a concepção da jurisdição como coisa julgada é que resiste ao teste do juízo final. Em termos de imutabilidade, nada há que se lhe compare. Nele se encontraria, então, a jurisdição elevada ao seu mais alto grau: a jurisdição absoluta.

Todavia, embora sirva para explicar o juízo divino, refugamos a vinculação da atividade jurisdicional ao seu resultado, eventual, de produção de coisa julgada, porque não há coisa julgada na execução e, contudo, é nesta que melhor se delineia a razão histórica e lógica da jurisdição: um sucedâneo da defesa privada. Ademais, em processo penal, um *habeas-corpus*, um indulto ou uma anistia podem, a qualquer tempo, desconstituir a sentença condenatória.

Na verdade, entre o juízo divino e a jurisdição terrestre existe um abismo, o mesmo abismo que separa o Criador da criatura. Por mais que os juízes se repute melhores, mais sábios e mais nobres do que os jurisdicionados, certo é que, entre eles e as partes, não deixará nunca de existir a essencial igualdade derivada de sua igual condição humana.

E, de outro lado, seremos tolamente imprudentes, se a Deus pedirmos justiça, no juízo final. Somente sua misericórdia poderá nos absolver.

7. CONCLUSÃO

Sem a pretensão de uma definição “perfeita”, tenho que a jurisdição se apresenta, na atualidade, sob três formas distintas:

a) Em primeiro lugar, temos a jurisdição em sua forma clássica, como atividade do Estado preposta à tutela de direitos subjetivos, públicos ou privados, quer se trate de direitos de crédito, quer de direitos formativos.

Enquadra-se nessa categoria a ação declaratória da autenticidade ou falsidade de documento. Se o documento não serve à prova de direito nenhum, o autor é carecedor de ação, por falta do interesse de agir.

b) Em segundo lugar, temos as hipóteses de tutela de interesses públicos, mediante ação.

Em princípio, o Estado tutela o interesse público mediante atividade administrativa. Há, contudo, casos

que tendem a ser cada vez mais numerosos, em que se prefere a via jurisdicional.

Integra-se nesse grupo, em primeiro lugar, a ação penal. O interesse público de punir, isoladamente considerado, seria mais bem atendido mediante atividade administrativa. Prefere-se, porém, a via jurisdicional, a fim de se tutelar também o interesse individual do acusado de se subtrair à imposição da pena. Aí, o cerne da profunda diferença entre a jurisdição civil e a penal: a jurisdição civil existe em função da ação; a jurisdição penal, em função da defesa.

Também tutelam interesses públicos ou difusos: a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, a ação civil pública, a ação popular e o mandado de injunção.

Não há identidade entre a tutela de direitos subjetivos e a de interesses públicos, embora uma e outra se enquadrem na ampla categoria da jurisdição contenciosa. É preciso, por isso, certo cuidado, para não se transpor indevidamente princípios próprios de uma categoria para a outra.

c) Temos, por fim, a jurisdição voluntária, atividade do Estado preposta à tutela de interesses privados.

Sob outro aspecto, temos que a jurisdição pode ser definitiva, mediante cognição ou mediante execução. E pode, também, ser provisória, caso da chamada tutela cautelar.

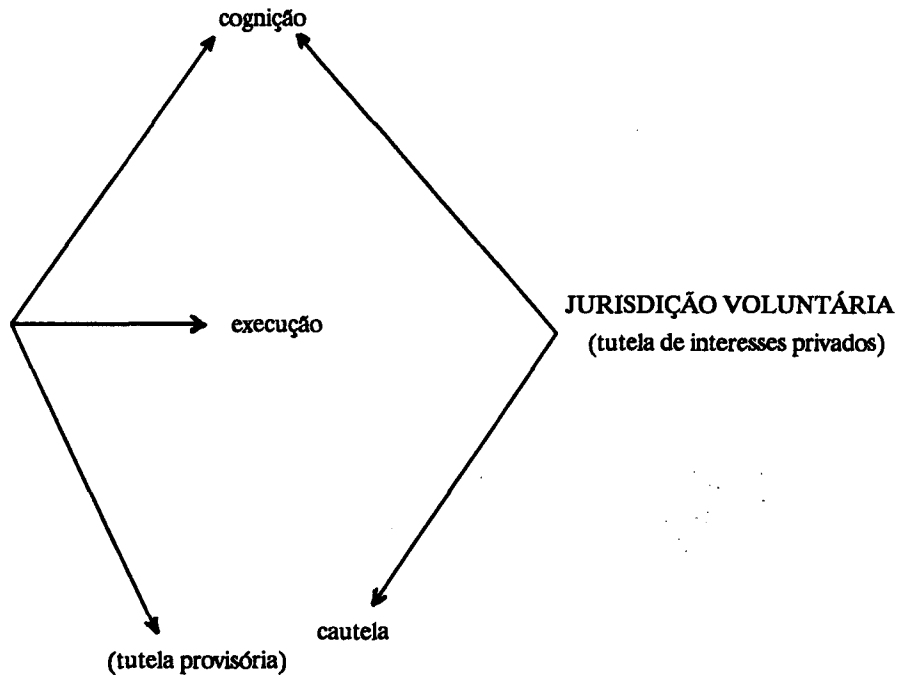
A jurisdição voluntária se exerce mediante atividade de cognição, mas sem a característica de imutabilidade, o que torna, quanto a ela, menos útil a distinção entre tutela definitiva e tutela provisória. Inegável, contudo, a existência de medidas cautelares de jurisdição voluntária (v.g. a liminar de suspensão da tutela, CPC, art. 1.197). O que não há é execução de jurisdição voluntária.

Podemos, então, traçar o seguinte esquema:

JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

(Tutela de direitos subjetivos,
públicos ou privados;

Tutela de interesses públicos,
mediante ação).



2ª PARTE

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Sumário:— 1. Introdução — 2. Jurisdição voluntária — Conceito e classificação — 3. Tutela de pessoas incertas — 3.1. Nascituro — 3.2. Testamentos — 3.3. Herança jacente — 3.4. Coisas vagas — 4. Tutela de incapazes — 4.1. Pátrio poder — 4.2. Busca e apreensão de incapaz — 4.3. Família substituta — 4.4. Considerações sobre a ação por ato infracional — 4.5. Curatela — 4.6. Ausência — 4.7. Alienação, arrendamento ou oneração de imóveis de incapazes — 4.8. Emancipação — 4.9. Casamento de menores — 5. Tutela em atos da vida privada — 5.1. Registros públicos — 5.2. Fundações — 5.3. Casamento — 5.4. Alienação de imóveis do cônjuge e de bens dotais — 5.5. Extinção de usufruto e de fideicomisso — 5.6. Protestos, notificações e interpelações — 5.7. Separação e divórcio consensuais — 5.8. Separação de corpos — 5.9. Considerações sobre a alienação de coisa comum — 5.10. Alienação de quinhão em coisa comum — 5.11. Especialização de hipoteca legal — 5.12. Considerações sobre a alienação de bens depositados judicialmente — 6. Tutela da prova de fatos jurídicos. Medidas probatórias — 6.1. Justificação — 6.2. Considerações sobre a produção antecipada de provas — 6.3. Considerações sobre a exibição de documento ou coisa — 7. Benefício da assistência judiciária.

1. INTRODUÇÃO

“Em 15 de novembro de 1815, narra SOLOMON MAYNARD, o irmão de Beethoven, Caspar Carl, morreu tuberculoso, deixando viúva, Johanna, e um filho de nove anos, Karl. Beethoven imediatamente se movimentou para assumir a tutela exclusiva do rapaz. Seguiu-se um longo conflito em que Beethoven e a mãe do rapaz se enfrentaram em torno da concessão da tutela, com Beethoven saindo finalmente vencedor pírrico em 1820. Seis anos depois, em fins de julho de 1826, Karl tentou o suicídio num esforço bem-sucedido para livrar-se da dominação do seu tio, cuja proteção sufocante se tornara finalmente insuportável.”

Em transgressão direta da última vontade do irmão, que se pronunciara pela tutela conjunta, Beethoven reclamou a tutela exclusiva. Dirigiu-se ao Landrecht, o tribunal que tinha jurisdição sobre questões de natureza cível envolvendo a nobreza, afirmando que Johanna carecia de qualidades morais e intelectuais suficientes.

Invocou a circunstância de Johanna, ainda vivo Caspar, haver sido condenada por furto de dinheiro de seu marido. Na pior das hipóteses, Johanna furtara o seu próprio dinheiro, pois levava para o casamento um dote considerável e tinha herdado do pai a grande casa em Alsevorstadt onde ela e o marido viviam e que lhes proporcionava uma substancial renda de aluguel. A acusação de desvio de dinheiro fora especiosa, mas tecnicamente correta sob a lei vienense. A 09 de janeiro de 1816, o Landrecht deu ganho de causa a Beethoven. Karl foi tirado de sua mãe e colocado na escola particular para rapazes de Cajetan Giannatasio del Rio, permitidas visitas de sua mãe, desde que acompanhada de um representante de Beethoven.

Quando, mais tarde, em 1818, Beethoven levou Karl para sua própria e desordenada casa, Johanna reatou esforços no sentido de contestar a tutela. Dirigiu-se ao Landrecht, alegando que lhe tinha sido barrado o acesso ao filho, que as condições morais, educacionais e físicas do rapaz deixavam muito a desejar e que a excentricidade e a surdez de Beethoven eram suficientemente notórias para justificar sua remoção.

Ouvido, Beethoven traiu-se, vindo a declarar que não tinha nenhuma prova de sua nobreza. Ao inteirar-se da impostura de Beethoven nessa questão, o Landrecht afastou o caso de sua jurisdição, numa declaração de 18 de dezembro de 1818: “Pelo depoimento de Ludwig van Beethoven, como a cópia anexa das minutas da sessão de 11 de dezembro do corrente ano deste tribunal mostra, parece que ele é incapaz de provar sua nobreza; por conseguinte, a matéria da tutela é transferida para o

Magistrat", sendo esta a instância civil que tinha jurisdição sobre casos que envolviam cidadãos comuns.

O *Magistrat* não viu com bons olhos a posição de Beethoven no litígio. Karl foi devolvido à mãe por várias semanas no começo de 1819 e, a 17 de setembro, promulgou sua decisão, concedendo a tutela a Johanna, com Leopold Nussböck como co-tutor.

Beethoven recorreu para o Real e Imperial Tribunal de Apelação da Baixa Áustria que, a 10 de janeiro de 1820, solicitou um relatório minucioso de todo o processo à instância inferior. O *Magistrat* respondeu:

"a. que o Recorrente, em virtude do seu defeito físico e por causa da inimizade que nutre em relação à mãe do tutelado, é considerado inapto para exercer a tutela.

b. que a tutela pertence por lei à mãe natural.

c. que o ter ela cometido um desvio de dinheiro do qual foi considerada culpada contra seu marido no ano de 1811 e pelo qual foi punida com prisão domiciliar por um mês sob vigilância policial, já não constitui impedimento na presente data".

Apesar do caudal de ataques desencadeados por Beethoven contra o caráter e a moralidade de Johanna, nessa época começou a circular o extraordinário boato de que ele estava apaixonado por sua cunhada.

Uma audiência perante o *Magistrat* teve lugar a 29 de março de 1820, por sugestão do Tribunal de Apelação. Os magistrados, conhecedores de que influências políticas tinham sido acionadas, mostraram-se conciliadores, mas recusaram-se a revogar a decisão anterior, mas, a 08 de abril, o Tribunal de Apelação decidiu a favor de Beethoven.

Karl fugiu para a mãe. Foi rapidamente recambiado para Beethoven.

Meses depois, grávida de Johann Hofbauer, Johanna veio a dar à luz uma menina. Deu-lhe o nome de Ludovica, a forma feminina de Ludwig, “um testemunho fantástico da força do vínculo existente entre os antagonistas desse drama”, conclui o biógrafo. (SOLOMON, Maynard. Beethoven. Rio de Janeiro, Zahar, 1987, pp. 311-35).

Essa longa luta entre Beethoven e sua cunhada, pela posse do pequeno Karl, serve para nos situar no âmago da distinção entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária.

Observa-se que, no plano concreto, é inegável, no caso, a existência de um conflito de interesses entre os litigantes.

Isso, porém, não basta para se caracterizar a hipótese como de jurisdição contenciosa. Precisamos ir além, e indagar da finalidade, em abstrato, da tutela jurisdicional. Trata-se de afirmar a existência de direito subjetivo de um contendor em face do outro, isto é, de afirmar a prevalência de um dos interesses em conflito? A hipótese, então, é, sim, de jurisdição contenciosa. Trata-se, pelo contrário, de tutelar o interesse único da criança, buscando-se a solução que melhor lhe convenha? Então, a hipótese é de jurisdição voluntária.

Certamente como tal é que seria vista, hoje, a longa luta de Beethoven pela tutela de seu sobrinho. Crianças não são animaizinhos de estimação, sobre as quais caiba exercer direitos possessórios.

Mas, certamente, essa não seria a opinião de Beethoven, convencido de que estava a reivindicar legitimamente seu direito de exercer a tutela.

2. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Conceito e classificação

Observamos atrás que, para caracterizar a jurisdição, tem-se lançado mão de quatro idéias fundamentais: substituição, lide, imparcialidade e coisa julgada.

Buscou-se, assim, caracterizar a jurisdição, com os olhos postos na jurisdição contenciosa.

Entretanto, mesmo deixando-se de lado o processo penal, em que nenhuma dessas idéias se mostra inteiramente satisfatória, no campo mesmo do processo civil, há atividades-fim, exercidas pelos juízes, até mesmo com a observância do método processual, caracterizado por seus dois princípios fundamentais, o da ação e o do contraditório, que não se encaixam nos parâmetros da substituição, da lide ou da imparcialidade, ausente, outrossim, o efeito de coisa julgada. São os casos de jurisdição voluntária, cujo caráter jurisdicional é negado por uns e afirmado por outros.

Escreveu CHIOVENDA: “qualificou-se com o nome romano *iurisdictio voluntaria* na doutrina e na prática do processo italiano medieval aquele complexo de atos que os órgãos judiciais realizavam em face de um único interessado, ou sob o acordo de vários interessados, *in volentes*.”

“Caráter da jurisdição voluntária não é (...) a ausência de contraditório, mas a ausência de duas partes.

A jurisdição voluntária é (...) uma forma especial de atividade do Estado, exercitada em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos administrativos, e ‘perten-

cente à função administrativa', embora distinta da massa dos atos administrativos, por certos caracteres particulares." (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965, v. 2, pp. 16-7).

Modernamente, tende-se a considerar jurisdicional também a jurisdição voluntária, como observa CARNELUTTI: o estudo comparativo da jurisdição voluntária e da jurisdição contenciosa não só reforçou a opinião de que também aquela é verdadeira e própria jurisdição, mas também apontou para a presença ou ausência de lide e, portanto, para a presença de duas partes ou de apenas uma (ou melhor, de dois interesses ou de um interesse único) como caráter diferencial entre uma e outra espécie de jurisdição. Reconheceu-se, assim, que pode haver processo civil sem lide e, pois, com uma só parte (em sentido "material"); e, assim como a jurisdição, dividiu-se o processo em "contencioso" e "voluntário". O processo voluntário, portanto, não é mais considerado uma forma processual anômala, mas como um dos dois tipos normais de processo civil. (CARNELUTTI, Francesco. *Principii del processo penale*. Napoli, Morano, 1960, pp. 48-9)

Penso que se deva definir como jurisdicional a atividade própria do Poder Judiciário. Cabe, então, indagar, quanto à jurisdição voluntária, se haveria razão para atribuí-la ao Poder Executivo.

Ora, a jurisdição voluntária importa em tutela de interesses privados, o que justifica sua exclusão do âmbito da Administração, porque desta se espera que busque o interesse público. Como observa EDSON PRATA, são duas situações bastante díspares: a administração busca o

interesse público; a jurisdição voluntária, o interesse privado. "Pouco importa que na busca do interesse privado esteja também presente o interesse público, mediata ou imediatamente. O certo é que os interesses são radicalmente diferentes." (PRATA, Edson. *Jurisdição voluntária*. São Paulo, Universitária de Direito, 1979, p. 75).

Certo, não é difícil apontar casos de tutela de interesses privados por órgãos da Administração, destruindo-se, assim, a afirmação fundamental de que a atividade administrativa jamais tutela interesses privados.

Tome-se, como exemplo, a homologação de transação extrajudicial. O ato homologatório, quando judicial, sem dúvida constitui ato de jurisdição voluntária. O ato, porém, pode também ser praticado pelo Ministério Público (Lei 7.244/84 - Lei das Pequenas Causas - art. 55, parágrafo único), que, sem dúvida, não integra o Poder Judiciário.

Cabe, então, perguntar onde se encontra a anomalia: se na atribuição, ao juiz, de ato que teria natureza administrativa; se na atribuição, ao Ministério Público, de ato que teria natureza jurisdicional.

A resposta se há de buscar na história da partilha das competências entre os três Poderes. Atribuiu-se ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição contenciosa. Atribuiu-se-lhe, também, mas sem caráter monopolístico, a tutela de interesses privados, isto é, a jurisdição voluntária.

Tem-se, então, que o ato de homologação de acordo extrajudicial é, por natureza, ato de jurisdição voluntária. A anomalia, portanto, estaria, não na atribuição ao Judiciário de uma atividade pretensamente administrativa, mas na atribuição, ao Ministério Público, de uma atividade de jurisdição voluntária. Não há, porém, aí,

qualquer inconstitucionalidade, porque, como bem nota HUGO NIGRO MAZZILLI, “apenas a jurisdição contenciosa é privativa do Poder Judiciário”. (Acordos celebrados perante o Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, (130): 44-7, jul./set., 1985).

Os processos de jurisdição contenciosa visam à tutela de direitos subjetivos, públicos ou privados, bem como às tutelas de interesses públicos mediante ação.

Os processos de jurisdição voluntária visam à tutela de interesses privados.

Não basta, porém, a idéia de direito subjetivo, contraposta à de interesse, para se determinar a espécie de jurisdição de que se trata, até mesmo porque o próprio direito subjetivo, na definição de JHERING, é um interesse juridicamente protegido.

Precisamos, então, lançar mão de uma idéia complementar, que é a de lide: não, porém, a idéia de lide concreta, como ela se nos apresenta como fato da vida, mas uma idéia de lide abstrata, idealizada, desencarnada, tal como se apresenta ao legislador, ao dar forma ao processo. É evidente que, na luta, cheia de ódio, dos pais pela posse dos filhos há um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, assim como ter um interesse escuso o requerente da interdição. Contudo, em ambos os casos, nega-se a existência de lide, porque em processos tais, não se trata de compor um conflito de interesses entre os contendores, mas de se encontrar a melhor solução, para se atender a um interesse “único”: o da criança ou o do interditando, respectivamente.

Para determinar, pois, a espécie de jurisdição de que se trata, convém formulemos duas perguntas, a saber:(1) trata-se de tutela de interesse público ou de tutelar eventual

direito subjetivo em face do(s) sujeito(s) passivo(s)? (2) trata-se de processo em que o interesse de agir se compõe pela alegação, expressa ou implícita, de um conflito de interesses, entre quem pretende a subordinação do interesse alheio ao próprio e quem resiste?

Se a resposta é afirmativa, para ambas as perguntas, a hipótese é de jurisdição contenciosa; basta uma negação para que se tenha jurisdição voluntária.

A relevância da distinção entre as duas formas de jurisdição diz respeito sobretudo ao grau de subordinação das partes aos poderes do juiz. Em se tratando de jurisdição contenciosa, não pode o juiz senão entregar a cada um o que é seu, independentemente de qualquer critério de conveniência ou de oportunidade; em se tratando de jurisdição voluntária, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (CPC, art. 1.109).

Também ALCIDES DE MENDONÇA LIMA lança mão da conjugação das idéias de lide e de direito subjetivo para caracterizar a jurisdição como contenciosa ou voluntária. Diz:

“Na jurisdição contenciosa, é essencial um conflito de interesses, um litígio, decorrente de pretensão insatisfeita e, em regra, resistida pelo réu.”

.....

“Na jurisdição contenciosa, o juiz tem o dever de não omitir-se quanto à norma protetora dos direitos subjetivos correspondentes. Não há hipótese de deixar de fazer a incidência, cabendo, na sentença, indicar apenas o destinatário favorecido. Por con-

seguinte, autor e réu têm o direito de obter a prestação jurisdicional, com o reconhecimento da pretensão pleiteada conforme o direito pertinente à espécie *sub judice*. Já na jurisdição voluntária, a mesma se desenvolve para atender apenas a 'interesses' ou a 'direitos' (conforme o termo empregado, com relativa sinonímia), desde que haja conveniência ou vantagem para o titular ou titulares, consoante entenda o juiz com discricionariedade. Inexiste a obrigação de o juiz cumprir preceito de direito objetivo, como acontece na contenciosa". (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 18-9).

Ressalva-se, porém, que, para o citado autor, a jurisdição voluntária não é, como sustento, espécie de jurisdição, mas atividade administrativa exercida pelo juiz.

Os processos de jurisdição contenciosa supõem partes, em sentido material e formal. São estruturados, em abstrato, por lei, para a decisão, pelo juiz, de uma lide, real ou presumida. São informados por dois grandes princípios, o da imparcialidade, motivo por que supõem ação, e o da legalidade, no sentido de que servem à tutela de direitos subjetivos.

A jurisdição contenciosa envolve, pois, as idéias conexas de partes, de conflito de interesses e de lide.

O processo de jurisdição contenciosa é processo de partes, no sentido de que supõe um conflito de interesses entre pessoas diversas, partes em sentido material.

Mais ainda: pressupõe-se a existência de uma lide, isto é, de um conflito de interesses não apenas potencial,

mas em ato, ou seja, qualificado por uma pretensão resistida. Contudo, tais são suposições de normas legais abstratas e, portanto, apenas em abstrato é que cabe examinar o pressuposto da lide. A existência ou inexistência de lide, em concreto, é irrelevante. Pressupõe-se, em abstrato, uma lide que, em concreto, pode inexistir, por ausência de conflito entre as partes. Assim, uma ação de cobrança pode resultar de um acordo entre o autor e o réu, para fraudar terceiros (ação em fraude de credores). Nem por isso se há de qualificar tal ação como de jurisdição voluntária. A ação de cobrança se inscreve entre os processos de jurisdição contenciosa a partir do conflito de interesses suposto pelo legislador.

No caso das ações constitutivas necessárias, a lide é presumida *juris et de jure*. Essa é a razão pela qual o juiz não pode senão indeferir o pedido de anulação de casamento que, em petição conjunta, lhe formulem os cônjuges. Eles têm que simular uma lide, propondo um deles a ação, com citação do outro, para contestá-la. É nomeado um “curador do vínculo”, para suprir a falta real de um conflito de interesses.

De igual modo, no processo penal, não poderia o juiz senão indeferir o pedido de aplicação da pena que formulassem em conjunto acusador e acusado. É preciso que o Ministério Público proponha a ação, promova a citação do réu e produza as provas do crime ou contravenção, para que o juiz possa aplicar qualquer pena. É irrelevante a inexistência de lide em concreto. O processo penal não se transforma em processo de jurisdição voluntária pelo fato de o Ministério Público requerer a absolvição ou de o acusado concordar com a denúncia.

Os processos de jurisdição contenciosa pressupõem partes não só em sentido material (conflito de interesses entre pessoas diversas), mas também em sentido formal, isto é, a existência de pedido formulado por uma das partes, ou substituto processual, em face da outra. Não há jurisdição (contenciosa) sem ação.

Não se pode, contudo, negar a existência histórica de processos de iniciativa do próprio juiz. Põe-se, então, em xeque, o princípio da imparcialidade. Se esta é, não obstante, preservada, assim como preservado o princípio da legalidade estrita, pode-se ver, em tais processos, uma fórmula híbrida: processos iniciados por um ato administrativo do juiz que, em seguida, assume a sua verdadeira condição de terceiro imparcial. Se o próprio princípio da legalidade estrita é afetado, pela desconsideração de eventuais direitos subjetivos de uma das partes, o processo se descaracteriza como jurisdicional contencioso. Ingressamos no campo da jurisdição voluntária; se o fim visado é a tutela de interesses privados; no campo da administração da justiça, se visada a tutela de interesses públicos ou difusos.

Tende-se, cada vez mais, a reger a administração, sujeitando-a ao princípio da legalidade. É ineliminável, porém, um vasto campo de decisões sujeitas a critérios de conveniência e de oportunidade.

Na jurisdição contenciosa observa-se o princípio da legalidade estrita, no sentido de que o juiz deve decidir em função da existência ou inexistência de direito subjetivo.

A decisão judicial da lide importa, pois, na afirmação de direito subjetivo de uma parte em face da outra, motivo por que a decisão é firma (produz coisa julgada)

e não sujeita a revisão por critérios de conveniência ou de oportunidade.

Não há, todavia, produção de coisa julgada nos processos de execução, por ausência de declaração, e nos processos cautelares, porque nestes o juiz profere decisão provisória, necessária em face de *periculum in mora*.

A jurisdição voluntária não é incompatível com as idéias de ação e de partes em sentido formal. De regra, o procedimento tem início por provocação do interessado ou do Ministério Público (CPC, art. 1.104). Frequentemente, o requerente formula pedido em face de outrem, podendo-se, pois, falar de ação e de partes em sentido formal. Todavia, tampouco há incompatibilidade entre a jurisdição voluntária e a iniciativa judicial do processo.

A jurisdição voluntária é protetiva de interesses privados, o que, conjugada com a ausência de partes em sentido material, exclui a imparcialidade como nota sua. Não se trata de afirmar ou negar, nem de fazer valer direito subjetivo de uma parte em face da outra. Em muitos casos, há apenas a relação requerente-juiz, como nas hipóteses de tutela de pessoas incertas. Em outros, trata-se, sim, de regular uma relação intersubjetiva, mas não entre o autor e o réu, nem entre qualquer deles e o substituído processual do outro. É o caso da destituição do pátrio poder. A criança não é parte, embora sofra os efeitos da sentença. Finalmente, em casos limítrofes à jurisdição contenciosa, trata-se efetivamente de regular relação intersubjetiva entre o autor e o réu, advindo a qualificação da hipótese como de jurisdição voluntária da exclusão da idéia de direito subjetivo. É o caso, v.g., da separação de corpos concedida sem caráter cautelar. O

marido é expulso do lar, concedendo-se à mulher o uso exclusivo da morada comum, sem afirmar-se direito subjetivo seu, porquanto o marido pode até mesmo ser o proprietário único do imóvel.

Porque não se trata de tutelar direitos subjetivos, o juiz, na jurisdição voluntária, não está obrigado a observar o critério legalidade estrita (CPC, art. 1.109). Critérios de conveniência ou de oportunidade podem ser levados em consideração. Como corolário, da jurisdição voluntária não decorre coisa julgada material. A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes, diz o art. 1.111 do Código de Processo Civil.

“A jurisdição voluntária”, ensina OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “distingue-se da contenciosa em que na primeira não há jurisdição ‘declarativa’ de direitos, o que é responsável pela ausência de coisa julgada, determinada pela maior relevância da eficácia constitutiva da sentença proferida em processo de jurisdição voluntária, justamente em detrimento da eficácia declaratória”. (*Curso Processo Civil*. Porto Alegre, Fabris, 1987, v. I, p. 36). ALLORIO já observara que, na sentença constitutiva, proferida em sede contenciosa, o juiz declara que a mudança “devia” se produzir, porque presentes os pressupostos legais (*Problemi di Diritto*. Milano, Giuffrè, 1957, v. 2).

Distingue-se, assim, a sentença constitutiva necessária, proferida em processo de jurisdição contenciosa, da sentença também constitutiva, produzida em processo de jurisdição voluntária. Também CHIOVENDA já observara: “encontramos no campo do processo, vale dizer, na jurisdição (contenciosa), sentenças constitutivas

também, isto é, às quais se prendem novos estados jurídicos, e isso para alguns representa uma dificuldade. Mas as sentenças constitutivas contêm a atuação de um direito à constituição de um novo estado jurídico, direito correspondente a um sujeito jurídico contra outro. Pelo contrário, a constituição ou desenvolvimento de estados jurídicos, ocorrente na jurisdição voluntária, não atua um direito correspondente a *Tício* contra *Caio*” (*Instituições*. São Paulo, Saraiva, 1965, v. II, p. 19).

Em suma: na sentença constitutiva proferida em processo de jurisdição contenciosa, o juiz declara e constitui, sendo a eficácia declaratória suficientemente forte para que se produza coisa julgada material. Na sentença constitutiva proferida em processo de jurisdição voluntária, é mínimo o efeito declaratório, o que explica a ausência de coisa julgada. Não se afirma, por exemplo, que o nomeado tenha direito subjetivo à tutela.

Às vezes há tão-só declaração de que foram preenchidos os requisitos legais e, eventualmente, também da conveniência do ato, como ocorre na autorização para alienação de imóvel de incapaz.

Quanto aos atos administrativos: comportam, mas não exigem, a presença de partes, quer em sentido material, quer em sentido formal. São, de regra, praticados de ofício. Visam à tutela de interesses públicos ou difusos.

O art. 1.104 do CPC exige provocação do interessado ou do Ministério Público, mesmo em procedimento de jurisdição voluntária. Todavia, havendo urgência, bem como nos casos de tutela de pessoas incertas, “admite-se e até se exige a iniciativa judicial, como acontece nas alienações judiciais, herança jacente, arrecadação de

bens de ausentes e alguns outros procedimentos mantidos pela forma do Código de 1939 (SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Introdução ao Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio, Forense, 1978, p. 23).

Aplicam-se “na jurisdição voluntária os mesmos princípios da capacidade processual, contidos no Título II do Livro I. Ressalva-se, porém, em alguns casos, pela própria natureza da matéria, a necessidade de se alargar a capacidade de requerer em juízo, como acontece na emancipação requerida pelo menor e nos casos de suprimimento para casamento, quando injustamente haja discordância dos pais.” (*Id. Ibid.*, p. 24).

O art. 1.109 estabelece não estar o juiz, na jurisdição voluntária, obrigado a observar critério de legalidade estrita. “No entanto, é preciso que se acautele, com máximo rigor, no entendimento do que seja ‘critério de legalidade estrita’. Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que tal faculdade não quer significar permissão de praticar ilegalidade. Em segundo lugar, o abandono do critério de legalidade estrita só se pode verificar quando não fira direitos subjetivos dos interessados. Em consequência, a conclusão a que se chega é que o abrandamento da legalidade estrita só é autorizado nos casos de se permitir ou de se determinar prática, sem a formalidade que não lhe seja da essência, ou melhor dizendo, que não se integre na substância do ato. Como exemplo, podemos citar a possibilidade de dispensa de venda em hasta pública de bens pertencentes a incapazes tutelados e curatelados. Outro exemplo, nomeação de tutor ou curador, sem obedecer à gradação estabelecida na lei civil.” (*Id. Ibid.*, pp. 25 e 29).

Da sentença proferida em processo de jurisdição voluntária não cabe ação rescisória, mas a de anulação do ato jurídico. “Um exemplo de caso concreto esclarece melhor a questão: A esposa requereu ao juiz suprimimento judicial, para poder vender imóvel do casal, sem anuência do esposo. Alegou que ele estava em lugar incerto e não sabido, citando-o por edital. Cumpridas as fases procedimentais, o juiz deferiu o pedido e a venda foi realizada, mediante expedição de alvará, após o trânsito em julgado. Posteriormente, apareceu o marido e, alegando nunca ter estado em lugar incerto e não sabido, pretendeu a rescisão da sentença. Teve ele seu pedido indeferido liminarmente, pois a ação adequada para o caso seria não a rescisão da sentença autorizativa da venda, mas a de anulabilidade do próprio negócio jurídico, com fundamento em vício do procedimento de jurisdição voluntária que concluíra pela autorização do contrato.” (*Id. Ibid.*, pp. 43-4).

Em conclusão: a jurisdição contenciosa se vincula à existência de direitos subjetivos (direitos a uma prestação ou direitos formativos). Daí a existência necessária de partes em sentido material, isto é, dos sujeitos da relação intersubjetiva que será regulada por um terceiro imparcial, o juiz; na jurisdição voluntária não se trata de tutelar direitos subjetivos, mas de proteger interesses legítimos. Da inexistência de direitos subjetivos decorre o afrouxamento do princípio da legalidade, admitindo-se que o juiz decida por razões de conveniência e oportunidade, sem que se trate de atividade administrativa, porque pertinente a interesses “privados”.

A passagem da jurisdição contenciosa para a voluntária depende das concepções dominantes em uma dada sociedade, a respeito da existência ou inexistência, no caso, de direitos subjetivos. Assim, pode-se conceber a tutela ou a posse dos filhos como direito subjetivo do tutor ou do pai, caso em que as decisões judiciais concernentes à nomeação e remoção de tutor e à guarda dos filhos se enquadrariam na jurisdição contenciosa. Pode-se, pelo contrário, entender que, em se tratando de crianças, não têm os pais ou tutores verdadeiros direitos subjetivos sobre elas, porque crianças não são coisas, não são objeto de direitos. Nesse caso, as decisões concernentes à nomeação e remoção de tutor e à guarda dos filhos melhor se enquadram na jurisdição voluntária.

Em alguns casos, a jurisdição voluntária se volta à tutela de pessoas incertas. Enquadram-se, aí, os casos do nascituro, dos testamentos de um modo geral, da herança jacente e das coisas vagas, em que não há lide. No caso particular da busca e apreensão de testamento, o que falta é a finalidade de tutela de direito subjetivo. Na hipótese de remoção de testamenteiro, não se cogita nem de lide nem de direito subjetivo.

Em outros casos, a jurisdição voluntária se volta à tutela de incapazes. Enquadram-se, aí, os casos do pátrio poder, da busca e apreensão de incapaz, da família substituta, da curatela, da ausência, de alienação de imóveis de incapazes, da emancipação e do casamento de menores, em que não se visa à tutela de direito subjetivo e em que, de regra, tampouco nos deparamos com lide.

Terceira categoria compreende os casos em que a jurisdição voluntária se apresenta como participação do juiz em atos privados que constituem exercício de facul-

dades jurídicas ou manifestações da capacidade de agir, bem como a atividade judicial dirigida à documentação ou publicidade de fatos jurídicos. Enquadram-se, aí, os casos dos registros públicos, das fundações, do casamento, da alienação de imóveis do cônjuge, da extinção do usufruto, dos protestos, da separação e divórcio consensuais, da alienação de quinhão em coisa comum e da especialização de hipoteca legal, em que falta o elemento “lide”. A separação de corpos, conforme a concepção que dela se tenha, entra nessa categoria, por ausência de direito subjetivo, podendo ou não haver lide.

Quarta categoria compreende os casos em que a jurisdição se volta à tutela da prova de fatos jurídicos. Enquadram-se, aí, a justificação, por ausência de lide, a produção antecipada de provas, quando preparatória de processo de jurisdição voluntária, e a exibição de documento para apropriação de dados, esta por ausência de direito subjetivo à exibição.

Temos, por fim, o caso do benefício da assistência judiciária, com que se trata de suprir, não a incapacidade jurídica, mas financeira, do beneficiado.

Temos, pois, a seguinte classificação:

1. Tutela de pessoas incertas.
2. Tutela de incapazes.
3. Tutela em atos da vida privada.
4. Tutela da prova de fatos jurídicos.
5. Assistência judiciária.

3. TUTELA DE PESSOAS INCERTAS

3.1. NASCITURO

“A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.” (Código Civil, art. 4º).

“Suponha-se”, observa SÍLVIO RODRIGUES, “que um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do *de cujus* passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver; se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe.” (*Direito Civil. Parte Geral*, 18ª ed, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 37-8).

O nascituro, embora não tenha personalidade, tem capacidade para adquirir por testamento. “Morto o testador antes de seu nascimento, a titularidade da herança ou legado fica, provisoriamente, em suspenso. Se o nascituro nascer com vida, adquire naquele instante o domínio de tais bens. Se nascer morto, referidos bens são devolvidos aos herdeiros legítimos, ou ao substituto testamentário, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão.” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito das Sucessões*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p.192).

Vale a doação feita ao nascituro, sendo aceita pelos pais (Código Civil, art. 1.169). “Não tendo o nascituro personalidade, a qual só será adquirida se nascer com vida, a doação a ele feita se resolverá, se nascer morto. Isso porque ficará faltando, na relação contratual, a

presença de um elemento básico, isto é, o donatário.” (*Id. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987, pp. 207).

Para a proteção dos eventuais direitos do nascituro, a lei civil prevê a nomeação de um curador e a lei processual, a posse em nome do nascituro.

O art. 462 do Código Civil estabelece:

“Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida, e não tendo o pátrio poder. Parágrafo único: Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”.

“O pressuposto fático da curatela é a incapacidade; o pressuposto jurídico, uma decisão judicial. Não pode haver curatela senão deferida pelo juiz, no que, aliás, este instituto difere do pátrio poder, que é de origem sempre legal, e da tutela, que pode provir da nomeação dos pais.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito de Família*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 309).

“Falecendo o pai, se a mulher estiver grávida, dar-se-á curador ao nascituro, no caso de não ter ela o pátrio poder, o que somente ocorrerá sendo ela incapaz por alienação mental ou lhe sendo retirada a *patria potestas* por sentença” (*Ibid.* pp. 313-4).

Os arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil autorizam a mulher grávida a requerer sentença que a declare investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Se a mãe é capaz, o juiz lhe defere a posse em nome do nascituro (CPC, art. 877). Se incapaz, o juiz nomeia curador ao nascituro (CPC, art. 878, parágrafo único). Se ela se encontra interdita, seu curador será automática-

mente o do nascituro (Código Civil, art. 462, parágrafo único).

A posse em nome do nascituro não é medida cautelar, embora submetida ao regime das cautelares, no que se refere ao procedimento. A incerteza é quanto ao nascimento com vida, e não quanto ao conteúdo de outra sentença. A tutela é preventiva e provisória, mas não há ação principal a ser proposta.

A posse em nome do nascituro é semelhante à posse de funcionário em cargo público. Inspiram-se ambos os atos na concepção civilística da quase-posse das coisas incorpóreas. Expressivo, a propósito, o art. 878 do CPC, ao referir-se à posse de direitos. Em ambos os casos, preexiste a situação jurídica (a de nascituro desde a concepção e a de funcionário desde a nomeação), exigindo-se, porém, um ato posterior, de investidura, para que o titular de direitos possa exercer os atos que lhe competem (exercício dos direitos que assistam ao nascituro, exercício dos atos próprios do cargo público). Em ambos os casos pode sobrevir caducidade: pelo nascimento sem vida, no caso do nascituro; pelo fato de o empossado não entrar em exercício no prazo legal, no caso do funcionário.

Não há dúvida de que, por detrás do processo de posse em nome do nascituro, pode haver um conflito de interesses entre este e os demais herdeiros do pai morto. Contudo, não se trata de processo estruturado para a composição de uma lide, motivo por que, para que se componha o interesse de agir da mãe, não é necessário que esta alegue qualquer resistência dos demais herdeiros. Na verdade, a imissão da mãe na posse dos

direitos do nascituro é indispensável, não para que se componha lide entre os herdeiros, como deixa claro o art. 877, § 2º, do CPC, mas para que a mãe possa representar o nascituro perante terceiros, que de modo algum são partes no processo; para que possa, por exemplo, votar em nome do nascituro em assembléia geral de sociedade anônima.

Não se cogita, pois, na hipótese assim examinada em abstrato, de uma lide entre herdeiros, sujeita a decisão judicial, daí o seu enquadramento no âmbito da jurisdição voluntária. Trata-se, em última análise, de um ato solene, de constituição de um curador ao nascituro.

Observa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que “o Código não determina a citação dos interessados, expressamente, mas também não a dispensa.”

“Assim, por força do art. 812, impõe-se aplicar, complementarmente, o rito dos arts. 802 e 803, devendo os interessados serem citados para contestar o pedido em cinco dias (Sérgio Sahione Fadel entende, também, que ‘deve haver ciência dos interessados’).

Aliás, o §2º do art. 877 faz presumir que os interessados integram a relação processual, pois dispõe que ‘será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente’, o que, como é óbvio, deve se dar no prazo de contestação.” (*Processo Cautelar*, 5ª ed., São Paulo, Universitária de Direito, 1983, pp. 364-5).

Também OVÍDIO exige a citação dos demais herdeiros: “Os legitimados passivos hão de ser os demais herdeiros que concorram com o nascituro” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre, Le Jur, 1985, p. 605).

Não há substituição porque, na concepção de nosso Direito, a posse da mãe não decorre da simples existência do nascituro, como ocorre com o já nascido, mas da sentença. O reconhecimento da gravidez, pelos demais herdeiros do pai falecido, dispensa o exame médico (art. 877, § 2º), mas não o processo. Assim, não se cogita de um antecedente ato das partes, que dispensasse o ato judicial, dando a este o caráter de substituição.

A sentença constitutiva proferida em processo de jurisdição contenciosa declara o direito à mudança jurídica. “O objeto da sentença constitutiva”, diz CHIOVENDA (Inst., I/208), “é a vontade concreta de lei por força da qual se deve produzir a mudança, ou, em outros termos, o ‘direito à mudança jurídica.’”

Porque há essa declaração é que a sentença produz coisa julgada material.

Pergunta-se: há declaração tal, na posse em nome do nascituro? A sentença, aí, declara a gravidez da mãe e, portanto, a existência do nascituro. Pode-se ir além, e dizer que a sentença declara o direito do nascituro de concorrer à herança de seu pai.

É certo, contudo, que tal sentença não produz coisa julgada. Evidenciada a falsidade da gravidez, os atos praticados pela mãe permanecerão válidos, por aplicação da teoria da aparência, mas os herdeiros do pai não precisarão promover prévia ação rescisória, para pleitear em juízo, contra a mãe, indenização, com fundamento na falsidade da gravidez por ela afirmada e dos prejuízos que seus atos, praticados em nome de inexistente nascituro, vieram a causar.

Por que não há coisa julgada? Porque, ao investir a mãe na posse dos direitos do nascituro, o que o juiz

declara é a “aparência” de haver um nascituro, o que, no Direito brasileiro, bem se evidencia pela colocação da medida entre as cautelares: não há *periculum in mora* vinculado a posterior sentença, definitiva, mas o juiz assegura eventuais direitos do nascituro, com base no *fumus boni juris*.

Não há, pois, “declaração de direito”, mas de aparência do direito, motivo por que tampouco há produção de coisa julgada material.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA confirma: “Parece incontestável a conclusão de que a declaração a que se refere o art. 878 não tem qualquer semelhança com o efeito natural das sentenças declaratórias, no sentido do art. 4º do CPC, de tal modo que o suposto ‘reconhecimento dos direitos’ do nascituro ficassem protegidos pela indiscutibilidade do que fora judicialmente declarado. A demanda de que se trata, de resto, não põe em causa nenhuma relação jurídica cujo reconhecimento se peça. As severas limitações das defesas permitidas ao demandado, que tornam impossível a contestação da paternidade, ou outras exceções similares, está a indicar que toda esta matéria não poderá ficar imune ao exame judicial em processo subsequente. Daí porque não nos parece coerente a conclusão a que o mesmo Pontes de Miranda chega, de que a sentença contenha elemento declarativo bastante para a produção de coisa julgada material, ‘entre partes’.” (*Ibid.* p. 609).

Com razão afirma HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que “é possível à mulher pedir, em outra oportunidade, a repetição do exame, alegando deficiência do primeiro”. (*Loc. cit.*).

Investida na posse dos direitos do nascituro, a mãe

promoverá, se necessário, as ações cautelares, possessórias, petições ou ainda outras que forem pertinentes.

O processo tem caráter cautelar, não no sentido próprio, de regulação provisória da lide (litisregulação), mas no sentido de que assegura direitos incertos, isto é, direitos de pessoa que poderá não vir a existir, decidindo, outrossim, o juiz, com base na aparência (*fumus boni juris*) da gravidez. Ao invés de classificar a posse em nome do nascituro como processo de jurisdição voluntária, o Código a inclui entre as medidas cautelares, com o igual efeito de excluir a produção de coisa julgada, o que mostra que a presença ou ausência desta não serve como critério para distinguir a jurisdição contenciosa da voluntária.

A sentença, embora declaratória da gravidez, é predominantemente constitutiva: imite a mãe na posse dos direitos do nascituro. Não há condenação dos demais herdeiros. Se estes negam a paternidade ou que determinados bens sejam da herança, há necessidade de outro processo. Nada, a respeito, se resolve no processo de posse em nome do nascituro.

Em síntese, temos que, no processo de posse em nome do nascituro, não há partes, porque não se supõe a existência de conflito de interesses entre pessoas diversas; mais claramente ainda, nele não há lide, nem substituição, nem produção de coisa julgada material. A sentença é constitutiva, podendo-se mesmo dizer que corresponde ao exercício de um direito formativo da mãe: direito de, por declaração de vontade expressa na petição inicial e em conjugação com a sentença, investir-se na posse dos direitos que assistam ao nascituro. A

existência ou inexistência desse direito não é, porém, declarada com força de coisa julgada, porque a declaração assenta na aparência de haver ou não gravidez, além da incerteza quanto ao subsequente nascimento com vida.

Trata-se de ação? Sim, porque há pedido de tutela jurisdicional formulado em face de outrem, para assecuração de direitos do nascituro e, por outro lado, a sentença proferida não tem natureza meramente homologatória. Tem forte conteúdo decisional: provada a gravidez, imite a mãe na posse dos direitos do nascituro.

3.2. TESTAMENTOS

Os arts. 1.125 a 1.141, do Código de Processo Civil, contêm disposições relativas à tutela judicial dos testamentos. Resguardam-se, assim, os direitos de herdeiros testamentários e de legatários, certos ou incertos. Não se trata, aí, porém, de processos tendentes a dirimir conflitos de interesses entre os herdeiros legais e os testamentários. Não há, pois, o pressuposto da lide, suposta em abstrato, que caracteriza os processos de jurisdição contenciosa.

Os testamentos se dividem em ordinários e especiais.

São testamentos ordinários o público, o cerrado e o particular (CC, art. 1.629).

O testamento público é escrito por oficial público em seu livro de notas, de acordo com o ditado ou as declarações do testador, em presença de cinco testemunhas (CC, art. 1.632).

O testamento cerrado é escrito ou assinado pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo; na presença

de pelo menos cinco testemunhas, é entregue ao oficial público, que exara auto de aprovação, cerra-o, costura-o e o restitui ao testador (Código Civil, arts. 1.638 e 1.643).

O testamento particular é escrito e assinado pelo testador e lido e assinado por cinco testemunhas (Código Civil, art. 1.645).

São testamentos especiais o marítimo, o militar e o nuncupativo.

O testamento marítimo é lavrado em viagem de alto-mar, com a participação do comandante do navio. Caduca, se o testador não morre na viagem ou nos três meses subseqüentes ao desembarque (Código Civil, arts. 1.656 a 1.658).

O testamento militar supõe que o testador esteja a serviço do Exército em campanha, dentro ou fora do País, assim, como em praça sitiada ou que esteja de comunicações cortadas. É escrito e caduca se, depois dele, o testador permanece três meses seguidos em lugar onde possa testar na forma ordinária (Código Civil, arts. 1.660 e 1.662).

O testamento nuncupativo é verbal. A pessoa empenhada em combate, ou ferida, confia a sua última vontade a duas testemunhas. Caduca, se o testador não morre na guerra, e convalesce do ferimento (Código Civil, art. 1.663).

Codicilo é o documento escrito, datado e assinado por pessoa capaz de testar, contendo disposições sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta ou legados de móveis, roupas ou jóias, não muito valiosas, de seu uso pessoal (Código Civil, art. 1.651).

a) Apresentação do testamento

Falecendo o testador, incumbe ao detentor de testamento cerrado seu apresentá-lo em juízo.

Conforme JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, “a competência para abrir o testamento é do juiz do lugar em que se encontra o seu portador”. (*Comentários*. Rio, Forense, 1976, p. 156).

Ao receber testamento cerrado, o juiz, após verificar se está intato, o abre e manda que o escrivão o leia na presença de quem o entregou, lavrando-se, em seguida, o auto de abertura (CPC, art. 1.125 e seu parágrafo único).

O procedimento de abertura de testamento não visa senão à autenticação do estado em que o documento se encontrava, quando de sua apresentação em juízo, daí a importância de o juiz indicar, no auto, qualquer defeito ou vício da cédula, bem como, se for o caso, a declaração de se achar intata, prevenindo, assim, possíveis modificações ou alterações no documento (*Ibid.* pp. 154-6). Conflito entre os herdeiros, sobre a validade do testamento, será objeto de ação própria, de caráter contencioso.

Conclusos os autos, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar e arquivar o testamento e, não havendo vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, determinará o seu cumprimento (CPC, art. 1.126). Como observa CASTRO FILHO, ainda que o testamento contenha o maior defeito, não poderá o juiz dispensar o seu registro e arquivamento, pois seria absurdo que o mandasse jogar fora... Assim, havendo defeito manifesto, o que cabe ao juiz é omitir o habitual “cumpra-se” (*Ibid.*).

Determinado o cumprimento, o escrivão intima o testamenteiro a assinar, no prazo de cinco dias, o termo da testamentaria.

Incumbe ao juiz nomear testamenteiro dativo, não havendo testamenteiro nomeado ou estando o mesmo ausente ou recusando-se a aceitar o encargo (CPC, art. 1.127). Conforme CASTRO FILHO, ausente é o assim definido no art. 463 do Código Civil. (*Ibid.*, p. 159).

b) Busca e apreensão de testamento

O art. 1.129 do Código de Processo Civil dispõe:

“O juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, ordenará ao detentor de testamento que o exiba em juízo para os fins legais, se ele, após a morte do testador, não se tiver antecipado em fazê-lo.

Parágrafo único. Não sendo cumprida a ordem, proceder-se-á à busca e apreensão do testamento, de conformidade com o disposto nos arts. 839 a 843.”

Uma interpretação literal desses dispositivos poderia nos levar à conclusão de que, de ofício, o que o juiz pode é apenas determinar a exibição do testamento em juízo. Descumprida a ordem, teria ele que aguardar que o Ministério Público ou algum interessado requeresse a busca e apreensão (art. 840), seguindo-se a justificação em segredo de justiça (art. 841), a expedição do mandado (art. 841), seu cumprimento (art. 842), a lavratura do auto (art. 843) e a citação do detentor, para contestar em cinco dias (art. 802).

Há, porém, incompatibilidade entre prévia ordem de

exibição e posterior justificação em segredo de justiça. Efetivamente, se há fundado receio de que o detentor destrua o testamento, há que se expedir desde logo o mandado de busca e apreensão. Há que se admitir, pois, que tudo se inicie com petição inicial de busca e apreensão, na forma do art. 840 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, autorizado o juiz a determinar, de ofício, a exibição, parece lógico admitir-se que está também autorizado a decretar, de ofício, a busca e apreensão, sob pena de se transformar a ordem judicial em mera solicitação ou recomendação.

Por fim, apreendido o testamento, soa desnecessária a própria citação do detentor. Citá-lo para quê?

Todavia, a busca e apreensão, decretada de ofício ou a requerimento de algum interessado, com ou sem a posterior citação do detentor do testamento, tem sempre a mesma natureza jurídica e produz os mesmos efeitos. Trata-se, sempre, de ato de tutela de interesses de pessoas incertas.

Como observa JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, essa busca e apreensão se vincula ao processo de inventário: “Não diz o Código em que processo deverá ser promovida a notificação ao detentor para a apresentação do testamento, mas a praxe forense estabelece que se existe inventário em curso, a providência incide na competência do juízo universal do inventário, que, aliás, se justifica, segundo a regra do art. 108, razão pela qual a notificação ao detentor se processa nos aludidos autos de inventário, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou *ex-officio* ou, quando for o caso, de arrecadação da herança.

Se não existe o inventário, a intimação há de ser requerida ao juízo do lugar em que se encontra o detentor, ou ao juízo competente para o inventário, cumprindo instruir o pedido com certidão de falecimento do testador, bem como indicar razões que possam levar a crer que existe o testamento e que este se encontra em poder do indicado.” (*Comentários do Código de Processo Civil*. Rio, Forense, 1976, v. X, p. 163).

Outra observação do mesmo escritor: “A sanção de ordem civil, contra o detentor que tem o testamento e o deixa de entregar, ou culposamente o deixa desaparecer (...) consiste, nos termos do art. 1.595, III, do Código Civil, na sua exclusão da sucessão, se for herdeiro ou legatário, exclusão esta a ser declarada mediante ação ordinária, proposta por quem tenha interesse (Código Civil, art. 1.596). *Ibid.*, p. 164.

A busca e apreensão de testamento, quer seja decretada incidentemente no curso de um processo de inventário, quer seja decretada como medida antecedente de um processo de abertura e registro de testamento, quer seja determinada a requerimento de um interessado, quer seja determinada pelo juiz, de ofício, tem sempre a mesma natureza jurídica: trata-se de um ato de jurisdição voluntária.

Não se trata de hipótese de jurisdição contenciosa, porque não se trata de um processo estruturado para compor um conflito de interesses entre o requerente e o requerido, o que bem se evidencia da circunstância de que nem o requerente, nem o detentor, precisam ser herdeiros legais ou testamentários do *de cujus*.

Nem se diga que se trata de ato administrativo, quando decretado pelo juiz, de ofício. É que, mesmo nessa

hipótese, trata-se de tutelar interesses privados. Ora, a atividade judicial de tutela de interesses privados caracteriza a jurisdição voluntária, como salientado por EDSON PRATA, porque, em princípio e por natureza, a atividade administrativa se volta à tutela do interesse público.

c) Confirmação de testamento particular

Escreve CASTRO FILHO:

“A denominação não é bem adequada, pois no procedimento não se irá cuidar de uma confirmação, mas se irá apurar se o testador testou livre e espontaneamente e se no ato de testar fez a leitura do testamento a cinco testemunhas, assinando um e outras a cédula testamentária. O procedimento, assim, é de apuração da regularidade do testamento particular.

Para tanto, o procedimento se inicia mediante petição do herdeiro legatário ou testamenteiro, instruída com o testamento particular, em que haverá de ser requerida a notificação das testemunhas instrumentárias para virem dizer a respeito do ato de disposição de bens, em audiência para a qual também deverão ser notificados aqueles a quem caberia a sucessão, bem como o Ministério Público.

O novo Código reduziu o rigorismo do anterior, admitindo a confirmação do testamento se três das testemunhas confirmarem sua autenticidade, vale dizer, mesmo que as duas outras estejam presentes e neguem esta.”(*Ibid.* pp. 166 e 169).

A confirmação ou negativa de confirmação judicial de testamento particular, neste processo de jurisdição

voluntária, não produz coisa julgada, não impedindo o acesso dos interessados às vias contenciosas. “Se a perícia confirmar que as assinaturas do testador e das testemunhas instrumentais são verdadeiras, razão alguma existirá para deixar de ser cumprido o testamento, que é ato de vontade não das testemunhas, mas do testador.” (Ibid. pp. 170-1).

d) Prestação de contas do testamentário

Cumpridas as disposições testamentárias, deve o testamentário prestar contas, em forma mercantil no juízo do inventário, ouvido o órgão do Ministério Público

“... se for necessário, no interesse do espólio ou por dúvidas levantadas por qualquer interessado, inclusive o órgão do Ministério Público, o juiz pode determinar a prestação ainda no curso do procedimento, enquanto a execução se desenvolve.” (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, v. XII, p. 270).

Essa prestação de contas é objeto de ato de jurisdição voluntária. Será, porém, de jurisdição contenciosa a ação de cobrança de eventual alcance declarado, sem força de coisa julgada, pelo juiz do inventário. Competente para essa ação é o foro do domicílio do testamentário, segundo a regra geral do art. 94 do CPC. Contra, afirmando a competência do foro do inventário: ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Ibid.* p. 272).

e) Registro, pelo testamentário, de hipoteca legal

O art. 1.136 do Código de Processo Civil contempla

a hipótese de o testador haver instituído herdeiros ou legatários menores ou interditos que, por incapazes, terão os bens que lhe couberem administrados por outrem, com garantia de hipoteca legal.

Na verdade, o dispositivo também se refere à mulher casada, para garantia do dote e de outros bens particulares dela, sujeitos à administração marital, conforme se lê no art. 827, I, do Código Civil. A referência, porém, perdeu a razão de ser, face ao disposto no art. 226, § 5º, da Constituição de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Se, no prazo de três meses, contados do registro do testamento, o responsável pela administração dos bens do incapaz não registra a hipoteca legal, incumbe ao testamenteiro requerer o seu registro e especialização, antes de entregar o legado ou a herança (CC, art. 840, II), sem o que não se haverão por cumpridas as disposições testamentárias, com as conseqüências daí decorrentes (CPC, art. 1.140, II).

f) Arbitramento da remuneração do testamenteiro

O art. 1.766 do Código Civil contém duas regras a destacar:

a) somente cabe o arbitramento judicial de prêmio a testamenteiro que não seja nem herdeiro, nem legatário e na falta de taxaço pelo testador; b) a remuneração é, no mínimo, de 1%.

Para melhor demonstração, transcreve-se *ipsis litteris* o texto do citado art. 1.766:

“Quando o testamenteiro não for herdeiro, nem legatário, terá direito a um prêmio que, se o testador o não houver taxado, será de 1% (um por cento) a 5% (cinco por cento), arbitrado pelo juiz, sobre toda a herança líquida, conforme a importância dela, e a maior ou menor dificuldade na execução do testamento (arts. 1.759 e 1.768).

Parágrafo único. Este prêmio deduzir-se-á somente da metade disponível, quando houver herdeiro necessário.”

Todavia, ensina-se, desde o Código de Processo Civil de 1939, que essas regras foram revogadas pela lei processual, face ao teor, agora, do art. 1.138 do Código de Processo vigente. Sustenta-se: a) que o testamenteiro tem direito a um prêmio, ainda que seja herdeiro ou legatário; b) que já não subsiste o mínimo de 1%; apenas o máximo de 5%, isto é, a vintena (100 : 20). (Cf. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários*. 1982, pp. 287 e ss.)

Não me parece assim. É certo que o citado art. 1.138 não repete a restrição do art. 1.766 do Código Civil: testamenteiro que “não for herdeiro, nem legatário”. Contudo, seu parágrafo segundo dispõe: “Sendo o testamenteiro casado, sob o regime de comunhão de bens, com herdeiro ou legatário do testador, não terá direito ao prêmio”. Ora, se basta a condição de casado, em comunhão de bens, com herdeiro ou legatário, para se excluir o arbitramento judicial da remuneração do testamenteiro, com maior razão se há de excluí-la, se ele próprio for herdeiro (instituído) ou legatário. A simples omissão da lei processual, quanto ao requisito de não ser o testamenteiro herdeiro ou legatário, bem como ao

percentual mínimo, não significa incompatibilidade. Os textos referidos não se repelem, mas se completam.

g) Remoção de testamenteiro

O art. 1.140 do CPC dispõe que o testamenteiro será removido e perderá o prêmio se: I — lhe forem glosadas as despesas por ilegais ou em discordância com o testamento; II — não cumprir as disposições testamentárias.

Não se esclarece, aí, sobre o procedimento a observar. Não há, porém, que se pensar em aplicação analógica dos dispositivos referentes à remoção de tutor ou curador (CPC, arts. 1.194-7), porque incide, no caso, a regra geral do art. 1.103. A requerimento do interessado ou do Ministério Público, o testamenteiro será citado para responder em dez dias. Produzidas as provas, inclusive as determinadas de ofício, o juiz decidirá o pedido, sem que esteja obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Em caso de extrema gravidade, poderá o juiz suspender o testamenteiro do exercício de suas funções, por liminar em ação cautelar inominada.

O processo de remoção de testamenteiro se inscreve entre os de jurisdição voluntária face à concepção da testamentaria como encargo, e não como direito subjetivo do testamenteiro, daí poder o juiz removê-lo ou deixar de removê-lo, por critérios de conveniência e de oportunidade.

3.3. HERANÇA JACENTE

É este um dos casos mais típicos de tutela de interesses privados de pessoas incertas.

A herança jaz, enquanto não se apresentam herdeiros para reclamá-la, não se sabendo se tais herdeiros existem ou não.

Os bens são arrecadados, na forma dos arts. 1.145 e seguintes do CPC e entregues a um curador que, por efeito da investidura judicial, adquire poderes de administrador (CPC, art. 1.144), cabendo-lhe, v.g., cobrar do locatário os aluguéis relativos a imóvel arrecadado.

Decorrido um ano da data da publicação do edital a que se refere o art. 1.152 do CPC, sem habilitação de herdeiro, a herança deixa de ser jacente. Torna-se vacante (CPC, art. 1.157). E, decorridos cinco anos da data da abertura da sucessão, os bens se incorporam ao domínio público (CC, art. 1.594).

O art. 1.152 do Código de Processo Civil dispõe que, “ultimada a arrecadação, o juiz mandará expedir edital, que será estampado três (3) vezes, com intervalo de trinta (30) dias para cada um, no órgão oficial e na imprensa da comarca, para que venham a habilitar-se os sucessores do finado no prazo de seis (6) meses contados da primeira publicação.” Todavia, do decurso desse prazo de seis meses não decorre a perda do direito de habilitação. Somente após o decurso do prazo de um ano é que a herança é declarada vacante (CPC, art. 1.157) e com o trânsito em julgado dessa sentença é que caduca o direito de habilitação, como deflui do art. 1.158 do Código de Processo Civil.

Depois, o herdeiro que não se habilitou pode ainda

reclamar a herança, por ação direta, como diz o art. 1.158 do CPC (ação de petição de herança), até que se complete o quinquênio determinante da incorporação dos bens ao domínio público (CC, art. 1.594).

Em síntese, a herança jacente é administrada por um curador nomeado pelo juiz; a herança vacante é administrada pelo Poder Executivo, até sua incorporação ao domínio público.

Nos termos do parágrafo único do art. 1.594 do Código Civil, a declaração de vacância determina, desde logo, a perda do direito à sucessão, quanto aos colaterais que não forem notoriamente conhecidos.



3.4. COISAS VAGAS

Trata-se, aqui, de atividade de jurisdição voluntária, desenvolvida pelo juiz, para a tutela de pessoas incertas, relativamente a bens seus, perdidos ou esquecidos.

Quem encontra coisa alheia perdida deve restituí-la ao dono ou legítimo possuidor (CC, art. 603). Não o conhecendo, incumbe ao inventor diligenciar para descobri-lo. Não conseguindo, deve entregar o objeto encontrado à autoridade competente (CC, art. 603, parágrafo único).

O Código Penal define como crime a apropriação de coisa alheia achada (art. 169, II).

Tudo isso, que está na lei, é pouco observado. A regra costumeira é outra: “encontrei, é meu”.

Sendo a lei observada, a coisa encontrada é entregue à autoridade policial ou judiciária, que a arrecada, lavrando-se auto que a descreve, dele constando, outrossim, as

declarações do inventor, sobre as circunstâncias em que a encontrou (CPC, art. 1.170).

Publica-se, depois, por duas vezes, no órgão oficial e com intervalo de dez (10) dias, um edital, de citação, para que o dono ou legítimo possuidor a reclame (CPC, art. 1.171).

Nos termos do art. 232, IV, do Código de Processo Civil, incumbe ao juiz determinar o prazo para que se aperfeiçoe a citação, que variará entre vinte (20) e sessenta (60) dias, correndo da data da primeira publicação.

Antes de decorrido esse prazo, não ocorre a perda da propriedade. Tampouco ocorre essa perda, pelo simples transcurso do mesmo. Somente após o decurso de seis (6) meses, da data da arrecadação, não se apresentando ninguém que mostre domínio sobre a coisa, é esta vendida e, deduzidas do preço as despesas e a recompensa do inventor, incorpora-se ao domínio público o produto da arrematação (CC, art. 606).

Apresentando-se o dono, antes da arrematação, e provando o seu direito, três situações, pelo menos, podem ocorrer. Pode receber a coisa, conforme previsão do art. 1.172 do CPC; pode abandoná-la, caso em que o inventor pode requerer lhe seja adjudicada, e pode recusar-se a pagar as despesas e o prêmio do inventor, o que vale como abandono, conforme lição de ALCIDES MENDONÇA LIMA (*Comentários*.1982, p. 418).

O artigo 1.175 do Código de Processo Civil dispõe: “O procedimento estabelecido neste Capítulo aplica-se aos objetos deixados nos hotéis, oficinas e outros estabelecimentos, não sendo reclamados dentro de um mês.” A norma somente se aplica aos objetos cujo dono se ignore, conforme sustenta JOSÉ OLYMPIO DE

CASTRO FILHO (*Comentários*. 1976, pp. 254-5). Efetivamente, não teria sentido a citação por edital, exigida pelo art. 1.171, se conhecido o dono ou legítimo possuidor do bem esquecido em hotel ou oficina.

4. TUTELA DOS INCAPAZES

4.1. PÁTRIO PODER

Observa SÍLVIO RODRIGUES: “Comparando o pátrio poder na forma como se apresentava na Roma antiga, com o mesmo instituto na roupagem que hoje o reveste, nota-se uma tão profunda modificação em sua estrutura que não se pode acreditar se trate da mesma instituição.

No Direito Romano o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, compreendendo o direito de punir, de expor, de vender o filho e mesmo o direito de matá-lo, *jus vitae et necis*. Sendo o filho, em Roma, *alieni juris*, não tinha patrimônio e, portanto, tudo o que porventura ganhasse pertencia ao pai. Já no Direito moderno, o pátrio poder se caracteriza ‘como um instituto de caráter eminentemente protetivo em que, a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo de seu titular. Hodiernamente, o pátrio poder se apresenta como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos

filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. O fato de a lei impor deveres aos pais, com o fim de proteger os filhos, realça o caráter de '*munus público*' do pátrio poder. E o torna irrenunciável." (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, v. VI, pp. 361-4).

O art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.07.90) estabelece que "o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência."

Compreende-se no pátrio poder, quanto à pessoa dos filhos, a competência dos pais para (Código Civil, art. 384):

- I — dirigir-lhes a criação e educação;
- II — tê-los em sua companhia e guarda;
- III — conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV — nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder;
- V — representá-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI — reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII — exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

No caso de separação de fato ou de direito, pode o filho menor ser confiado à guarda de um dos pais, sem que isso implique em perda do pátrio poder pelo outro, a quem se confere, então, o direito de visita.

A Lei do Divórcio (Lei 6.515, de 26.12.77) estabelece que, no caso de separação, observar-se-á, em princípio, o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (art. 9º). Não havendo acordo, a guarda se defere à mãe, ao pai, ou mesmo a terceiro, conforme dispuser o juiz, em atenção ao interesse do menor. “Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.” (Lei cit., art. 15).

Na concepção moderna, o pátrio poder já não é um direito sobre a pessoa dos filhos, mas um poder que se exerce na medida do interesse da criança ou do adolescente. Por essa razão, são casos de jurisdição voluntária a busca e apreensão de pessoa, de que trata o art. 839 do Código de Processo Civil, medida aplicável a incapazes (menores e interditos), que se sujeitam à guarda e poder de outros; a posse provisória dos filhos, nos casos de separação, divórcio ou anulação de casamento, de que trata o art. 888, III, do Código de Processo Civil; o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei e à moral, de que trata o art. 888, V, do mesmo Código; a regulação da guarda e educação dos filhos e do direito de visita, prevista no art. 888, VII, da lei processual.

Em todos esses casos, nos deparamos, em concreto, com conflitos de interesses, mas, ainda que se apresentem os interessados um como autor e o outro como réu, não se trata de definir direitos subjetivos sobre o incapaz. Ainda que se fale em “posse” dos filhos, certo é que crianças e adolescentes não são coisas, que possam ser tratados como objeto de direitos. Trata-se, nesses casos,

de encontrar a solução mais conveniente para o incapaz, sem embargo de eventuais “direitos” do pai ou da mãe. Essa a razão pela qual nos encontramos, nesses casos, ante hipóteses de jurisdição voluntária.

→ Assim, as mesmas razões que levaram o Código de Processo Civil a incluir a ação de remoção de tutor entre os procedimentos de jurisdição voluntária nos levam a caracterizar como tal a ação de suspensão ou destituição do pátrio poder, regulada pelos arts. 155 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Compete essa ação ao Ministério Público ou a quem quer que demonstre legítimo interesse (Lei 8.069/90, art. 155), parente ou não. (Ampliou-se o disposto no art. 394 do Código Civil.)

A *causa petendi* deve ser uma das hipóteses previstas no art. 395 do Código Civil: castigos imoderados, abandono intelectual ou material, prática de atos contrários à moral ou aos bons costumes.

Proposta a ação, pode o juiz, liminarmente, ou no curso dela, suspender o pátrio poder, até o julgamento definitivo da causa (Lei 8.069, art. 156). No caso de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, pode o juiz determinar o afastamento do agressor da moradia comum (Lei cit., art. 130).

Citado, o requerido tem o prazo de dez dias para responder (art. 158), através de advogado. Sendo-lhe concedido o benefício da assistência judiciária, conta-se o prazo a partir da intimação ao advogado do despacho de nomeação (art. 159).

A ausência de resposta não produz os efeitos da revelia, mas o juiz pode, não obstante, proferir sentença independentemente de audiência (art. 161).

Esta somente se realiza quando necessária (art. 162, § 2º).

Como se trata de processo de jurisdição voluntária, não há produção de coisa julgada material. Observe-se que o juiz não declara direito do autor em face do réu, como ocorre na jurisdição contenciosa. Poder-se-ia contra-argumentar, dizendo-se que se trata de sentença desconstitutiva dos direitos do pai ou da mãe sobre o filho menor. Todavia, na concepção moderna, não há direito subjetivo dos pais em face dos filhos. Além disso, embora ouvido sempre que possível e razoável (Lei 8.069, art. 161, § 2º), o menor não é parte no processo de destituição do pátrio poder.

“Não obstante ter perdido o pátrio poder, continua o pai obrigado a cumprir os deveres de ordem patrimonial.

A perda do pátrio poder não implica sua extinção no sentido de afastamento definitivo ou impossibilidade permanente de continuar no seu exercício. O pátrio poder perdido pode ser restabelecido, provada a regeneração do pai ou desaparecida a causa que a determinou.

A *reintegração* no exercício do *munus*, de que o pai foi privado, deve ser pleiteada judicialmente pelo interessado.” (GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 369).

Cessam, porém, todos os vínculos e torna-se irreversível a perda do pátrio poder, sobrevindo adoção (Lei 8.069, art. 41).

4.2. BUSCA E APREENSÃO DE INCAPAZ

O pátrio poder somente pode ser visualizado como direito subjetivo dos pais em face de terceiros. Em face do menor, em vez de direitos há sobretudo deveres e, na relação do pai com a mãe, o que sobreleva é o interesse da criança e não eventual direito de um ou de outro.

Precisamente em relação a terceiros, há que se considerar o direito dos pais de reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, direito extensivo a quem haja sido judicialmente outorgada a guarda de incapaz. Cabe, então, a ação que PONTES DE MIRANDA denomina de “ação de vindicação”, sem ser de “reivindicação”, porque pessoas não são coisas. Não há norma que regule a forma dessa ação.

Admite-se, porém, em casos como o de rapto da criança por terceiro ou de subtração de menor em desobediência à decisão judicial, que o juiz defira liminarmente a busca e apreensão, que se torna definitiva pela simples ausência de contestação. Havendo contestação, segue-se o rito ordinário ou o das ações cautelares, tratando-se a hipótese, em qualquer dos casos, como de ação autônoma de jurisdição contenciosa e não como de ação cautelar.

“Não ocorrendo uma dessas hipóteses excepcionais”, ensina SÍLVIO RODRIGUES, “o juiz, recebendo o pedido, mandará citar o réu; contestado o feito, a ação tomará o rito ordinário, embora conserve o nome de ‘busca e apreensão’”. (*Direito Civil. Direito de Família*. 14ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988, v. VI, p. 370). Tem-se, aí, ação autônoma, destinada a definir a guarda de incapaz, a qual, a meu juízo, se enquadra no âmbito da jurisdição

voluntária, por inexistência de direito subjetivo à posse. Quanto ao rito, com razão observa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: "Ação (...) que sob o nome de busca e apreensão, seja ajuizada para dirimir, em definitivo, o direito à posse ou guarda de incapaz, deve ser processada como ação de cognição, sob rito ordinário, e não como ação cautelar, de rito sumário." (*Processo Cautelar*. 12^a ed., São Paulo, Universitária de Direito, 1990, p. 279). Em tal caso, não é admissível a concessão liminar da busca e apreensão (*Ibidem*, p. 283).

Terceira hipótese é a das ações de busca e apreensão com que se regula provisoriamente a guarda, na previsão de outra ação principal, em que ocorrerá a regulação definitiva. Essa ação pode ser a de nulidade de casamento, a de separação judicial, a de destituição do pátrio poder ou simplesmente a ação ordinária de busca e apreensão (ação para definir a guarda de incapaz) a que se fez referência acima. O rito é o das ações cautelares. Contudo, ainda aí, estamos no âmbito da jurisdição voluntária, porque, se o que mais importa é o interesse do incapaz, não teria sentido, v.g., declarar-se a ineficácia da regulação provisória pelo simples fato de não haver sido proposta a ação principal no prazo legal de trinta dias. Suponha-se busca e apreensão concedida, liminarmente ou por sentença, em ação cautelar, porque provados os maus-tratos a que vinha sendo submetida a criança. Pode-se conceber a decretação da ineficácia dessa medida cautelar, por inobservado o prazo legal de 30 dias, para a propositura da ação principal?

Na verdade, a jurisdição voluntária não é incompatível com a idéia de regulação provisória em oposição à definitiva. Como, todavia, na jurisdição voluntária há

sempre possibilidade de modificação da sentença, ocorrendo circunstâncias supervenientes (CPC, art. 1.111), há menos interesse em se distinguir a regulação provisória da “definitiva”.

Adverte HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, citando acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que “como o pátrio poder é exercido concomitantemente por ambos os genitores, em tese, não há busca e apreensão de filho que esteja em poder de um deles, senão quando o requerente da medida alegue e comprove, convenientemente, que a permanência da situação se apresente nociva ao menor, quer sob o ponto de vista educacional, quer quanto à sua formação física e moral”. E prossegue: “Essa comprovação há de ser feita, em regra, com todo cuidado e ponderação dentro dos limites amplos da cognição plena ordinária, para salvaguarda dos interesses dos menores. E só em casos excepcionais, de extrema urgência e gravidade, é que se admite possa o juiz acolher justificação unilateral e apreensão *inaudita altera parte* (art. 804) de filhos menores, em disputa entre cônjuges”. Essa justificação se fará em ação cautelar de busca e apreensão, porque, “se se propõe desde logo a ação de mérito, não é lícito pretender busca e apreensão com simples pedido incluído incidentalmente na petição inicial, porque a ação cautelar exige, sempre, processo próprio, inacumulável com o de mérito”. (*Processo cautelar*. 12^a ed., São Paulo, Universitária de Direito, 1990, pp. 279 e 283).

Contudo, a liminar de busca e apreensão pode ser concedida liminarmente em ação autônoma de desti-

tução ou suspensão do pátrio poder, *ex vi* do art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

ULDERICO PIRES DOS SANTOS (*Medidas cautelares*, São Paulo, Paumapé, 1990, p. 233) transcreve acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se admitiu a transformação da cautelar de busca e apreensão de incapaz em medida definitiva, a pretexto de que não haveria ação principal a ser proposta, por não serem casados os litigantes. Nada, porém, ilustra melhor o caráter de jurisdição voluntária da medida, cautelar ou não, do que o modo como se fundamentou essa decisão, *verbis*: “aos menores não interessa a protelação da definição judicial de sua guarda, que a tanto equivaleria a decretação de carência de ação por parte do autor impondo-lhe a renovação do mesmo pedido apenas com outro nome: Ação Ordinária de Modificação de Guarda de Menor. Assim, nada justificaria não se tomar, como definitiva, a ação proposta, porque isto seria, tão-somente, o prolongamento desnecessário de sua situação resolvida, com o caráter definitivo, através da sentença recorrida. Ademais, como bem salienta o Prof. Washington de Barros Monteiro, ‘a guarda dos filhos não é da essência, mas tão-só da natureza do pátrio poder, de modo que pode ser confiada a outrem, ainda que estranhos’, isto porque ‘quaisquer medidas que se tomem, porém, a respeito, revestir-se-ão de caráter provisório e a todo o tempo serão suscetíveis de modificação no interesse dos menores’. Assim, o problema inicialmente abordado (poderia o juiz transformar em definitiva medida requerida como preparatória?) não tem maior significação.”

4.3. FAMÍLIA SUBSTITUTA

Também determinam a instauração de processos de jurisdição voluntária os pedidos de guarda, tutela ou adoção, regulados pelos arts. 165 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda se destina, em geral, a regularizar anterior posse de fato (Lei 8.069/90, art. 33, § 1º). Tem caráter precário, porquanto pode ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público (Lei cit., art. 35).

Mais complexo é o instituto da tutela que, no Direito brasileiro, se refere sempre a menores. A tutela diz-se testamentária, quando nomeado o tutor em testamento ou codicilo (Código Civil, art. 407, parágrafo único), legítima, quando observada a gradação prevista em Lei (Código Civil, art. 409) e dativa, quando inexistente tutor testamentário ou legítimo (Código Civil, art. 410).

A função tutelar se assemelha ao pátrio poder. Mas o tutor não pode emancipar o tutelado nem tem o usufruto de seus bens e, para a venda de seus imóveis, não basta a autorização do juiz, exigindo-se hasta pública. Ao passo que o pátrio poder se estende até o fim da menoridade, a tutela é provisória, porquanto o tutor não é obrigado a servir além de dois anos (Código Civil, art. 444).

A principal diferença, porém, é que, diversamente do poder parental, a tutela se exerce “sob inspeção judicial (Código Civil, art. 422), assim em relação à administração do patrimônio, quanto às medidas corretivas necessárias” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito*

Civil. Direito de Família. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. V, p. 299).

Nos termos do art. 36, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a tutela pressupõe prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder. Não há, pois, tutela provisória. Provisoriamente, o que se pode deferir a terceiro é a guarda do menor.

→ Observa JOSÉ FREDERICO MARQUES que “o juiz intervém na tutela, através de atos de jurisdição voluntária: a) para a administração dos bens do tutelado (Código Civil, arts. 425, 427, 432, § 2º, e 433); b) para corrigir o menor (art. 424, II); c) para arbitrar a gratificação do tutor (art. 431, parágrafo único); d) para aprovar balanços anuais da administração do tutor (art. 435); e) para aprovação de contas após findar-se a tutela (art. 437). (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1959, p. 288).

Integra-se, porém, no âmbito da jurisdição contenciosa a ação de prestação de contas que promova o Ministério Público contra o tutor, conforme previsão do art. 201, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Jurisdição voluntária há, sim, na apreciação, pelo juiz, do pedido de exoneração do encargo, formulado pelo tutor, fundado no decurso do prazo em que era obrigado a servir (CPC, art. 1.198).

Também é processo de jurisdição voluntária o de remoção de tutor, nada importando a eventual existência de lide entre o tutor e quem requeira a sua remoção. É que o tutor não tem direito subjetivo à tutela. Por isso, embora seja, em princípio, motivo determinante da remoção a infringência, pelo tutor, de qualquer dos deveres que a lei civil lhe impõe, o juiz não está “obrigado

a observar o princípio da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna” (CPC, art. 1.109). Segue-se que nem sempre a pura e simples infringência do texto legal determinará a remoção do tutor ou curador, ficando sempre ao prudente critério do juiz resolver sobre a manutenção ou a remoção do tutor, para estabelecer a solução que julgue mais oportuna e conveniente. (CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. X, pp. 294-5).

Havendo motivo grave, cabe liminar de suspensão da tutela, caso em que se nomeia tutor interino (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 157; CPC, art. 1.197).

→ Diversamente da guarda e da tutela, a adoção é definitiva: “atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” (Lei 8.069/90, art. 41).

O vínculo da adoção se constitui por sentença judicial, que se inscreve no registro civil mediante mandado do qual não se fornece certidão (Lei cit., art. 47).

A adoção é irrevogável. A própria morte do adotante não restabelece o pátrio poder dos pais naturais (Lei cit., arts. 48 e 49).

Conforme MARCO AURÉLIO S. VIANA, a adoção regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente convive com a denominada adoção civil, regulada pelo Código Civil, nos arts. 368 a 378 (*Da guarda, da tutela e da adoção*. Del Rey, 1991, p. 54).

São as seguintes as principais diferenças entre a

adoção regulada pelo Código Civil e a do Estatuto da Criança e do Adolescente:

a) faz-se a primeira por escritura pública (Código Civil, art. 375); decorre a segunda de sentença judicial (Estatuto, art. 47);

b) no Código Civil, o parentesco resultante da ação limita-se ao adotante e ao adotado (art. 376); no Estatuto, o parentesco se estende aos parentes do adotante e aos descendentes do adotado (art. 41, § 2º);

c) a adoção do Código Civil não extingue o parentesco natural (art. 378); a do Estatuto desliga o adotado de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 41);

d) a adoção do Código Civil é revogável (arts. 373 e 374); a do Estatuto é indissolúvel (arts. 48 e 49);

e) no Código Civil, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária (art. 377); no Estatuto, a adoção atribui ao adotado os mesmos direitos dos filhos naturais, inclusive sucessórios (art. 41);

f) podem ser adotados, segundo o Código Civil, os menores de 21 anos; segundo o Estatuto, somente os menores de 18, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40).

Entendo que a adoção do Código Civil já não subsiste: primeiro, porque assim decorre do art. 39 do Estatuto (“A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta lei.”); segundo, porque contraria o disposto no art. 227, § 6º, da Constituição: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

A adoção se processa no foro do domicílio dos pais

do adotando ou do responsável; à sua falta, no lugar onde se encontre a criança ou adolescente (Estatuto, art. 147) e no juízo da Infância e da Juventude ou que exerça essa função, na forma da Lei de Organização Judiciária local (Lei cit., art. 146).

O adotante pode ser solteiro, caso em que, forçosamente, do registro civil constará o nome de apenas um dos pais.

Cônjuges ou concubinos podem adotar conjuntamente, desde que se trate de união estável, caso em que ambos deverão ser dezesseis anos mais velhos do que o adotando (Estatuto, art. 42, §§ 2º e 3º).

Separados e divorciados não atendem ao requisito da união estável. Contudo, podem adotar conjuntamente, contanto que o estágio de convivência, a que se refere o art. 46 do Estatuto, tenha se iniciado na constância da sociedade conjugal e desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas.

É interessante observar que a adoção do maior de 12 anos e menor de 16 depende de declaração de vontade do adotando, não obstante sua incapacidade absoluta (Lei cit., art. 45, § 2º).

A adoção prescinde de advogado na hipótese do art. 166 do Estatuto, *verbis*: “Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em Cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes.”

Com a sentença de adoção, recebe o adotado o patronímico do adotante, podendo também, a pedido deste, ver modificado o próprio prenome (Lei cit., art. 47, § 5º).

Embora se exija a inscrição da sentença no registro Civil (art. 47), os seus efeitos decorrem do simples trânsito em julgado (art. 47, § 6º).

4.4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO POR ATO INFRACIONAL

A criança, como tal definida a pessoa até doze anos de idade incompletos, e o adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade (Lei 8.069/90, art. 2º) são penalmente inimputáveis (Lei cit., art. 104).

Considera-se “ato infracional” a conduta descrita como crime ou contravenção penal, de menor de dezoito anos (Lei cit., art. 103).

“Dogmaticamente conceitua-se o infrator como sendo aquele jovem menor de 18 anos de idade cujo comportamento encontra descrição na norma penal incriminadora, embora ele, infrator, por ser penalmente inimputável, não pratique crime, e sim, num eufemismo jurídico, ‘ato infracional’.” (MOUSNIER, Conceição A. *O ato infracional*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1991, p. 15).

O menor de 18 anos é inimputável, ainda que casado ou emancipado.

A criança infratora fica sujeita às medidas do art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente: encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão

em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade; colocação em família substituta. Tais medidas, com exceção da última, são aplicadas pelo Conselho Tutelar (E.C.A., art. 136, I), podendo ser revistas pelo Juiz da Infância e da Juventude (Lei cit., art. 137).

“O Estatuto situa o ato infracional praticado pela criança na esfera única do assistencialismo, sem qualquer conotação de conflito de interesses.” (*Ibid.*, p. 29). “Ao menor de 12 anos, criança, incurso na prática infracional, aplicar-se-ão apenas as medidas específicas de proteção, não se sendo endereçadas às medidas sócio-educativas.” (*Ibid.*, p. 106).

O adolescente que pratique ato definido como crime ou contravenção pode sofrer uma das seguintes medidas sócio-educativas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional (E.C.A., art. 112). A competência, para aplicá-las, é privativa do Juiz da Infância e da Juventude (art. 148, I).

As medidas sócio-educativas não constituem penalidade. “Trata-se de recurso destinado a reconduzir o adolescente a um padrão de comportamento compatível com a dignidade humana e com a convivência em sociedade.” (*Ibid.*, p. 95).

Das medidas aplicáveis ao adolescente infrator, duas são privativas de liberdade: a inserção em regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional. “Embora as medidas de semiliberdade e internação não sejam retributivas e sim educativas, importam inegavelmente em privação de liberdade, em maior ou menor grau. O Estatuto enfrenta sem sofismas esta realidade nos arts. 106, 120 e 121.” (*Ibid.*, p. 26).

A aplicação dessas medidas, que importam em privação da liberdade, dependem de “devido processo legal” (Lei cit., art. 110), que se inicia por representação do Ministério Público (art. 182) e exige a presença de um defensor (art. 207).

“É preciso compreender com clareza a intenção do legislador delineada no § 2º do art. 186 do diploma tutelar, quando torna obrigatória a designação da audiência de continuação com suas conseqüências inerentes, apenas nos atos infracionais graves passíveis de aplicação das medidas sócio-educativas de internação ou colocação em regime de semiliberdade.

Isso se explica porque em alguns momentos teve o legislador estatista uma certa dificuldade em conciliar o sistema do *due process of law* com o caráter protecionista da lei. Estabelecer, por exemplo, o contraditório, quando o ato infracional e a problemática do jovem infrator estão a merecer uma medida de advertência, seria submetê-lo a desnecessário embate processual.” (*Ibid.*, p. 26).

Em qualquer caso, porém, o processo contra adolescente infrator se inicia por representação do Ministério Público, contendo o resumo dos fatos, a classificação do

ato infracional e, quando for o caso, o rol de testemunhas (Lei cit., art. 182).

Em crítica ao novo texto legal, disse o Juiz de Menores **RENATO CRAMER PEIXOTO**:

“Que o procedimento é criminal, não resta dúvida a partir daí. Tanto que nessa representação deverá estar contida a acusação que é feita contra o menor. O fato de ser alvo de acusação coloca-o, inequivocamente, como o alvo da ira do Estado que pretende, inclusive, puni-lo. A confirmação disso se tem no momento em que, imbuídos de mentalidade criminalista, os verdadeiros autores desse texto previram ao menor a garantia de igualdade na relação processual. Para que haja relação processual é preciso que duas partes estejam em litígio a ser dirimido pelo Juiz de Direito. Assim, o menor passa a ser, automaticamente, réu no processo que contra ele move o Estado.” (*Zero Hora*, Porto Alegre, 14 ago. 1990).

Não parece procedente a crítica, porque, negando-se ao menor a qualidade de sujeito da relação processual, não lhe resta outra que a de objeto do processo, com negativa de seus direitos processuais.

Quer se trate de criança, quer se trate de adolescente, a atividade desenvolvida pelo Estado, no caso de ato infracional, visa à tutela do interesse público, o que ressalta da circunstância de se supor, sempre, hipótese definida como crime ou contravenção.

Trata-se, porém, de atividade diferenciada, em relação ao processo penal, por exclusão de qualquer idéia punitiva.

Dada a finalidade pública da atividade desenvolvida, não nos deparamos, aí, com hipóteses de jurisdição voluntária. A ação por ato infracional, para a eventual aplicação de medida privativa de liberdade, entra no quadro da jurisdição contenciosa, sem embargo da inexistência de coisa julgada, excluída pelos arts. 113, 99 e 100, combinados, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nos demais casos, especialmente nos que concernem às atribuições do Conselho Tutelar, o que se tem é atividade de natureza administrativa.

4.5. CURATELA

O Código Civil estabelece que estão sujeitos à curatela os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não podem exprimir a sua vontade e os pródigos (art. 446). Nesses casos, decretada a interdição, fica o interdito sujeito à curatela (art. 453).

Pode-se definir a curatela como o “encargo cometido a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores incapazes. A definição, todavia, não abrange todas as espécies de curatela, algumas das quais, pela natureza e efeitos específicos, mais tecnicamente se denominam curadorias. E desbordam da proteção aos maiores incapazes, para às vezes alcançarem menores”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. V, p. 308).

“O pressuposto fático da curatela é a incapacidade; o pressuposto jurídico, uma decisão judicial. Não pode haver curatela senão deferida pelo juiz” (*Ibid.*). “Decretando a interdição, o juiz nomeará curador ao interdito”, estabelece o art. 1.183 do Código de Processo Civil.

Também SÍLVIO RODRIGUES afirma que “a distinção fundamental entre a tutela e a curatela consiste em que a primeira se destina a proteger o incapaz menor, enquanto a segunda se destina a proteger o incapaz maior.” E transcreve a definição de BEVILÁQUA: “Curatela é o encargo público, conferido, por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que por si não possam fazê-lo”. (Direito civil. São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 413-4).

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, porém, com razão observa que, embora excepcionalmente, poderá ser submetido à curatela menor relativamente incapaz que, por anomalia psíquica, necessite ser representado e não meramente assistido por seu pai, mãe ou tutor (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, RT, 1982, p. 433).

A natureza contenciosa ou voluntária do processo de interdição é controvertida, na doutrina. “Enquanto Wach, Chiovenda, Garsonne et Bru sustentavam que o processo de interdição é de jurisdição contenciosa, sobretudo porque nela se pode instaurar dissídio e ainda porque se trata de fazer atuar a vontade da lei, no interesse do Estado, Cernelutti entendia que é de jurisdição voluntária, porque nele o juiz não decide frente a duas partes, com interesse em conflito, senão face a um interesse público, cuja tutela reclama sua intervenção, sendo tal interesse do incapaz.” (CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. X, pp.258-9).

Conforme CARNELUTTI, o processo de interdição é de jurisdição voluntária, porque nele não há lide. É preciso, porém, que se compreenda: não há lide em abstrato, porque se trata de processo instituído por lei

unicamente para fins de tutela do interesse único do incapaz. No plano concreto, o conflito de interesses é, com freqüência, uma realidade que não se pode afastar com meras palavras. Em particular no caso de interdição por prodigalidade, é manifesto o interesse do cônjuge, ascendente ou descendente (Código Civil, art. 460) em impedir a dilapidação do patrimônio comum ou da futura herança, pelo pródigo.

Na verdade, com ou sem lide, o processo de interdição é de jurisdição voluntária, porque nele não se trata de determinar direitos e deveres de uma parte em face da outra. Ainda que incapaz o interditando, não há direito subjetivo do requerente à decretação da interdição.

A competência para a ação de interdição é do foro do domicílio do interditando, por aplicação da regra geral do art. 94 do CPC.

São legitimados ativos (CPC, art. 1.177): I — o pai, mãe ou tutor; II — o cônjuge ou parente próximo, como tal entendido o parente sucessível, como decorre do art. 1.182, § 3º, do CPC, que exclui os parentes por afinidade. Não obstante, JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO (*Comentários*, p. 260) e ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Comentários*, p. 435) incluem os parentes por afinidade entre os legitimados ativos; III — o Ministério Público.

Tal ordem “é meramente metodológica, de maneira que quaisquer das pessoas indicadas no texto podem promover a medida, sem observância de prioridade, exceto quanto ao Ministério Público.” (CASTRO FILHO. *Comentários*. 1976, p. 259).

Este só é legitimado no caso de anomalia psíquica conjugada com a falta, omissão ou incapacidade de

familiares legitimados (CPC, art. 1.178). O Ministério Público não tem, pois, legitimidade para promover interdição fundada em prodigalidade (CC, art. 460) ou na incapacidade do surdo-mudo de exprimir a sua vontade. Tenho por equivocada a lição de CASTRO FILHO, acolhida por MENDONÇA LIMA (*Comentários*, p. 440), afirmando a derogação do art. 460 do Código Civil, por constituir a prodigalidade hipótese de anomalia psíquica, que é a expressão empregada pelo art. 1.178, I, do Código de Processo Civil. Eventualmente, o esbanjamento de dinheiro e a dilapidação dos bens podem ser sintomas de anomalia psíquica. Mas não necessariamente. Um São Francisco de Assis, a distribuir seus bens pelos pobres, poderia ser interditado por prodigalidade, mas não por "anomalia psíquica".

O art. 1.181 do Código de Processo Civil determina a citação do interditando. MENDONÇA LIMA (*Comentários*, p. 452) preconiza a aplicação dos parágrafos do art. 218 no caso, que facilmente pode ocorrer, de o Oficial de Justiça constatar a impossibilidade de o citando receber a citação, por demência manifesta. Parece-me que, nesse caso, tendo-se em vista a finalidade do processo de interdição, basta que o Oficial de Justiça certifique o ocorrido, não havendo necessidade de um prévio exame médico, apenas para o efeito de citação.

Enquanto não interditado, presume-se a capacidade do interditando, que, por isso, pode outorgar procuração a advogado que o defenda (CPC, art. 1.182, § 2º).

O interrogatório a que se refere o art. 1.181 do Código de Processo Civil já é ato do processo, sujeito ao princípio do contraditório, impondo-se, por isso, além da citação do interditando, a intimação do Ministério Público e,

sendo este o requerente, também a do curador à lide (V. art. 1.182, § 1º).

O Código não prevê julgamento antecipado da lide, por sentença de improcedência anterior à nomeação de perito, medida que MENDONÇA LIMA entende admissível, “em casos extremos, isentos de qualquer dúvida” (*Comentários*, p. 454). É entendimento que se pode acolher. É que, da falta de impugnação não decorrem os efeitos da revelia. Se, oferecida, fosse ineliminável o exame médico, independentemente do que fosse nela alegado e provado, a impugnação acabaria por não ter qualquer eficácia jurídica.

Da nomeação de curador provisório se pode cogitar em duas situações distintas: a primeira delas, verdadeira medida litisreguladora, quando há risco de dano vinculado à demora da sentença definitiva; a segunda, quando há expectativa de recuperação da capacidade mental, como no caso lembrado por CELSO ANTÔNIO ROSSI (“Do curador provisório em processo de interdição”. *Revista dos Tribunais*, (503): 252-3, set. 1977), de inconsciência decorrente de acidente.

Em ambos os casos, é de se admitir a nomeação de curador provisório, por liminar fundada no princípio a que se refere o art. 1.109, segunda parte, do Código de Processo Civil, desde que haja comprovação inequívoca da incapacidade mental e se verossímeis os alegados riscos de dano.

Os efeitos da sentença de interdição se produzem *ex nunc*. “Tem-se visto afirmar que, ao decretar a interdição, com fundamento em alienação mental, deve o juiz dizer desde quando se hão de produzir os efeitos da providência, fixando o *dies a quo* no momento em que, à luz

sendo este o requerente, também a do curador à lide (V. art. 1.182, § 1º).

O Código não prevê julgamento antecipado da lide, por sentença de improcedência anterior à nomeação de perito, medida que MENDONÇA LIMA entende admissível, “em casos extremos, isentos de qualquer dúvida” (*Comentários*, p. 454). É entendimento que se pode acolher. É que, da falta de impugnação não decorrem os efeitos da revelia. Se, oferecida, fosse ineliminável o exame médico, independentemente do que fosse nela alegado e provado, a impugnação acabaria por não ter qualquer eficácia jurídica.

Da nomeação de curador provisório se pode cogitar em duas situações distintas: a primeira delas, verdadeira medida litisreguladora, quando há risco de dano vinculado à demora da sentença definitiva; a segunda, quando há expectativa de recuperação da capacidade mental, como no caso lembrado por CELSO ANTÔNIO ROSSI (“Do curador provisório em processo de interdição”. *Revista dos Tribunais*, (503): 252-3, set. 1977), de inconsciência decorrente de acidente.

Em ambos os casos, é de se admitir a nomeação de curador provisório, por liminar fundada no princípio a que se refere o art. 1.109, segunda parte, do Código de Processo Civil, desde que haja comprovação inequívoca da incapacidade mental e se verossímeis os alegados riscos de dano.

Os efeitos da sentença de interdição se produzem *ex nunc*. “Tem-se visto afirmar que, ao decretar a interdição, com fundamento em alienação mental, deve o juiz dizer desde quando se hão de produzir os efeitos da providência, fixando o *dies a quo* no momento em que, à luz

da prova colhida, houver começado a incapacidade decorrente da anomalia psíquica. Os requerentes costumam pedi-lo, e os órgãos judiciais às vezes se consideram obrigados a atender a semelhante pedido, ou até a incluir *ex officio*, na sentença, cláusula do teor indicado. Semelhante idéia repousa num equívoco”, observa JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. (Eficácia da sentença de interdição por alienação mental. *AJURIS*, Porto Alegre, (37): 238-44, jul. 1986).

Efetivamente, efeito da sentença de interdição é a constituição da curatela, insuscetível de projetar-se para o passado. A declaração de incapacidade, nela contida, é declaração de fato, que não produz coisa julgada. Integra a motivação da sentença, não o *decisum*.

Os atos jurídicos praticados pelo interdito são nulos, por causa da interdição. Os que praticou antes são nulos em virtude de sua incapacidade, que precisa ser provada.

“Esclareça-se bem: necessária é a prova, não a propositura de ação especificamente destinada à invalidação, consoante ocorreria se se cuidasse de anulabilidade. A nulidade do ato do incapaz é declarável *incidenter tantum*, e por conseguinte argüível em defesa, sem que importe em nada sobrevir ao ato a interdição, ou mesmo não haver sido jamais decretada. Não se exclui, obviamente, a possibilidade de algum legitimado propor ação para ver declarada a inexistência de relação jurídica que nasceria do ato, baseando o pedido na nulidade deste e arcando com o ônus da prova da incapacidade.” (*Ibid.*).

Em sentido contrário, pode-se citar OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, para quem a sentença de

interdição é constitutiva *ex tunc* (*Sentença e coisa julgada*. 2ª ed., Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 118).

No processo de interdição, como nos processos de jurisdição voluntária em geral, não há nem vencedor nem vencido, motivo por que não cabe condenação em custas e honorários, devendo cada parte prover as despesas dos atos que realizam ou requerem conforme dispõe o art. 19 do Código de Processo Civil. (Contra, afirmando que as custas devem ficar por conta do interditando, se procedente o pedido, ou de quem requereu a interdição, se improcedente, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA. *Comentários*, p. 457).

Por se tratar de jurisdição voluntária, a sentença não produz coisa julgada material, motivo por que, julgado improcedente o pedido de interdição, pode ele, havendo motivo relevante, ser renovado e, por outro lado, a interdição, decretada, pode ser levantada, na forma do art. 1.186 do CPC.

Ao passo que a sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação, a que levanta a interdição somente adquire eficácia após o trânsito em julgado. (*Ibid*, p. 476).

4.6. AUSÊNCIA

Os ausentes, declarados tais por ato do juiz, são absolutamente incapazes (Código Civil, art. 5º, IV).

A ausência é regulada pelos arts. 463 a 484 do Código Civil e 1.159 e seguintes do Código de Processo Civil.

Nela se podem distinguir três fases: a da curatela, a

da sucessão provisória e a da sucessão definitiva. A cada uma corresponde um processo próprio.

Na primeira fase, arrecadam-se os bens do ausente e se lhe nomeia um curador. A sentença, que se profere, é constitutiva da curatela.

Decorrido o prazo legal de um ano (CPC, art. 1.163), podem os interessados requererem a abertura da sucessão provisória. Com o trânsito em julgado da respectiva sentença, tem início a segunda fase. Procede-se à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens do ausente, imitando-se os herdeiros em sua posse, contra caução de os restituir (CPC, arts. 1.165-6).

Decorridos dez anos ou ocorrido outro dos fatos previstos em lei, tem início a fase da sucessão definitiva, levantando-se as cauções prestadas (CPC, art. 1.169; Código Civil, art. 1.481). A sentença, que se profere, é constitutiva da sucessão definitiva.

“Constituição da curatela”. Há que se distinguir ausência declarada (o ser ausente, a pessoa juridicamente ausente) da simples ausência (o estar ausente, a pessoa faticamente ausente). A primeira supõe, além do fato da ausência, a falta de notícias, como decorre do art. 1.163 do CPC (“sem que se saiba do ausente”), bem como a declaração da ausência, com a arrecadação dos bens do ausente e a nomeação de curador que os administre. Mesmo nas leis, quando se fala em ausência, quase sempre é da segunda que se trata: a ausência simples, isto é, o fato de não se encontrar a pessoa em seu domicílio, como expressamente se declara no art. 552, parágrafo único, do Código Civil, a propósito da usucapião: “Reputam-se presentes os moradores do mesmo município e ausentes os que habitam município diverso.”

Repetindo os arts. 463 e 464 do Código Civil, o art. 1.159 da lei processual estabelece: “Desaparecendo alguém do 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.”

Há que se arrecadar os bens do ausente, providência que o juiz pode determinar de ofício, conforme lição de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Comentários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 373). A arrecadação se faz como a da herança jacente (CPC, art. 1.160).

É nomeado curador o cônjuge, sempre que não esteja separado judicialmente; em sua falta, o pai, a mãe, os descendentes, nesta ordem, precedendo os mais vizinhos aos mais remotos (Código Civil, arts. 466 e 467).

A sentença deve ser registrada no Registro Civil de Pessoas Naturais (Lei 6.015/73, art. 29, VI), no cartório do domicílio anterior do ausente, produzindo os mesmos efeitos do registro de interdição (Lei cit., art. 94). Todavia, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA sustenta ser válida a venda de bem arrecadado, feita pelo ausente, no lugar em que viva (*Ibid.*, p. 375).

Feita a arrecadação, publicam-se editais, reproduzidos de dois em dois meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens (CPC, art. 1.161). Há, pois, um edital, que é publicado uma vez e reproduzido, depois, seis vezes, de dois em dois meses, até se completar um ano, num total de sete publicações (*Ibid.*, pp. 379-80).

A curadoria cessa, por sentença averbada no livro de emancipação, interdições e ausência (Lei 6.015/73, art.

104): a) comparecendo o ausente, seu procurador ou quem o represente; b) sobrevindo certeza da morte do ausente; c) sendo aberta a sucessão provisória (CPC, art. 1.163).

“Sucessão provisória”. Decorrido um ano da publicação do primeiro edital de chamamento do ausente, persistindo a falta de notícias e não comparecendo quem o represente, podem requerer a abertura da sucessão provisória o cônjuge, desde que não separado judicialmente; os herdeiros legítimos ou testamentários, assim como o legatário; os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte, como o nu-proprietário e o fideicomissário de bens de que o ausente seja, respectivamente, usufrutuário ou fiduciário; os credores de obrigações vencidas e não pagas e o Ministério Público (CPC, art. 1.163 e §§).

Quanto aos credores, não se justifica sua legitimação para o requerimento da abertura da sucessão provisória, já que, antes e independentemente dela, podem citar o ausente na pessoa de seu curador, bem como penhorar bens arrecadados.

Requerida a abertura da sucessão provisória, citam-se, por mandado, os herdeiros presentes na comarca, bem como o curador e, por edital, os demais (CPC, art. 1.164). Disposição análoga se encontra no art. 999, § 1º, do Código de Processo Civil.

Também devem ser citados o cônjuge e o Ministério Público.

A citação dos herdeiros se faz para que ofereçam artigos de habilitação, isto é, para que comprovem essa própria qualidade de sucessores do ausente.

A habilitação obedece ao processo do art. 1.057 (CPC, art. 1.164).

Passada em julgado a sentença que determinou a abertura da sucessão provisória, procede-se à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens. Não comparecendo herdeiro ou interessado que requeira o inventário, a herança será considerada jacente (CPC, art. 1.165 e parágrafo único).

Ainda que concluído antes o inventário, os bens somente são entregues aos herdeiros depois de seis (6) meses da publicação, pela imprensa, da sentença que determinou a abertura da sucessão provisória. Esse o sentido do art. 1.165, primeira parte, do Código de Processo Civil (“A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito seis meses depois de publicada pela imprensa”).

A sentença deve ser averbada no Registro Civil, no assento de ausência, com referência especial ao testamento do ausente se houver e indicação de seus herdeiros habilitados (Lei 6.015/73, art. 104, parágrafo único).

Cumpra aos herdeiros, imitidos na posse dos bens do ausente, prestar caução de os restituir (CPC, art. 1.166).

“Sucessão definitiva”. A sucessão provisória cessa pelo comparecimento do ausente e converte-se em definitiva: I — quando houver certeza da morte do ausente; II — por conversão, a requerimento dos interessados, dez (10) anos depois de passada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória, com o levantamento das cauções prestadas; III — provando-se que o ausente conta 80 (oitenta) anos de nascido, e que de 5 (cinco) datam as últimas notícias suas (Código Civil, arts. 481-2; CPC, art. 1.167).

A conversão não é desde logo tão definitiva quanto a denominação dá a entender. Aparecendo o ausente nos 10 (dez) anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes, ou ascendentes, aquele ou estes haverão os bens existentes, mas no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo (Código Civil, art. 483, CPC, art. 1.168). A ação do ausente ou de seus descendentes ou ascendentes é regulada pelo art. 1.169 do Código de Processo Civil.

Depois desses dez anos, esse direito se extingue (decadência do direito).

4.7. ALIENAÇÃO, ARRENDAMENTO E ONERAÇÃO DE IMÓVEIS DE INCAPAZES

Na verdade, o art. 1.112, III, do Código de Processo Civil, discrimina, apontando apenas alguns dos incapazes, a saber: menores, órfãos e interditos. Havemos de entender, porém, que a disposição abrange também os ausentes e os silvícolas.

Não podem os pais alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz (Código Civil, art. 386).

Não é exigível hasta pública para a alienação de imóveis de menores sob o pátrio poder (CASTRO FILHO, José Olympio. *Comentários ao Código de Processo*

Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. X, p. 87, nota 78). No mesmo sentido, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA: "Se, porém, o incapaz for menor, sob pátrio poder, é dispensável o 'leilão' ou a 'praça', podendo a alienação ser autorizada por escritura pública, aplicando-se o numerário obtido conforme as prescrições do juiz." (*Comentários*. São Paulo, RT, 1982, v. XII, p. 141).

Os imóveis de menores sob tutela e de maiores interditos só podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem, e sempre em hasta pública (CC, arts. 453 e 429, combinados).

Os bens de órfãos, ainda que móveis, somente podem ser alienados com autorização do juiz e mediante leilão (CPC, art. 1.117, III).

4.8. EMANCIPAÇÃO

A emancipação dos menores sob pátrio poder pode ser concedida pelos pais (conjuntamente), sem intervenção do juiz, se o menor tiver dezoito anos cumpridos (Lei dos Registros Públicos, art. 89). A exigência de declaração conjunta dos pais decorre da igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (Constituição, art. 226, § 5º).

A emancipação de órfãos depende de ato do juiz. O requerimento é formulado pelo próprio menor, representado por advogado ou pelo curador de menores, em face de seu tutor, que deve ser citado, podendo impugnar o pedido e produzir prova de suas alegações. A resistência do tutor determina a existência de controvérsia, mas não de lide, porque em abstrato se supõe devida, ela própria,

à intenção de atender ao interesse do menor, cujo interesse único é que está em jogo.

A competência é a do foro do domicílio do tutor (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA. *Comentários*, v. XII, p. 92).

A emancipação, quer por concessão dos pais, quer por sentença, deve ser registrada no Registro Civil de Pessoas Naturais (Lei 6.015/73, art. 29). “Antes do registro, a emancipação, em qualquer caso, não produzirá efeito” (Lei cit., art. 91, parágrafo único).

4.9. CASAMENTO DE MENORES

São atos de jurisdição voluntária o suprimimento judicial de idade para o casamento, bem como a outorga judicial de consentimento, para idêntico fim. Também o é o “afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais” (CPC, art. 888, IV), que o Código de Processo Civil submete ao regime das medidas cautelares.

a) Suprimimento de idade para o casamento

Não podem casar-se as mulheres menores de 16 anos e os homens menores de 18 (Código Civil, art. 183, XII).

Contudo, a mulher, menor de 16 anos, vítima de estupro ou sedução, pode casar-se, para safar de pena criminal o autor do delito (casa-se uma criança, a benefício de um adulto...).

Para isso, ter-se-á de obter o suprimimento judicial de idade, podendo o juiz ordenar a separação de corpos (!), até que os cônjuges alcancem a idade legal (Código Civil, art. 214).

b) Outorga judicial de consentimento para o casamento

Não podem casar-se os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, sem o consentimento dos pais, tutor ou curador, os quais podem, até a celebração do matrimônio, retratar o consentimento que antes hajam dado (Código Civil, arts. 183, XI, 185 e 187). Mas o juiz pode suprir a denegação do consentimento, quando injusta (art. 188).

O pedido é formulado pelo próprio menor, representado por advogado ou pelo curador de menores.

Não se trata de jurisdição contenciosa, ainda que, em concreto, haja um conflito de interesses entre o menor e a pessoa que se recusa a consentir e embora se possa ver, na atuação do juiz, aqueles caracteres de secundariedade e substituição, com que CHIOVENDA procurou caracterizar a jurisdição propriamente dita. Trata-se de jurisdição voluntária, porque se trata de tutelar os interesses de incapaz, sem que haja, de sua parte, direito subjetivo ao consentimento de seu pai, mãe ou tutor.

c) Afastamento de menor autorizado a contrair matrimônio

O pedido de outorga judicial de consentimento para o matrimônio pode ser cumulado com o de afastamento do menor. Nada impede, porém, que seja formulado após a autorização judicial.

O afastamento pode ser decretado pelo juiz de ofício (PONTES DE MIRANDA, *Apud* SILVA, Ovídio A. Baptista. *Comentários*. Porto Alegre, Le Jur, 1985, p. 670).

“Se, por qualquer motivo, o casamento não se realiza, a autorização concedida pelo juiz para que o menor se

afastasse da casa paterna perde a eficácia, tornando, a partir daí, ilegítima a permanência do menor fora do lar” (*Ibid.*, p. 671).

Não há ação principal a ser proposta, o que evidencia que o afastamento de menor autorizado a contrair matrimônio não constitui medida cautelar ou litis-reguladora.

5. TUTELA EM ATOS DA VIDA PRIVADA

Agrupam-se, aqui, os casos em que o juiz participa na formação, documentação ou publicidade de atos ou fatos jurídicos de direito privado.

5.1. REGISTROS PÚBLICOS

A Lei 6.015, de 31.12.73 (Lei dos Registro Públicos), estabelece que, recusando-se o oficial do registro civil a registrar prenome que considere ridículo, podem os pais submeter a questão ao juiz competente (Lei cit., art. 55 parágrafo único. O juiz, nesse caso, participa da própria atribuição do nome à criança); o nome, em princípio inalterável, pode, contudo, por exceção, ser alterado, no primeiro ano da maioridade, com autorização judicial (Lei cit., art. 57); nos casos expressos em Lei, pode a mulher solteira, separada ou viúva, que viva com homem solteiro, separado ou viúvo, obter mandado judicial para a averbação, no registro de nascimento, do patronímico de seu companheiro (Lei cit., art. 57, § 2º); podem os

juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame (Lei cit., art. 88. Não se trata, aí, de resguardar a prova da morte — tutela da prova —, mas de documentar e dar publicidade ao fato da morte); pode, por fim, o juiz, de um modo geral, determinar a restauração, suprimento ou retificação de assentamento no Registro Civil, ouvidos os demais interessados e o órgão do Ministério Público (Lei cit., art. 109).

Ato de jurisdição voluntária é também o julgamento de dúvida suscitada por oficial do registro de imóveis (Lei cit., arts. 198 a 207), que a Lei qualifica como administrativo (art. 204), pela razão (insuficiente) de não se produzir coisa julgada material. A decisão, diz a lei, “não impede o uso do processo contencioso competente.”

O art. 213 da Lei dos Registros Públicos autoriza a retificação de erro constante do registro de imóveis, a requerimento do interessado e desde que tal retificação não acarrete prejuízo a terceiro. O art. 216 estatui que o registro também poderá ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso, ou por efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução. A retificação, pois, tanto pode resultar de processo de jurisdição voluntária quanto de contenciosa, e o critério para a admissibilidade do primeiro é a ausência de prejuízo a terceiros.

A distinção nem sempre se configura fácil. A senhora

Fung, que figurava na matrícula de seus imóveis como casada, obteve mandado judicial determinando a averbação de sua condição de solteira. Contou, para isso, com a concordância dos filhos de seu falecido marido que, por essa forma, renunciavam a quaisquer direitos hereditários. Yuk, um dos netos, propôs ação rescisória, provando que seu pai já era falecido, à data em que “concordara” com o pedido de retificação. Para conhecer da ação rescisória, o Tribunal afirmou o caráter contencioso do processo de retificação, com o que se fez justiça. (AR 586 011 314, julgado em 25.08.87, 6ª Câmara Cív. do TJERGS. *Revista de Jurisprudência do TJERGS*, Porto Alegre, (126): 184-92, fev. 1988). A hipótese, porém, era mesmo de jurisdição voluntária e, portanto, de descabimento de ação rescisória. Transformada em doutrina a decisão da Câmara, em dois anos decairia do direito de impugnar a falsa retificação quem se encontrasse em situação igual à de Iuk.

5.1.1. *Cancelamento de protesto de cambiais*

A Lei 6.690, de 25.09.79, alterada pela Lei 7.401, de 05.11.85, assim dispõe:

Art. 1º. O cancelamento de protesto de títulos cambiais disciplinar-se-á por esta lei, conforme os preceitos estabelecidos nos artigos seguintes.

Art. 2º. Será cancelado o protesto de títulos cambiais posteriormente pagos mediante a exibição e a entrega, pelo devedor ou procurador com poderes especiais, dos títulos protestados, devidamente quitados, que serão arquivados em cartório.

§ 1º. Para os fins previstos no *caput* deste artigo, não serão aceitas cópias ou reproduções de qualquer espécie, ainda que autenticadas.

§ 2º. Na impossibilidade de exibir o título protestado, o devedor, para obter o cancelamento do protesto, deverá apresentar declaração de anuência de todos que figurem no registro do protesto, com qualificação completa e firmas reconhecidas, devendo ser arquivada em cartório a referida declaração (Parágrafo acrescido pela Lei 7.401).

Art. 3º. Na hipótese de cancelamento de protesto não fundado no pagamento posterior do título, será bastante a apresentação, pelo interessado, de declaração nos termos do § 2º, do art. 2º desta lei (Redação da Lei 7.401).

Art. 4º. O cancelamento de protesto que não se enquadre nas disposições dos artigos antecedentes somente se efetuará por determinação judicial de ação própria, (Redação da Lei 7.401).

Art. 5º. O cancelamento de protesto de títulos cambiais deverá ser feito pelo próprio oficial do cartório ou por quem o estiver substituindo.

Parágrafo único. Em caso de acúmulo de serviço no competente ofício de protestos, o cancelamento poderá ser efetuado por escrevente indicado pelo oficial do cartório, com prévia autorização da Corregedoria da Justiça do Estado.

Art. 6º. Cancelado o protesto, não mais constarão das certidões expedidas nem o protesto nem seu cancelamento, a não ser mediante requerimento escrito do devedor, ou requisição judicial.

Art. 7º. Não serão fornecidas informações ou certidões, mesmo sigilosas, a respeito dos apontamentos feitos no livro de protocolo, a não ser

mediante requerimento escrito do devedor, ou requisição judicial.

Art. 8º. As averbações feitas até a data de entrada em vigor desta lei serão havidas como cancelamento de protesto.

Parágrafo único. As certidões emitidas em consequência do disposto neste artigo deverão obedecer às normas estabelecidas na presente lei.

Art. 9º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 10. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as da Lei 6.268, de 24.11.75.

No sistema dessa Lei, o cancelamento do protesto independe de ato judicial, nos casos de quitação ou de anuência do credor. Nos demais casos, é exigida “ação própria” (art. 4º).

Esta ação é, em primeiro lugar, a que contenha os pedidos cumulados de declaração da nulidade do título e de cancelamento do protesto, de caráter contencioso.

Igual natureza terá a ação em que se pleiteie tão-só o cancelamento do protesto, não por nulidade do título, mas por nulidade do próprio protesto, como no caso da Apelação Cível 186 050 548, julgada pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, em 17.09.87, em que o devedor fora intimado por edital, embora tivesse endereço certo.

Também se admitiu o cancelamento do protesto com fundamento na prescrição e independentemente até mesmo de citação do credor.

Assim, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, por sua 3ª Câmara Cível, na Apelação 186 021 382, julgada em 21.05.86, decidiu:

“Cancelamento de protesto. Crédito materializado em letra de câmbio prescrita. Inviabilidade da prova negativa da inexistência de interrupção da prescrição. Desnecessidade consequente da citação do credor porque a temática é meramente registral. Embora o direito persista quando prescrito o crédito cambiário, extinta esta relação jurídica nada autoriza a permanência do protesto. Odiosidade do registro perpétuo.”

No mesmo sentido se pronunciou a 5ª Câmara Cível do mesmo Tribunal, na Apelação 191 087 014, julgada em 01.10.91:

“Protesto. Prescrição dos títulos. Cancelamento. Ante a prescrição dos títulos de crédito, possível o cancelamento do protesto, pois daquele ato formal nenhum efeito emergirá, sendo odiosa a perpetuidade do registro. (...). Como a *quaestio* limita-se ao tema registral, desnecessária a intervenção do credor para que os cancelamentos pretendidos possam efetivar-se”.

Agora, vigente o Código do Consumidor, há que se atender ao disposto em seu art. 43, § 5º: “Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.”

A prescrição, como claramente decorre desse dispositivo, não autoriza o cancelamento do protesto; apenas impede que se continue a noticiar a sua existência. Assim, o protesto do credor, como ato de exercício de sua pretensão, permanece íntegro, com todos os seus efeitos.

O pedido, que se formule ao juiz, no sentido de vedar o fornecimento de certidões relativas a títulos prescritos, instaura processo de jurisdição voluntária, por inexistência de lide com o credor, cujos direitos não são afetados pela sentença. A prescrição será, aí, motivo da decisão, não produzindo coisa julgada oponível ao credor que, em ação de cobrança, poderá alegar e provar a ocorrência de fato interruptivo ou suspensivo da prescrição.

Nos processos de jurisdição voluntária é indispensável a citação de todos os interessados e do Ministério Público, sob pena de nulidade (CPC, art. 1.105). No caso, todavia, é dispensável a citação do credor, porque o seu interesse, na persistência da notícia do protesto, é apenas de fato. Não se trata de interesse jurídico, já que o seu direito permanece íntegro, motivo por que não pode se opor ao deferimento do pedido.

✓ 5.2. FUNDAÇÕES

Sob o ponto de vista de sua estrutura, as pessoas jurídicas podem se classificar em dois grupos: “a) as que têm como elemento subjacente o homem, isto é, as que se compõem pela reunião de pessoas, tais como as associações e as sociedades — *universitas personarum*; b) as que se constituem em torno de um patrimônio destinado a um fim, isto é, as fundações — *universitas bonorum*.” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral*. 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, v. I, p. 70).

Fundação é a personificação de um patrimônio, destinado a um fim.

“A corporação é uma relação jurídica *ob per-*

sonam; a fundação, uma relação jurídica *ob rem*: ambas, porém, estabelecidas entre pessoas. Na corporação, a relação jurídica estabelece-se *intuitu personae* entre as pessoas que se reúnem para compô-la; na fundação, entre o fundador e o povo, o povo, no seio do qual se encontram, latentes ou manifestos, mas, de regra, indeterminados, os beneficiários ou destinatários da dotação patrimonial correspondente.” (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre, Sulina, 1964, p. 66).

A existência legal das fundações de direito privado começa com a inscrição de seus estatutos no registro especial (Código Civil, art. 18).

Antes, é preciso providenciar na elaboração dos estatutos e em sua aprovação pelo Ministério Público (Código Civil, art. 27; Código de Processo Civil, arts. 1.199 e ss.).

Denegada a aprovação pelo Ministério Público, pode supri-la o juiz (CPC, art. 1.201, §§1º e 2º), por ato de jurisdição voluntária.

O mesmo ocorre na hipótese de alteração dos estatutos da fundação (CPC, art. 1.203).

A ação de extinção de fundação (CPC, art. 1.204), que “somente cabe se os dirigentes não providenciarem na extinção pelos modos regulares” (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA. *Comentários*, p. 527), constitui processo de jurisdição contenciosa.

5.3. CASAMENTO

A habilitação para o casamento, que se encontra regulada nos arts. 67 a 69 da Lei dos Registro Públicos

(Lei 6.015, de 31.12.73), se processa perante o oficial do registro civil das pessoas naturais, que expede certidão de que os interessados se acham habilitados para o casamento.

Há, contudo, várias hipóteses de intervenção do juiz na habilitação, que assim pratica atos de jurisdição voluntária:

√ 1) Julgamento da impugnação do Ministério Público. “Se o órgão do Ministério Público impugnar o pedido ou a documentação, os autos serão encaminhados ao juiz, que decidirá sem recurso” (art. 67, § 2º);

√ 2) Julgamento da oposição fundada em impedimento. “Se houver apresentação de impedimento, o oficial dará ciência do fato aos nubentes, para que indiquem em três dias prova que pretendam produzir, e remeterá os autos a juízo; produzidas as provas pelo oponente e pelos nubentes, no prazo de dez dias, com ciência do Ministério Público e ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público em cinco dias, decidirá o juiz em igual prazo.” (art. 67, § 5º);

3) Produção de provas em processo de justificação. “Se o interessado quiser justificar fato necessário à habilitação para o casamento, deduzirá sua intenção perante o juiz competente, em petição circunstanciada, indicando testemunhas e apresentando documentos que comprovem as alegações.” (art. 68);

4) Dispensa de proclamas. “Para a dispensa de proclamas, nos casos previstos em lei, os contraentes, em petição dirigida ao juiz, deduzirão os motivos da urgência do casamento, provando-a, desde logo, com documentos ou indicando outras provas para demonstração do alegado. Produzidas as provas dentro de cinco dias, com

a ciência do órgão do Ministério Público, que poderá manifestar-se, a seguir, em vinte e quatro horas, o juiz decidirá em igual prazo, sem recurso, remetendo os autos para serem anexados ao processo de habilitação matrimonial." (art. 69 e § 2º).

5) Nomeação de médicos para o exame de colaterais de terceiro grau. Não podem casar-se, sob pena de nulidade absoluta, os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e os colaterais, até o segundo grau (Código Civil, arts. 183 e 207). O casamento de colaterais do terceiro grau (tios e sobrinhos) é permitido, nos termos do Decreto-lei nº 3.200, de 19.04.41, mas os interessados devem requerer ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio. Com esse atestado, podem os interessados promover o processo de habilitação, apresentando-o com o requerimento inicial.

O casamento é ato dos nubentes, presidido pelo Juiz de Paz (Constituição, art. 98, II), que os declara casados e certifica a realização do ato.

Mais relevante é a atividade desenvolvida pelo Juiz de Direito, na hipótese de casamento em iminente risco de vida (casamento nuncupativo). "Ocorrendo iminente risco de vida de algum dos contraentes, e não sendo possível a presença da autoridade competente para presidir o ato, o casamento poderá realizar-se na presença de seis teste-munhas, que comparecerão, dentro de cinco dias, perante a autoridade judiciária mais próxima, a fim de que sejam reduzidas a termo suas declarações. Ouvidos dentro em 5 (cinco) dias os interessados que o

requerem e o órgão do Ministério Público, o juiz decidirá em igual prazo. Transitada em julgado a sentença, o juiz mandará registrá-la no Livro de Casamento.” (Lei dos Registros Públicos, art. 76, §§ 3º e 5º). A sentença do juiz, declarando cele-brado o casamento e mandando que se registre o ato, documenta, certifica e torna público o casamento cele-brado pelos contraentes, na presença das testemunhas.

Direção judicial de a
mulher e alienação de imó
5.4. ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS DO CÔNJUGE
E DE BENS DOTAIS

Estando o marido em lugar remoto, ou não sabido, ou em cárcere por mais de dois anos, ou declarado interdito, à mulher compete a direção e a administração do casal, podendo, com autorização especial do juiz, alienar não só os imóveis comuns como os do marido (Código Civil, art. 251). Tem-se, aí, jurisdição voluntária, por intervenção do juiz em negócio jurídico privado (compra e venda). Não se trata de assegurar o exercício de direito formativo da mulher, em face do marido e o interesse de agir se compõe independentemente de qualquer alegação de oposição do cônjuge varão à vontade da mulher.

Caso de jurisdição voluntária é também a alienação de bens dotais.

Bens dotais são os que alguém (Código Civil, art. 279) entrega ao marido, em função do casamento, a fim de atender às necessidades do casal e da prole, com seus frutos e rendimentos, devendo ser restituídos ao dotador (art. 283) ou à mulher (art. 300), uma vez dissolvida a sociedade conjugal.

No regime dotal, a mulher pode ter, além dos dotais, administrados pelo marido, bens seus, por ela própria administrados: os parafernais (art. 310).

O regime dotal, observa SÍLVIO RODRIGUES, não teve a menor aceitação entre nós, sendo nula sua repercussão na vida brasileira (*Direito Civil. Direito de Família*. 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 206). O interesse que possa despertar é apenas de índole histórica.

Pois tempo houve em que os homens tinham de raptar as mulheres. Depois tiveram de comprá-las e, assim fazendo, as transformavam em instrumentos econômicos, de que tiravam o maior proveito. Mais tarde, mudando as condições sociais, as mulheres deixaram de ser avaliadas por seus talentos de servas, suscetíveis de exploração econômica, deixando, por isso, de ter valor venal. Contudo, os homens nunca deixaram de desejar as mulheres. Pelo menos as belas. Para as feias inventou-se o sistema do dote: o chamariz de uma doação feita ao noivo pelos pais da noiva, com a condição de realizar-se o casamento. Certamente aos pais se afigurava de melhor alvitre ceder a filha com uma parcela de sua fazenda, do que mantê-la, indefinidamente, sob seu teto e deixá-la, após a morte, sem um arrimo seguro para a vida.

“A pouco e pouco”, observa CLÓVIS, “o dote foi-se destacando do acervo marital, para constituir-se à parte. É em Roma que podemos apreciar melhor essa fase evolucionar do instituto, porque foi justamente aí que ele recebeu sua consistência vital e os traços característicos de sua morfologia. É por esses motivos que se pode chamar o dote uma instituição essencialmente romana.

Com os casamentos livres, o dote se generalizou e se tornou obrigatório, podendo ser até constituído pela

própria mulher que era, quando *sui juris*, proprietária com direitos equivalentes aos do homem. Sacudindo o pesado e ferrenho jugo da *manus*, adquirindo direitos de proprietária, deixando, portanto, de ser instrumento de aquisição nas mãos do marido, era preciso que a mulher trouxesse compensação, senão completa, ao menos capaz de abafar as revoltas de sua cobiça de senhoraço indolente. Essa compensação outra não podia ser senão a obrigatoriedade, para o pai, de presentear o esposo de sua filha com certa porção de bens, mediante os quais o homem se dava por indenizado dos direitos perdidos e consentia em tomar sobre si o custeio da vida doméstica.

Nessa época, o dote não passava de uma doação simples pela qual o marido se tornava proprietário dos bens doados. Algumas vezes, porém, estipulou-se a restituição do dote.

Com o aumento progressivo dos divórcios, esta convenção adminicular da restituição, que, até então, aparecera acidentalmente, passou a ser uma concomitância obrigada, uma condição necessária, condição que deu ao instituto dotal seu caráter próprio”.

Prossegue CLÓVIS: “Como todo pacto antenupcial, deve o dote ser constituído antes do casamento, tornando-se irrevogável com a realização deste.

Além da anterioridade ao casamento e da escritura pública, é formalidade necessária ao dote a estimação. O Código Civil, art. 278, a exige, de modo absoluto.

Estimação é a fixação do valor do dote, para determinar, seguramente, o que ou quanto deverá restituir o marido. Pode ser feita pura e simplesmente para que seja conhecido o montante dos bens dados em dote (*taxationis causa aestimata*) ou para efetuar sua alienação ao marido

(*venditionis causa aestimata*). Qualquer que seja a modalidade da estimação, tem sempre o marido de restituir o dote, após a dissolução da sociedade conjugal. Mas são diferentes os seus direitos na constância do matrimônio, conforme a estimação importe venda ou não. Se importa venda, sua posição é a de um proprietário endividado; se não importa venda, sua posição é a de um administrador com direito aos frutos e extensos poderes do mandatário.

Se a estimação importa venda (*venditionis causa*), efetua-se por ela a translação da propriedade. O marido é dono, tendo todas as garantias, todas as vantagens, salvo a restrição da necessidade do assentimento da mulher para a disposição dos imóveis, e também todos os percalços da propriedade.

Se a estimação é meramente taxativa do valor do dote, o marido é um usufrutuário do dote, e, ao mesmo tempo, um representante legal do verdadeiro proprietário, que é, em regra, a mulher. Os objetos dados em dote podem ser móveis ou imóveis.

Os imóveis são inalienáveis, o que constitui um dos privilégios mais notáveis do dote, e uma de suas características. Sendo o dote destinado à sustentação dos ônus do casamento, à garantia da manutenção da família, é, por sua natureza, inalienável, e não pode ser onerado. O rigor deste princípio da inalienabilidade dos imóveis flexiona-se, porém, em alguns casos: 1º, para dotar filhos comuns; 2º, quando não há outros meios com que manter a família; 3º, para pagamento de dívidas da mulher, anteriores ao casamento, na falta de outros bens dela; 4º, quando é preciso dispor deles para evitar a ruína de bens dotais de mais importância para a família; 5º, quando se

acharem indivisos e a divisão for impossível ou prejudicial; 6º, no caso de desapropriação; 7º, quando estiverem situados em lugar distante, e por isso convenha vendê-los." (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, pp. 216-55).

A alienação, excepcional, de imóveis dotais, supõe hasta pública e autorização do juiz (Código Civil, art. 293).

O procedimento é o dos arts. 1.104 e ss. do Código de Processo Civil (CPC, art. 1.112, I).

Se o imóvel é de propriedade da mulher, a falta de seu consentimento impossibilita de todo a venda (Código Civil, art. 238), ainda que o marido alegue necessidade extrema. Se o imóvel é de propriedade do marido, pode ele obter autorização judicial para a alienação, ainda que contra a vontade da esposa, pois "cabe ao juiz suprir a outorga da mulher, quando esta a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível dá-la" (Código Civil, art. 237).

"Importantíssimo direito, conferido à mulher, é o de exigir, do marido, a entrega do dote, ainda na constância do matrimônio, se ele se recusa a dar-lhe os alimentos necessários, ou se, caindo em pobreza, ameaça dilapidar os bens dotais" (Código Civil, art. 308. BEVILÁQUA, loc. cit., p. 246). Aí, porém, já nos encontramos no campo da jurisdição contenciosa, pois "tem a mulher, para esse efeito, ação de reivindicação contra o marido ou contra o terceiro possuidor, se o dote é estimado *taxationis causa*. Se a estimação tiver conferido direito de venda, sua ação é a hipotecária vinculada aos imóveis do marido, ainda que se achem na posse de outrem." (*Ibid*).

5.5. EXTINÇÃO DE USUFRUTO E DE FIDEICOMISSO (CPC, ART. 1.112, VI)

O usufruto extingue-se (Código Civil, art. 739): I. — pela morte do usufrutuário; II — pelo termo de sua duração; III — pela cessação da causa de que se origina (v.g., pela cessação do pátrio poder, Código Civil, art. 389); IV — pela destruição da coisa; V — pela consolidação (v.g., no caso de aquisição da nua-propriedade pelo usufrutuário); VI — pela prescrição; VII — por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação. Também se extingue o usufruto pela renúncia do usufrutuário.

O fideicomisso caduca (Código Civil, art. 1.738) se o fideicomissário morre antes do fiduciário ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último, caso em que a propriedade consolida-se no fiduciário. Também se extingue pela renúncia do fideicomissário à herança, ou legado (Código Civil, art. 1.735).

O usufruto oriundo do direito de família se extingue pela cessação da causa de que se origina, independentemente de intervenção judicial. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA a dispensa também no caso de renúncia do usufrutuário (*Comentários*, p. 111) e JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, no caso de morte do mesmo (*Comentários*, p. 90).

Por expressa disposição legal, a extinção de usufruto se processa na forma do art. 1.112, VI, do Código de Processo Civil.

“Nos casos mais freqüentes (extinção por morte do usufrutuário), instruir-se-á o pedido com certi-

dão de óbito e o ato constitutivo do *jus in re aliena*. Deferindo-o, mandará o juiz cancelar o usufruto na circunscrição imobiliária competente, se se tratar de bens imóveis; se se tratar de apólices da dívida pública, determinará que o cancelamento se processe na repartição fiscal competente; se se tratar de ações, averbar-se-á o cancelamento no "Registro de Ações Nominativas da sociedade anônima". (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. *Curso de Direito Civil. Direito das Coisas*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1961, p. 303).

Não há dúvida, porém, quanto ao caráter contencioso do processo de extinção do usufruto por culpa do usufrutuário. Embora menos claramente, também tem caráter contencioso a declaração de extinção de usufruto pela cessação da causa, como no exemplo lembrado por CLÓVIS, de usufruto instituído para que o usufrutuário pudesse concluir os seus estudos; pela prescrição e pelo termo de sua duração. Em todos esses casos, trata-se de declarar, contra possível resistência do usufrutuário, a cessão de seu direito. A sentença produzirá coisa julgada material.

A inserção da extinção de usufruto entre os processos de jurisdição voluntária se deve a que a hipótese mais freqüente é a de morte do usufrutuário, em que, por suposto, o titular do direito extinto já não mais existe.

→ A competência é do juízo do inventário, no caso de usufruto ou fideicomisso originário de testamento. Nos demais casos, a competência é do foro da situação do imóvel (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA. *Ibid.* p. 114).

5.6. PROTESTOS, NOTIFICAÇÕES E INTERPELAÇÕES

São os protestos, notificações e interpelações, declarações receptícias, efetivadas de modo formal, para prevenir responsabilidade, prover à conservação e res-salva de direito ou manifestar qualquer intenção. A interpelação visa a constituir o devedor em mora. A notificação tem por fim instar o notificado a fazer ou não fazer alguma coisa, sob certa cominação. O protesto é termo genérico, abrangente das demais hipóteses. Mas não há rigor na terminologia. A notificação, às vezes, se limita a dar ciência; outras vezes, constitui em mora o devedor.

Somente nos casos expressos em lei, o protesto, notificação ou interpelação precisa ser judicial. Ainda, porém, que cabível a via extrajudicial (através do Cartório do Registro de Títulos e Documentos, por exemplo), admite-se a utilização da via judicial, caso em que o interesse de agir se perfaz com a utilidade da providência, e não com sua necessidade.

O Código de Processo Civil inclui os protestos, notificações e interpelações entre as medidas cautelares (arts. 867 a 873). Trata-se, porém, de atos de jurisdição voluntária, que não supõem a necessidade lógica da existência de uma ação principal. Por isso mesmo, a interpelação, que haja provocado constituição em mora, não perde sua eficácia, por não proposta ação “principal”, no prazo de 30 dias.

“Os protestos, notificações e interpelações”, diz OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “não chegam a ser verdadeiras medidas cautelares, correspondendo a

simples medidas conservativas de direitos, que prescindem da existência de *periculum in mora*. Pode ocasionalmente introduzir-se em qualquer deles algum conteúdo cautelar, mas este não chega a ser relevante a ponto de qualificar a medida como tal”. (Comentários. Porto Alegre, Le Jur, 1985, v. XI, p. 560).

“Os protestos, notificações e interpelações constituem atos da chamada ‘jurisdição’ voluntária, nos quais exerce o juiz, de regra, função de mero agente transmissor de comunicação de vontade. Em alguns casos, raros, o elemento cautelar se intromete e ganha importância, como no protesto contra alienação de bens, em que a prevenção do dano pode assumir caráter preponderante, ampliando o âmbito de cognição do juiz.” (OLIVEIRA & LACERDA. Comentários. Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. VIII, t. II, p. 488)

O mandado do juiz, nos protestos, notificações e interpelações, se limita à determinação de que se dê ciência da declaração ao destinatário.

Se o requerente pretende mais do que isso, a medida deve ser indeferida (“... é de ser indeferido o protesto que visa a obter ordem judicial impeditiva de alienação dos bens do requerido”. OLIVEIRA & LACERDA. *Op. cit.*, p. 498; “exorbita o magistrado, cometendo flagrante ilegalidade, se ao deferir protesto, expede ordem judicial impondo ao requerido a conduta pretendida pelo requerente”. OVÍDIO. *Op. cit.*, p. 561; “a notificação não pode ser manifestada de modo a transformar-se, mesmo na aparência, num comando ou numa ordem do juiz. Sua função é apenas a de transmitir a quem de direito uma intenção do promovente. Pedir ao juiz que notifique a um oficial público para não cumprir o seu *munus* — não

lavar escritura ou não a registrar — ou para cumpri-lo de uma maneira contrária a sua função é desnaturar, totalmente, a medida conservativa.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 5ª ed., São Paulo, Universitária de Direito, 1983, pp. 346-7).

O art. 869 do Código de Processo Civil impõe o indeferimento do protesto que possa impedir a formação de contrato ou negócio lícitos. Cuida-se aí, observa OVÍDIO, “de impedimento causado por dúvidas e incertezas meramente subjetivas, quer do protestado, quer de terceiros que eventualmente poderiam com ele contratar, porque as medidas protestativas na realidade nunca podem impedir a formação de quaisquer negócios jurídicos. Se o fazem, é porque os figurantes, suggestionados pelo protesto, livremente resolvem não realizar o negócio jurídico. Trata-se, portanto, de simples impedimento psicológico, nunca de impossibilidade real determinada pelo protesto, ou decorrente da ordem de intimação determinada pelo juiz.” (*Op. cit.*, pp. 564-5).

Porque o mandado do juiz se limita à determinação de que se dê ciência da declaração ao intimando, costuma-se dizer que o protesto não dá nem tira direitos. “Teixeira de Freitas já profligava esse erro inveterado, tão comum na jurisprudência e em certas obras de doutrina. Na realidade, a tese não deve ser aceita em sua generalidade. No plano do direito material, e.g. os efeitos *jurídicos* do protesto (e, também, da notificação e da interpelação) mostram-se evidentes; basta pensar na interrupção da prescrição na constituição em mora, na denúncia e em tantos outros.” (OLIVEIRA & LACERDA. *Op. cit.* pp. 502-3).

“Quanto à competência”. Como os protestos,

notificações e interpelações são processos de jurisdição voluntária, sem caráter cautelar, não há “ação principal” que possa dar margem à invocação do art. 800 do CPC. Nem deles decorre prevenção, de modo que a subsequente ação que se mova não precisa necessariamente correr no mesmo juízo que determinou o protesto. “Quanto à competência, não há dúvida de que o art. 800 não incide, em se tratando de interpelação, notificação ou protesto”. Em qualquer hipótese, o juízo onde foi requerida a providência não fica prevento para a demanda principal, cujo aforamento deverá obedecer às regras próprias de competência.” (OLIVEIRA & LACERDA. *Op. cit.*, pp. 492-3).

A comunicação ao intimando se faz como nas citações. Essa, possivelmente, a razão de o art. 870, II, se referir a “citando” desconhecido ou que esteja em lugar ignorado ou de difícil acesso.

O art. 870, I, prevê a publicação de editais, quando a publicidade seja essencial para que o protesto, notificação ou interpelação atinja seus fins. Requerimento nesse sentido é geralmente formulado nos protestos contra alienação de bens, que recebeu regulamentação especial no parágrafo único: “Quando se tratar de protesto contra alienação de bens, pode o juiz ouvir, em três (3) dias, aquele contra quem foi dirigido, desde que lhe pareça haver no pedido ato emulativo, tentativa de extorsão, ou qualquer outro fim ilícito, decidindo em seguida sobre o pedido de publicação de editais.”

Nesses casos, o requerente, expressa ou implicitamente, invoca o art. 107 de Código Civil, ou seja, a necessidade de se dar ciência, a terceiros, da insolvência do requerido, para que não aleguem boa fé.

Todavia, da publicidade do protesto não decorre presunção legal de ciência, quer *juris et de jure*, quer *juris tantum*. Quando muito poderá decorrer, em pequenas comarcas, presunção *hominis*. Como da publicidade não decorre qualquer presunção de ciência, o que deve, sim, presumir o juiz é o caráter emulativo do requerimento de publicidade formulado.

Presunção de ciência haverá se o juiz determinar a averbação do protesto no registro imobiliário, providência que OLIVEIRA & LACERDA entendem admissível, com base no poder cautelar geral consagrado pelo Código no art. 798. Mais numerosa, porém, se apresenta a corrente que inadmite a averbação. Os comentadores da Lei dos Registros Públicos geralmente preconizam interpretação estrita de seus dispositivos, inclinando-se por responder pela negativa. (*Op. cit.*, p. 514). Temos que, invocado o poder cautelar geral do juiz, já não se tratará de simples protesto contra a alienação de bens, medida de jurisdição voluntária que não admite defesa. Poderá, sim, o juiz conceder a medida, mas provados o *periculum in mora* e o *fumus boni juris* e assegurado ao réu o direito de defesa.

“Quanto aos *recursos*”. Se o juiz indefere o protesto, cabe apelação. Cabe agravo de instrumento “se incidentalmente denega a publicidade por meio de editais” (OLIVEIRA & LACERDA. *Op. cit.*, p. 512). Como os protestos, notificações e interpelações não admitem defesa (CPC, art. 871), não cabe recurso do requerido. OVÍDIO entende admissível agravo do requerido, da decisão que defere a publicação de editais, no protesto contra a alienação de bens, única hipótese, aliás, em que o requerido é ouvido.

5.7. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAIS

A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens (Lei 6.515/77, art. 3º). O divórcio vai além: põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso (Lei cit., art. 24).

Podem ambos ter caráter contencioso ou voluntário.

Contenciosa ou voluntária a separação, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal (Lei 6.515/77, art. 46), configurando-se, então, o instituto da reconciliação.

A separação judicial pode, pelo contrário, converter-se em divórcio (Lei cit., art. 25).

Pode-se obter desde logo o divórcio, no caso de separação de fato e desde que completados dois anos consecutivos (Lei cit., art. 40).

Tem-se, então, o divórcio direto, em oposição ao divórcio por conversão.

O divórcio não comporta reconciliação: se os cônjuges divorciados querem restabelecer a união conjugal, só podem fazê-lo mediante novo casamento (Lei cit., art. 33).

a) Separação judicial. Há necessidade de se fixar, com precisão, a data da separação judicial: a) para o efeito do cômputo do prazo para sua conversão em divórcio; b) para o efeito de comunicação ou não dos bens adquiridos por um dos cônjuges; c) para a oponibilidade da partilha dos bens a terceiros.

Sobre o prazo para a conversão da separação em divórcio dispõem os arts. 25 e 44 da Lei do Divórcio, *verbis*:

“Art. 25 (com a redação da Lei 8.408 de 13.02.92). A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.”

“Art. 44. Contar-se-á o prazo de separação judicial a partir da data em que, por decisão judicial proférída em qualquer processo, mesmo nos de jurisdição voluntária, for determinada ou presumida a separação dos cônjuges.”

Relevante, pois, para determinar o início do prazo para a conversão da separação em divórcio é a data da decisão que haja decretado a separação de corpos ou, em sua falta, a data da sentença que haja decretado a separação, nada importando a data do trânsito em julgado (Contra, exigindo o trânsito em julgado, ÁUREA PIMENTEL PEREIRA. *Divórcio e separação judicial*. 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p. 101).

No que tange, porém, às relações entre os cônjuges, em especial para o efeito da comunicação ou não dos bens adquiridos por um deles, o que importa é a data do trânsito em julgado da sentença que, não obstante, retroage à data da decretação da separação de corpos. É o que decorre do art. 8º. da Lei do Divórcio.

Finalmente, para a oponibilidade da partilha dos bens a terceiro, importa, quanto aos móveis, a data da averbação da sentença no registro civil e, quanto aos imóveis, a da averbação no registro de imóveis (Cf. CPC, art. 1.124). O art. 100 da Lei dos Registros Públicos estabelece: “No livro de casamento, será feita averbação

da sentença de nulidade e anulação de casamento, bem como de desquite, declarando-se a data em que o juiz a proferiu, a sua conclusão, os nomes das partes e o trânsito em julgado. § 1º Antes de averbação, as sentenças não produzirão efeitos contra terceiros.” (Lei 6.015, de 31.12.73).

Quid juris, se falece um dos cônjuges antes do trânsito em julgado da sentença de separação ou divórcio? Nesse caso, ocorre a dissolução do casamento pela morte, antes que a sentença produza o seu efeito extintivo da sociedade conjugal. O pedido fica, pois, prejudicado. (Contra: ÁUREA PIMENTEL PEREIRA. *Ibid*, p. 129).

b) Separação consensual. O art. 4º da Lei do Divórcio estabelece: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.”

A petição inicial deve ser assinada por ambos os cônjuges (CPC, art. 1.120). As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, devem ser reconhecidas por tabelião (Lei do Divórcio, art. 34, § 4º). A petição deve também ser assinada pelo advogado comum das partes ou pelos patronos de cada qual (Lei cit., art. 34, § 1º).

No caso de incapacidade de um dos cônjuges, cabe representação por seu curador, autorizado pelo juiz (Lei do Divórcio, art. 3º, § 1º, c/c CC, arts. 453 e 427, IV). Penso que a representação do incapaz não interditado, por ascendente ou irmão, prevista no art. 3º, § 1º, da Lei do Divórcio, há de se restringir à defesa, em ação contenciosa de separação judicial, proposta pelo outro cônjuge.

A petição inicial deve ser instruída com a certidão de casamento e o contrato nupcial (cuja inexistência, se for

o caso, deve ser declarada) e deve conter (CPC, art. 1.121):

I — a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha, o que, porém, pode ser postergado para posterior processo de inventário (parágrafo único do art. 1.121);

II — o acordo relativo à guarda dos filhos menores;

III — o valor da contribuição para a criação e educação dos filhos;

IV — a pensão devida ao cônjuge que não possua bens suficientes para se manter.

O juiz ouve os cônjuges. Notando alguma hesitação de qualquer dos requerentes, designa data para a ratificação do pedido. Convencendo-se de que ambos desejam irreversivelmente a separação, manda que se reduzam a termo suas declarações, abrindo-se, depois, vista ao Ministério Público. Segue-se a homologação do acordo (CPC, art. 1.122, § 1º) ou a recusa da homologação, se constatado que a convenção não preserve suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (Lei do Divórcio, art. 34, § 2º).

c) Reconciliação. Do art. 46 da Lei do Divórcio decorre a competência, para a reconciliação, do mesmo foro e juízo em que se processou a separação, contenciosa ou consensual. A sentença homologatória da reconciliação deve ser averbada no livro de casamento, para ser oponível a terceiros (Lei dos Registros Públicos, art. 101), o que pode ter relevância, v.g., no caso de um dos cônjuges alienar imóvel, sem o consentimento do outro, após a sentença e antes de sua averbação no registro civil.

d) Divórcio. Foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977.

A Constituição vigente dispõe que “O casamento

civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

No primeiro caso, tem-se conversão da separação em divórcio. No segundo, o chamado divórcio direto.

O divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (Lei 6.515/77, art. 27), senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (CC, art. 381).

“Salvo, portanto, com relação ao efetivo exercício do direito de guarda, as relações jurídicas entre pais e filhos permanecem íntegras, após o divórcio, que assim não altera: o dever que têm os pais de sustentar os filhos menores e dirigir-lhes a educação; a prerrogativa de conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para contrair matrimônio; o direito de nomear-lhes tutor em testamento; representá-los ou assisti-los e reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e administrar-lhes os bens, subsistindo, em contraposição, a cargo dos filhos em relação aos pais os deveres de obediência e respeito e de prestação de serviços próprios de sua idade e condição”. (PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 6.1ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p.108).

“No tocante à representação legal dos filhos menores, como o art. 384, V (do Código Civil), declara que a representação deve ser exercida pelos pais, sem estabelecer ordem de preferência em favor de qualquer dos cônjuges, parece adequado que, dissolvido o casamento pelo divórcio, passe a exercer a representação legal do filho o cônjuge sob

cuja guarda aquele se encontre, solução, todavia, que não afasta o direito do outro cônjuge de representá-lo, no impedimento do primeiro.” (*Ibid.*).

Tal como na separação, é importante fixar, com precisão, a data a partir da qual passa a produzir efeitos a sentença. O art. 32 da Lei 6.515/77 esclarece que a sentença de divórcio produz efeitos depois de registrada no Registro Público competente.

e) Divórcio por conversão. Por força do art. 25 da Lei 6.515/77, alterado pela Lei 8.408 de 13.02.92, a separação judicial pode converter-se em divórcio após o decurso de prazo superior a um ano, contado da data da decretação da separação de corpos ou, em sua falta, da data da sentença de separação.

Competente para a conversão é o foro da residência da mulher (CPC, art. 100, I). A Lei determina que se apense o pedido aos autos da separação judicial (Lei do Divórcio, art. 35, parágrafo único), suposto, porém, que a mulher haja mantido residência no mesmo foro. Tendo havido mudança, o pedido de conversão deve ser instruído com a certidão da sentença, ou da sua averbação no assento de casamento (Lei cit., arts. 48 e 47).

Formulado o pedido, cita-se a parte adversa para contestá-lo, no prazo das ações ordinárias, que é de quinze dias. Nos termos do art. 36, parágrafo único, da Lei 6.515/77, a contestação somente pode fundar-se na falta do decurso do prazo legal ou em descumprimento de obrigações assumidas pelo requerente na separação. Segue-se a audiência ou, se for o caso, o julgamento antecipado da lide (art. 37).

O pedido de conversão da separação em divórcio instaura processo de jurisdição contenciosa. Trata-se do

exercício de direito formativo, que o juiz declara por sentença constitutiva necessária. Contudo, a sentença de improcedência não produz coisa julgada material. O pedido pode ser renovado, como esclarece o art. 37, § 2º, da Lei do Divórcio, contanto que satisfeita a condição anteriormente ausente. Entenda-se: a prova do implemento da condição é necessária para que se profira sentença de procedência, não para que se intente, pela segunda vez, a ação de conversão da separação em divórcio.

f) Conversão consensual. “Nos capítulos em que cuida da conversão da separação judicial em divórcio e do respectivo processo, a Lei não se refere à conversão consensual; os arts. 35 e 39 visam mais propriamente o processamento do pedido de conversão feito por qualquer dos cônjuges.

Apenas no capítulo IV, que em disposições finais e transitórias’ disciplina a ação direta de divórcio fundada na separação de fato, o legislador menciona (art. 40, § 2º), o *divórcio consensual*.

‘... a conversão consensual da separação em divórcio não se mostra incompatível com o sistema legal.’

Nem haverá dificuldade maior de ordem processual, com vistas ao seu procedimento, ou se interpreta extensivamente o art. 40, § 2º, da Lei do Divórcio, a se deduzir que o texto teria dito menos do que quis dizer, estando implícita a disciplina a ser observada também para o divórcio consensual através da conversão; ou se aplica, desde logo, por analogia, o procedimento da separação consensual dos arts. 1.120 a 1.124 do CPC, evidentemente ‘no que forem aplicáveis’; portanto, com a ressalva própria da nova situação.

Em qualquer caso, o resultado será sempre o mesmo, ante a remessa que o art. 40, § 2º, da Lei do Divórcio faz aos citados artigos do estatuto processual.

Aliás, na prática tornou-se tranqüila a admissibilidade da conversão consensual, nem mesmo tendo sido instada a jurisprudência a manifestar-se a respeito de uma questionada inadmissibilidade dessa via de dissolução do vínculo matrimonial.” (CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, pp. 539-40).

g) Divórcio direto. Os cônjuges podem obter desde logo o divórcio, sem a exigência de prévia separação judicial, no caso de separação de fato superior a dois anos (Lei 6.515/77, art. 40). Pode ser requerido por um só dos cônjuges (divórcio direto contencioso) ou por ambos (divórcio direto consensual).

h) Divórcio direto consensual. A petição inicial deve ser firmada por ambos os cônjuges, na presença do juiz ou ter as firmas reconhecidas por tabelião. Admite-se que a petição seja firmada a rogo (CPC, art. 1.120, c/c art. 40, § 2º, da Lei 6.515/77). Exige-se, também, a assinatura de pelo menos um advogado (Lei 6.515/77, art. 34, § 1º).

A petição deve ser instruída com a certidão de casamento e o contrato nupcial, se houver, e conter (CPC, art. 1.121): a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha; o acordo relativo à guarda dos filhos menores; o valor da contribuição para criar e educar os filhos; o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar e a indicação das garantias para o cumprimento da obrigação; a indicação dos meios de prova da separação de fato.

Apresentada a petição ao juiz, reduzem-se a termo as declarações dos cônjuges e designa-se dia e hora para a audiência de ratificação, que é obrigatória (Lei 6.515/77, art. 40, § 2º, III), intimando-se o Ministério Público.

Na data designada, ocorrendo a ratificação, ouvem-se as testemunhas, seguindo-se a sentença.

O divórcio será recusado no caso de separação de fato inferior a dois anos; no caso de a convenção não preservar suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (Lei cit., art. 34, § 2º); no caso de postergação da partilha para inventário posterior (Lei cit., art. 40, § 2º, IV).

5.8. SEPARAÇÃO DE CORPOS

O Código de Processo Civil concebe a separação de corpos como medida cautelar. “Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal”.

A Lei do Divórcio estabelece, art. 7º: “A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens. § 1º. A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do CPC).”

Na uniformização de jurisprudência nº 587 028 978, julgada em 11.12.87, estatuíram as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que “o deferimento do pedido de separação de corpos não tem a sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do CPC”, isto é, à tempestiva

propositura da ação principal (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, (131): 289-306, dez. 1988).

Tal decisão importou em tirar a separação de corpos do âmbito da jurisdição contenciosa, para introduzi-la no círculo da jurisdição voluntária, não em decorrência de mudança ocorrida na lei ou na doutrina do processo, mas em decorrência de uma alteração nas concepções acerca dos direitos e deveres de um cônjuge em face do outro, em suma, em decorrência de modificação do direito material.

A esse resultado chegaram as Câmaras em três passos sucessivos.

Examinaram, em primeiro lugar, a possibilidade de pedido conjunto e, portanto, consensual, de separação de corpos, antes de decorrido o prazo de dois anos previsto no art. 4º da Lei 6.515/77, que estabelece: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.”

O ponto de vista tradicional, ortodoxo, foi sustentado pelo Desembargador OSCAR GOMES NUNES, vencido: “... a separação de corpos é medida de natureza essencialmente cautelar, cabível apenas em caráter preparatório ou incidental. Requerida como pretensão autônoma de natureza satisfativa, deve ser indeferida, com a extinção do processo pela impossibilidade jurídica do pedido.”

Prevaleceu, porém, o voto do relator, Desembargador ELIAS ELMYR MANSOUR: “Não é razoável que o impedimento para a propositura da ação de separação judicial, pela ausência de decurso do prazo

legal, seja também obstáculo para obtenção da cautelar, de nítido caráter satisfativo. (...) meu voto é no sentido de que é possível o pedido consensual de separação de corpos antes de completado o biênio para a separação, afastada, portanto, a incidência dos arts. 806 e 808, I, do CPC.”

Observe-se a impropriedade da expressão “medida cautelar, com nítido caráter satisfativo”. Se não se cogita de outra medida, principal, não há que se falar em medida cautelar: há medida definitiva, com ou sem força de coisa julgada, conforme nos encontremos no âmbito da jurisdição contenciosa ou da voluntária.

Nesse primeiro caso, “nós nos separamos”, não nos deparamos com direitos subjetivos, como na jurisdição contenciosa, mas com o exercício de mera faculdade. “No caso da faculdade, não existe uma correspondência entre a possibilidade de praticar ou deixar de praticar determinado ato e algum dever de terceiro. Existe, assim, por exemplo, a faculdade de testar, a faculdade de contratar, ou seja, a possibilidade que a lei assegura a todos de fazer seu testamento ou de fazer um contrato e que não corresponde a nenhum dever de terceiro, consistindo apenas na possibilidade de praticar ou não determinado ato.” (WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução e Parte Geral. 5ª ed., São Paulo, RT, 1987, p. 100).

Em suma, a separação de corpos consensual é um negócio jurídico de direito de família.

O segundo passo deram as Câmaras, quando afirmaram a possibilidade de afastar-se do lar um dos cônjuges e de obter do juiz a jurisdicição dessa

situação, independentemente da propositura de ação principal, isto é, sem caráter preparatório ou incidente.

O Desembargador OSCAR GOMES NUNES, vencido, discordou: “A pretensão de separar-se por vontade unilateral, sem motivo, no Direito brasileiro é juridicamente impossível. Aliás, entendo que é caso de extinção do processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC. A partir do momento em que o apelado deu à pretensão o caráter de ação autônoma, pedindo fosse tornada definitiva a eficácia do alvará liberatório do dever de coabitação, tornou-se a pretensão juridicamente impossível. (...)”

Como qualquer medida cautelar, o autor, ao pleitear a separação de corpos, tem a obrigação de declinar os motivos, os fundamentos da ação principal, e de demonstrar o *fumus boni juris* em sua pretensão. Não há, evidentemente, ação cautelar, preparatória ou incidente, sem que exista uma ação principal. Assim, alcançada a separação de corpos, não proposta a ação principal no prazo de trinta dias, entendo que a medida perde a eficácia.”

O Desembargador RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR acompanhou a maioria: “Reconheço no nosso ordenamento jurídico a existência do direito potestativo do cônjuge de obter a separação de corpos por uma exigência da razão e para atender a características do próprio convívio matrimonial e pela impossibilidade de forçar os cônjuges a uma convivência forçada. Daí por que, parece-me, a vinda a juízo do cônjuge que pretende obter a separação significa o exercício do direito de ação, que é tratado processualmente como sendo uma medida cautelar, mas que na realidade não tem essa definição.”

Neste segundo caso, do “eu me afasto”, o cônjuge se

move na esfera de sua liberdade individual (Código Penal, arts. 146-9), ainda que com violação do art. 231, II, do Código Civil. É resultante da incoercibilidade do dever de vida em comum, conforme nossas atuais concepções.

O terceiro passo deram as Câmaras quando, lideradas pelo Desembargador GALENO LACERDA, afirmaram que a falta de propositura da ação principal, no prazo de 30 dias, não acarreta a caducidade da medida de separação de corpos, mesmo quando dela haja decorrido o afastamento compulsório do outro cônjuge, da morada comum. “É que”, disse, “estamos lidando com valores da mais alta relevância humana, valores que concernem muito mais ao direito natural do que, propriamente, ao direito material. Vejam V. Exas., que o CC, no art. 231, declara que são deveres de ambos os cônjuges, inc. II, a vida em comum no domicílio conjugal. O Código cuida, aqui, de um dever fundamental do casamento: convívio no mesmo domicílio, na mesma morada, no mesmo leito.

A todo dever, em regra, corresponde um direito. Pergunto, então, neste momento: ao dever de coabitação corresponderá, efetivamente, um direito, de um cônjuge contra o outro, de exigir essa coabitação? Ou não estaremos, aqui, em presença, na verdade, de um direito insuscetível de coerção, porque personalíssimo, com a característica notável de ser um direito fundamentalmente natural, vinculado à própria pessoa humana, na sua essência e na sua dignidade? Nessas condições, é possível a um cônjuge exigir, compulsoriamente, pela via judicial, a presença, o convívio do outro consigo mesmo, no mesmo leito, na mesma casa, no mesmo domicílio?

Por essa razão, parece-me que, em face desses

elementos fundamentais de direito natural material, não podemos cogitar, sequer, da intromissão não apenas do juiz, mas do legislador, nessa matéria. O que significa reconhecermos, aqui, a incidência do prazo legal de decadência? Reconheceríamos que, por omissão do cônjuge, que repeliu o outro, no propor a ação competente no prazo de trinta dias, por força de lei, *ex vi legis*, o cônjuge expulso da morada do casal a ela voltaria. Voltaria, em outras palavras, ao próprio convívio do autor da medida compulsória. Ora, parece-me que, nesta matéria, uma vez estabelecida a separação de comum acordo ou compulsoriamente, o convívio só poderá retornar se houver consenso de ambos os cônjuges, jamais por força da lei, jamais por força de ato judicial.

Se o outro cônjuge não tiver onde morar, a situação resolver-se-á de outro modo, *data venia*. Não afasto a incidência do art. 807, segundo o qual a medida cautelar pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo, porque surge um fato novo. O que não posso admitir é que, através de um mecanismo legal compulsório, automático, fatal, se imponha, ou desse mecanismo resulte um retorno forçado, um convívio forçado. Admito que, se ocorrer esse fato, se o cônjuge que foi expulso da morada do casal se encontra em situação de penúria de tal forma que não tem onde morar, que este fato seja trazido ao conhecimento do juiz, *ex novo*, para que possa eventualmente aplicar o art. 807 do Código, no sentido da modificação, do abrandamento, até da revogação da medida, ouvida a parte contrária; isto admito. Mas uma caducidade automática, de modo a compelir a um

convívio que causa repulsa ao outro cônjuge, não me parece possível”.

Nesse terceiro caso, do “eu te expulso”, pode-se conceber o ato do autor, que viu deferido seu requerimento no sentido de afastar o outro cônjuge da morada comum, como exercício de um direito, ainda que dependente de posterior acerto definitivo. Estaríamos, então, no âmbito da jurisdição contenciosa.

As Câmaras, porém, decididamente se afastaram dessa concepção. Conceberam a ocupação da morada comum, por um ou outro dos cônjuges desavindos, não como direito subjetivo de qualquer deles, mas como um conflito de interesses, componível pelo juiz, com base em critérios de conveniência e de oportunidade.

Nenhum deles tem, isoladamente, direito de ocupar a morada comum, com exclusão do outro. Na hipótese de desavença, cabe ao juiz decidir, segundo o que melhor convenha. Entramos, assim, no âmbito da proteção judicial de interesses privados que não são direitos. Entramos, em suma, no âmbito da jurisdição voluntária.

5.9. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALIENAÇÃO DE COISA COMUM (CPC, ART. 1.112, IV).

Estabelece o art. 632 do Código Civil: “Quando a coisa for indivisível, ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos o

que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.”

Observa ORLANDO GOMES: “A coisa comum pode ser divisível ou indivisível. Se divisível, qualquer condômino pode exigir sua divisão, se os consortes não houverem acordado que permaneça indivisa por certo tempo, não superior a cinco anos, entre nós.

Se indivisível, qualquer condômino pode exigir que seja vendida para repartição do preço.

A extinção do condomínio, pela divisão da coisa ou do preço, é um dos direitos fundamentais dos condôminos que se inspira na concepção individualista segundo a qual o estado de indivisão deve ser provisório.

.....

Evidentemente, o direito de exigir a divisão da coisa comum somente tem cabimento no condomínio voluntário. No condomínio forçado (como em paredes, cercas, muros e valas), não faria sentido.

A divisão da coisa se processa mediante ação especial, cuja sentença é simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade.

A divisão do preço ocorre quando a coisa é vendida por ser indivisível, ou se torna, pela divisão, imprópria à sua destinação.” (GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 195).

Para WILSON GOMES MENEZES, a alienação, administrativa ou locação de coisa comum se apresenta como verdadeiro protótipo da jurisdição voluntária.

Diz: “Nos (procedimentos) contenciosos, o conflito de interesses se estabelece entre o titular de um direito e o devedor jurídico correspondente. Nos procedimentos voluntários propriamente ditos, não há conflitos de

interesses, mas contradição de vontades, ou seja, controvérsia sobre a conveniência, oportunidade ou modo de exercício do direito ou dever 'entre seus próprios titulares'. Como exemplo destes encontram-se a alienação, locação e administração da coisa comum e a eleição de cabecel. O Código situou, inexplicavelmente, este último entre os de procedimento sumaríssimo (art. 275, II, f). A última hipótese é constituída pelas situações jurídicas, onde o Estado, na atuação do direito objetivo, dispensa uma tutela especial, ora emprestando uma formalidade necessária à eficácia de certos atos jurídicos, ora protegendo interesses pessoais ou patrimoniais dos indivíduos, como nos casos de suprimimento de consentimento, sub-rogação, emancipação, arrecadação de bens jacentes, ou de bens de ausentes, ou de coisas vagas." (MENEZES, Wilson Gomes. Da jurisdição voluntária. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, (252): 117-29, out-dez., 1975).

Não é fácil situar-se o instituto. Basta observar-se que o Código de Processo Civil, corretamente aliás, incluiu a ação de divisão de terras entre os procedimentos de jurisdição contenciosa (arts. 946 e ss); contudo, a ação de divisão do preço aparece entre os de jurisdição voluntária (art. 1.112, IV).

Penso que a alienação forçada de coisa comum se enquadra entre os processos de jurisdição contenciosa, porque se trata de tutelar, tornando efetivo, direito formativo de um dos condôminos em face da resistência (discordância) dos demais. Observe-se que ao juiz não é dado desconsiderar tal direito, com invocação do art. 1.109 do Código de Processo Civil, que o autoriza a abandonar o critério da legalidade estrita, para adotar a

solução que repute mais conveniente aos comunheiros. Efetivamente, se um dos condôminos quer a venda, não cabe ao juiz optar pela administração ou locação da coisa comum.

Na petição inicial, cabe ao requerente indicar a providência que prefere (alienação, locação ou administração) e o valor dos quinhões e requerer a citação dos demais, para indicarem a sua.

O Código de 1939 determinava que se interpretasse o silêncio de quem foi citado como opção pela venda (art. 405, § 3º). Agora, há de se interpretá-lo como concordância com a providência indicada pelo requerente.

Apura-se a maioria de conformidade com o valor dos quinhões.

5.10. ALIENAÇÃO DE QUINHÃO EM COISA COMUM (CPC, ART. 1.112, V).

Estabelece o art. 1.139 do Código Civil: “Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositado o preço, haver para si a parte vendida a estranho, se o requerer no prazo de 6 (seis) meses.

Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se os quinhões forem iguais haverá a parte vendida os proprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço.

O Código Civil não exige que o ‘conhecimento’ aos

outros condôminos seja feito judicialmente, por via do presente procedimento.

Qualquer meio particular será válido, desde que haja prova absoluta da comunicação e do recebimento pelo destinatário, inclusive um documento assinado pelo parceiro (ou parceiros), declarando-se ciente e manifestando seu desinteresse em adquirir 'tanto por tanto' o quinhão oferecido. Se, porventura, o alienante, por circunstâncias ocasionais (desavenças com os condôminos) ou para maior segurança, preferir utilizar-se da via judiciária, então terá de proceder na forma deste inciso". (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA. *Comentários*, p. 108).

Nesse caso, o condômino que quiser vender a sua parte na coisa indivisível pedirá a citação dos demais para, no prazo comum de dez (10) dias, deduzirem à sua preferência. Findo o prazo e produzidas, se necessárias, as provas, o juiz estabelece por sentença, a gradação entre os concorrentes ou, se iguais os quinhões, determina que a parte se adjudique aos condôminos que a quiserem. A sentença deve indicar o prazo dentro do qual deverá o condômino vencedor depositar o preço e pagar as custas, sob pena de perder a preferência. É, com as adaptações necessárias, o procedimento previsto no art. 410 do antigo Código de Processo Civil, de 1939.

Poder-se-ia enquadrar o presente instituto na jurisdição contenciosa, considerando a eventual declaração, por sentença, do direito de preferência de um dos condôminos? Não, porque não é este o pedido do autor, objeto da ação. Trata-se de mera intervenção judicial em ato privado, que não representa senão o exercício de faculdade jurídica. Além disso, o interesse de agir se

compõe independentemente de qualquer alegação de desavença entre os condôminos.

5.11. ESPECIALIZAÇÃO DE HIPOTECA LEGAL

O Código Civil confere hipoteca a determinados credores (art. 827), mas estabelece que “as hipotecas legais, de qualquer natureza, não valerão em caso algum contra terceiros, não estando inscritas e especializadas.”

Há, pois, necessidade de se determinar que imóveis ficarão vinculados ao cumprimento da obrigação. Serve, para isso, o processo de especialização de hipoteca legal (CPC, arts. 1.205 e ss.), que finda por sentença, mandando que se proceda à inscrição da hipoteca (CPC, art. 1.207).

O caráter substitutivo da atividade judicial desenvolvida resulta claro do art. 1.210 do Código de Processo Civil: “Não dependerá de intervenção judicial a especialização de hipoteca legal sempre que o interessado, capaz de contratar, a convencionar, por escritura pública, com o responsável.” Não havendo ou sendo impossível o acordo — v.g., por incapacidade do beneficiário — é que tem lugar a atividade judicial.

Requerida pelo credor, a especialização se enquadra na jurisdição contenciosa. Trata-se, então, de exercício de direito formativo, em face da parte adversa, que o juiz declara e a que atende por sentença mandamental, nada importando a eventual constatação, posterior, de inexistência da obrigação garantida.

Aliás, a natureza contenciosa desse pedido afasta a

incidência dos arts. 1.205 e seguintes do Código de Processo Civil: "Os dispositivos ora sob análise se referem ao procedimento a ser utilizado pelos obrigados na constituição da hipoteca legal e, não, quando os beneficiários tenham necessidade de agir ante a inércia daqueles, que também são referidos nos arts. 839 e 840 do CC. Quando isso possa acontecer, o interessado, que será beneficiário com a garantia imposta por lei, deverá promover ação cominatória na forma do art. 287 deste Código, contra o respectivo obrigado, que 'deve responder com o pedido do art. 1.205', como preleciona Pontes de Miranda." (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA. *Comentários*. São Paulo, RT, 1982, p. 532).

Requerida pelo responsável, a especialização se enquadra na jurisdição voluntária, incidindo os arts. 1.205 e ss. do Código de Processo Civil.

Na verdade, a especialização requerida em face da recusa de aceitação dos bens oferecidos, por beneficiário capaz de contratar, reveste-se das características da jurisdição contenciosa, tanto quanto a ação de consignação em pagamento. Há o adimplemento judicial da obrigação de prestar garantia, pelo modo pretendido pelo devedor, em face da oposição do credor. O enquadramento na jurisdição voluntária atende ao que comumente ocorre: é judicial a prestação da garantia, não por causa da resistência, mas em razão da incapacidade do beneficiário.

Não se trata de ação fundada em direito real, motivo por que não incide o art. 95 do Código. Competente é o foro: "a) do domicílio conjugal, para especialização da hipoteca legal da mulher casada; b) o do domicílio paterno ou materno para a especialização da hipoteca legal dos pais; c) da tutela ou curatela, para especialização da

hipoteca legal dos menores e pessoas a eles equiparadas; d) do domicílio da União, do Estado ou do Município para a especialização da hipoteca legal da Fazenda Pública”. (*Ibid*, p. 533).

Trata-se, porém, de ação para constituir direito real, motivo por que o pedido deve ser formulado com a anuência do cônjuge do requerente que seja casado.

Impõe-se a citação dos beneficiários da hipoteca, que são os interessados. Incide o art. 1.105 do CPC: “Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público.”

Completa-se o processo de especialização de hipoteca com o registro da sentença no Registro de Imóveis (Lei 6.015/73, art. 167, II).

5.12. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALIENAÇÃO DE BENS DEPOSITADOS JUDICIALMENTE (CPC, ARTS. 1.113-6).

A alienação de bens arrestados, seqüestrados ou penhorados, porque avariados, de fácil deterioração ou por exigirem grandes despesas para a sua guarda, constitui medida cautelar (litisreguladora).

A propósito, ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“Entre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, prevê o Código de Processo Civil o das ‘alienações judiciais’, nos arts. 1.113 a 1.119, cuja aplicação prática ocorre em três situações distintas:

a) como meio de exercer função cautelar, quando os bens afetados por constrição judicial forem de fácil deterioração, estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para sua guarda;

b) como meio de resguardar interesses de incapazes, ou outros interesses que merecem especial atenção e que levam o legislador a instituir a venda judicial como forma válida de disposição de bens;

c) como meio de extinção do condomínio sobre as coisas indivisíveis.

Além dessas alienações acima enumeradas, outras se fazem em juízo, com o fito de realizar-se a execução forçada por quantia certa. Mas estas não regulam pela sistemática do procedimento especial regulado pelos arts. 1.113 a 1.119, e sim pelas regras específicas do processo de execução (arts. 680 a 707 do CPC).

As alienações judiciais com feitiço cautelar pressupõem o depósito judicial de bens, por força de algum processo pendente, e o risco de perda, deterioração ou de despesas insuportáveis para sua guarda.

Destinam-se, pois, a resguardar a parte do *periculum in mora*, ou seja, do perigo de prejuízos sérios e difícil reparação acarretáveis pela demora do processo principal.

A alienação, com esse fito, cabe sempre que os bens depositados judicialmente (casos, por exemplo, de seqüestro, arresto, penhora, busca e apreensão etc): a) forem perecíveis; b) estiverem avariados; ou c) exigirem grandes despesas para sua guarda” (CPC, art. 1.113, *caput*). (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alienações judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, (21): 9-18, jan.-mar. 1981).

Na verdade, não há qualquer dificuldade em se caracterizar como medida cautelar a alienação de bens ar-
restados ou seqüestrados, já que o próprio arresto e o
seqüestro constituem medidas cautelares.

O que se dizer, porém, da alienação judicial de bens
penhorados, já que a penhora integra processo de e-
xecução? Não se trata, aí, de alienação para satisfazer o
credor, o que lhe retira o caráter de ato executivo. Poden-
do, aliás, ser requerida pelo próprio devedor, bem se vê
que não pode ser vista como ato de execução. Trata-se,
sim, de alienação que visa a resguardar o valor econômico
do bem penhorado, a benefício assim do credor como do
devedor, donde seu caráter cautelar. Isso importa,
porém, em se reconhecer um certo caráter cautelar à
própria penhora, que garante o direito do credor, quando
ainda incerto, face à pendência de embargos de devedor.

Em qualquer caso, trate-se de alienação de bem ar-
restado ou de bem penhorado, certo é que a hipótese não
é de jurisdição voluntária, mas de incidente em processo
de jurisdição contenciosa.

6. TUTELA DA PROVA DE FATOS JURÍDICOS. MEDIDAS PROBATÓRIAS

O Código de Processo Civil considera cautelares as
medidas probatórias, a saber: a exibição, a produção
antecipada de provas e a justificação. Em outro livro,
cuida o Código dos procedimentos especiais de jurisdição
voluntária. Contudo, há medidas probatórias que não são

cautelares e que tampouco se enquadram no âmbito da jurisdição contenciosa.

6.1. JUSTIFICAÇÃO

Justificar, em nosso Direito, é produzir prova oral. A justificação ora se apresenta como momento de um procedimento contencioso, como nas ações possessórias (CPC, art. 928), em ação de usucapião (CPC, art. 942, I) e nas ações cautelares (CPC, art. 804); ora como procedimento autônomo (CPC, 861).

Como as medidas probatórias em geral, a justificação tem a natureza do processo a que se refere. Tem, pois, caráter contencioso, quando se apresenta como momento de um procedimento contencioso.

A chamada “justificação avulsa”, que constitui processo autônomo, tem a natureza de processo de jurisdição voluntária, porque, ao contrário da produção antecipada de provas (CPC, art. 846), não supõe a existência de outro processo, principal (CPC, art. 861).

A justificação, ainda que efetivada para servir de prova em processo regular (CPC, art. 861), não tem caráter cautelar, como bem observa OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA: “... a ação de justificação, por não ser cautelar, não exige que se prove o *periculum in mora*.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre, LE JUR, 1985, v. XI, pp. 538-9). Essa justificação, confirma HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “não é ação cautelar, pois não visa assegurar prova, mas sim constituir prova, e não se funda no *periculum in mora*. Não se lhe devem, pois, aplicar os princípios gerais do procedimento

cautelar. Não há, outrossim, contenciosidade, pois a jurisdição é voluntária, muitas vezes exercitada sem parte contrária e sempre sem possibilidade de contestação ou recurso (art. 865). É medida de constituição avulsa de prova, sem o caráter de prevenção que se nota nas antecipações cautelares de prova e sem a acessoriedade que é essencial a estas, posto que a justificação pode simplesmente servir como documentação, exaurindo em si mesma sua finalidade processual.” (*Processo cautelar*. 12ª ed., São Paulo, 1990, p. 337).

A justificação é antes ato da parte (ato de produção de provas) do que do juiz, cuja sentença tem natureza meramente homologatória. Não há julgamento e, portanto, também não há coisa julgada. Não se trata, pois, de ação declaratória de fato, mas de simples ato de produção de provas.

6.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

OLIVEIRA & LACERDA enquadram a produção antecipada de prova, sem ressalva, no âmbito da jurisdição voluntária, cuja natureza administrativa afirmam. Consideram, aliás, como tal, a própria produção de prova incidente. “Na intimidade do processo jurisdicional, pratica o juiz um sem-número de atos de mera direção e impulso, sem nada decidir, de mera natureza administrativa, idênticos aos de qualquer autoridade executiva no exercício de suas funções. No exercício desse poder-dever de direção, o volume maior de atos é meramente ordinatório, não possui natureza decisória. Ao

efetuá-los, o juiz nada julga; limita-se a atuar como diretor do processo, como autoridade-chefe do procedimento, responsável pelo seu decurso em ordem certa e legal. Documentar prova, tal como se dá nas espécies do art. 846, inclui-se nesse tipo de atividade. O juiz exerce, aqui, função de mero agente documentador, sem nada julgar ou decidir". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. VIII, t. II, pp. 325-6). Assim argumentam, como se as autoridades administrativas nada decidissem, no exercício de suas funções próprias. Adiante, argumentam com a inexistência de lide.

Ora, a produção antecipada de prova supõe, quase sempre, a existência de uma lide, que se vai resolver, no todo ou em parte, no processo principal. Isso, aliás, é o que a distingue da justificação, que não supõe necessariamente a existência de outro processo judicial (CPC, art. 861).

Na verdade, a produção de provas tem a natureza do processo em que se insere. Há, pois, produção administrativa de provas, como há produção de provas em processos de jurisdição voluntária e em processos de jurisdição contenciosa. Atividade exercida pelo juiz no processo é atividade jurisdicional. O caráter instrumental das medidas probatórias não é suficiente para sua inserção no âmbito das atividades de administração. A recepção de provas em processo contencioso é ato de jurisdição contenciosa. A mera antecipação não lhe altera a natureza. No mais das vezes, pois, a produção antecipada de provas, prevista no art. 846 do Código de Processo Civil, terá natureza contenciosa.

6.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA

Há quatro casos de exibição judicial de documentos.

Em primeiro lugar, “a ação autônoma ou principal de exibição, que Pontes de Miranda chama de ‘ação exhibitória *principaliter*’, através da qual o autor deduz em juízo a sua pretensão de direito material à exibição, sem aludir a processo anterior, presente ou futuro, que a ação de exibição suponha, a que se contacte, ou preveja” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 5ª ed., São Paulo, EUD, 1983, p. 290).

Há, em segundo lugar, a exibição incidente, enquanto ato de instrução. “A pretensão à exibição funda-se, em tal hipótese, em direito de conteúdo instrumental, ligado diretamente à prova dos fatos alegados na demanda principal: o juiz não valoriza, propriamente, se há direito sobre a coisa ou documento, afere tão-somente a necessidade da exibição, com vistas à produção da prova.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro & LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. VIII, t. I, pp. 286-9).

Há, em terceiro lugar, a exibição como produção antecipada de prova. Trata-se, aí, mais uma vez, de exibição/ato de instrução qualificada, porém, pela circunstância de se antecipar o ato, face ao receio de que o documento ou a coisa já não subsista, ou já não subsista no mesmo estado, no momento próprio, do processo principal. Essa medida é cautelar, pois supõe *periculum in mora*, isto é, perigo decorrente da demora de ato judicial futuro.

Há, finalmente, a exibição para a apropriação de

dados, com vistas a uma possível ação futura. Ensina LOPES DA COSTA que tal ação era “comumente, preparatória da reivindicação, onde parece teve origem (ULPIANO: *maxime propter vindicationem inducta est*. Digesto, 10.4.1), para que o autor pudesse individuar devidamente a coisa a reivindicar, ou identificar uma pessoa, de cujo ato resultasse alguma obrigação.

“O proprietário não tinha certeza se a coisa que procurava se encontrava em mãos do réu. Propunha então a ação *ad exhibendum*. O condenado à exibição ou exibia ou pagava o valor da coisa estimada pelo autor, sob juramento. (*Actio arbitraria*).

Servia também para identificar uma pessoa de cujo ato ilícito houvesse resultado uma obrigação.

Se, por exemplo, uma escrava, cujo nome não se conhecesse, houvesse praticado um delito, o lesado pedia fosse o senhor condenado a exhibir a escravatura, para que, entre os escravos todos, se procurasse o culpado, tal como hoje ainda se praticam, em processo civil e em processo crime, com o auto de reconhecimento. (Digesto, 4.10.7).

Indicado o escravo, propunha-se contra o senhor a *actio directa*, *actio noxalis*, pela qual seria ele condenado ou a entregar o escravo como reparação (*noxaedare*) ou a indenizar em dinheiro.” (LOPES DA COSTA. *Medidas Preventivas*, pp. 142-3, *apud* BORGES, Marcos Afonso. Ação exhibitória. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, (23): 85-93, 3º trim. 1980).

Entram nessa categoria não só a exibição de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer, prevista no inciso

primeiro do art. 844 do Código de Processo Civil, como também a exibição preparatória, de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor, prevista no inciso segundo do mesmo artigo.

Observa ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS: “À primeira vista, face à disposição da lei, tudo fica a parecer que a exibição, prevista nos arts. 844/845, é forma de antecipação de prova, justificada pelo *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ou seja, seria ela ‘exibição cautelar’ que serviria para provar, antecipadamente, fato, quando o processo a se instaurar estivesse correndo o risco de frustração da prova, em razão da demora. A impressão faz-se ainda mais significativa, quando a própria lei determina que se observem em referida exibição as regras do procedimento incidente (art. 845).

.....

Humberto Theodoro Júnior, fazendo distinção entre a exibição e a exibição cautelar e a simplesmente satisfativa, nesta inclui o exame da coisa ou do documento para possibilitar ao interessado o direito de opção, nas obrigações alternativas; para dar ao autor orientação sobre uma relação jurídica de que se considera parte; para ensejar ao autor o exame da coisa locada, comodada, depositada ou apenhada. Mas, não estaria na mesma classificação o simples exame da coisa ou do documento, para sanar situação de suspeita ou de incerteza objetiva, a fim de que a parte possa optar ou não pelo processo? Claro que sim! A diferença, na verdade, não se encontra nos fins da exibição, mas no próprio objeto a que ela possa referir-se. Não há diferença ontológica entre o exame da coisa ou documento para possibilitar o exercício do

direito de opção nas obrigações alternativas e o mesmo exame para que a parte decida ou não pela instauração de um processo.” (SANTOS, Ernane Fidelis dos. Aspectos da exibição preparatória de coisa e documento. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. (17): 1-11, dez. 1988).

A exibição *principaliter* bem como a exibição para a apropriação de dados não têm caráter probatório. Daí a inocuidade da sanção de confissão. “Por não ser ação proposta com o fito de fazer prova, a recalcitrância do réu em exhibir a coisa ou documento não provoca a sanção processual de presunção de verdade de fatos (art. 359). Aplicam-se, quem quer que seja o réu, as disposições do art. 362. Condenado a exhibir, se não o fizer, procede-se à busca e apreensão da coisa ou do documento.” (*Ibidem*).

Tais ações tampouco são cautelares, motivo por que não há que se exigir demonstração de *periculum in mora*, nem a propositura da ação principal no prazo de trinta dias.

A exibição/ato de instrução, antecipada ou não, é que comporta a sanção de confissão, quando se trate de documento em poder da parte adversa. Todavia, só a sentença, proferida na ação principal, é que pode declarar provado o fato que a parte afirma já provado, pela recusa do adversário de exhibir os documentos solicitados. A que se reduz, então, a pena de confissão imposta pelo juiz em exibição antecipada? Creio que não há diferença ontológica, em relação à mesma pena, imposta em exibição incidente. É que, em um e outro caso, a presunção de verdade é relativa, prevalecendo apenas se coerente com as demais provas dos autos.

A ação autônoma de exibição, em que se alega direito à exibição, não tem caráter probatório, nem é cautelar.

Enquadra-se claramente na jurisdição contenciosa, que se destina à tutela de direitos subjetivos.

A exibição incidente, ato de instrução, tem natureza probatória. Não é medida cautelar. É ato de jurisdição contenciosa ou voluntária, conforme seja contencioso ou voluntário o processo em que se insere.

A exibição/ato de instrução antecipada tem natureza probatória. É cautelar, porque justificada a antecipação pelo perigo de se frustrar a prova, caso se aguarde o momento próprio para a sua produção. Como as medidas probatórias em geral, tem natureza contenciosa ou voluntária conforme o processo em que se insere.

A exibição para a apropriação de dados não tem caráter probatório. Tampouco é cautelar, embora eventualmente preparatória de outra ação, principal. Não supõe direito subjetivo à exibição. Para o seu deferimento basta a existência de interesse legítimo. Porque não visa à tutela de direito subjetivo, mas à tutela de interesse privado, cabe seu enquadramento entre os processos de jurisdição voluntária. Facilmente, porém, se transpõe o limite entre essas espécies de jurisdição. Quando se qualifica como direito subjetivo o interesse na exibição, entra-se no âmbito da jurisdição contenciosa. Dificilmente então se distingue essa espécie de exibição, da exibição autônoma (*principaliter*).

7. BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Costuma-se distinguir justiça gratuita (dispensa do pagamento das custas e taxa judiciária) e assistência

judiciária (prestação gratuita de serviços de advocacia forense).

A Constituição garante, aos necessitados, mais do que a justiça gratuita e assistência judiciária: outorga-lhes o benefício da assistência jurídica, que compreende a prestação de outros serviços de advocacia, como consultas, pareceres e assistência jurídica extrajudicial. “A Defensoria Pública”, reza o art. 134, “é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”. O art. 5º, LXXIV, dispõe: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” À União e aos Estados compete legislar concorrentemente sobre assistência jurídica e defensoria pública (Constituição, art. 24, XIII).

A Lei 1.060, de 05.02.50, art. 4º (com a redação que lhe deu a Lei 7.510, de 04.07.86), não exige comprovação da necessidade. Contenta-se com a declaração do requerente, feita sob as penas da lei, de que o requerente não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Há quem entenda que esse dispositivo se encontra revogado pela Constituição, que outorga o benefício da assistência jurídica apenas “aos que ‘comprovarem’ (destaquei) insuficiência de recursos”. Penso, todavia, que a norma subsiste: a Constituição garante um mínimo, que é a concessão do benefício aos que comprovam insuficiência de recursos. Nada impede, porém, que a União e o Estado ampliem a concessão do benefício a outros, presumidamente incapazes de suportar o

pagamento de despesas judiciais e de honorários advocatícios.

O que não se pode é outorgar o benefício a quem manifestamente não é “necessitado”.

Aliás, o art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal, estabelece que o acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

Há quem entenda que, inexistente serviço local de assistência judiciária, suporta o Estado os honorários do assistente judiciário, arbitrados pelo próprio juiz que o nomeou.

Em sentido contrário podem-se invocar os arts. 92 e 96, parágrafo único, do Estatuto da OAB:

Art. 92: O advogado indicado pelo Serviço de Assistência Judiciária, pela Ordem, ou pelo Juiz, será obrigado a patrocinar gratuitamente a causa do necessitado até o final.

Art. 96: A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários. O disposto neste artigo não se aplica: I - quando o advogado for nomeado pela Assistência Judiciária, pela Ordem, ou pelo juiz.

Penso, todavia, que tais disposições já não subsistem, em face da Constituição de 1988, pois importam em impor a uns poucos advogados o peso de um serviço incumbente ao Estado, nos termos do art. 5º LXXIV. Deve este, portanto, organizar o serviço de assistência jurídica. Pode, em pequenas comarcas, preferir o sistema da remuneração por serviços prestados. O que não pode é exigir que terceiros prestem gratuitamente serviços que lhe incumbem.

A concessão do benefício da assistência judiciária a uma das partes prejudica a outra, porque o beneficiário se libera dos ônus da sucumbência. Apresenta-se, assim, o benefício da assistência judiciária como um direito público subjetivo contra o Estado, com efeitos reflexos sobre a parte adversa.

A decisão que concede o benefício é constitutiva, sem força de coisa julgada, podendo ocorrer revogação, de ofício ou a requerimento do prejudicado (Lei 1.060/50, arts. 7º e 8º).

O enquadramento no âmbito da jurisdição voluntária decorre da inexistência de lide entre o requerente e o Estado.

BIBLIOGRAFIA

ALLORIO, Enrico. *Problemi di Diritto*. Milano, Giuffrè, 1957, v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956.

BORGES, Marcos Afonso. Ação exhibitória. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, (23): 85-93, 3º trim., 1980.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, 1961.

CARNELUTTI, Francisco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova, Cedam, 1931, v. I.

CARNELUTTI, Francesco. *Principi del processo penale*. Napoli, Morano, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli, Morano, 1958.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965, v. 2.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

GRINOVER, Ada. *As condições da ação penal*. São Paulo, Bushatsky, 1977.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais, 1982.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. Porto Alegre, Sulina, 1964.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1959.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Acordos celebrados perante o Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, (130):44-7, jul-set. 1985.

MENEZES, Wilson Gomes. Da jurisdição voluntária. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, (252): 117-29, out.-dez., 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença de interdição por alienação mental. *AJURIS*, Porto Alegre (37): 238-44, jul.1986.

MOUSNIER, Conceição. *O ato infracional*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1991.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de & LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. VIII, t.II.

PEIXOTO, Renato Kramer. *Zero Hora*, Porto Alegre, 14 ago. 1990.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. V.

PRATA, Edson. *Jurisdição voluntária*. São Paulo, Universitária de Direito, 1979.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral*. 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito das sucessões*. 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

RODRIGUES, Sílvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito de Família*. 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

ROSSI, Celso Antônio. Do curador provisório em processo de interdição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, (503): 252-3, set. 1977.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. Aspectos da exibição preparatória de coisa e documento. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, (17): 1-11, dez., 1988.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Introdução ao Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Medidas cautelares*. São Paulo, Paumapé, 1990.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre, LEJUR, 1985.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre, Fabris, 1987, v. I.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 2ª ed., Porto Alegre, Fabris, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo*

cautelar. 12^a ed., São Paulo, Universitária de Direito, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alienações judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo, (21): 9-18, jan.-mar. 1981.

VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção*. Del Rey, 1991.

WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução e parte geral*. 5^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

PARMA

Impresso nas oficinas da
EDITORA PARMA LTDA.
Telefone: (011) 912-7822
Av. Antonio Bardella, 280
Guarulhos - São Paulo - Brasil
Com filmes fornecidos pelo editor