

02/08/2010

1ª Aula de Direito Processual Civil III

Professor Dierle Nunes

Conteúdo: Tutelas diferenciadas

- Afastamento do Direito Processual do Direito Material, apesar de salutar em um primeiro momento, é hoje um tanto tormentosa, pois que por vezes se debate de modo exaustivo as questões processuais em detrimento das materiais, em um processo de fato.
- Tutelas de urgência – tutelas antecipatórias, também chamadas de tutelas de evidência, as quais exigem aprofundamento cognitivo do processo, uma vez que as partes devem demonstrar de modo acurado o direito à tutela pleiteada.
- Modelo Constitucional de Processo – Direito Processual deve ser aplicado e interpretado a partir de enfoque constitucional, isto é, sob as luzes da Constituição. O excesso de formalismo deve ser evitado, coibida a exacerbação – deve-se, sim, aplicar um formalismo “virtuoso”, conhecido também por formalismo constitucional pela doutrina. Não obstante, o esvaziamento do processo não é adequado, posto que faz grassar iniquidades.

05 de agosto de 2010

2ª Aula de Processo Civil III

- Estrutura do procedimento cognitivo e executivo comum.
 - Tendência à diferenciação procedimental
 - Técnicas diferenciadas
 - Fundamentação constitucional
 - COPIAR, CHEGUEI ATRASADA!
-
- A idéia de súmula é estranha, pois se quer resolver questões diversas com apenas uma frase, a qual, por sua vez, pode ser interpretada, dela se dessumindo exegeses até mesmo antagônicas.
 - A idéia de Dworkin de impossibilidade de rompimento da cadeia interpretativa, sem desrespeitar a história constitucional do entendimento, não é observada no país. Posto que mesmo nos tribunais superiores – responsáveis no mais das vezes pela uniformização e racionalização das decisões – não há consistência e integridade nos julgados. Trata-se, no dizer do Professor, de um Common Law Tupiniquim, o que acaba por fomentar a insistências das questões repetitivas apresentadas em juízo.
 - É mister uma estrutura de debate para que se chegue a um sistema processual racional.

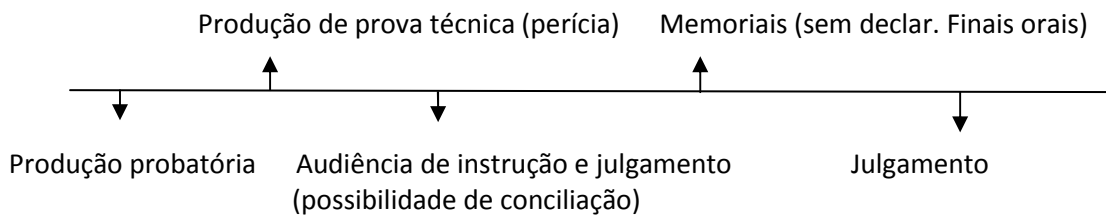
- Art. 285-A, repercussão geral, técnicas de padronização da decisão (OBS: por vezes a aplicação do mecanismo do art.285-A promove iniquidade em face do réu, se o tribunal reforma sentença, o réu que apenas ofertou contra-razões sai prejudicado). O sistema processualista brasileiro tende a padronização, tem apreço por ela e a busca por diversas técnicas.
- Apelação, juízo de admissibilidade, contra-razões, acórdão, recurso extraordinário, juízo de admissibilidade. Tribunal superior ao entender que há repercussão geral adentra à questão de mérito da causa, produzindo decisão paradigma, aplicada a todos os casos idênticos. Todavia, há um sério problema, a aplicação do paradigma a casos apenas parecidos. Deveria, por conseguinte, haver recursos para demonstrar ao STF que se trata de questão tão somente parecida e não idêntica. Professor acredita que se deveria interpor Agravo de Instrumento, porém, a ministra Ellen Gracie editou entendimento de que se deveria interpor, em contraste, agravo interno – contrariando, inclusive, o princípio da taxatividade.
- Cognição de primeiro grau, fase de recorribilidade ordinária – demonstra-se injustiça na decisão, a exemplo da apelação (devolução parcial/gradual – juiz exerce juízo de admissibilidade para só então devolvê-lo ao Tribunal, apresenta-se razões no órgão de origem, as quais serão julgadas em 2ª instância; a devolução é igualmente plena, Tribunal pode conhecer de todas as questões contraditas pelo recurso).
- Argumentação para desconsiderar precedentes – demonstrar que o precedente infringe o ordenamento, faz-se a defesa mais do ordenamento do que do cliente, e isso é de suma importância, não se deve apenas defender o cliente, mas sobretudo o ordenamento jurídico, que se aplica a todos. Mantença da idoneidade do ordenamento jurídico, esta é a lógica dos recursos especiais e extraordinários.
- Procedimento sincrético – desde 1994 e principalmente com a reforma de 2002, entre a atividade executiva e cognitiva. Dentro do bojo de um mesmo processo são admitidas várias atividades processuais/jurispcionais, não é tão somente a junção de execução e cognição em um processo só, mas também a possibilidade de atividades cautelares, por exemplo.
- A tutela antecipada é técnica de antecipação de possibilidade do cumprimento de uma decisão, carga de cumprimento da futura sentença. Quando se introduz pelo 273 a possibilidade de antecipação ampla dentro do corpo do procedimento que seria cognitivo, dá-se um grande passo, porquanto marca o sincretismo processual.
- Sentença declaratória, normalmente, não implica em execução, mas há casos em que é necessária a fase executiva, questão ainda polêmica. Exemplo: declaração de que a cobrança do tributo é ilegal, ou que sua incidência é inconstitucional, etc, pede-se a partir desta sentença declaratória a repetição do indébito em fase executiva. Porém, há grande parcela da doutrina que não admite tal execução, asseverando que a parte estaria compelida a ingressar novamente em juízo para obter a sentença condenatória.
- Fase de cumprimento da decisão, tomada no caso de obrigações de pagar
- Técnicas sub-rogatórias e coercitivas de cumprimento da obrigação, a primeira independe da vontade do réu, a exemplo da expropriação de bens – para promover a quitação do débito, desapossamento – entrega de coisa; a segunda o obriga a adimplir o que foi decidido, esta capta a vontade do devedor para que ele queira cumprir por si

mesmo a obrigação, sob pena de lhe ser imputada consequência jurídica indesejável – caso das astreintes, as quais reverterem ao credor, valor e tempo da multa são definidas pelo juízo, tríplice flexibilidade da multa (pode o juiz aplicá-la ou não, no valor que julgar necessário, com a periodicidade que entender ideal). Se o valor da multa ultrapassa o valor da obrigação, a diferença percebida será remetida ao Estado e não ao credor.

➤ PEDIR PARA PROFESSOR O PROJETO DO CÓDIGO, POR E-MAIL.

- Objetivo da astreinte é captar a vontade do devedor, nada mais. Como todos os meios coercitivos é feito para não ser usado, quer-se que a só ameaça faça com que o réu cumpra a obrigação que se lhe atribui.
- Proporcionalidade é um princípio que exige fundamentação consistente para ser aplicado, pois que do contrário se permite uma aplicação subjetiva de princípios, normas de direitos fundamentais e valores em detrimento de outros. STF – princípio da proporcionalidade encontra-se ancorado na aplicação do devido processo legal. Está ligado a uma interpretação axiológica entre um direito fundamental e outro de mesma natureza, deve-se buscar o que é devido, o direito é deontológico e não um servo da vontade do aplicador.

INÍCIO DA AULA – COPIEI DA LUD



Fase cognitiva – aplicação plena de todos os princípios constitucionais do processo. Contudo, o que vem acontecendo é um significativo incremento do poder do juiz. No século XIX, entendiam que o magistrado deveria “assumir a defesa da parte hipossuficiente”, tratava-se do modelo socializador. Década de 1970 – reforçar a figura de todos os sujeitos processuais.

- O processo é garantia para a obtenção de boas decisões.
- Situação atual: dada a grande quantidade de processos, fortalece-se o poder dos tribunais, tendo em vista que há “modelos” que deverão ser seguidos pelos juízos de 1º grau.
- Falta um senso de integralidade do sistema processual. O entendimento jurisprudencial é assaz importante, porém é altamente mutável, desabonando a segurança jurídica.

09 de agosto de 2010

3ª Aula de Processo Civil III

- Findo o processo, inicia-se, normalmente, a execução do que foi julgado.
- A inserção dos artigos 273 e 461, 461-A, 475-J a 476-L marca o sincretismo entre cognição e execução, as quais podem tramitar em um mesmo feito. Não obstante,

existem procedimentos executivos independentes. No que toca a cautelar, por sua vez, é ainda incipiente o sincretismo, uma vez que ainda são poucas as técnicas que fazem introduzir medidas cautelares no processo cognitivo.

- Parêmia que toma as decisões como declaratória, condenatória e constitutiva, vem perdendo força, pois que hoje já temos a execução de sentenças declaratórias e alguns dizem até de sentenças de natureza constitutiva – conforme visto na última aula.
- Técnicas sub-rogoratórias de expropriação: alienação judicial, adjudicação, alienação por iniciativa particular, usufruto judicial, desconto em folha de pagamento, cobrança de alugueres. Prescindem da vontade do devedor de querer quitar a dívida. Técnicas sub-rogoratórias para entrega de coisa: imissão na posse, busca e apreensão. Outras: requisição de pagamento (Fazenda Pública) – precatórios e RPV, desapossamento. Técnicas sub-rogoratórias de transformação: execução de pagar quantia, quando da impossibilidade de entrega da coisa discutida em juízo. Todas essas são técnicas de execução direta, as de execução indireta ou coercitivas são (divisão de Chiovenda): patrimonial (astreinte – art. 461, CPC) e pessoal – prisão civil (somente devedor de alimentos por força de decisão de STF). Ambas as técnicas convivem entre si no processo cognitivo.
- Quanto à obrigação de fazer é comum o uso de técnicas coercitivas (execução indireta), pois que para o credor, no mais das vezes, importa o efetivo cumprimento do dever que se lhe impõe, mais do que o pagamento de qualquer indenização. Assim é que se busca o cumprimento coercitivo do fazer através da multa atribuída ao descumprimento. Juiz pode, inclusive, fazê-lo *ex officio*, sob o escopo de captar a vontade do devedor. Há também técnicas de resultado equivalente, terceiro cumpre o fazer ou não fazer sob as expensas do devedor.
- Legislador acresceu às técnicas sub-rogoratórias a coercitiva patrimonial – astreinte, caso em que, por ex, realizada a busca e apreensão não se encontra o bem procurado, sendo assim, estabelece-se multa objetivando sua entrega.
- Por vezes o valor da multa supera o valor da obrigação, nestes casos, o valor que supera o discutido é remetido ao judiciário, evitando-se o enriquecimento ilícito do credor.
- Legislador tentou mesclar as técnicas sub-rogoratória e coercitiva quando do cumprimento de sentença – art. 475-J. Inicia-se com a execução com a multa de 10% sob o valor devido, caso devedor não cumpra com a condenação, se o devedor queda inadimplente, passa-se às técnicas sub-rogoratórias. Problema: toda aplicação de multa desafiava agravo de instrumento, caso o devedor não SEJA intimado pessoalmente para cumprir a obrigação.
- **Efeito expansivo externo:** decisão do recurso pode atingir outros atos processuais. Ex: indefere-se a produção de prova pericial, agravo de instrumento, juiz pode sobrestar o andamento do processo para evitar anulação da sentença, caso o Tribunal entenda pela necessidade de prova pericial. A decisão do Tribunal sobre o mister de prova pericial acarreta a anulação da sentença, este é o efeito expansivo.
- **Efeito devolutivo:** transferência através da manifestação, nos limites da resignação do recorrente – *tantum devolutum quantum apelatum*. Efeito translativo (art. 515, §3º CPC) ou devolutivo em profundidade: ocorre por força da lei, ex: questões de ofício, extinção do processo sem resolução de mérito.

- **Efeito suspensivo:** suspensão da eficácia executiva da decisão, obsta ao cumprimento da decisão recorrida, NÃO suspende o processo, mas tão só o cumprimento da decisão guerreada. Efeito ativo: modo de obter uma antecipação de tutela recursal (daqui a duas aulas será minudenciado).
- **Efeito substitutivo dos recursos:** ocorre todas as vezes que o órgão *ad quem* (destinatário, julgador do recurso) analisa o mérito da causa, não importa se houve confirmação ou reforma do que foi decidido, não ocorre quando, por ex, há sentença terminativa e o tribunal anula o ato e reenvia a causa para o juízo *a quo*.
- **Efeito regressivo:** possibilidade de retorno de competência para o próprio órgão prolator da decisão, casos em que há possibilidade de retratação do juízo, ex: agravo por instrumento; apelação excepcionalmente possui juízo de retratação (463, CPC, termina o *munus* do juiz quando prolatada a sentença, não pode mais modificar o *decisium*) quando do julgamento liminar de causas repetitivas, art. 198, VII, ECA, sentença terminativa que indefere a petição inicial (art. 296, CPC); embargos declaratórios, para muitos doutrinadores este é o único efeito deste recurso.
- **Efeito expansivo: subjetivo** – hipóteses de litisconsórcio unitário (chamado também de efeito extensivo), no qual há necessária uniformidade de decisão, e apenas litisconsórcio UNITÁRIO, não o necessário, relação jurídica entre os litisconsortes deve ser incidível, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco.
- **Efeito expansivo objetivo:** efeito da decisão do recurso, a decisão expande seu objeto para atacar outros atos processuais que não pelo qual se recorre, na verdade, o que ocorre é que os demais atos ficam prejudicados em função da decisão do órgão *ad quem*.
- Apelação tem sempre efeito suspensivo, a menos que incida nas hipóteses dos incisos do art. 520, CPC. E quando incidindo em tais incisos, como obter o efeito suspensivo? A resposta está no art. 558, parágrafo único CPC. Se a apelação é recebida apenas no efeito devolutivo, permite-se a execução do *decisium*, porém, se se prova possibilidade de dano grave ou de difícil reparação com tal execução, pode-se requerer a aplicação do efeito suspensivo. Outra forma de obter este efeito pertine as cautelares, então utilizadas como supedâneo recursal. Fundamentação no próprio recurso.
- Até o momento em que o juízo *a quo* recebe a apelação apenas no efeito devolutivo não pode haver execução provisória, consoante 475-J.
- Efeito devolutivo diferido: caso dos recursos retidos, tramitação em um momento e julgamento no futuro.
- Fase de cumprimento – art. 475-J a 475-L. Execução genérica (pagar quantia de dinheiro), precipuamente expropriatória (expropriar – transferir titularidade), inicia-se com a previsão de multa de 10% caso o devedor não pague em 15 dias, conta-se da intimação do patrono do devedor, segundo última decisão da Corte Superior do STJ. **Fase preparatória da execução:** (1) inaugura-se a partir do requerimento de cumprimento de sentença (com memória de cálculo), juiz não instaura esta execução *ex officio* (diferentemente da execução para entrega de coisa certa ou fazer/não fazer, por força do art. 461, §4º). (2) ato construtivo de direito: penhora e avaliação, não há chamamento do devedor para quitar a obrigação (a intimação ocorre antes do requerimento). (3) intimação: feita na pessoa de seu procurador nos autos, propiciando o incidente cognitivo de impugnação do cumprimento (15 dias), a partir do qual se discute vícios na execução – corre nos mesmos autos, posto que geralmente não se atribuí ao incidente efeito suspensivo.

Tutela Executiva

Tutelas Diferenciadas

❖ Espécies

12 de agosto de 2010

4ª aula de Direito Processual Civil

❖ Tutela Executiva

- Tutelas diferenciadas I
 - * Técnicas de urgência: tutela cautela, tutela antecipada, tutela específica;
 - * Técnicas de evidência: tutela antecipada, julgamentos antecipados.

 - Quando na execução não se encontra bens esta queda suspensa, e fica sem propósito, acabando por fazer sem obter os efeitos desejados. Na verdade, a maioria das execuções são natimortas, não chegam a lugar algum uma vez que não se encontram os bens do devedor.
 - Professor comentou sobre a proposta de criação do Sistema Nacional Integrado de Contribuintes para se aferir de antemão se o devedor tem ou não bens, evitando-se execuções desnecessárias – tomadas aqui como aquelas fadadas ao insucesso em virtude da inexistência de bens suficientes para satisfazer a obrigação.
 - Bloqueio on-line, penhora on-line – através do Bacenjus. Hoje, a penhora online de numerário nas instituições bancárias (alteração art. 655-A, CPC) é permitida e tida como primeiro recurso, o que também é possível com relação a veículos automotores. Espera-se que dentro em pouco se possa realizar tais bloqueios através de sistemas de informação de cartórios e juntas comerciais.
 - *Priori tempore potior iure* – o primeiro no tempo possui o direito, aplicado ao sistema executivo para se definir a regra de prioridade da satisfação da obrigação. Caso em que há inúmeros credores quirografários na mesma situação, neste caso, quem penhorou primeiro tem preferência em relação aos demais.
- Fases: Requerimento de cumprimento; penhora e avaliação – abre-se prazo de 15 dias para possível impugnação ao cumprimento; expropriação.
- Impugnação é interposta e em regra tramita *in latere*, em autos apartados, uma vez que não gera o efeito suspensivo recursivo, assim para que a execução possa continuar normalmente, a tramitação dá-se em outros autos. Trata-se de incidente de cognição. Requisitos para a concessão do efeito suspensivo: (1) *periculum in mora* (2) relevância do fundamento de impugnação executiva, ex: excesso da execução, este deve ser bem provado para que seja acatada
 - As únicas matérias de defesa que possam ser veiculadas na impugnação ao cumprimento são ditadas pela lei, cognição parcial (lei limita as matérias de defesa) e exauriente. É parcial porquanto tudo quanto havia de ter sido dito já o

foi, houve tempo para isso dentro do processo, pode-se alegar apenas questões novas havidas após a cognição, após os articulados, ou o que não se pode alegar no curso do processo – ou seja, as matérias elencadas pela lei (art. 475 – L). Hoje em dia, a teoria da relativização da coisa julgada tem gerado inúmeros reclames durante a impugnação ao cumprimento – pugna-se através deste recurso a relativização da coisa julgada, pleiteia-se a inexigibilidade do título executivo. O que gera uma instabilidade e insegurança que prejudica o sistema jurídico.

- Exceção de pré-executividade: Pontes de Miranda em parecer á Manesmann asseverou que, da mesma forma que o juiz poderia conhecer de ofício algumas questões, a parte poderia apresentar as mesmas em simples petição antes da constrição judicial, penhora.
- A impugnação gera um processo cognitivo, com contraditório. No procedimento executivo o contraditório é de certa forma rarefeito, pois que inexistente uma cognição de fato, apenas pequenas questões a serem decididas como a questão da penhora, quando o devedor pode apontar o bem que prefere que seja penhorado.
- Cognição, plano horizontal: extensão, que pode ser parcial ou plena (extensão total, qualquer matéria pode ser alegada); plano vertical: profundidade, que pode ser sumária (quando juiz julga algo com pouca cognição, poucas provas, elementos probatórios rasos) e exauriente (plena análise das provas e argumentos jurídicos).
- Contra decisão que acata a impugnação – se extingue a execução: apelação; se não: agravo. Assim, temos que o código acata dois conceitos de sentença, o contencioso (art. 162, CPC) e o art. 475, CPC que trata dos efeitos da mesma, conforme supra-exposto.
- **Formas expropriatórias:**
 - * **Adjudicação:** transferência do bem *in natura*, novidade trazida pela lei 11.382/2006, alterações do livro II, inclusive as do art.685-A e B, CPC, podem requerê-la os credores; familiares do devedor visando a manutenção do bem em família, mas deposita o valor do bem em juízo; sócios na hipótese de penhora de cotas sociais (são os primeiros a poderem adjudicar, os segundos os familiares e por último os credores, se são muitos há concurso de preferências – ordem dada pela lei de falências lei 11.101/2005 ou então art. 612, CPC);
 - * **Alienação particular:** art. 685-C, CPC, baixa adesão. Trata-se da possibilidade de se vender o bem pelo preço de mercado a partir da figura de um leiloeiro ou corretor, propiciando melhores condições de venda. Tanto o executado quanto o credor poderiam promover a alienação particular;
 - * **Alienação judicial:** expedem-se os editais e intimações e então se promove a hasta pública. Lances que se orientam a partir do valor de avaliação dado pelo oficial de justiça, na segunda hasta pública pode-se dar lance menor do que o preço de avaliação desde que não equivalha a preço vil – menos de 50% do preço definido pelo oficial de justiça;
 - * **Usufruto.**
- Penhora: pede-se certidão do cartório de imóveis do lugar onde ele se encontra, leva-a aos autos, pede-se certidão de penhora, leva-se esta ao cartório do lugar e pronto.

19 de agosto de 2010

6ª Aula de Processo Civil III

❖ **Tutelas Diferenciadas – aumentar o coeficiente de eficiência, efetividade (nomenclatura não muito adequada), processo de resultados.**

- Sistema processual originário
 - * CPC 1973
 - * Características: neutro ao fator temporal; ordinariedade; com resolução pelo equivalente patrimonial
 - Sistema Reformado
 - * Constitucionalização
 - * Tendências ao acesso à justiça
 - * Modelo brasileiro
 - Tutelas Diferenciadas
 - * Tutelas de Urgência (trabalham com o requisito do *periculum in mora*): tutela cautelar, livro III, CPC, autônomo, garantia de eficiência, de outra atividade processual; tutela antecipatória, liminar requisitos mais complexos; tutela específica antecipatória, art. 461 e 461-A, CPC, obrigação de fazer e não fazer, obrigação de entrega de coisa.
 - * Tutelas de Evidência (tutela antecipada nem sempre é tutela de urgência): técnicas de aprofundamento cognitivo – cognição exauriente; qualquer momento processual, exceto liminar.
 - * Procedimentos especiais: direito processual público (mandado de segurança. Habeas corpus, habeas data, etc. Nomenclatura inadequada); livro IV, CPC; Leis especiais.
-
- A primeira coisa que precisamos perceber é o fato de que o modelo de tutelas diferenciadas, principalmente em face à idéia de adequabilidade do processo ao litígio, merece atenção. Em um primeiro momento a ciência processual deseja um afastamento do direito material, contudo, tal distanciamento gerou ineficiência, donde se acabou por se tentar a reaproximação, a partir do meio do século XX, o que hoje visamos. A aproximação do direito processual ao cidadão é medida que se impõe. Sincretismo como reaproximação do processo ao indivíduo que recorre ao processo, termo usado nesta acepção no que tange às tutelas diferenciadas.
 - O problema do sincretismo supracitado acaba por esbarrar no fato de que para atendê-lo é mister se criar inúmeros procedimentos, o que ensejaria uma especialização no Direito, porquanto para que tais muitos procedimentos funcionem é preciso que os operadores que trabalhem com eles sejam para tanto preparados.
 - Tutelas diferenciadas são criadas sobre este pressuposto de adequabilidade, porém, por sua vez, pressupõe especialização dos operadores do direito para que funcionem bem. Todavia, no Brasil, tal especialização não ocorre, e o modelo de tutelas diferenciadas não funciona da maneira devida. Este é o paradoxo que precisamos resolver. Pois, mesmo que o profissional deseje se especializar, ainda assim deverá conhecer todo o sistema jurídico.

- Modelo idealizado por Buzaid se baseava na ordinaryidade, processo comum tanto no plano da cognição como no da execução, sistema eficiente para toda e qualquer questão. Havia um procedimento para cada plano, e dentro dele se deveria discutir as questões processuais, não havia plúrimos procedimentos, como se prevê no caso das tutelas diferenciadas. Buzaid recusava a idéia imanentista do processo, cada direito uma ação, cria na independência do direito processual, ou seja, não desejava o livro IV que foi incluído em seu projeto de código. Para ele da cognição à sentença haveria lapso de tempo de apenas 131 dias, isto é, idealizou um processo eficiente e célere, o que na prática, como sabido, não ocorreu. Buzaid apostava, portanto, em um sistema comum, o qual não funcionou. Qualquer obrigação deveria ser resolvida em pecúnia, inexistiam as técnicas de coerção para que o devedor satisfizesse por si mesmo a obrigação, não havia técnicas para captação da vontade do devedor, o não adimplemento era sempre transformado em perdas e danos. Não havia também técnicas de aceleração processual, até porque cria que o modelo ideado seria rápido, inexistiam tutelas de urgência porque não seriam necessárias.
 - Questões sociais no Brasil são sempre judicializadas, o que é um erro grotesco, vide Alemanha, onde tutela de urgência para entrega de medicamentos é praticamente inexistente, pois que o sistema de saúde funciona como devido, não dando margem a tais questões. No Brasil, as deturpações políticas, as falhas do legislador, do executivo, são resolvidas em juízo, abarrotando este poder.
- Diante da insatisfação com o modelo vigente, modelo de Buzaid, se ideou um sistema novo, que não foi amplamente discutido, tratando-se de uma legislação construída de modo autoritário e restritivo. Tem fundamentos na CR/88, que importa em imenso ganho teórico, mas um ganho emaranhado e confuso, uma mistura de teorias díspares que não conversariam entre si. Uma das teorias mais importantes para o direito processual concerne à teoria do acesso à justiça (Projeto Firenze ou Florença, Mauro Capelleti, 1978), grande impacto para os modelos processuais reformistas. Idéia de inafastabilidade da jurisdição, tutela efetiva, tempestiva, adequada, esta é uma idéia decorrente da teoria do acesso à justiça, é preciso lembrar que há teorias e técnicas muito mais modernas e apropriadas justamente para dar efetividade à idéia de processo como garantia de acesso à justiça. Projeto de Buzaid contava apenas com a tutela cautelar, a qual garante ou tenta garantir a eficiência do processo face ao elemento temporal – *periculum in mora*, a espera do período próprio pode solapar o êxito da satisfação do direito pleiteado. Porém, a cautelar não permite a garantia do direito pugnado, buscar eficiência de outra atividade processual, não havia técnica até 1994 para satisfação do direito com inclusive ganho ou fruição do bem da vida. Surgem, destarte, os procedimentos especiais, mesmo os juizados especiais surgem nessa época (art. 98, CR/88 já permitiria a criação dos JE para causas menos complexas, contudo, o parâmetro para se aferir a complexidade das causas é errôneo, haja vista que se funda tão somente em critério monetário, econômico – causas até valor X ou Y).
- Outra teoria de relevância para o movimento reformista é a de Cândido Rangel Dinamarco – Instrumentalidade do Processo, inúmeros processualistas aderiram a ela. Não obstante, o Professor não concorda com a teoria e é dela crítico.

26 de agosto de 2010

7ª aula de Processo Civil III

- * Temos um quadro: tutela cautelar – atua no potencial dano à atividade processual (cautelar resguarda a jurisdição do processo, aspecto procedimental, instrumental), não se adota em nosso país a teoria da cautelaridade ou direito substancial de cautela, muito aludida pela doutrina italiana. Cumpre salientar que na Itália não existe diferenciação entre tutela cautelar e tutela antecipatória, são modos de obtenção da mesma coisa, a cautela. A teoria assevera que todo cidadão tem direito substancial de cautela, desde que prove no processo esse seu direito, idéia consentânea à constitucionalização do processo. Esta teoria não se aplica bem ao caso brasileiro, uma vez que mantemos dicotomia entre antecipação de tutela e cautelar, a menos que optamos por fundir estas técnicas, unificando-as como fizeram os italianos. Contudo, para tanto é mister que se promova dada reforma: ou se aumenta e aprofunda a necessidade de prova da cautelar, sendo então necessária prova inequívoca, ou se abrevia as provas bastantes para concessão da antecipação, sendo então suficiente o mero *fumus boni iuris*, verossimilhança e *periculum in mora*. Do contrário, todas as liminares baseadas em provas abreviadas dariam azo à antecipação de tutela. O projeto de código atual abrevia as provas, criando a figura da tutela de urgência. Aquelas tutelas que prescindirem do elemento urgência serão chamadas de tutela de evidência, quando já há aprofundamento cognitivo suficiente – o pedido já é incontroverso. O risco disso é imenso, pois poderemos estar criando um processo de autor, isto é, um processo que toma o autor como certo sempre. O juiz poderá conceder liminar satisfativa a seu bel prazer, quando julgar que deve, uma vez que os requisitos para o pedido de tutela de urgência quedarão diminuídos dado o modelo abreviado de prova.
- * Teoria Geral Cautelar do CPC, art. 796 a 812.
- * Tutela cautelar tem existência acessória, e tal é esta acessoriedade intrínseca que se a tutela definitiva não é proposta ela perde a eficácia: é sempre proposta antes ou na constância do processo, quando corre *a latere*. É importante observar que o CPC por vezes denomina de cautelar aquilo que não o é, exemplo: notificação (se se empresta um imóvel a alguém (comodato) e se quer obter o imóvel de volta, notifica-se à pessoa para que deixe o imóvel em 30 dias, findo os quais a posse será injusta, configurando esbulho possessório) não acautela nada, mas é chamada erroneamente de cautelar. A cautelar não é sincrética, deve ser requerida a partir de procedimento autônomo, chamado de processo cautelar. Por vezes, quando é pedida no transcurso do processo, dentro deste, é deferida, mas o juiz neste caso está indo contra o sistema e a favor do sincretismo, mas estas são hipóteses excepcionais. É também dotada de instrumentalidade hipotética face à tutela principal, pode ser analisada por dois fundamentos, se se parte da teoria clássica a idéia é que a cautelar garante a eficácia da tutela principal, seja ela de cognição, seja ela de execução – aquilo que Carnelucci e Calamandrei chamavam de instrumento do instrumento, instrumentalidade ao quadrado; já para os teóricos do direito substancial de cautela a instrumentalidade, na verdade, seria uma referibilidade, pode significar a satisfação do direito ou não, sendo

assim, resguardaria o próprio direito que corre risco face o transpor do tempo e não o processo cognitivo ou de execução.

- * Quando se propõe a cautelar pela via incidental o processo já existe, neste caso, a acessoriedade é nítida. Quando a cautelar é proposta antes do processo principal é mister que nela se indique qual o procedimento principal a ser tomado, ex: bloqueio de bens antes do processo de execução. Quando se propõe a cautelar é preciso que se requeira uma liminar, do contrário, não haveria *periculum in mora*, juiz pode deferir ou indeferir, sendo a liminar deferida, da efetivação da medida tem-se 30 dias para propor o procedimento principal, se não se fizer a cautelar perderá seus efeitos *extinctio*, como se ela nunca estivesse existido, salvo quando essa cautelar não for constrictiva ou restritiva de direitos, exemplo: cautelar de antecipação de provas, prova não perde seus efeitos ainda que o processo principal não seja ajuizado em 30 dias, se daí há um ano se resolver ingressar em juízo utilizando a prova testemunhal colhida, a mesma não terá perdido seus efeitos. Não existe previsão legal para tanto, mas é percepção já apascentada na doutrina e jurisprudência.
- * Cognição sumária, é da essência da cautelar não exigir das partes um aprofundamento cognitivo, apenas plausibilidade do direito embasado em provas eminentemente indiciárias.

30 de agosto de 2010

8ª aula de Processo Civil

PROVA DIA 16!

- ❖ Tutela Cautelar
- * Princípios e características
 - autonomia;
 - acessoriedade;
 - instrumentalidade;
 - summaria cognitio;
 - fungibilidade;
 - temporalidade;
 - modificabilidade/revogabilidade
- * Requisitos
- * Procedimento
 - competência

- * Tutela cautelar: dá-se modo acessório, tem cunho instrumental no que tange a sua eficácia.
- * Guarda um quadro de cognição sumária, não se busca a exauriência da cognição, muito pelo contrário a análise do direito é superficial. Plausibilidade do direito: entre nós conhecida por *fumus boni iuris*.

- * Dúplice fungibilidade: entre cautelares, art. 805, e entre cautelar e qualquer outra tutela – art. 273, §3º. Possibilidade do juiz de ofício deferir cautelar outra que não aquela pleiteada, desde que os requisitos da tutela deferida estejam satisfeitos.
- * A finalidade da cautelar de arresto é a manutenção de bens, para que sejam posteriormente penhorados. Quaisquer bens com potencialidade de serem alienados no futuro são passíveis de arresto. Juiz pode trocar o bloqueio do imóvel por uma caução em dinheiro no mesmo valor, aqui é possível a fungibilidade prevista no art. 805, CPC. A situação não é a mesma do que quando se discute a propriedade de um bem, a futura entrega de coisa pode não ocorrer em função da dilapidação do bem, pode-se impetrar cautelar de seqüestro, neste caso a caução em dinheiro seria insuficiente e inadequada, de modo que a fungibilidade restaria proibida, se o juiz a promover cabe agravo.
- * Art. 273, §7º: técnica de aproveitamento processual, não houve fusão entre cautelar e antecipação de tutela. Se o que se requer se confunde com o pedido pleiteado ao fim do processo, trata-se de tutela antecipada, caso contrário trata-se de cautelar. O problema é se esta fungibilidade é de duplo sentido vetorial. Se o juiz permitir a fungibilidade de uma cautelar em antecipação de tutela estará advogando para a parte, visto que não só modifica o pedido como o procedimento (de cautelar para processo de conhecimento, cognição plena), mas estando os requisitos de antecipação de tutela satisfeitos o problema se agudiza, alguns defendem a completa impossibilidade, pois que ao juiz não seria dado tal subjetivismo. De outro lado, se inserem os defensores da instrumentalidade das formas, apostam no juiz com bom senso que promova a fungibilidade quando julgar necessário. Há uma outra possibilidade: *a priori* a fungibilidade não poderia se dar em duplo sentido vetorial, juiz pode perceber o equívoco e conceder a liminar, abrindo em seguida vista à parte para que ela conserte o seu pedido, este é um caso de flexibilidade entre tutelas, juiz não altera o procedimento. Princípio da cooperação intersubjetiva. Do contrário o processo se torna uma mixórdia, o juiz flexibiliza o procedimento que bem entender, advogados trabalhariam com incerteza, a menos que o juiz fixe um calendário prévio com as partes – como ocorre em alguns sistemas.
- * Dúvida objetiva e interposição no prazo correto – requisitos para fungibilidade do art. 805, aproveitamento de técnicas processuais.
- * Temporariedade: a tutela cautelar em regra é temporária, não é provisória. Provisória é a que será substituída por outra, a temporária, por seu turno, vige enquanto tiver que viger, não sendo substituída. Metáfora para tutelas temporárias: andaimes de uma construção, ficam montados até quando forem necessários, não são substituídos por nada, apenas são retirados quando pronto o prédio. Tutela cautelar tem utilização temporária, o que não acontece com a antecipação de tutela, eminentemente provisória. Ao fim das razões de cautela, perde esta os seus efeitos, sendo assim decretado pelo juiz.
- * Cautelar pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo, por essência trabalha-se com estas possibilidades, visto que o grau de provas é extremamente superficial, com o transcurso do processo pode-se chegar à conclusão de que a cautelar sequer deveria ter sido concedida, face ao aprofundamento das provas.

- * Toda a vez que se for propor cautelar deve-se demonstrar ao juiz a plausibilidade do direito, cautelar é tutela da aparência, provas indiciárias. Fundado receio de dano irreparável é necessário para concessão da cautelar, tutela de urgência por excelência.
- * Competência. Se está diante de cautelar incidental não paira dúvidas quanto à competência, visto que será a mesma do feito principal. Art. 800, CPC, deve se propor a cautelar no mesmo juízo competente para o procedimento principal, seria regra de competência absoluta, contudo, muitos autores têm defendido que por se tratar de tutela de urgência poderia ser proposta em qualquer juízo – porém, esta visão é mais doutrinária do que pragmática. Exemplo: propor cautelar em foro diverso daquele do procedimento principal. Uma vez proposto recurso, a cautelar deve ser proposta no juízo que conhecerá do mesmo. Problema: quando as cautelares funcionam como sucedâneo recursal.

9 de setembro de 2010

9ª Aula de Direito Processual Civil III

Tutela Cautelar

- Procedimento
 - Competência
 - Petição Inicial
 - Liminar
 - Defesa
 - Instrução
 - Sentença
 - Recursos
 - Espécies

Tutela Antecipada

- Requisitos
- Momento de concessão
- Recursos

- * Competência: próprio juízo da causa principal. Mas esta regra aceita algumas exceções de índole pragmática, exemplo: se não se tem como viajar para chegar ao local de proposição da causa principal, é possível ajuizar cautelar em lugar diverso.
- * Cautelar deve ser proposta no Tribunal – quando já houve recurso (cautelar como sucedâneo recursal).
 - Exceções: (1) cautelar de alimentos provisionais Art. 853, CPC – a qual é tutela satisfativa, quer-se a fruição material do direito e não sua cautelaridade, por determinação do dispositivo legal, há mister de se interpor a cautelar de alimentos no juízo de primeiro grau, independentemente de onde estiver a

causa. Isto porquanto a produção de provas no juízo de 1º grau é mais fácil, apresentação e apreciação dos requisitos necessários ao provimento da cautelar é melhor realizada.

- OBS: alimentos dizem respeito a todos os valores necessários a manutenção de um indivíduo (não só subsistência básica), dever de alimentos envolve dois fundamentos, o de sustento da pessoa e de solidariedade entre familiares (até o 3º grau de parentesco, e infinitamente em se tratando de ascendentes e descendentes). Há dois modos para se requerer alimentos, o procedimento especial da lei 5478/68, quando já se tem comprovação do parentesco, ou por meio da cautelar supracitada, inexistindo prova pré-constituída da relação de parentesco, normalmente a cautelar é intentada antes da ação principal – que pode ser de divórcio, reconhecimento de paternidade, etc. Sempre se leva em consideração o trinômio: necessidade, possibilidade de quem vai pagar (sinais externos de riqueza), juízo de proporcionalidade (não existe um percentual de fixação). Alimentos provisionais visam à manutenção do indivíduo durante o curso da ação principal, portanto, tal cautelar é mais comum na forma preparatória, mas, ocorrendo na forma incidental será sempre interposta no juízo de 1º grau, ainda que esteja o processo em fase recursal.

- OBS: impossibilidade jurídica do pedido concerne à expressa vedação legal ao pedido que se faz.

➤ (2) Cautelar de Atentado, art. 880, CPC, visa impedir a inovação fática ilícita, que contraria provimento jurisdicional. O objetivo é o retorno ao estado de origem, exemplo dado pelo professor é o de vizinho que tendo a obra embargada, continua com a reforma e construção no terreno. Neste caso, mesmo que o processo se encontre em sede recursal, a cautelar de atentado deve ser proposta no juízo de origem (frise-se, DE ORIGEM, e não de 1º grau) – similar a cautelar de alimentos provisionais, com a diferença de que nesta a interposição dá-se no juízo de 1º grau.

* Apelação – Acórdão: cabe contra ele vários recursos, dentre eles os embargos infringentes, porém se o caso é votado por unanimidade, restam o recurso extraordinário e especial. Uma vez interpostos os recursos extraordinários, por dupla determinação legislativa, arts. 497 e 542, CPC, o único efeito de tais recursos é o devolutivo, as questões são analisadas apenas no que toca ao aspecto do direito, possibilitando a execução do acórdão. Mas se quer impedir a execução provisória, terá que se recorrer aos sucedâneos recursais, pois inexistente recurso para tanto, *in casu*, pode-se impetrar cautelar inominada, expediente amplamente aceito pelos tribunais. Porém, se se segue a regra, a cautelar inominada deveria ser interposta no tribunal superior, todavia, os tribunais superiores desde 2003 mudaram esta regra de competência, com a edição de duas súmulas 634 e 635 o STF assim regulou a matéria: se o RESP ou REX já passaram pelo juízo de admissibilidade, deve-se propor a cautelar no Tribunal Superior, se não passaram, devem ser propostos no Tribunal de Justiça ou TRF. Houve, portanto, um deslocamento do momento em que se deve aferir a competência, ao invés do momento de interposição, para o momento de juízo de admissibilidade.

* Petição inicial da cautelar conta com requisitos específicos: deve demonstrar os pressupostos específicos de plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e a urgência;

deve-se indicar qual o procedimento principal – se se propõe cautelar preparatória, se não houver indicação emendatio libelo; pedido liminar.

- Liminar pode ser requerida e deferida com ou sem (inaudita altera parte) oitiva do réu, com ou sem contra-cautela (caução idônea para resguardar o réu, lembrando que os danos causados por cautelar podem ser executados no mesmo procedimento), com ou sem audiência de justificação prévia (nesta o autor pode levar testemunhas, a fim de produzir provas orais a respeito do *fumus* e do *periculum*, *réu não é normalmente chamado para comparecer a esta audiência*, mas sabendo dela poderá comparecer e inquirir as testemunhas e autor). Liminar: *in liminis liti* (no início da lide).

- Juiz pode promover uma única audiência para julgar cautelar e ação principal. Depois de concedida ou não a liminar – já analisada, portanto, a urgência, pode o juiz suspender o curso da cautelar, a fim de julgar a ação principal e a cautelar, neste caso haverá uma sentença valendo por duas, a ela cumprindo dois recursos diversos. Não há que fazer diante desta suspensão. Agravo retido caso em que liminar não é aceita, podendo este se transformar em agravo de instrumento mais tarde.

16 de setembro de 2010

10ª Aula de Processo Civil III

❖ Tutelas Diferenciadas

* Tutela Antecipada

- Requisitos
- Momentos
- Utilização no campo recursal
- Segmentação do mérito

* A partir de 1994 nas tutelas que visavam à prevenção do sistema processual – deveria usar de cautelar, se intentasse a satisfação, deveria usar de antecipação de tutela, técnica antecipatória.

* Com a lei 10.444/02 ganhou a técnica antecipatória maior definição, tal já foi inicialmente analisado com relação à fungibilidade (já discutimos até se esta fungibilidade dá-se em duplo sentido vetorial). Quando foi pensada a A.T foi ideada para ser um procedimento interinal, isto é, dá-se dentro do processo através de processo cognitivos, era usada como técnica liminar – antecipação da carga executiva da sentença. Deve-se lembrar do instituto da execução provisória quando se estuda a A.T, visto que dela se aproxima no tocante ao seu escopo.

* O tempo do processo é contado, em regra, contra o autor, pois este visa tirar do réu um bem da vida. Mas no caso de A.T o contrário se dá, pois o autor recebe a fruição do bem da vida *initio litis*, e o réu fica pelo tempo seguinte tentando reavê-lo, ou provar que não tem o autor razão. Pode-se dizer, então, que a A.T promove uma inversão do tempo espaço do processo. Porém, isto se alterou um pouco com a lei de 2002, pela qual impende provar, também, urgência, irreversibilidade.

- * Deve-se demonstrar que se tem razão em face de um réu que não a tem.
- * Num quadro no qual a via jurisdicional é a via hábil para se obter direitos fundamentais – exemplo: defesa social da saúde, o requisito de ausência de reversibilidade (o qual existe justamente pelo cunho de provisoriedade da A.T) deve ser pensado de maneira mais flexível, pois como cobrar do autor o tratamento médico já prestado pelo Estado, por ex. O que deveria fazer o juiz? Indeferir a medida, porque a satisfação do direito estaria impregnada de irreversibilidade, impossibilidade de reversibilidade fático-jurídica. Ou deveria conceder, sobre o risco de não se conseguir reverter a medida? A questão foi muito debatida na doutrina, sendo que ganha corpo, principalmente no Supremo Tribunal Federal, a teoria acerca do *substantive process of law*. Para se entender este conceito, deve-se entender que o devido processo legal possui uma dupla eficácia e dupla dimensão – tem uma eficácia horizontal e vertical, bem como uma dimensão formal, “*procedural due process of Law*”, e material, “*substantive due process of Law*”.
 - Plano de eficácia horizontal: o devido processo legal é mecanismo de controle de qualquer poder, inclusive o privado, dentre aqueles que estão num mesmo patamar (horizontal). Qualquer decisão de poder deve levar em consideração o devido processo, assim é que uma associação privada não pode excluir um associado sem que se aplique o devido processo, igualmente não pode uma faculdade expulsar um aluno sem o devido processo. Ocorre que todo poder encontra sua baliza no devido processo legal.
 - Não se pode legitimar um procedimento somente porque ele respeita princípios formais do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, etc), pois que ainda que respeitados os preceitos formais do bom processo podem haver decisões extremamente injustas, ou seja, se deve perquirir do caráter conteudístico da decisão. Exemplo mais emblemático disso são os processos de esterilização dos judeus no regime nazista da Alemanha. Com isso, tentou-se criar um critério hermenêutico de controle do conteúdo decisório, a fim de se evitar que decisões em dissonância com os preceitos fundamentais da constituição sejam aviltados, ou mesmo que uma iniquidade seja promovida a partir do processo. Destarte, tomou forma a idéia de promover um direito com a menor agressão possível ao direito dos demais, ou ao direito do réu.
 - Desta feita, se tematizou a respeito dos critérios da ponderação dos princípios, tomados como valores (Alexy), e também sobre o critério de razoabilidade, proporcionalidade. O STF passou a asseverar que o critério de controle conteudístico no Brasil seria a dimensão material do devido processo legal, que para alguns consistiria no fundamento da aplicação do processo de proporcionalidade (Professor acredita que esta visão queda ultrapassada face ao desenvolvimento doutrinário do tema).
 - Quando se encontrar em situação de irreversibilidade, deve o juiz analisar se esta é recíproca ou não. Exemplo: quando se requer tratamento médico na forma de A.T, se o juiz defere pode criar um quadro de irreversibilidade para o réu, ao passo que se a indefere, cria o juiz um quadro de irreversibilidade para o autor – pois este pode piorar em sua doença em função da falta de tratamento, ou mesmo morrer, assim a irreversibilidade é recíproca. Neste caso, deve o juiz cotejar qual delas deve

prevalecer, destarte, se entender pela premência do tratamento, irá sacrificar o direito do réu, entendendo que será este o menor sacrifício, *in casu*.

- Não obstante, no Brasil os critérios hermenêuticos, precipuamente o da proporcionalidade, têm servido para blindar as decisões sem qualquer explicação mais acurada ou aprofundada dos motivos que as justificam. O que se deve, a todo custo, evitar.

- * A tutela antecipatória não é mais tão somente uma tutela de urgência, como foi ideada em 1994. Pois se se pode conceder a satisfação de um direito, antecipação da carga executiva, com base em provas rasas, no início do processo, o que obstará sua utilização no curso do processo? Nada, conforme dispôs a doutrina, pois nada impediria que a A.T fosse pleiteada ulteriormente, quando já houvesse inclusive um aprofundamento cognitivo. Requer-se a A.T para o autor na inicial, e para o réu na reconvenção (que funciona grosso modo como sua inicial), nesta medida, seria a A.T um procedimento liminar, todavia, caso o réu na sua impugnação não impugne um pedido do autor, este passa a ser considerado incontroverso marcado a desnecessidade de ser provado – presunção de veracidade; na sua réplica não pode o autor pedir a antecipação de tutela quanto o pedido incontroverso, mas pode, a seu turno, requerer a execução provisória do pedido não combatido pelo réu – ESSE ERA O QUADRO ATÉ 2002. A partir de então, pode-se requerer a antecipação de tutela para antecipar a carga executiva da sentença em face do pedido incontroverso, a qual possui apenas um requisito: a incontroversibilidade da matéria, a verosimilhança e a urgência são absorvidas pela incontrovérsia.

- Questão: juiz em decisão acata a antecipação em tela, mas trata-se de decisão ou de sentença? Como sabido, hoje, a sentença é definida por seu caráter, e, *in casu*, trata-se de sentença, porém o sistema brasileiro não aceita uma sentença incidental. Pode o juiz alterar esta decisão/sentença na sentença final? Para alguns autores, como Didier, não, porque faria coisa julgada material, pois o quadro probatório é já exauriente, podendo dela advir uma execução definitiva e não provisória. Deveria-se, então, interpor uma apelação (de instrumento segundo certos doutrinadores) e alguns tribunais já a aceitam. Apesar da decisão ser sentença, a única forma de lidar com essa questão seria permitir o agravo de instrumento. Problema da rescisória, pois se teria duas rescisórias em um mesmo processo (uma para essa primeira sentença e outra para a sentença final). A grande maioria dos doutrinadores entende que esta A.T não é provisória, não pode o juiz se retratar em sentença final, preclusão pré judicata (inviabiliza que o juiz no mesmo processo volte atrás)

- * Outra utilização possível é requerer a A.T para deferimento na sentença. A finalidade desta antecipação é muito clara: quebrar o duplo efeito da apelação, o objetivo primacial é abreviar a execução, promovendo a execução imediata, pois elide o efeito suspensivo nos termos de, art. 520, inciso IV – STJ entende que a sentença não só confirma como concede a A.T. Como se recorrer desta antecipação? Muitos doutrinadores pugnam pela interposição de agravo, no que toca a A.T, e apelação do resto da sentença. Mas, o entendimento que se consolidou no STJ é a idéia de que contra esta sentença caberia somente apelação, recebida apenas em efeito devolutivo, mas pode o réu requerer o efeito suspensivo com base no art. 558, § único. Requerendo que o juiz da causa conceda o efeito na apelação, sendo que este

indeferirá, podendo desta interpor agravo de instrumento. Se isso não funcionar, pode-se fazer uso de cautelar inominada, como sucedâneo recursal.

20 de setembro de 2010

11ª Aula de Processo Civil III

❖ Antecipação de tutela recursal

- * Até 2003 a discussão a respeito das liminares se limitava a
 - Preocupação se restringia a concessão do efeito suspensivo, quando há decisão de cunho positivo, no sentido de que manda fazer algo, se poderia requerer o efeito suspensivo para evitar a execução do algo concedido. Porém, se o juiz, em contraste, nega algo, ou seja não concede o pedido, não há que se falar de efeito suspensivo, uma vez que a decisão é de cunho negativo. Assim é que se começou a discutir a respeito de liminares de cunho ativo, isto é, o seu efeito seria o reverso da decisão, dar positividade aquilo que não foi concedido pelo juiz. Isto porque, neste caso, o efeito suspensivo seria inócuo. Antecipação de tutela recursal – nomenclatura dada à liminar, conhecida, inicialmente, por liminar de efeito suspensivo-ativo, mais tarde apenas liminar de efeito ativo, esta antecipação se daria initio litis. Somente tem previsão legal para agravo.
 - Requisitos para concessão desta antecipação: os mesmos do art. 273, CPC, problema – o que seria a verossimilhança neste caso? Demonstrando-se que o próprio tribunal e tribunais superiores estão a favor daquilo que se requer, demonstra-se, pois, uma tendência decisória.
 - Ausência de previsão normativa para demais recursos não é vista como entrave à sua concessão nestes casos. Não obstante, em alguns recursos é difícil a interposição, como no caso de embargos infringentes.
 - Não temos uma teoria dos precedentes bem formulada no Brasil, sendo que todos os juízes querem partir do marco zero da interpretação, o que enseja problemas vários, um deles é o fato de que para cada instituto há inúmeros entendimentos, os quais chegam, inclusive, a conflitar entre si. Aqui está o problema, pois muitos recursos impendem uma uniformização decisória, o que não existe na atualidade, muito pelo contrário.
 - É mais recorrente nos recursos extraordinários e especiais, onde são mais aceitas. Há uma tendência de utilização desta técnica, que se amplia no campo pragmático.
 - Art. 557, permite que se já se tiver um campo sedimentado de entendimento, seja o recurso julgado monocraticamente pelo relator.
 - Antecipação de tutela através de cautelar não é possível do ponto de vista técnico, porém, é verificada na prática.
 - Efeito ativo na apelação, fazer com que o juízo a quo indefira (como? Pedindo a ele o efeito ativo, sendo claro que ele indeferirá, pois, acabou de prolatar decisão neste sentido), para que se agrave, levando a questão ao tribunal superior e propondo lá a liminar de efeito ativo.
- * Tutela específica, art. 461, CPC, introduzida juntamente com a técnica antecipatória para se afastar a idéia de que não era possível se chegar à vontade do réu, presa à idéia de que o Estado não poderia obrigar o devedor a fazer nada. Quebra do

paradigma de que tudo se convertia em perdas e danos, se deu com as formas de captação da vontade do devedor. Esta técnica de captação pode ser também de caráter antecipatório, sua concessão pode dar-se *ex officio*, por determinação do § 4º. Requisitos estão no §3º: *fumus boni iuris* e *periculum*. Ou seja, o juiz pode conceder liminar *inaudita altera pars*, concedendo tutela mandamental, somente baseado no *fumus* e *periculum*. Combinação de tutela específica (obrigar o devedor a fazer ou não fazer) e técnicas de resultado prático equivalente (astreinte, sendo que o critério para a fixação da multa baseia-se no princípio da proporcionalidade ou devido processo material).

- Se a multa se aplicou, a técnica já deu errado, pois a idéia é que o réu faça ao invés de pagar a multa, e mesmo tendo falhado no seu escopo ela continua incidindo. O valor da multa é revertido ao autor. Na proposta do novo Código, o valor será revertido ao autor somente na proporção da obrigação, o resto será revertido à Fazenda.

- Aplica-se também à obrigação de entregar coisa, por força da inserção de artigo X no sistema processual por meio da lei 10.XXX de 2002.

- Art. 461, §5º, importa em rol exemplificativo (*numerus apertus*) do que o juiz pode exigir do devedor, *ex officio*, visando a satisfação da obrigação não adimplida. Cláusula de ativismo técnico do juiz.

- * Art. 461-A, expedição de mandato: busca e apreensão ou imissão na posse, técnica subrogatória, normalmente é o que se requer primeiramente. Na verdade, primeiramente, se estabelece prazo para entrega do bem, sob penas de expedição de mandato.
- * Cautelares são divididas em dois grandes grupos: *inominadas* e *nominadas*, ou *típicas*, as quais têm caído em desuso, além do que, na proposta de novo código estas serão suprimidas.
- * A cautelar *nominada* tem fim determinado, é delineada para resguardar dano processual específico – exemplo, cautelar de arresto, quer se salvaguardar futura execução de quantia certa, quando há temor fundado de que haja dilapidação do patrimônio, tornando-se bens bloqueados, vinculados ao processo, gravado com inalienabilidade. Art. 813, CPC, enumera as hipóteses de *periculum in mora* para arresto, e no art. 814, CPC, enumera as hipóteses de *fumus*, que na verdade é mais do que *fumus*, pois deve haver prova literal da dívida líquida e certa (exige-se, pois, uma sentença ou título executivo extra-judicial), requer-se juízo de certeza e não de plausibilidade, Professor Ovídio Batista entendia que este requisito deveria ser flexibilizado. Assim é que se o réu passa a dilapidar o patrimônio no curso da cognição, não havendo título extra-judicial, não se pode valer da cautelar de arresto, pois faltaria o seu requisito básico. O que fazer?
 - Cautelar *inominada* é complementar ao sistema, pois se não se é possível a *nominada*, deve o autor se valer dela, o que também ocorre quando impetrada a cautelar *nominada* esta não obtém êxito. A tendência é a suplantação da cautelar *nominada*, pois seus requisitos são mais rigorosos.

27 de setembro de 2010

❖ Cautelares nominadas

- Arresto
- Seqüestro
- Arrolamento de bens
- Exibição de documento
- Antecipação de provas
- Busca e apreensão
- Atentado

- * Bens arrestados devem possuir caractere de penhorabilidade.
- * Aplicação subsidiária da penhora ao arresto, pode gerar situações complexas, exemplo disso é o direito de preferência do primeiro credor a penhorar face aos credores em mesmo patamar, regra de preferência de prelação. Discute-se, então, a questão do arresto, se este também promove preferência em detrimento de outros credores que arrestem o bem ou credores que promoverão no futuro a penhora, sendo que o entendimento que vem ganhando mais força seria de que o arresto promoveria preferência sobre a penhora futura, porém, não se pode afirmar que este seja um entendimento já firmado, o caso ainda comporta dissídios.
- * Art. 819, 820: questões de concurso envolvendo hipóteses de suspensão e cessação.
- * Quando não se tem título executivo em meu favor e é necessária medida constritiva de bens, posso me valer de cautelar inominada, dentro da nova teoria da cautelaridade pela qual a cautelar inominada não cobre somente o vácuo da falta de cautelar nominada para o caso, possuindo também função de subsidiariedade frente à cautelar inominada (isto é, quando não se consegue preencher todos os requisitos atinentes a dada cautelar nominada, pode-se proteger a pretensão do autor a partir de cautelar inominada).
- * Cautelar trabalha sempre no campo do *fumus*, da verossimilhança pura. Cautelar não trabalha, em geral, com o campo de alto grau de probabilidade ou verdade.
- * Art. 814 – imprescindível.
- * Arresto executivo é uma medida executiva, agressão patrimonial no sentido de promoção da execução, quando o oficial não encontra o devedor, mas encontra bens bastantes ao adimplemento da obrigação, técnica interinal (art. 653), dá-se justamente no momento em que incumbiria levar a cabo a penhora. Difere do arresto cautelar, o qual é preventivo e cumpre rito diverso, corre em autos apartados, e se se puder penhorar não tem lugar o arresto. São nomenclaturas que se confundem, mas com espectros de atuação completamente diversos.
- * Arresto segue o procedimento da penhora, art. 821 – faz remissão à aplicação subsidiária das disposições relativas à penhora.
- * Art. 806 se aplica em sua plenitude na cautelar de arresto. Normalmente um processo de execução é que toma o papel de principal, que virá a seguir (em 30 dias), pois o arresto comumente vem para garantir um processo de execução. Mas, há hipóteses em que é preciso um processo de conhecimento, para, por ex., liquidar o valor da obrigação (ex. condenação criminal com determinação de obrigação de pagar indenização mas sem

fixação do quantum), fazer valer título oriundo do estrangeiro, etc. Ou seja, pode-se arrestar título ilíquido, sem problemas.

SEQÜESTRO

- * Art. 822 e seguintes.
- * Muitos a confundem com o arresto, mas não possuem coincidências senão no tocante aos seus escopos: resguardar execução, penhora, etc.
- * Medida preventiva de dar coisa. Ou seja, existe discussão sobre a titularidade de certo bem, determinável ou determinado, havendo risco de dilapidação do mesmo.
- * Exemplo de impetração de cautelar de seqüestro: cognição na qual há dois indivíduos discutindo a titularidade de um cavalo, sendo que uma das partes possui sua posse, havendo risco de que o venda.
 - Não há mister de título, apenas a iminência de perecimento da coisa discutida, deve haver interesse jurídico daquele que requer o seqüestro além de temor fundado de dilapidação ou perdimento da mesma.
- * Caução aqui não seria suficiente e adequada nos termos do art. 805, pois somente a entrega da coisa satisfaz a pretensão daquele que propõe a cautelar. Em contraste com o arresto, portanto.
- * O objetivo do seqüestro é resguardar que o bem seja entregue a quem de direito. Problema: se se entrega a coisa àquele que impetrou a cautelar, nada garante que o depósito vai garantir a prevenção à manutença do bem e futura entrega a quem de direito. Não há mais prisão civil do garante do juízo. Então, deve se dar ainda mais atenção ao art. 666 – que diz respeito à penhora, mas que também pode ser aplicado ao seqüestro. Somente em último caso é que se deixa o bem com uma das partes.
 - depósito deve ser feito com rigor, pois do contrário toma-se medida inócua.
 - entendimento do Supremo no tocante à vedação da prisão civil interpôs uma aporia no sistema processual, pois não há como resguardar o depósito, que fica desprotegido. O que os magistrados têm feito é a cumulação da antecipação da tutela com a cautelar, trasladando a propriedade do bem para o impetrante da cautelar, aplicando multa para aquele que dilapida o bem ou não o resguarda do modo devido, este é um raciocínio forçado, visando a efetividade tão somente, não se dando conta de que se deve sempre salvaguardar a legitimidade do procedimento.
- * Fraude a execução somente existe se já há a litispendência, isto é, quando já existe o processo principal de cognição ou execução, pode-se antecipar o marco da fraude com o art. 615-A, que permite a parte requerer do juiz da execução uma certidão de propositura da execução e levá-la aos cartórios para registro, evitando que se venda o bem a terceiro de boa-fé, pois se terá dado publicidade ao início do processo de execução, gera oponibilidade erga omnes.
- * Seqüestro tem espectro peculiar de atuação, somente quando se pode determinar o bem pelo qual se discute, se os bens se tratarem de massa patrimonial ainda indivisa, não há como se propor seqüestro. Ex: separação de casais, normalmente não se sabe qual a extensão do patrimônio, deve-se intentar cautelar de arrolamento de bens – promove-se elenco do patrimônio a ser constricto, a fim de que não sejam os bens dilapidados.

ARROLAMENTO DE BENS

- * Demonstra-se o interesse da parte em arrolar tais bens, os quais serão objeto de constrição. Ou seja, é válido para qualquer contenda sobre bens ainda não determinados, por se tratar de massa patrimonial.
- * A descrição pode demorar meses, dependendo do caso.
- * Por vezes o trabalho de vistoria é muito complexo, havendo necessidade de se cumular cautelares. Ex: separação, antes de se intentar o processo principal, intenta-se cautelar de alimentos provisórios, arrolamento de bens, etc.
- * Há dispositivo no Código que diz que, em caso do arrolamento não ser possível no mesmo dia, o oficial trancaria o ambiente para que o terminasse no dia seguinte. Disposição histórica, hoje não aplicada. Art. 860.

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO

FALTEI COPIAR!!!!

04 de outubro de 2010

❖ Tutela Cautelar

- Cautelares nominadas

❖ PSL 166/2010

- Sincretismo
- Unificação
- Modos de Requerimento

❖ Tutelas diferenciadas II

- Procedimentos especiais

BUSCA E APREENSÃO

- * É uma cautelar predisposta a resguardar a cognição.
- * Arts. 836 e seguintes. Podem ser utilizadas subsidiariamente no sistema criminal, quando se quer buscar e apreender algo, para que se prove algo com o bem, finalidade *probandi* é também o desiderato desta cautelar no processo civil.
- * É muito comum para proteger direitos autorais, principalmente no tocante a softwares de computador. Nesse tipo de situação a busca é feita por dois oficiais de justiça e um expert, para que se afira se de fato o programa é pirata. Computadores são apreendidos para posterior perícia.
- * A própria coisa pode ser a prova, ou pode se produzir prova a partir dela.
- * Em alguma medida ela complementa as tutelas de exibição de documento e antecipação de provas.
- * É medida constritiva de direito, deve ser proposto processo principal em 30 dias, frise-se.
- * Há também a busca e apreensão de pessoas. É muito comum para pessoas incapazes, exemplo corrente é a sua utilização para garantia de processo que verse sobre direito de família, guarda de uma criança principalmente, quando um dos pais tome a criança sem

anuência do outro, ou quando a temor de que o pai ou mãe fuja com a criança, etc. Genitor que possui a guarda, imbuído de tal temor, pode intentar cautelar de busca e apreensão da criança.

- * Normalmente se individua a coisa, se indica onde está a coisa, informa-se seus caracteres e endereço de onde está o bem. Se se chega ao endereço e a pessoa ou a coisa não estão presentes, nada se faz. Contudo, no tocante à busca de crianças é comum o mandado itinerante – procura-se o menor em diversos lugares. Assim é mais comum que o mandado itinerante pertina à pessoas e não coisas, segundo o professor seria difícilimo que o mandado de tal natureza fosse deferido no tocante a coisa.
- * Resguardo duplo da cognição e também execução.
- * Expressão busca e apreensão é altamente polissêmica em nosso sistema jurídico, pode dar-se no procedimento executivo como medida de execução de cumprimento da obrigação (decreto 911), a qual diverge fundamentalmente desta que ora estamos estudando. De modo que nem sempre esta medida tem caráter cautelar.
- * Pode ser proposta pela via incidental e também preparatória.
- * Art. 801 a 805.

CAUTELAR DE ATENTADO

- * Art. 879 e seguintes.
- * É sempre proposta no juízo originário, se este é o primeiro grau será neste a propositura.
- * É sempre incidental, não há a forma preparatória.
- * Ex: direitos de vizinhança, nunciação de obra nova – busca-se a paralisação da obra, e mesmo assim o dono da obra continua a construir, **promovendo inovação fática ilícita posteriormente a decisão judicial**, está-se então diante de caso de descumprimento de obrigação, sendo que se pode valer da medida cautelar de atentado.
- * Esta cautelar visa a coibir um atentado ilícito, é passível de ser utilizado quando em processo já em curso a parte contrária a decisão proferida.
- * Desta feita, há o mister de litispendência para que seja viável a cautelar de atentado, pois ela somente existe quando uma parte contrária uma decisão jurídica tomada em processo outro, ou seja, houve a proibição judicial da ocorrência de certo ato.
- * A finalidade clara é fazer com que a parte que promoveu o atentado faça com que as coisas retornem ao status quo ante. E se a parte não o fizer, não poderá se manifestar no processo principal, sendo este o aspecto coercitivo da medida em tela.
- * Agora, com as tutelas específicas – com cunho coercitivo mais convincente, pois se atinge o bolso da parte descumpridora da proibição judicial, a cautelar caiu em certo desuso. Pode-se cumular as tutelas específicas com a cautelar de atentado.
- * Normalmente, as questões de provas abordam a temática de sua propositura – onde e quando propor esta cautelar.

ALIMENTOS PROVISIONAIS

- * Antecipação de tutela típica, nominada. Não é cautelar propriamente dita.
- * O que se almeja é tutela satisfativa dos alimentos, quer-se receber algo para a manutenção pessoal ou de outrem e não resguardar a eficiência de uma cognição ou execução.

- * Na época em que o código foi promulgado não havia a previsão de tutela que possibilitasse execução provisória, interinal ao processo. Dessa forma, tal antecipação foi tida a conta de cautelar, muito embora não a fosse.
- * Normalmente, aquele que intenta a cautelar de alimentos tem dificuldade de provar o grau de parentesco.
 - exemplo: pessoa que vivia em união estável com outra intenta cautelar provisional de alimentos antes do processo de dissolução de união estável, não teria prova pré-constituída de relação de parentesco.
 - se não se tem a prova pré-constituída deve se intentar a cautelar, se se possui a prova mas se quer cumular pedidos o ideal é que se intente a cautelar, igualmente.
- * Os mesmos requisitos para qualquer concessão de alimentos são analisados: necessidade, possibilidade, proporcionalidade entre ambas.
- * A cautelar de alimentos provisionais é sempre proposta no juízo de 1º grau.
- * Uma vez fixados os alimentos em decisão judicial, somente podem ser alterados com nova decisão judicial.

PLS 166/2010

- * No novo CPC não existirá livro direcionado à cautelar, ela será tratada conjuntamente com as tutelas antecipatórias.
- * Será a cautelar simplificada, não haverá dicotomia entre as cautelares nominadas e inominadas.
- * Tutela antecipada e cautelar serão unificadas, doutrina tem criticado tal fusão, pois há diferença entre dano iminente e *periculum in mora*. O problema é que ou se aprofundará a prova para cautelar ou se exigirá menor aprofundamento probante para a tutela antecipada, sendo que a comissão optou por reduzir a exigência de provas, sendo certo que a partir de então todos postularão pela antecipação, medida satisfativa. Vai se criar um processo de autor.
- * Nova nomenclatura para as tutelas que serão chamadas de satisfativas – dentro delas estarão as técnicas de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e de evidência (quadro de maturação cognitiva no processo, não se trabalhará no plano de *fumus*, mas de maior aprofundamento), as quais serão requeridas pela via preparatória e incidental. Sincretismo pleno entre as atividades de cognição, execução e cautelar. Não haverá, então, processo cautelar independente, no mesmo processo estarão presentes cognição, execução e cautelaridade.

18 de outubro de 2010

❖ Tutelas Diferenciadas II

- * Fundamento Constitucional
 - * Tendências de adaptabilidade e adequação
 - * Características dos procedimentos especiais do CPC (livro IV) e leis extravagantes.
-
- * Ao invés de se tentar criar um procedimento neutro, pode-se criar o procedimento a partir da situação material. NÃO SEI DO QUE ELE ESTAVA FALANDO.

- * Mas o modelo processual altamente especializado demanda a especialização dos profissionais do direito. O que está longe de ocorrer no Brasil.
- * No Brasil e, normalmente nos países de matriz common Law, os profissionais são generalistas. Assim, possuímos um problema de operacionalidade, uma vez que o sistema processual é altamente especializado – cada procedimento com um prazo, um modo de tramitar, etc.
- * A comprovação dessa percepção reside na Justiça do Trabalho, amplamente especializada e, portanto, eficiente. Pois permite-se que os profissionais se especializam profundamente, tornando o modelo extremamente operacional.
- * Ciência processual foi criada a fim de solucionar a litigiosidade individual (lide de Carnelutti, conflito de interesses mediante uma pretensão resistida), porém a globalização ensejou a litigiosidade coletiva (envolvendo uma classe de pessoas, por exemplo), para a qual se trabalha com institutos diversos, cite-se o Código de Defesa do Consumidor, Lei de Ação Civil Pública.
- * Há ainda a litigiosidade repetitiva, de alta intensidade ou serial, normalmente fruto dos direitos individuais homogêneos, exemplo: questões envolvendo direito previdenciário, expurgos inflacionários, etc. Nestes casos, pode o autor ingressar em juízo sozinho, muito embora um número vasto de pessoas se encontrariam nesta situação, a qual pode ser tomada por isomórfica. Assim, muito embora sejam os casos similares, deve-se analisar as particularidades de cada caso. O que significa que podem haver decisões díspares para casos iguais, prejudicando a previsibilidade do sistema. Poderia se ingressar com ação única, tutela coletiva, como uma Ação Civil Pública, porém há um problema sério – no Brasil as ACPs são julgadas por vara civil comum, o que prejudica a produtividade da vara comum, gerando uma demora incomensurável na tramitação da ACP.
 - Uma solução viável seria a padronização decisória no início do procedimento ou final, julgamento por amostragem, como acontece em vários países, em que se respeita a tradição dos institutos (podendo haver o over-ruling, quando o caso obriga o rompimento com a regra-base, julgamento-base).
 - as técnicas de padronização realizadas no Brasil (ex. 285-A) é ruim, não se compara ao sistema de precedentes. Recurso Especial Repetitivo, por ex. Aplica-se a súmula, de modo pronto, padronizando todos os casos subseqüentes, diferentemente do sistema de precedentes em que em cada caso intentam os advogados demonstrar seu encaixe no precedente.
 - Problema: inadmissão inadequada de lides, tomando-se o caso por idêntico, quando na verdade não é. O que fazer? Nada. Ministra Helen Gracie, em julgamento de 2009, afirma que o certo seria agravo interno, mas isso é uma invenção dela.
- * Nexa instrumental e livre acesso – art. 5º, XXXV.
- * Legitimidade – art. 5º, inciso cinquenta e poucos.
- * Criação de procedimentos flexíveis ao caso concreto, idéia de adaptabilidade, procedimento que pode seguir vários iters, porém, estes devem ser previsíveis. Juiz, juntamente com as partes, cria um procedimento adaptado ao caso, cria-se, inclusive, um calendário para as partes. Juiz não decide qual procedimento adotar sozinho, ele dialoga com as partes, em contraditório, para que se chegue ao melhor modelo a ser

aplicado. Deve-se ter em mente que a adaptabilidade não é ilimitada, muito pelo contrário, existem modelos apriorísticos, modelos-padrão flexíveis, de procedimento, os quais serão aplicados ao caso.

- * Tendências de adequação – tem-se a situação material e a partir dela cria-se um procedimento, o que implica na existência de inúmeros procedimentos.

21 de outubro de 2010

❖ Tutelas Diferenciadas II

➤ Procedimentos Especiais (CPC, livro IV, art. 890, *Et seq*)

Características:

- Sincretismo
 - Inversão procedimental
 - Actio duplex
 - Cabimento de liminares com requisitos próprios
 - Procedimento de consignação em pagamento
 - Judicial
 - Extrajudicial
- * Livro IV apresenta uma série de procedimentos, que possuem um traço diferente do comum e que, portanto, são nominados de especiais. Esta diferenciação pode ser completa ou mínima.

CARACTERÍSTICAS

- * Sincretismo processual, tutela que agregava sistema cautelar, de conhecimento e executivo. Hoje, esta característica resta de quase todo superada, uma vez que o sincretismo foi trazido para o processo como um todo. Ainda resta um pouco dessa diferenciação pelo sincretismo, uma vez que há tutelas que promovem o sincretismo de cautelaridade e execução, sem a necessidade de um procedimento autônomo.
- * Inversão procedimental – normalmente inaugura-se um processo com a cognição e se termina com a execução. Há tutelas diferenciadas, porém, que faz o processo iniciar com uma execução, tal como a monitória. Instaurando-se de modo eventual ou incidental a cognição.
- * Duplex – a posição de autor e réu não é definida *a priori*. Normalmente o réu apenas contesta a inicial do autor, não podendo fazer pedido algum (a menos que realize reconvenção).
 - pelo projeto de lei de novo CPC não haverá reconvenção, ou seja, a posição do réu e autor não estará estabelecida.
 - papel do réu é criar dúvidas, instaurar controvérsia.
 - ônus da prova foi criado para propiciar o julgamento, não havendo prova alguma, ainda assim pode o juiz julgar. No Brasil a questão do ônus ganha relevância ímpar, uma vez que não há produção de provas pelas partes – déficit de prova, orientando-se o julgamento pelo ônus.
 - exemplo de procedimentos dúplices: possessória, embargos monitórios – “defesa” da monitória.

- não se confunde com pedido contraposto – próprio dos juizados especiais, não é nem reconvenção, nem procedimento dúplice.
- * Liminares próprias, procedimentos que permitem tutela *início litis*, havendo requisitos peculiares, tal como a possessória. Esta tutela é pedido de força nova (1 ano e dia), não precisa de demonstrar verossimilhança, mas se se pede tutela antecipada deve-se atender aos requisitos do art. 273 – ATENÇÃO a isso. Procedimento de alimentos provisórios - Lei 5478/68, basta prova pré-constituída de vínculo familiar, parentesco. Art. 4º da lei mencionada diz que o juiz sempre requererá o pagamento dos alimentos, a menos que reste completamente infundado o pedido.
- email não demonstra de modo irretorquível a autoria e a legitimidade, pode ser impugnado, a menos que seja protegido por criptografia fechada, privada e não pública.

PROCEDIMENTOS JUDICIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

- lembrando que há também aqueles de jurisdição voluntárias, negócios administrativos que necessitam da intervenção do judiciário, sem lide, sem necessidade de propositura perante a justiça (ex disso era a separação, até o advento da lei 11.441/07). Há uma tendência de se retirar estes procedimentos do código, assim o faz a PLS já discutida.

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

- * Concepção de direito processual imanentista – a cada direito corresponderia uma ação específica, o próprio código afirma que se trata de ação monitória, ação de consignação em pagamento, etc, quando na verdade são procedimentos. Essa questão esta completamente superada, pois é cediço que o direito de ação é autônomo.
- não é preciso dar nome à peça, basta que o pedido se coadune com a peça.
- * Meios para se prover extinção indireta de uma obrigação.
- Pagamento é um dos meios, e é bilateral em sua forma. Pois o devedor tem que querer pagar e o credor querer receber. Por esta razão existe a consignação em pagamento, pois pode ser que o devedor queira pagar e o credor esteja em mora, ou não queira receber, ou não se saiba onde ele se encontra, ou quem seria o credor da obrigação. Lembrando que mora nem sempre concerne a atraso, demora, é um termo que engloba cumprimento inadequado da obrigação.
- * Código cria uma modalidade de extinção das obrigações, como instituto do direito material, enumerando as hipóteses, que são basicamente duas: devedor quer pagar e devedor não quer receber ou devedor possuir dúvida sobre quem é de fato seu credor.
- * Objetivo do procedimento: busca a liberação do devedor da obrigação, a qual pode ser de pagar dinheiro ou entregar coisa móvel. Permitir que o devedor possa se liberar o mais rápido possível, evitando a mora e seus efeitos.
- * Se a obrigação é de pagar dinheiro e o credor é determinado há dois modos de se proceder à entrega: (i) consignação judicial ou (ii) consignação extra judicial do art. 890, §§. Se não se sabe quem é o credor: consignação judicial. O local de propositura da consignação depende se a obrigação é quesível (credor procura o devedor para receber) ou portátil (devedor vai de encontro ao credor para pagá-lo), regra é ser quesível, se não houver determinação legal ou contratual.

- depósito extra judicial é recomendado quando se quer pagar uma única parcela. Pode ser realizado em qualquer banco, é preferível que seja no BB ou Caixa, abre-se uma conta específica para isso, notifica-se o credor extra judicialmente para que ele levante o valor em 10 dias (se ele recolhe o dinheiro libera o devedor) ou promova recusa expressa à instituição bancária, não o fazendo, libera o devedor perante sua inércia. Se há recusa expressa: pode-se retirar o dinheiro da conta, mas não é opção interessante; se não se retira o dinheiro, em 30 dias (contado da recusa) se pode intentar a consignação judicial.
 - O que libera o devedor é o depósito e não a decisão judicial, que é apenas declaratória.
 - notificação deve ser clara, elencando todas as conseqüências da não retirada do dinheiro, etc.
- * A maior parte da doutrina entende que este procedimento é duplex, então, se se deposita a menor, pode ser condenado a pagar a diferença, sem necessidade de reconvenção.

MEU ESTUDO SOBRE O TEMA:

- *Pela leitura do art. 890, §1º, CPC, percebe-se que a consignação extrajudicial só se revela adequada para as prestações de pagar dinheiro, não podendo ser utilizada para os demais casos.*
- *Pode ser realizado o depósito em qualquer banco, afirma a doutrina majoritária que o texto da lei pôs vírgula após a palavra oficial por equívoco, na verdade a lei quer significar que a consignação extrajudicial deve ser feita em “estabelecimento bancário, oficial onde houver”.*
- *A lei não diz quem deve comunicar ao credor do depósito, mas Alexandre Câmara entende que deve ser o Banco, em prol da segurança da comunicação. Igualmente, a resposta do credor deve ser encaminhada à instituição bancária.*
- *Cientificado da recusa, terá o devedor o prazo de 30 dias para ajuizar ação de consignação em pagamento. Vencidos os 30 dias, nada impede que o devedor ingresse em juízo, porém, cessará a eficácia do depósito realizado, devendo fazê-lo novamente.*
- *É possível a consignação de alugueres e acessórios? Câmara entende que não, já que a lei de aluguel determina que a consignação seja de natureza judicial.*

25 de outubro de 2010

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

- Consignação em pagamento
- Prestação de contas

CONSIGNAÇÃO

- * Impossibilidade do pagamento imediato, pode-se lançar mão da técnica de cumprimento forçado – consignação em pagamento. Esta modalidade de cumprimento forçado dá-se de modo invertido, porquanto é o devedor que obriga, em certa medida, o credor de liberá-lo do pagamento.

- Por muito tempo a consignação foi chamada de execução invertida. Mas se trata de impropriedade na nomenclatura, uma vez que não concerne à execução propriamente dita.

- * Vocacionado ao pagamento em pecúnia.
- * Em termos práticos, muito embora haja possibilidade do uso da consignação extra-judicial para cumprimento de contratos de trato sucessivo, não é recomendável o uso da consignação fora da justiça para obrigações sucessivas.
- * Devedor tem prazo de 30 dias para intentar a consignação judicial, deve propor demanda demonstrando que propôs consignação extra-judicial, aproveitado-se o depósito já realizado.
- * Pedido para realizar depósito, quando não foi intentada consignação extra-judicial. Prazo de 05 dias para realizar depósito, prazo preclusivo.
- * Para doutrina clássica a consignação não serviria para a discussão da dívida, mas tão somente para fins liberatórios do devedor, contudo, o STF mitigou essa percepção e, hoje, admite-se o debate sobre os valores depositados, o quanto devido.
- * Uma vez proposto o procedimento o credor é citado – art. 890 em diante, código não faz alusão ao prazo de defesa, é omissivo. Quando o código não prevê prazo, normalmente, confere-se prazo de 05 dias, porém isso não ocorre in casu, pois se aplica subsidiariamente as disposições do procedimento ordinário - §s do art. 272, CPC.
- * O credor pode-se defender dizendo que não se trata do caso do art. 334, ou que o devedor não depositou o valor integral da obrigação, sendo esta a defesa mais corrente. Corriqueiramente o credor não recebe porque julga que o valor correto não é aquele que se deseja pagar, havendo discussão sobre os valores. Art. 899, CPC – se o credor alega pagamento a menor, pode o credor pedir ao autor que complemente o depósito do devedor.
- * O que torna o procedimento especial concerne à etapa liminar: possibilidade de realizar depósito, bem como a possibilidade de integralizar o depósito, podendo o devedor ser condenado a pagar mais, a quitar a diferença existente.
 - O procedimento em questão é duplex, não há necessidade de reconvenção, podendo o credor fazer pedido e obter sentença condenatória em face do autor.
 - peculiaridades: depósito inicial, pedido na contestação.
- * Art. 892, CPC, não há necessidade de requerimento no que toca a depósito em função de obrigação sucessiva, e a cada depósito pode o devedor requerer a expedição de alvará (há petição para tanto) – demonstrando que o dinheiro foi disponibilizado ao credor. Se juiz condena o autor a pagar diferença, findo o processo, inicia-se fase de execução protagonizada pelo réu, que é quem irá executar o autor.
 - marco: até quando se pode efetuar o depósito, para muitos doutrinadores a sentença seria o limite para que se pudesse efetuar o depósito. O limite para o depósito é o trânsito em julgado da sentença, segundo STJ.
- * Consignação é perigosa para o autor, uma vez que se pode ao fim do processo ser condenado a pagar grande diferença. Pois, normalmente, se vale da consignação para pagar a menor uma obrigação de trato sucessivo. Por isso, o ideal é que se

mantenha uma conta onde a diferença será depositada mensalmente, para que se no caso seja condenado tenha-se como pagar o valor.

- * Credor pode levantar os valores em discussão, não só pode como deve, se não fazê-lo os valores quedaram depositados – à espera do levantamento.
- * Consignação por dúvida, hipótese incomum, ocorre quando não se sabe quem é o credor. Acontece normalmente quando há fusão, incorporação de empresas, ou quando morre o credor e não se sabe qual herdeiro ficou com o crédito. Neste caso, chama-se todos os prováveis credores, podendo ocorrer que apenas o titular de fato apareça e levante o dinheiro, também é possível que vários potenciais credores surjam e não há impugnação do crédito – juiz profere decisão, libera o devedor, e o procedimento continua para que se descubra quem é o verdadeiro credor. Há ainda outra hipótese, vários potenciais credores comparecem ao processo e impugnam o valor depositado, neste caso, continua-se o processo para se aferir o real valor depositado, bem como para se definir qual dos credores é o real.
- procedimento realmente diferenciado.
- * Consignação judicial contra a Fazenda é corriqueira, a extra não, pode-se valer também da ação monitória.
- * Consignação de alugueres é feita ordinariamente pela via judicial, apesar de que há uma tendência doutrinária de se aceitar a extra-judicial. A lei de locações apenas admite a consignação judicial.
- * A PLS mantém a consignação em pagamento como procedimento especial, porém, os procedimentos especiais não teriam livro próprio, estariam inclusos no livro que trata do processo de conhecimento.

MEU ESTUDO

- A consignação em pagamento deve ser pleiteada no local onde deve ser cumprida a obrigação. Trata-se, pois de regra excepcional (normalmente determina-se a competência do foro do domicílio do demandado).
- Importa saber se a dívida é quesível (devendo ser intentada no domicílio do devedor) ou portátil (domicílio do credor). Havendo foro de eleição, deverá o mesmo ser respeitado.
- Pode haver prorrogação de competência.
- Leva à instauração de um processo de conhecimento como outro qualquer. É de se dizer, aliás, que a possibilidade de se discutir o quantum debeatur é uma imposição do próprio direito positivo. Pode-se, pois, discutir a liquidez da obrigação.
- A pretensão manifestada nesta demanda é de declaração de extinção, pelo depósito, da obrigação. O magistrado não decidirá no processo sobre outras questões, mas delas conhecerá, como questões necessárias – desde que controvertidas, para a formação de se convencimento acerca da procedência ou improcedência da pretensão liberatória manifestada pelo demandante.
- Petição inicial deve conter: todos os normais requisitos e também: requerimento de depósito da quantia ou coisa, sendo dispensado em caso de prévio depósito extrajudicial se a petição se fizer acompanhar de prova do depósito bancário. Deve-se requerer na petição a citação do credor para levantar depósito ou oferecer resposta.

- Juiz determinará o depósito, estando apta a petição, devendo o mesmo ser realizado em 05 dias, a contar da intimação do demandante. Não sendo efetuado o depósito no quinquídio deverá ser extinto o processo sem resolução do mérito.
- Efetuado o depósito, juiz determina citação do réu, que poderá: (i) oferecer resposta; (ii) permanecer revel; (iii) requerer levantamento da quantia ou coisa depositada.
- (i) Tem prazo de 15 dias para oferecer resposta. Todas as modalidades de resposta serão aceitas: contestação, reconvenção ou exceção. Não se admite, contudo, a reconvenção no caso em que o demandado contesta aludindo á insuficiência do depósito, exigindo então a condenação do autor ao pagamento da diferença. Isto porquanto é este procedimento dúplice, conforme art. 899, §2º, CPC. Significa dizer que o demandado poderá em sua resposta realizar pedido em seu favor.
- Há matérias próprias a serem alegada na contestação: não houve recusa ou mora em receber o pagamento; foi justa a recusa; o depósito não se efetuou no prazo ou local avençados; insuficiência do depósito – art. 896, CPC. Pode o demandado alegar preliminares. Trata-se, portanto, de processo de cognição limitada em sua amplitude.

18 de novembro de 2010

Procedimentos Especiais

- ❖ Procedimento monitório ou injutivo (art. 1102, a, b,c)
 - Estrutura com cognição eventual na pendência dos embargos
- * Credor já possui documento apto a comprovar o crédito que existe em seu favor.
- * Antes do advento desta técnica a pessoa quando possuía um documento que demonstrava um crédito ou entrega de coisa era compelida a passar por um procedimento cognitivo, tendo ao seu fim uma sentença condenatória.
- * Antes, então, o autor iniciava a ação com o documento em questão, sendo que o réu ao contestar teria por único objetivo, no mais das vezes, protelar a cognição. No entanto a cognição será realizada para o réu para que se crie necessidade de produção de prova, fazendo estender o procedimento – que é longo já de per si.
- * A técnica monitória surge com o intento de tentar quebrar esta estrutura, pois o credor que possui documento que comprova a dívida apesar de não possuir força executiva por si só tem abreviada a fase de cognição, chegando rapidamente à execução.
- * No Brasil o desenvolvimento da técnica monitória custou para se tornar sensível, diferentemente da situação vista no Direito Comparado.
- * Não há necessidade, frise-se, que o documento possua diversos requisitos, não é preciso ser um documento excessivamente formal, basta um documento de certa forma do valor a ser solvido. Assim ocorre com o cheque prescrito, conforme já estabeleceu a jurisprudência. Pois o cheque prescrito não pode ser depositado, tem-se estampada a dívida, mas não existe possibilidade de cobrá-lo do modo normal.
 - Outra situação é a confissão de dívida por escrito, sem maiores formalidades.
 - Qualquer documento pelo qual se consiga extrair a existência de dívida, bem como o seu importe.

- Este documento, que seria um meio de prova na cognição (na qual o réu certamente apresentaria contestação protelatória, passando o processo por toda as fases, só então chegando à execução).

* Tendo por base um documento desprovido de força executiva, possuindo ele modo de se demonstrar a obrigação e sua liquidez, expedirá o juiz um mandado – de pagamento, injuntivo, monitório, de cumprimento da obrigação, que pode ser pecuniária – estabelecendo prazo de 15 para o seu cumprimento, devedor é pois chamado a cumprir e não para se defender. Além disso, há o favor legal dado ao devedor, que não será obrigado a pagar as custas ou honorários de sucumbência, desde que cumpra o mandado nos 15 dias estabelecidos. Cumprido o mandando, a monitória se encerra, já que atingiu seu fim, com poucos atos processuais.

- No Brasil não é comum o cumprimento a tempo. Réu pode ficar omissivo, e torna-se revel, sendo então convertido *ex officio* pelo magistrado em mandado executivo, transformando-se em uma execução imediatamente. Caso em que se seguirá as técnicas de cumprimento de dar coisa ou pagar dinheiro, seguindo-se o rito já estudado do art. 475-J ou art. 461-A.

- Outra situação possível é a de que o devedor ou réu opte por apresentar os denominados embargos monitórios, que funcionam á símile da contestação. Apesar do nome, são protocolizados no próprio procedimento (e não *a latere*), não viabilizam ação própria – não confundir com embargos á execução. É então chamado o autor para impugnar os embargos, dá-se audiência de instrução e julgamento, tendo por fim uma sentença. Os embargos monitório inauguram, portanto, uma cognição eventual plena e exauriente. Sendo possível as partes as mais variadas provas. A sentença final pode, inclusive, afastar a condição de devedor do réu, acatando os embargos monitórios. Essa situação leva a dúvida: qual seria a natureza jurídica dos embargos monitórios? Para os tribunais superiores, principalmente STJ, seu funcionamento seria compatível com o de uma defesa em contestação. Mas se os embargos são julgados por sentença, podendo ser acatados, não se tem propriamente uma contestação, pois nesta o réu apenas se contrapõe e não inaugura uma ação, como *in casu*, por isso para parte da doutrinação trataria de ação incidental.

- É possível, pois, a reconvenção, segundo o STJ. Assim, elidem-se as dúvidas, não pode se tratar de ação incidental, mas de contestação em que é possível reconvir. Não é procedimento dúplice e não admite pedidos contrapostos, mas sim reconvenção. Esta possibilidade é inclusive sumulada pelo STJ, professor acredita que a súmula é a de nº 292 (pediu para que conferíssemos).

- Se há indeferimento dos pedidos dos embargos, na própria sentença o juiz converterá o mandado injuntivo em executivo, fazendo com que o procedimento siga os trâmites do art. 475-J ou art. 461-A, a depender do caso.

- Qual é, então, a diferença entre a monitória com embargos e o processo de conhecimento comum? Nenhuma, razão porque é criticável desse ponto de vista este procedimento especial.

- No Projeto de Lei para um novo CPC não existe mais o procedimento monitório.

- Muitos advogados não se valem do procedimento porque o réu pode ser isento de pagar os honorários de sucumbência.

- No mandado ocorre a citação do devedor.

- * Na atual jurisprudência do STJ permite-se que o credor, mesmo possuindo documento com força executiva, possa se utilizar do procedimento monitório – mesmo que patente a falta do interesse de agir, o credor não é julgado carente de ação.
- * Além disso, o STJ já se manifestou sobre o cabimento da monitória em diversas outras situações, como a já aludida do cheque prescrito. Nos mesmos termos o contrato de abertura de crédito em conta corrente, que não é título executivo, mas é documento hábil à propositura de uma monitória, desde que municiado com extratos relativos à conta, os quais são unilateralmente expedidos pelo banco.
- * Teoria da individualização x teoria da substanciação. Discussão: é preciso demonstrar a causa de pedir próxima e remota? Adota-se no Brasil a teoria da substanciação – quando se propõe uma demanda é necessário demonstrar todos os fundamentos a ela relativos, evidenciando as causas relativas à cobrança. No entanto, quando se vai propor a monitória, muitos dizem que não haveria necessidade de se delinear os fundamentos da dívida estampada no documento, isso porque a monitória é uma cópia de instituto italiano onde vige a teoria da individualização e não substanciação. Exemplo: diante de ação executiva, não há mister de se explicar o motivo fundante pela cobrança do título executivo judicial ou extrajudicial. No que tange a monitória há uma enorme discussão acadêmica a este respeito. Para aqueles que acreditam que existe necessidade do fundamento, se o autor não há faz, deve a petição ser emendada (*emendatio libeli*). Para uma outra teoria ainda, no caso do cheque prescrito deveria se demonstrar o fundamento, porque o documento estaria prescrito. - Para o professor deveríamos adotar a teoria da individualização no tocante á monitória, pois já existe documento comprovando a dívida.
- * Outro ponto importante é o fato de que o procedimento monitório foi criado para ser utilizado por pessoas privadas, contra particulares, não visava o uso em face da fazenda pública. Porém, em face das peculiaridades brasileiras, como é comum o não pagamento de dívidas pela Fazenda, iniciou-se discussão sobre o cabimento de monitória contra ela. Tendo-se chegado à conclusão de que é possível monitória contra a Fazenda Pública, devendo-se adotar os trâmites da execução contra a Fazenda Pública, conforme art. 730, respeitados os valores de RPV (Lei dos Juizados Especiais Federais) e precatórios.

Procedimento de Embargos de Terceiro (arts. 1046 e seguintes)

- * Importantíssimo.
- * Ordinariamente quando estudadas as tutelas das coisas, vislumbrou-se que três tipos de situações podem acontecer contra a posse: esbulho da posse; turbação; e ameaça da posse. Essas situações são combatidas com os interditos proibitórios, lembrando que tais interditos são dotados de fungibilidade intrínseca.
- * Há um fenômeno atual em que o esbulho, turbação ou ameaça dá-se por determinação judicial, quando isso acontece? Quando o proprietário não figurando no processo havido entre terceiros, vê contra si determinada uma constrição de bem que se encontra em sua posse ou posse e propriedade. De forma que, para desconstituir a decisão que conduz ao ataque a posse deve-se lançar mão do procedimento de embargos de terceiro. Nestes dispositivos o CPC prevê uma modalidade de cognição

sumária mediante a qual um terceiro pode propor demanda com a finalidade de afastar a contrição judicial, quedando liberado da situação.

- * Isso ocorre com grande recorrência em processos de execução.
- * Exemplo: arresto judicial de bem que não pertence ao réu.
- * Trata-se de procedimento possessório impuro, pois se discute a propriedade, devendo demonstrar que além de proprietário se é possuidor. Demonstração da posse e propriedade por documentos, podendo requerer em inicial por audiência de justificação a posse, justificando o uso dos embargos de terceiro para retirada do gravame.
- * A via do requerimento ao juízo da causa é sempre interessante, pois pode ser que o juiz a acate. Não acolhendo a manifestação de terceiro, deverá o terceiro fazer uso dos embargos.
- * Situação de difícil prova é o caso de que o bem tenha sido alienado para terceiro, e este deve provar que não houve fraude.

22 de novembro de 2010

❖ Embargos de Terceiro

- Tutela possessória impura
- Cognição sumária – possibilidade de cognição futura
- Momentos de apresentação
- Sentença

❖ Nunciação de obra nova

- Direitos de vizinhança

Embargos

- * Aquele que propõe embargos de terceiro não faz parte da relação jurídica processual, não é parte.
- * É viável durante a execução até o trânsito em julgado.
- * Ocorrida a expropriação a pessoa tem cinco dias para intentá-lo, prazo peremptório, preclusivo.
- * Não se trata de procedimento de cognição plena.
- * Foram, ao longo dos anos, sofrendo limitações.
- * Quadro de discussão é superficial, sumarizado.
- * É possível se valer dos embargos, mas nada obsta que se valha de um procedimento exauriente, então qual é a vantagem desse procedimento:
 - Obter liminar para retirada do gravame, desde que se prove a turbação, ameaça, etc. Antecipação de tutela típica, trabalha com os requisitos próprios. Não há necessidades de requisitos complexos.

- Procedimento principal se suspende até o julgamento dos embargos de terceiro. Não há qualquer análise se cabe ou não a suspensão, uma vez proposto os embargos de terceiro, automaticamente se dá a suspensão do processo principal.
- * Lembrando que é sempre possível ao terceiro ir ao processo e tentar demonstrar que o bem era seu, estava em sua posse, etc. O juiz pode ou não acolher tal manifestação.
- * Se o terceiro perde os embargos, pode recorrer às vias ordinárias para demonstrar que foi prejudicada, mas deve inovar, trazendo um quadro probatório mais acurado e idôneo ao seu intento.
- * É possível agravar no procedimento principal, mas neste somente se repisará os argumentos que o juiz a quo levou em consideração, não se pode ampliar o debate, o tribunal realiza uma análise superficial. Nos moldes do art. 509 (ou 519, sei lá).
- * Até o trânsito em julgado, nos moldes do art. 1.048, se pode intentar o embargo de terceiro.
- * Os embargos, como os demais procedimentos especiais, não possuem diferenciações no tocante aos recursos. Então das interlocutórias cabe agravo, das sentenças cabe apelação. Não há modificação no sistema recursal, há diferença no juízo de origem. Pode haver discussão no que diz respeito aos efeitos dos recursos, mas seu procedimento é idêntico ao do processo comum.
- * Discussão sobre a figura do cônjuge, a fim de defender a meação, é comum. Pode ser que um dos cônjuges compre um bem que aproveita a ambos, sendo que quando da execução recaia sobre outro bem, do outro cônjuge – sem problemas. Diferentemente, se um cônjuge adquire bem que não concerne ao outro ou, por ex. realiza um empréstimo para um familiar seu, pode o outro defender a meação, se se intenta penhora contra uma fazenda da família, por exemplo. Por muito tempo discutiu-se o cônjuge deveria optar por embargos do devedor ou de terceiro, até que o STJ determinou em súmula (184 talvez) que o cônjuge pode lançar mão dos embargos de terceiro. O problema quanto a isso advém da lei 11.382/06 por introdução do art. 655, B, o qual determinou que o cônjuge não pode retirar a constrição sobre o bem, mas tão somente receber em pecúnia metade do valor advindo da venda do mesmo
VER ABAIXO A QUESTÃO DA HASTA PÚBLICA. O bem pode ser vendido muito abaixo do valor, resultando em prejuízo para o cônjuge. Resta a ele a adjudicação (art. 685, A e B), se tiver dinheiro suficiente é a opção mais conveniente, não pode haver nova penhora sobre esse bem que retorna ao bem comum. União estável – se aplicaria o art. 685, B, mas deve-se defender que a interpretação do dispositivo deve ser restritiva.
- Quanto se chega na fase expropriatória é que se deve dar a adjudicação, sendo que a compra se dá pelo valor de avaliação.
- Deve-se escolher o regime dos bens quando se casa. Regime de comunhão parcial, ou comunhão dos aquestos – bens adquiridos onerosamente durante a constância do casamento. Este é o regime legal, quando não se fala nada. Para que opte por outros regimes, deve-se expressamente demonstrar a escolha.
- Venda do bem: determinam-se duas hastas públicas, na primeira o bem deve ser vendido pelo preço de avaliação; na segunda pelo maior lance, desde que não seja preço vil (menos do que 50%).

- * Possibilidade de embargos de terceiro para o promissário comprador, contratos de promessa de compra e venda. Quando a pessoa realiza o contrato de compromisso de compra e venda, adquire um direito creditício. Garantia de que no futuro, ao fim do pagamento, se dará o registro da escritura. Durante um bom tempo não havia essa possibilidade, justamente porque o direito do promissário era creditício. Atualmente os embargos de terceiro constituem opção viável. Súmula 308, STJ, a hipoteca não teria efeito sobre os adquirentes, a hipoteca foi, portanto, morta, mas permitiu uma garantia para aquele que comprará o imóvel.
- * Legitimidade passiva dos embargos de terceiro caberá à pessoa que deu azo à constrição, que se trata daquele que ingressou com a ação principal, ou seja, o credor, pois deu margem à execução. Pode ser que o devedor também seja chamado, caso em que o devedor indicou o bem a ser constrito.
- * Uma vez proposto, o procedimento é automaticamente suspenso – frisando.
- * Chamamento da parte é feito na pessoa do advogado, salvo se não houver procuração nos autos, quando será citado pessoalmente. O ato, tecnicamente, é citação, mas na prática é como se fosse intimação, pode ser feito dentro do procedimento principal. Defesa deve ser apresentada em 10 dias.
- * Discussão no curso deste procedimento é possessória. Tanto é verdade que quando do requerimento da liminar, pode ser que o juiz a defira de plano, como também é possível que o juiz marque audiência de justificação, para que seja demonstrada a posse.
- * A sentença será de índole desconstitutiva ou constitutiva negativa. Também chamada de mandamental, porque contém uma ordem – retirada do gravame em situação de ilegalidade.
 - sentença pode ser: declaratória, condenatória, constitutiva + executiva *lato sensu*, mandamental. Na executiva o juiz já fornece o meio pelo qual a execução se procederá. A mandamental é aquela que traz em si uma ordem, que é de per si válida, havendo, no mais das vezes, sanção para seu cumprimento.
- * Dentro dos embargos não se pode discutir fraude entre credores, qualquer discussão desse perfil requer procedimento cognitivo mais amplo.

25 de novembro de 2010

Núnciação de obra nova

- * Procedimento se inicia extra-judicialmente, notificando a pessoa que está realizando obra indevida, mas deve ser convalidado judicialmente, a homologação é imprescindível, se não houver perderá seus efeitos ex tunc.
- * Se o embargo não produz efeitos, isto é, a pessoa não deixa de fazer aquilo que lhe é vedado, cabe a cautelar de atentado.
- * Procedimento utilizado entre vizinhos, bem como pelo município, que por vezes altera o dito código de postura (que regula altura das placas comerciais, largura dos passeios, etc). Se uma obra é realizada sem atenção às normas de postura municipais, município pode se valer da núnciação de obra nova. Além de se valer da núnciação, o controle de polícia desempenhado pelo município exige o pagamento de multas.

- * Trata-se de procedimento singelo. Deve-se frisar, apenas que abre-se a possibilidade de embargos extra-judiciais, os quais podem ser necessários porque a via judicial por ser mais morosa pode ser inviável, porque se se esperasse o desenvolvimento do procedimento via judicial a obra não poderia ser obstada, porque já restaria pronta.
- * Concessão de liminar, inaudita altera pars, ou com oitiva do réu. Audiência de justificação prévia pode ser necessária.
- * Uma vez deferido o embargo, o oficial justiça vai á obra e anuncia que deve ser interrompida, sendo então minuciosamente descrita a situação em que se encontrava a obra, de modo a impedir que novas alterações sejam feitas. Se o forem – inovação fática ilícita, poderá ser exigido o retorno ao estado quo antes (a partir do atentado ou mesmo da multa).
- * Citação com 05 dias – instrução – sentença.
- * O grande traço especializado do procedimento concerne ao embargo extra-judicial. O restante do processo se desenvolve como procedimentos cautelares – aplicação subsidiária das regras atinentes ao procedimento cautelar.
- * Terminada a obra, tem-se o prazo de um ano para requerer sua demolição, após esse lapso apenas se percebe indenização pela construção de obra ilícita. Demolição somente é possível se a obra está pronta.
- * Enquanto a obra não estiver pronta – nunciação para suspendê-la, ao fim da discussão, se comprovada sua situação irregular e que prejudica o vizinho ou município, pode-se requerer a demolição *in totum* do prédio.
- * Propriedade não é mais direito absoluto, portanto, não há como no início da lide promover a demolição de obra, o que importaria em prejuízo descomunal à outra parte, por vezes, sendo assim há que se fazer coadunar os interesses – o construtor regularizar sua obra e continuá-la, o autor aceitar as modificações e se dar por satisfeito.
- * Sentença ordinariamente mandamental.

Juizados Especiais

- * Micro-sistema legislativo que cria alguns procedimentos atinentes à causas de menor complexidade.
- * Nos idos da década de 1970, foi levado a cabo um projeto de pesquisa mundial, envolvendo 23 países, com a finalidade de se aferir quais eram as tendências do movimento pelo acesso à justiça, projeto nominado Floresça ou Firenze e comandado por dois estudiosos da área do direito. Assim, encomendaram-se aos estados nacionais relatórios acerca do acesso à justiça, foram nomeados juristas para tanto. Além dos relatórios nacionais, foi confeccionado um relatório final com base em todos os outros. Neste relatório, os dois juristas promoveram sínteses do que viram nos relatórios, três ondas, dentre elas a de simplificação dos procedimentos. Dentro dos procedimentos elencados havia uma que tanto propiciava o acesso dos pobres á justiça como simplificação: juizados de “small claims”. Nestes casos, era desnecessária a intervenção da Justiça propriamente dita nestas causas de menor relevo. Em 1984, no Brasil, houve uma ressonância do projeto, com um projeto piloto de juizado de pequenas causas. Até hoje este projeto de pesquisa, datado de 1978, possui impacto

no Brasil, concepção teórica dominante, professor de certa forma critica isso. Na elaboração da CR/88 foi inculcida a necessidade de criação de juizados para causas de menor complexidade e crimes de menor potencial ofensivo. Menor complexidade se trataria de causas substancialmente simples, que não exigiriam conhecimentos técnicos. Somente em 1995 é que foi regulamentados os juizados especiais cíveis e criminais. Criação de órgãos especializados na Justiça estadual, limitando a utilização às causas entre particulares, nunca pertinentes ao poder público. Contudo, a menor complexidade foi definida não pela substância material da discussão, mas pelo valor da causa, critério econômico. Causas até 40 salários mínimos podiam ser ajuizadas no Juizado. Cumpre as partes definir se preferem os Juizados ou a Justiça comum, a competência entre elas é concorrente. A participação do advogado é dispensável em causas até 20 salários mínimos. Se a causa é maior do que 40 salários mínimos e ela é proposta no Juizado, entende-se que está se dando renúncia aos valores que sobejam aos 40 salários mínimos. Se no curso do procedimento as multas, juros, e correção monetária, é possível promover a execução deste valor a maior nos juizados, a limitação dos valores concerne à propositura da ação. Problema operacional: as causas até 40 salários mínimos podem ser extremamente complexas. De modo que a finalidade dos juizados acaba sendo desviada, pois os leigos não conseguiriam lidar com causas complexas. É garantida pela CR/88 a defesa técnica, mas esta se torna problemática no caso dos juizados. STF já se posicionou no tocante à necessidade de defesa técnica nas causas jurídicas. Até mesmo na atermção deveria ser garantida ao jurisdicionado um apoio técnico, por vezes há erros no pedido da parte, não há produção de prova consistente, tudo porque não foram devidamente orientadas. Para resolver o problema, o Juiz acaba por defender uma das partes, advogando para ela. Problema advém da complexidade das causas que não se pode medir pelos valores das mesmas, a questão seria retificada se houvesse apoio técnico suficiente, o que também não ocorre.

- * Primeira característica: juizados foram criados para promover justiça co-existencial, promover a conciliação ao invés de fomentar a litigiosidade. Porém, deve-se atentar que a conciliação é boa quando há espaço para ela, desde que seja boa para ambas as partes e não imposta.
- * Existe uma audiência de conciliação, sem qualquer outra finalidade.
- * Há uma pressão sistêmica pelos acordos, sendo esse medido por estatísticas, as partes restam compelidas pela conciliação, que deixa de ser acordo, portanto. CNJ também têm pressionado os Juizados por mais e mais acordos.
- * Nos EUA as partes já chegam à audiência de conciliação munidas de provas e bem orientadas, sendo que o acordo acaba ocorrendo, pois ambas as partes percebem o que acontecerá caso a ação continue.
- * Lei 9.099/95.
- * Micro-sistema é regido pelo art. 98, CR/88, a lei acima citada, em 2000 foi feita emenda constitucional ao art. 98, permitindo a criação dos juizados especiais, conforme lei de 2001. Estes juizados federais funcionam conjuntamente à Justiça Federal, nestes participam pessoas jurídicas de direito público. Problema: atribuição de competência absoluta para casos até tantos salários mínimos. O que promoveu uma sobrecarga descomunal dos juizados. Tentou-se solucionar o problema

operacional com a padronização das petições (que implica em padronização das contestações e por fim das decisões). Procedimento eletrônico foi iniciado nos Juizados Federais.

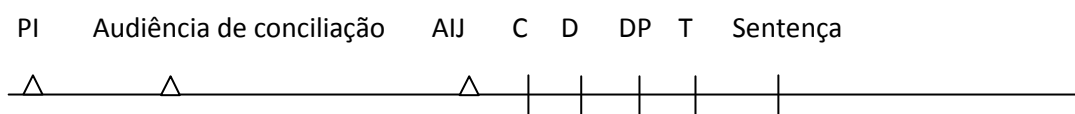
- * Finalmente, em 2009, começam a ser implementados os juizados da fazenda pública, vinculados às Justiças Comuns Estadual e Federal – também criados com competência absoluta. Lei 12.153/09, ainda em período de implementação.
- * Enunciados dos Fóruns Nacionais dos Juizados Especiais e dos Juizados Especiais Federais. Estes enunciados são elaborados em reuniões realizadas uma ou duas vezes ao ano, e estes servem de padrão interpretativo para os Juizados, sendo que valem mais do que a lei, podendo inclusive contradizê-la.
- * CPC se aplica quando a lei 9.099/95 não responder, sendo esta lei a regra de subsidiariedade para todos os juizados, uma vez que as demais leis são pequenas.
- * Princípio da pessoalidade, autor tem que se fazer presente – não basta procuração; princípio da informalidade e da instrumentalidade das formas. Não existe análise de rigor formal – petição não precisa, por exemplo, conter todos os requisitos do art. 282, CPC, pode ser feita até oralmente, reduzida a termo pelo atermador (mais uma vez o problema da complexidade, porque há causas que não conseguem ser bem descritas na folhinha padrão de inicial).
- * Até 60 salários – Fazenda Federal. Até 40 – Fazenda Estadual. Até 30 – Fazenda Municipal. Podendo os valores serem alterados por lei.

29 de novembro de 2010

❖ Juizados Especiais

- * Vigor princípio da oralidade, todas as peças podem ser levadas a cabo através da oralidade, exceto os recursos. Conduz a uma peculiaridade – a tendência dos juizados era que eles representassem o ápice da oralidade, de modo que quase nenhum ato seria reduzido a termo, ao fim da audiência de instrução e julgamento o juiz já decidiria o mérito. Ocorre que, na prática, quase todos os atos são reduzidos à escritura. Além disso, se os juizados se pautassem pela oralidade, conforme ideado inicialmente, os advogados deveriam ser extremamente experimentados no que diz respeito às exposições orais de qualidade, visto que a palavra falada seria o instrumento essencial dos procedimentos dos juizados.
- * O processo de conhecimento dos juizados é dimensionado por estrutura bifásica peculiar. No juizado, inexistente fase preparatória, no primeiro momento ocorre audiência de instrução e julgamento – chegando-se nela sem qualquer preparação (autor e réu ainda não se manifestaram). Antes da AIJ somente há a petição inicial, e audiência de conciliação. Se a conciliação se frustra, chega-se à AIJ. Somente se fica sabendo o que controverso no meio da audiência, até o início da AIJ pode o réu apresentar defesa escrita, a qual poderá também ser interposta oralmente, esta comporta pedido contraposto, vinculado à mesma competência do juizado. Neste momento, o autor descobre qual é a linha de defesa do réu, não há efetivamente nenhuma preparação técnica para os debates. Os juizados exigem, pois, melhor preparação do advogado, que deve estar muito bem preparado para contrapor no momento em que toma ciência a contestação do réu. Imediatamente após a

contestação do réu, inaugura-se a instrução, não há saneamento, portanto. Levam-se as testemunhas à audiência, as quais não são intimadas e sequer arroladas. Nas AIJ dá-se, então, defesa, oitiva de testemunhas.



- * Primeira fase de preparação, segunda fase de debates mais idôneos sobre as provas produzidas. Ou seja, a tendência é fortalecer a fase preparatória, pois se o processo não tem condição de prosseguir, já no saneamento é decretado seu fim (nulidade, falta pressuposto, condição de ação).
- * Essa peculiaridade dos juizados, de não conter fase preparatória, se justificaria pelo fato de que as causas seriam causas de baixa complexidade. O que não ocorre de fato, conforme já visto, pois o critério utilizado para se aferir a complexidade foi o meramente econômico.
- * Nos juizados especiais federais e da fazenda, podem ingressar como autor: pessoa natural, microempresa e empresa de pequeno porte, essas últimas devem provar sua condição já na petição inicial, se não o fizerem é caso de extinção da ação por ilegitimidade ativa. Figuram no pólo passivo: união e pessoas jurídicas de direito público que a ela pertinem. Nos juizados da fazenda pública, será réu: município, estado ou união a depender da natureza do juizado – se se tratar de juizado da fazenda pública municipal, por óbvio o demandado será o município.
- * Nos juizados estaduais, podem ingressar: pessoa natural, microempresa. Podem constituir pólo passivo, pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado, independentemente de seu tamanho, nunca pessoa jurídica de direito público.
- * Ações de maior complexidade não podem transcorrer nos juizados, mandado de segurança por exemplo. Mas existem exceções, como a ação monitória. Em geral procedimentos especiais não poderiam ser utilizados nos juizados.
- * Nos juizados da fazenda pública haverá também a tentativa de conciliação, sendo que o órgão público pode transacionar na medida de sua competência. Problema: professor comentou o fato de que os acordos têm sido prejudiciais ao cidadão, pois se aproveita da ineficácia do sistema de precatórios, por exemplo, para compelir o autor ao acordo, em que se paga valor menor – 30, 40 ou 60 salários mínimos.
- * Audiência no juizado pode ser una, de modo que não se tem audiência de conciliação, devendo a defesa ser feita nesta primeira audiência, que se torna AIJ. No entanto, ordinariamente tem-se audiência de conciliação, sendo que se poderá ser feita defesa até a AIJ, na praxe, porém, juízes exigem defesa na audiência de conciliação, burlando o sistema e sua lógica, pois a defesa apresentada obsta o próprio ânimo de acordo. Se o autor não comparece à audiência de conciliação, gera a contumácia (comparável à revelia para os réus), processo é extinto. Réu tem que comparecer, pessoalmente se for pessoa natural, ou seu preposto se jurídica (que não deve se confundir com o advogado, muito embora seja comum sê-lo).
- * Juizados foram criados para sanar a litigiosidade repetitiva, de massa, prezando somente pela repetição de decisões.

- * Contra a sentença é cabível recurso inominado. Recurso este que será interposto em 10 dias, podendo o preparo ser realizado até 48 horas após a interposição do mesmo, este pagamento paga as custas integrais, tanto do 1º quanto do 2º grau, sendo caro. Tudo isto para evitar o recurso. O recurso inominado precisa de ser veiculado por advogado. Abre-se vista para parte contrária contra-arrazoar, sendo o recurso remetido à turma recursal, não há fase de admissibilidade pelo juiz. As turmas recursais são formadas por juizes do 1º grau, não tem vinculação aos tribunais. A turma recursal profere acórdão, e dele é cabível recurso extraordinário para o STF, tudo isso em função da dicção dos dispositivos relacionados ao recurso especial e extraordinário.
- * São cabíveis nos juizados em geral, os embargos declaratórios. Estes suspendem o prazo do recurso cabível (diferentemente do procedimento comum, onde os ED interrompem o prazo).
- * Nos juizados federais é cabível recurso de agravo de instrumento contra liminar.
- * Nos juizados especiais há uma utilização corrente, contra as interlocutórias, do MS como sucedâneo recursal. Utilização comum, porém, problemática. Decisão do STF fixando entendimento de que MS não é cabível contra nenhuma decisão judicial.
- * Para professor é perfeitamente cabível o MS contra antecipação de tutela e cautelares nos juizados, dada a urgência da questão e se não há possibilidade de recurso. Retratção do juízo é também possível a qualquer momento, por ser da essência da AT.
- * Execução nos juizados viabiliza no seu início audiência de conciliação, que ocorreria para títulos executivos extra-judiciais, mas a jurisprudência tem entendido a audiência como cabível também para títulos executivos judiciais, onde deverá apresentar os embargos do devedor. Se a conciliação se frustra, deve-se lançar mão das técnicas expropriatórias e se ineficientes aquelas de tutela específica (art. 461, CPC).
- * No entanto, tratando-se de pessoas jurídicas de direito público não se pode utilizar de técnicas de expropriação. Pode-se utilizar de RPV, uma vez transitada em julgado a decisão, juiz intima e requisita o pagamento ao réu para que no prazo de 60 dias deposite o valor, sob pena de não o fazendo serem seqüestrados os valores na fazenda pública.
- * Art. 475-J pode ser aplicado na execução do juizado. O prazo para contagem da multa é contado da intimação no advogado – conforme recente entendimento do STJ, porém permanece enunciado para os juizados que entende que o prazo inicia do trânsito em julgado da decisão.
- * MS – cabível sempre que o direito seja líquido e certo em caso em que não haja recurso com efeito suspensivo, e haja lesão ou ameaça de, que possam sem demonstradas a partir de provas colacionadas aos autos. Em tese, por conseguinte, caberia MS contra decisão dos juizados, para qual não haja recurso. O MS tem prazo de 120 dias para ser impetrado, prazo este decadencial, que não inviabiliza a discussão judicial da questão, mas obsta a discussão pela via estreita do MS.
- * Expressão “impetrar” relaciona-se aos writs.

