

AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL

I - Introdução; II - O Binômio Público e Privado; III - O Direito Material Como Ponto de Partida das Normas Processuais; IV - Três Exemplos Salientes; V - Conclusão; VI - Referências Bibliográficas.

Geovany Cardoso Jeveaux¹

I - Introdução

O objeto do presente trabalho são as relações existentes entre o direito material e o direito processual, ambos em sua perspectiva civil.

1

Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Doutor em Direito Público pela UGF/RJ. Juiz do Trabalho - TRT da 17^a Região. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais) das Faculdades Integradas de Vitória-FDV.

A preocupação que me leva a tratar do tema nasceu da experiência do ensino do direito processual civil em cursos de graduação e de pós-graduação *lato sensu*, nos quais os alunos se mostravam carentes de exemplos que concretizassem a abstração teórica do processo e das diversas correntes processualistas que se acotovelam para formar escola, naquilo que THOMAS S. KUHN chama de fase pré-paradigmática da comunidade científica, ou seja, o período de crise que antecede a substituição de um paradigma científico por outro².

Essa pugna hegemônica entre correntes do direito processual contribui para obscurecer a noção de instrumentalidade, ao mesmo tempo em que a torna um pseudo-sinônimo para a desformalização do direito processual e para a sua maior proximidade do direito material, no sentido de sua realização prática. Trata-se de uma falsa promessa teorizar sobre o processo como um instrumento do direito material e, por outro lado, torná-lo inacessível à comunidade acadêmica e mesmo incompreensível no sentido cognitivo do termo, mediante o emprego de teorias abstratas que menos explicam do que confundem.

Em vários sentidos, o ensino do direito processual se transforma numa resistente repetição do pensamento dos autores, desprovida de juízo crítico prévio acerca da plausibilidade dos próprios institutos processuais, quanto à sua origem e ao seu propósito.

Desde logo se deve afirmar que este trabalho pretende apenas realçar as mais salientes relações entre o direito material e o direito processual civil, a fim de colocá-las à prova por si mesmas e de demonstrar como a simplicidade, antes do que qualquer pretensão de falsa intelectualidade, pode dar respostas muito sensatas e racionais aos institutos do direito processual civil, através do direito material.

II - O Binômio Público e Privado

2

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Editora Perspectiva: São Paulo, 1991, p. 73 e segs.

Um primeiro ponto de partida para o propósito acima declarado é a distinção, ou melhor, a oposição entre direito público e direito privado.

O binômio em exame torna a aproximação entre o direito material civil e o direito processual civil inicialmente problemática, porque, de acordo com a doutrina positivista clássica, público e privado são objetos que convivem mas que, como o óleo e a água, não se misturam. Por aí já se vê que o publicismo do direito processual não abre fáceis concessões à injunção do direito material, quando o objetivo deste último é o de conferir sentido ao primeiro. Afinal, foram anos de afirmação do caráter abstrato do direito de agir em relação ao direito material e de forte defesa da autonomia da disciplina processual em relação às disciplinas privatistas (direito comercial, civil e trabalhista).

Entretanto, um dado histórico é importante e deve ser realçado: é que o direito público nasce do direito privado, de modo que, conforme ANDRÉ HAURIOU, a convivência entre eles é possível se levadas em conta as suas peculiaridades. Enquanto as normas de direito privado são marcadas pela existência de uma só categoria de sujeitos, com igualdade de direitos e idêntica subordinação à legalidade, as normas de direito público, a sua vez, notabilizam-se pela existência de categorias distintas de sujeitos (administrados e administradores) e direitos diversos, rotulados pela superioridade da Administração, decorrente do conceito de autoridade pública, de sua intrínseca dominação e de sua ação própria, além de estarem afeitas intimamente a uma finalidade pública³. De tal modo que, no campo do direito administrativo, as regras de direito privado teriam função supletiva às normas de direito público⁴.

3

A Utilização em Direito Administrativo das Regras e Princípios do Direito Privado. *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1945, Vol. I, fasc. 2, pp. 466-468 (traduzido por Paulo da Mata Machado).

4

Op. cit., p. 469.

Tais características distintivas entre público e privado surgiram em momento histórico determinado: o período pós-revolucionário liberal do final do Séc. XVIII. Até então, todo espaço político era ocupado pelo absolutismo e por sua estrutura de privilégios. Na medida em que o poder se despersonaliza, saindo da pessoa física do Rei para a pessoa fictícia da Nação⁵, surgem com maior nitidez dois espaços de interesses: o público, concentrado na Nação⁶ e figurado pela representação política e pelo conseqüente princípio da maioria; o privado, expresso pela área econômica em que o estado civil não devia de regra interferir, por não ser agente da economia ou da riqueza, mas mero administrador da coisa pública.

No liberalismo clássico, essas esferas correspondiam a um amálgama contraditório de idéias, por conjugar duas noções antagônicas a respeito do indivíduo e de seus direitos: a da Avontade geral⁷ rousseauniana, que pressupunha a renúncia a todos os direitos, inclusive à vida, para o ingresso no estado de sociedade; e a da proteção da propriedade, de LOCKE, que a elege como produto do trabalho humano e, portanto, como algo que está no homem (*in re ipsa*) individual, precedente ao estado civil. Essa contradição não é nova, e levou BENJAMIN CONSTANT a denunciá-la, ao dizer que a liberdade individual, isto é, a exploração dos interesses privados sem a intervenção estatal, ocupava demasiadamente o homem, privando-o da participação política, o que teria como conseqüências a renúncia a esse direito político e uma nova cisão entre os titulares de direitos e os titulares do poder:

Ao perigo da liberdade antiga estava em que, atentos unicamente à necessidade de garantir a participação no poder social, os homens não se preocupassem com os direitos e garantias individuais...O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político⁶.

Também o neoliberalismo, mais recentemente, acusou a mesma contradição, embora ele

5

O Estado-Nação é uma A...representação política que implica o fato de que as populações que constituem uma sociedade no mesmo território reconhecem-se como pertencentes essencialmente a um poder soberano que emana delas e que as expressa...⁸, nas palavras de CHÂTELET, DUHAMEL e PISIER-KOUCHNER, em *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 85. Ele surge com a Restauração Inglesa de 1690 a afirma-se com as Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789.

6

Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. *Revista Filosofia Política*, Campinas e Porto Alegre, n. 2, LCPM/UNICAMP/UFRGS, 1985, p. 23.

mesmo seja avesso a direitos imutáveis que emperrem uma ordem econômica verdadeiramente livre (catalaxia)⁷.

Na passagem do estado liberal para o estado social, a dicotomia público/privado ganha novo sentido, servindo o direito administrativo de bom exemplo de sua evolução.

7

HAYEK, Friedrich A. Von. Os Princípios de Uma Ordem Social Liberal. *Ideologias Políticas*. Brasília: UNB, 1980, pp. 47-51.

O direito administrativo tem seu nascimento marcado no Estado-Nação do início do séc. XX⁸, entendido como: a) criação de uma sociedade de pessoas, conhecida por população; b) localizada e identificada com um território específico; c) onde o poder soberano nasce desse ato voluntário de criação; d) e onde a vontade é regida pela representação política⁹. Dessa origem decorre o seu núcleo essencial, fundado simultaneamente nos poderes de perseguir os objetivos públicos e nas garantias processuais aos indivíduos contra o uso arbitrário e irracional daqueles poderes, de acordo com MARIO P. CHITI¹⁰.

O surgimento do direito administrativo, com tais características, coincide com a passagem do liberalismo para o estado social, quando o Estado deixou a posição passiva diante das relações econômicas e passou a nelas atuar e a intervir, diante do risco de mudanças sociais abruptas, depois dos exemplos das revoluções soviética e mexicana de 1917. Para atender cada vez mais às demandas sociais, e mormente para se legitimar, tal estado de providência teve de aumentar a sua estrutura e, assim o fazendo, promoveu o crescimento dos atos de gestão e de império e, com eles, também do direito administrativo como entidade autônoma dos demais ramos do direito.

8

CHITI, Mario P. Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma: Giuffrè Editore, 2000, n. 2, pp. 301-320.

9

A respeito, consulte-se CHÂTELET, DUHAMEL e PISIER-KOUCHNER. *História das Idéias Políticas*, Op. cit., p. 85.

10

Art. cit., p. 314.

Com a expansão desmedida das fronteiras da economia, para além de qualquer possibilidade de controle efetivo por parte do Estado, e diante da impossibilidade material de atender a todas as demandas, o estado social entrou em crise de governabilidade, por conta da relação desproporcional entre as demandas (*input*) e sua capacidade de resposta (*output*)¹¹. Como resultado, consoante MARIO P. CHITI, o estado limita a sua intervenção econômica e o direito administrativo perde a sua hegemonia, particularmente por causa: a) da diminuição do Estado e dos poderes públicos; b) da retrocessão do ato administrativo, como instrumento e centro das ações públicas; c) do conseqüente aumento dos atos bilaterais com particulares, na entrega de funções públicas; d) da prestação de serviços públicos por particulares; e) das privatizações¹².

Por outro lado, o Estado perde também a sua centralidade com as experiências supranacionais, como a União Européia, assumindo o direito administrativo, nesse contexto, uma natureza mista, onde não é mais possível diferenciar os limites entre o direito público e o direito privado, naquilo que CHITI chama de direito mestiço ou híbrido. Isso é explicado, por exemplo, pelo conceito de bem cultural, que, na *common law*, pertence ao direito geral, enquanto que, na Itália e na Espanha, pertence ao direito administrativo. Quando tutelado pelo ordenamento comunitário, o regime da *common law* passa a ser influenciado por normas de direito público, como a desapropriação (para aqueles que não protegem os bens culturais) e os incentivos fiscais (para aqueles que o fazem). No caminho oposto, o crescimento dos atos bilaterais com os particulares faz ressurgir princípios do direito privado, de modo que *Ain breve, il pluralismo giuridico è causa dello sfumare di molte tradizionali distinzioni tra le discipline giuridiche e della reciproca influenza tra i vari diritti*¹³.

11

De acordo com BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para Uma Teoria Geral da Política*, pp. 36, 60 e 126.

12

Art. cit., p. 303.

13

Art. cit., p. 306 (Aem breve, o pluralismo jurídico será a causa do evaporar de muitas distinções tradicionais

Premido pela crise de governabilidade e pela necessidade de adequação a um novo mercado sem fronteiras, o estado social promove então reformas constitucionais, retirando-se do meio econômico privado interno e atirando-se no meio econômico externo, que não é nem público e nem privado. Ao fazê-lo, retira também algumas prestações positivas de seus cidadãos ou lhes impõe ônus antes inexistentes, sem lhes conferir, tão unilateralmente como no primeiro caso, qualquer contrapartida na inserção nos mercados comuns. Disso resulta nem tanto alguma retroação legislativa, senão principalmente a retirada de direitos antes adquiridos, em nome mais uma vez seja da prevalência de uma suposta vontade coletiva ou pública, seja da prevalência dos poderes do Estado.

entre as disciplinas jurídicas e da recíproca influência entre os vários direitos@); para as demais idéias, pp. 304 e 308 (perda de centralidade do Estado), 305 (direito mestiço), 307 (hibridismo), 308 (sem preponderância do direito público ou privado).

O grande problema daquele bifrontismo, portanto, além da contradição que ele carrega, é a alternância exagerada entre os pólos. Assim, se o plano privado/individual foi exacerbado no liberalismo, o plano público/coletivo foi levado ao outro extremo no estado social. Estando o estado social em crise de governabilidade, por desequilíbrio entre as demandas sociais (*input*) e a capacidade do governo em responder a elas (*output*)¹⁴, pergunta-se agora acerca da sobrevida daqueles binômios.

14

Conf. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para Uma Teoria Geral da Política*, op. cit., pp. 36, 60 e 126.

BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, manifestando-se sobre essas dicotomias da modernidade, diz que elas apresentam duas características que as conduziram para o declínio: a polarização entre um ou outro extremo, de fases em fases históricas, e a falta de mediação entre esses extremos, porque A...o déficit da capacidade de mediação exacerba a polarização das dicotomias e, inversamente, esta última agrava o primeiro. Como resultado, os pólos passam a se aproximar, A...a tal ponto que cada um dos pólos tende a transformar-se no duplo do pólo a que se opõe. Nesta medida, as dicotomias que subjazem ao projeto da modernidade tendem a colapsar e os movimentos de oscilação entre os seus pólos são mais aparentes que reais. Como exemplo, BOAVENTURA menciona as contradições do binômio Estado e Sociedade, que demonstram essa aproximação, a saber: a) o Estado é visto como inimigo da liberdade e, ao mesmo tempo, como agente de seu exercício; b) a separação entre economia e política (princípio do *laissez-faire*) não é rígida, porque: b.1) o Estado deve zelar pelo desenvolvimento econômico e pela expansão do mercado; b.2) dependendo da ótica, o interesse envolvido pode não ser estritamente privado ou público, como no caso das leis das SAs inglesas do período de 1825 a 1865, A...consideradas por uns como um bom exemplo do *laissez-faire*, por eliminar as restrições à mobilidade do capital, e por outros, como uma nítida violação desse mesmo *laissez-faire*, por conceder às sociedades comerciais privilégios que eram negados aos empresários individuais; c) mesmo no período da economia liberal, A...o Estado teve que intervir para não intervir, porque as práticas políticas afetam necessariamente a capacidade do Estado de manter o seu desenvolvimento econômico¹⁵.

Logo se vê, com essa exposição histórica, que a distinção entre público e privado é mais aparente do que real e que, portanto, não pode servir de escudo contra a aproximação do direito material privado e o direito processual público, tanto mais pela instrumentalidade que deve uni-los.

15

O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um Novo Senso Comum. *Revista Humanidades*, Brasília: UNB, v. 7, n. 3, 1991, ps. 268-282; ps. 269, 271 e 272 (para os trechos citados, respec.).

III O Direito Material Como Ponto de Partida das Normas Processuais

O direito material funciona como ponto de partida para o direito processual, no sentido de não se pensar o processo em direção ao direito material, mas bem ao contrário, do direito material para o direito processual.

Um exemplo simples do que foi dito são os procedimentos especiais, que são especiais precisamente para se amoldar ao direito material de caráter excepcional cuja persecução eles regulam¹⁶.

16

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. III, pp. 4-5; GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 31, p. 200; SANTOS, Ernani Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

Outro exemplo são os princípios dispositivo e inquisitório do processo civil. Pensados do processo para o direito material, exigem que se expliquem conceitos mais ligados aos poderes do juiz do que ao direito material perseguido em juízo. Explicados em sentido contrário, dão sentido à razão dos poderes do juiz na condução do processo e da prática de atos processuais de sua iniciativa. Aonde o direito material posto em juízo é disponível, vale dizer, o seu titular tem o poder de dele dispor¹⁷, como melhor lhe aprouver, de regra se aplica o princípio dispositivo, com a impossibilidade de o juiz tomar iniciativa de atos processuais que a lei atribui às partes, a fim de gerar a preclusão e, com ela, o curso forçado do procedimento. Tudo porque, nesse caso, entende-se que também os atos processuais que as partes devem praticar também lhes são disponíveis. Quando, porém, o direito material posto em juízo não permite ao seu titular a livre disposição, aplica-se de regra o princípio inquisitório, sob o entendimento implícito de que, nesse caso, não há disponibilidade também para os atos processuais, de modo que o silêncio da parte não impede o conhecimento da matéria ou a prática do ato *ex officio* pelo juízo, a fim de evitar a preclusão processual e, com ela, o perecimento do direito material instrumentalizado pelo processo.

Cite-se, ainda a título introdutório, o princípio da instrumentalidade de formas, que se vale de conceito básico da teoria geral dos contratos, que é o da liberdade de formas. Também no processo civil vigora o princípio da liberdade de forma, mas para os atos processuais, de modo que o atingimento do fim por ele visado é mais importante do que a forma adotada para alcançá-lo (art. 158 do CPC), e ainda quando a lei exija forma específica o ato será válido se igualmente atingir o fim pretendido pela lei (art. 244 do mesmo código).

17

O poder de disposição de um direito é um dos poderes típicos do direito de propriedade, ao lado dos poderes de uso, gozo e fruição. A disposição ocorre por atos de alienação, que é gênero das seguintes espécies: compra-e-venda, locação, comodato, mútuo, abandono, oneração, etc... Os direitos privados são de regra disponíveis, enquanto que os direitos públicos são de regra indisponíveis, variando a intensidade da indisponibilidade. Assim, a indisponibilidade ora está na coisa objeto do direito (bem doado com cláusula de indisponibilidade), ora na pessoa de seu titular (bem por natureza disponível herdado por incapaz) e ora em ambos (bem público).

Outra aproximação sensível é o critério do maior interesse para se saber da natureza do provimento jurisdicional pretendido, entre meramente declaratório, constitutivo ou condenatório, que curiosamente é o mesmo critério para se saber da verdadeira natureza das prestações na teoria geral das obrigações, entre as de dar, de fazer ou de não-fazer. Isso ocorre porque, A...cuando se trata de determinar los distintos tipos de sentencia en consideración al derecho sustancial o material que ellas ponen em vigor, entonces la clasificación se divide en otros tipos: sentencias declarativas, de condena, constitutivas y cautelares, nas palavras de EDUARDO J. COUTURE¹⁸.

Tais circunstâncias põem à mostra as peculiares relações entre o direito material e o direito processual, no sentido de aproximá-los de baixo para cima.

IV Três Exemplos Salientes

Nesse capítulo, passo a descrever, com maior minúcia, três exemplos paradigmáticos que chamam a atenção para a proximidade entre o direito material e o direito processual, e que exigem conhecimento do primeiro para se chegar ao real sentido do segundo.

1. Direitos Adquiridos Processuais

18

Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 314.

Considerando o campo material onde surgem as maiores questões em torno do direito adquirido, principalmente em face de sua conotação patrimonial, a sua eventual incidência no campo do processo sempre esteve relegada a segundo plano. Talvez por isso não haja obras monográficas sobre o tema, limitando-se a doutrina a falar sobre a intertemporalidade das leis processuais e, em outras vezes, a negar a existência de um direito adquirido dessa índole, como fez WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL acerca do procedimento, parecendo estender tal concepção para todas as demais normas de processo, diante de sua aplicação imediata¹⁹.

Fora da doutrina processual, todavia, ROUBIER já havia ressaltado as situações jurídicas materiais protegidas por uma ação ou exceção, dando conta, assim, de uma projeção necessária entre a estabilidade do direito e dos instrumentos de defesa a seu respeito²⁰. Alheio ao fato de essa ótica ter coloração nitidamente imanentista, já abandonada pela teoria processual, cuida-se de noção de certa forma arraigada na doutrina geral, dizendo OTHON SIDOU, por exemplo, que

Aa ação judicial persecutória de uma situação jurídica concreta (direito já adquirido) constitui, por extensão, direito adquirido - o direito de acionar®, para depois advertir A...que o que é imune aos efeitos da lei nova é o direito à ação já proposta, não os atos processuais sobre os quais ela se desdobra e podem ser modificados ao arbítrio do legislador, como regras de direito público que são®²¹.

A advertência supra não deixa de situar a colocação na linha da teoria imanentista, ao associar a aquisição do direito à ação concomitantemente com a defesa do direito material, porque aí se tem presente a idéia de *actio nata*, ou da data de nascimento do direito de agir,

19

A Aplicação do Novo Código de Processo Civil às Causas Pendentes. Rio de Janeiro: CEJUR, 1974, pp. 11-12: A...não há que se falar em retroatividade da lei processual, a menos que, por equívoco, se suponha a existência de direito adquirido a uma determinada forma procedimental...®.

20

Apud BATALHA, Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 119.

21

O Direito Legal: História, Interpretação, Retroatividade e Elaboração das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 232-233.

vis-à-vis do direito material ofendido, quando o que ocorre, na verdade, é o surgimento da causa de pedir próxima, antes mesmo do exercício do direito de agir.

De todo modo, há na doutrina uma expressa admissão de direitos adquiridos propriamente processuais, condicionados contudo por certo grau de indisponibilidade peculiar das normas de processo, asseverando GALENO LACERDA que

A...podemos e devemos considerar a existência de direitos adquiridos processuais, oriundos dos próprios atos ou fatos jurídicos processuais, que emergem, em cada processo, do dinamismo desse relacionamento jurídico complexo. Aliás, o novo Código é expresso, no art. 158, no reconhecimento desses direitos. Existem direitos adquiridos à defesa, à prova, ao recurso, como existem direitos adquiridos ao estado, à posse, ao domínio. Acontece que os direitos subjetivos processuais se configuram no âmbito do direito público e, por isso, sofrem o condicionamento resultante do grau de indisponibilidade dos valores sobre os quais incidem²².

Por conta da indisponibilidade, LACERDA desde logo faz as seguintes exclusões ao direito adquirido: 1) competência absoluta e organização judiciária, o mesmo não ocorrendo com a competência relativa, salvo se for modificada para a natureza absoluta; 2) convalidação de ações movidas por sociedades sem personalidade jurídica no tempo do CPC/39, quando a sua presença ativa era vedada, pela nova regra do art. 12, VII, que revogou o art. 20, ' 21, do CCB; 3) conversão do rito ordinário para o sumaríssimo; 4) prazo de prescrição, quando diminuído, para o credor; 5) preferência cronológica da penhora realizada anteriormente à regra do art. 612 do CPC/73²³.

22

O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 13.

23

op. cit., ps. 17-18 (item 1); 33 (item 2); 43 (item 3); 54 (item 4); 61 (item 5).

Já quanto aos direitos adquiridos processuais propriamente ditos, sempre na passagem do CPC/39 para o CPC/73, LACERDA os enumera do seguinte modo: 1) direito à audiência de instrução, se já saneado o processo, contra o julgamento antecipado da lide (também nas antigas ações executivas, com ou sem revelia); 2) direito à não-contagem de prazo de abandono recíproco do processo, pela nova regra do art. 267, II, do CPC/73; 3) direito à ação, mesmo quando suprimida a ação especial (como a imissão na posse), que passa então a ser processada pelo procedimento comum; 4) direito à remição, pessoalmente pelo devedor, de bem penhorado não arrematado ou adjudicado; 5) direito ao perito nomeado pelas partes, se já prestado o compromisso; 6) direito de novo termo inicial, para o devedor, quando diminuído o prazo prescricional; 7) direito à não-rescindibilidade das sentenças não sujeitas a tal via no regime de 39; 8) direito à condição de litisconsorte do assistente, se já admitido nessa condição antes do CPC/73; 9) direito do nomeante à autoria contar com o nomeado como seu litisconsorte, apesar de sua recusa; 10) direito ao recurso, na data da decisão, considerado como um *Averdadeiro* direito adquirido processual²⁴.

Tais enumerações evidentemente não são taxativas, havendo inclusive regras que fogem da questão dos direitos adquiridos para se colocarem no plano da intertemporalidade. Assim, por exemplo, aplica-se a lei da data da ação para as condições da ação e para a capacidade processual; quanto aos prazos, aplica-se a lei nova quando forem dilatados e, quando diminuídos, conta-se o saldo do prazo velho, se inferior ao prazo novo, ou o prazo novo, se o saldo do prazo velho for superior. A primeira regra sobre os prazos, contudo, não se aplica aos recursos, onde os prazos têm natureza peremptória e de interesse público, nada havendo, aqui, de acordo com LACERDA, de direito adquirido²⁵.

24

Op. cit., pp. 28 e 40, respec. (item 1); 30 (item 2); 42 (item 3); 46 (item 4); 51 (item 5); 54 (item 6); 56 (item 7); 57 (item 8); 58 (item 9); 68 e 72 (item 10).

25

Ibidem, pp. 33 (condições e capacidade), 91 e 100 (prazos), 85 e 93-94 (prazos nos recursos).

Com base nessas noções, alguns direitos adquiridos processuais podem ser destacados já no regime do CPC de 73, em relação à reforma de 1994, a saber: 1) direito à legitimidade *ad causam* para as ações possessórias então movidas por ambos os cônjuges, ou em face deles (' 21 do art. 10); 2) direito à liquidação dos danos processuais decorrentes de litigância de má-fé já iniciados, para além da arbitragem judicial do novo texto do ' 21 do art. 18; 3) direito ao recebimento imediato dos honorários periciais, tão-logo protocolizado o laudo, ainda que o depósito tenha sido realizado antes do acréscimo do parágrafo único ao art. 33; 4) direito à legitimidade ativa multitudinária, se antes não rejeitada pelo juízo no despacho da inicial (art. 46); 5) direito à audiência de instrução e julgamento, se já proferido despacho saneador, contra a marcação de audiência conciliatória prévia (art. 331), salvo consenso das partes; 6) direito à invalidade dos atos praticados entre as 18h. e as 20h., antes da ampliação do art. 172, se ocorrer agressão ao direito constitucional à intimidade da vida privada²⁶ e não for o caso de instrumentalidade de formas (arts. 154 e 244); 7) direito à interrupção prescricional na data do despacho ordenatório da citação já proferido, sem retroação à data da distribuição (219, ' 11); 8) direito ao complemento do ato cientificatório por duas testemunhas, quando realizado antes do novo texto do inc. III do art. 239; 9) direito à citação do Réu para contra-arrazoar a apelação de sentença terminativa por indeferimento sumário da inicial, quando já interposta antes do novo texto do art. 296, diante dos efeitos gerados pela citação em favor do credor, conforme o art. 219; 10) direito à imediata versão datilográfica dos depoimentos testemunhais, se já prestados anteriormente (art. 417); 11) direito à tempestividade do recurso já despachado e recebido pelo juiz, antes da exigência de protocolo do art. 506; 12) direito ao preparo no prazo do recurso que o exige, ainda que já interposto, quando o início do prazo ocorreu antes do novo texto do art.511; 13) direito à contagem do preparo da apelação pela contadoria, com o conseqüente depósito posterior à interposição, com o início do prazo iniciado antes do novo texto do art. 518; 14) direito ao duplo efeito da apelação de sentença terminativa liminar de embargos à execução, quando proferida antes do texto do art. 520; 15) direito aos embargos de declaração por dúvida, com prazo aberto antes do texto do art. 535, I, que

26

Cf. GIANNOTTI, Edoardo. *A Tutela Constitucional da Intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

a eliminou como causa do recurso; 16) direito à multa máxima de 1% dos embargos declaratórios protelatórios já interpostos, exclusivamente perante os tribunais, antes da unificação e do aumento da multa pelo novo texto do parágrafo único do art. 538²⁷; 17) direito à extinção conjunta da ação de execução e dos embargos à execução, por desistência do credor ao direito de ação, manifestada antes da nova redação do art. 569, tratando os embargos tanto de questões processuais quanto do mérito constitutivo do título; 18) direito à execução de sentença homologatória de transação ou conciliação acerca de questão ainda não posta em juízo, entre a sua inclusão pela Lei 8953/94 e a sua eliminação pela Lei 9307/96 (art. 584, III); 19) direito ao levantamento da coisa depositada pelo credor, na execução para entrega de coisa certa, quando os embargos já opostos não gozavam ainda do efeito suspensivo genérico do art. 739 (art. 623); 20) direito à validade do edital de arrematação já publicado sem a advertência de ônus, recurso ou causa pendente a respeito do bem (art. 686, V).

Ainda na linha desses princípios, outras tantas posições de vantagem podem ser imaginadas, sob proteção de qualquer alteração legislativa ou judiciária de caráter prejudicial, como, por exemplo, o direito adquirido processual: 1) aos efeitos regulares do ato contestatório, se a incapacidade da parte passiva se verificar após a sua prática e permanecer silente à ordem de sanação do art. 13, II; 2) aos honorários advocatícios de sucumbência e aos honorários dos demais auxiliares, ainda quando não declarados expressamente na sentença; 3) aos honorários advocatícios de sucumbência, se a não-arguição dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos decorrer de justa causa, tal como configurada no art. 183 (art. 22); 4) ao não-pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, quando da desistência do direito de agir manifestada antes da citação (art. 267, VIII, ' 41); 5) à devolução do prazo, quando retirados os autos de cartório por uma das partes quando o curso era comum (art. 40, ' 21); 6) à validade da sentença proferida em

27

Em sede de recursos, sustenta LACERDA, Galeno que a lei aplicável é a do dia da decisão impugnável, ainda que não publicada. Ob. cit, ps. 68, 71-72 e 84. Crítica ainda a posição do STF, quando da eliminação constitucional do RO em MS e dos infringentes naquela instância, ao deixar de conhecer os recursos já pendentes (p. 69).

face de alguns litisconsortes necessários, embora ignorados outros, se no resultado o julgamento era comum, e não-unitário, desde que movida a ação complementar em face dos ausentes (art. 47)²⁸; 7) à citação postal pessoal, contra o princípio da aparência (art. 223, par. único), observada a instrumentalidade; 8) ao direito de defesa decorrente de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos quando o titular for a fazenda pública, de modo a poderem e deverem ser tais fatos conhecidos de ofício pelo juízo, ainda quando não argüídos, por força da norma do art. 67 do CCB; 9) à validade dos atos, ainda quando praticados fora da forma expressa, quando existente, se atingidos os seus fins, sem prejuízo para a parte contrária (arts. 154 e 244); 10) à suspensão do processo decorrente de convenção das partes (art. 265, II).

As listas acima são igualmente exemplificativas, e desconsideram as alterações feitas para melhorar a interpretação dos dispositivos anteriores ou a posição de ambas as partes ou a prestação jurisdicional, fixando-se apenas nos casos em que uma posição de vantagem processual anteriormente adquirida possa ficar à mercê da livre disposição legislativa ou judicial. Isso confirma que regras individualistas de processo, como as do CPC de 1973, concebido para lides individuais, sobre objetos atribuíveis a titulares determinados, ainda que de natureza pública, ficam isentas de alterações supressivas ou modificativas para pior. Trata-se de uma espécie de limite à regra absoluta do interesse público, como extensão correlata da proteção dos direitos individuais ao poder de reforma constitucional do art. 60, ' 4, IV, da CF.

Quando o processo é pensado em termos coletivos ou difusos, ao contrário, a tendência é a de sobrepesar os interesses tutelados em detrimento de posições individuais, como, por exemplo, a desistência do direito de agir ou o abandono do processo na ação popular, quando o seu exercício não é aceito sob o exclusivo arbítrio omissivo do autor,

28

O art. 47 do CPC, acerca da condição de validade da sentença proferida em face dos litisconsortes necessários, só é rígido para o litisconsórcio necessário unitário, mas não para o comum, de modo que a ausência de um dos litisconsortes necessários comuns não nulifica a sentença, que poderá ser complementada por outra, em outra lide (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 233).

determinando-se ao Ministério Público e facultando-se a outros cidadãos que assumam a posição ativa (art. 91 da Lei 4717/65).

2. Prescrição, Decadência, Perempção e Preclusão

No tempo da teoria imanentista, a prescrição era tida como a perda do direito de agir, no sentido da antiga dicção do art. 75 do CCB revogado: Aa todo direito corresponde uma ação, que o assegura@.

Isso ocorria porque o direito de agir era apenas um dos elementos do próprio direito material, ou seja, era imanente a ele, de modo que, esgotado o prazo de exercício desse direito, com ele morria também o poder de seu titular de exigir do devedor a prestação devida. Logo se vê que tal conceito tem intrínseca ligação com a teoria das obrigações, mais especificamente com o objeto das prestações de dar, fazer ou não-fazer, que é o poder de o credor exigir do devedor a prestação devida.

Entretanto, com a prevalência da teoria abstrata do direito de agir, a prescrição não pôde mais ser usada com tal natureza, porque o direito de agir era usado mesmo quando o réu a argüia e com ela gerava a extinção do processo, e tanto mais ainda quando o réu não a argüia, quando então era exercido não apenas o direito de agir como também o direito material, embora prescrito.

Foi necessária a distinção da natureza do direito material, entre potestativos e não potestativos, para se saber dos casos de prescrição e dos casos de decadência, e, com isso, separar tais institutos de direito material do direito processual, assumindo eles apenas efeito processual indireto, extintivo do feito.

Assim, quando um determinado direito pode ser exercido por seu titular sem a concorrência de qualquer outra pessoa, de qualquer outra manifestação de vontade ou de qualquer outra contraprestação, fala-se que ele é potestativo, que vem de *potestas*, ou seja,

o poder que a pessoa tem de levar a efeito a realização de seu interesse. Por outro lado, quando o exercício de um direito depende de outrem, para manifestar a sua vontade ou cumprir a sua contraprestação, diz-se haver aí um direito não potestativo.

A realização material do primeiro encontra-se entregue à exclusiva vontade de seu titular, enquanto que a realização do segundo somente ocorre com o concurso de outra pessoa, normalmente o devedor.

Decorrido o prazo de exercício do direito, assinalado em lei, o direito potestativo se extingue, mas o direito não potestativo permanece íntegro. É que, nesse caso, o devedor passa a reter o direito de se defender contra a investida do credor, então realizada fora do prazo. Esse direito conferido ao devedor com o vencimento do prazo de exercício é em si um direito potestativo, porque ele o exercerá se e quando lhe aprouver.

Desse modo se explica que, tratando-se de direito patrimonial, não possa o juiz conhecer de ofício da prescrição (art. 219, ' 51, do CPC), porque, sendo direito subjetivo do obrigado, e independente de prestação de outrem (potestativo), ele o exercerá (resistência à pretensão) se quiser. Já a decadência, por se referir a direitos cujo exercício dependia tão-somente do esforço do credor, decreta a morte do próprio direito material, podendo ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 295, IV, do CPC). A prescrição apenas aufere ao devedor um direito reverso, de resistência legítima a futura pretensão deduzida, sem ferir o direito de ação e mesmo o direito material, em caso de não ser argüida como matéria de defesa, no momento processual adequado (leia-se: contestação - art. 300 do CPC).

A perda do direito de ação ocorre nos caso de preempção, ou seja, na hipótese de abandono (art. 267, III, ' ' 11 e 21, c/c o art. 268, par. único)²⁹, enquanto que a preclusão é a simples perda (endoprocessual) do direito de se praticar um ato do processo. Estes últimos, sim,

29

para tais distinções, consulte-se CALMON DE PASSOS, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1998, vol. III, p. 227 e segs.

são institutos de direito processual.

3. Teoria das Obrigações no Processo

As obrigações são vínculos jurídicos reconhecidos pela lei ou pelo contrato que se estabelecem entre um sujeito ativo/credor e um sujeito passivo/devedor, tendo por objeto prestações determinadas, de dar, fazer ou não-fazer. Elas pressupõem a capacidade dos sujeitos, tanto para o exercício quanto para a sua contração, e a licitude do objeto, sendo livre a forma de se manifestar, a menos que a lei imponha forma específica. Em atos bilaterais voluntários, exige-se a livre manifestação da vontade, a disponibilidade e *potestas* do credor para exigir do devedor a prestação devida, que se há de cumprir no tempo, lugar e/ou modo previstos no negócio.

Não cumprida a prestação no tempo, lugar e/ou modo previstos, encontra-se o devedor em mora ou inadimplemento relativo, nesse estado permanecendo até que cumpra a prestação e purgue e mora ou que haja o inadimplemento absoluto, ou seja, quando a prestação se torne impossível ao devedor faltoso ou inútil ao credor, caso em que a prestação originária se convola em perdas e danos.

Estando o devedor apenas em estado de mora, aufere o credor o direito de exigir o cumprimento da prestação devida, ainda no plano do direito material. Cobrado o devedor, e cumprida a prestação, extingue-se a obrigação, mas, cobrado o devedor e este queda inerte ou simplesmente recusa a pretensão creditícia, nasce o direito de agir ou a *actio nata*. Isso se explica porque, antes do ato de resistência do devedor, sendo ainda útil a prestação ao credor e possível ao devedor, o simples adimplemento provocado por qualquer das partes tornará desnecessária/inútil a intervenção judicial. Agora, a partir do ato de resistência, manifestado ainda no plano do direito material, não podendo o credor tomar para si, à força, aquilo que considera seu, e incriminando o estado de direito o uso arbitrário das próprias razões, não tem ele outra alternativa senão pedir a proteção ao Estado para o

exercício de seu direito material. A necessidade e a utilidade dessa proteção definem o interesse de agir, que, por sua vez, explica a legitimidade.

Ao mesmo tempo, portanto, em que o ato de resistência tácita ou expressa do devedor faz surgir o direito de agir do credor, *in concreto* (porque *in abstracto* ele existe na cláusula constitucional da inafastabilidade), fazendo surgir o interesse e a legitimidade, permite ele a clara separação entre as causas de pedir remota e próxima, ficando a primeira com o início da relação jurídica entre as partes, até o ato de resistência, e a segunda com as consequências jurídicas desse mesmo ato de inadimplemento.

Logo, o direito material surge historicamente antes do direito de agir, ambos em sua perspectiva de direito subjetivo concreto, e a definição da fronteira entre as causas de pedir remota e próxima se dá no preciso momento da lide material, ou seja, quando o devedor não se submete à pretensão do credor, manifestada ainda no plano do direito material, o que confirma que também na causa de pedir remota há fatos e fundamentos jurídicos para o pedido, porém ligados à caracterização do inadimplemento relativo, motivo pelo qual não é o ato citatório válido, ao contrário do que informa o art. 219 do CPC, que constitui o devedor em mora, mas a conduta pretérita do devedor. O que fica para a causa de pedir próxima é a lide material e as consequências jurídicas da mora.

Explicados esses conceitos sem recurso ao direito material, mais precisamente à teoria das obrigações, eles têm de ser decorados, e decorar conceitos é o primeiro passo para esquecê-los. Ao contrário, explicados a partir do direito material, são eles facilmente apreendidos e dispensam o enfadonho exercício de memória repetitiva.

A teoria das obrigações ajuda ainda a compreender outros institutos de direito processual, que passo a descrever exemplificativamente.

Por exemplo, o conceito de pedido alternativo é estritamente ligado ao conceito de obrigação alternativa, que significa a existência de mais de um modo de se cumprir uma

prestação obrigacional (arts. 252-256 do CCB em vigor). Cabendo a escolha ao credor, deve ele indicá-la na inicial e, cabendo ao devedor, deve ele escolher o meio de cumprimento após a citação, faculdade que retorna ao credor em caso de inércia. Portanto, pedido alternativo não se confunde com o pedido sucessivo, porque enquanto naquele os modos de cumprimento da prestação são equivalentes e têm a mesma fonte, neste último as prestações não têm o mesmo peso e possuem fontes diversas; no primeiro, a escolha das prestações cabe ao credor ou ao devedor, enquanto que, no segundo, a escolha é exclusiva do credor; no primeiro, é o direito material que define o pedido, enquanto que, no segundo, é apenas a ordem autoexcludente das pretensões que define a sucessão entre elas.

Com as obrigações solidárias ocorre maior sorte de exemplos.

A obrigação solidária é caracterizada por uma unidade objetiva e uma pluralidade subjetiva, ou seja, o objeto da obrigação é objetivamente uno, embora atribuído a vários credores e/ou a vários credores, que a ele concorrem por cotas-parte que somente valem entre si, mantida a unidade do objeto em favor da parte contrária. Isso explica o fato de cada um dos credores ter direito *A...a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro* (art. 267 do CCB) e de o credor ter direito *A...a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum...* (art. 275 do CCB). Logo e respectivamente, *Ao pagamento feito a um dos credores solidários extingue a dívida até o montante que foi pago* (art. 269 do CCB), enquanto que *Ao pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até à concorrência da quantia paga ou relevada* (art. 277 do CCB).

Se o objeto pode ser entregue inteiramente a apenas um dos credores solidários ou cobrado inteiramente de apenas um dos devedores solidários, segue-se que o litisconsórcio ativo ou passivo será sempre facultativo aonde houver obrigação solidária como pano de fundo/mérito do processo. Portanto, no momento da formação da relação jurídica processual, o litisconsórcio entre co-credores ou co-devedores solidários não é imprescindível. Quanto a saber, no resultado, ou seja, no momento da prolação da sentença,

se o litisconsórcio facultativo formado entre eles será comum ou unitário, isso dependerá da condição ostentada pelos devedores solidários no pólo passivo.

As obrigações, do ponto de vista passivo, possuem dois elementos básicos: um material e outro formal. O primeiro contém a dívida, ou *debitum/schuld*, e, o segundo, a responsabilidade patrimonial, ou *obligatio/haf-tung*³⁰. A dívida tem relação com o direito material, sendo o elemento pessoal da obrigação passiva, porque traduz o benefício direto do negócio jurídico havido por aquele que o contrai. Já a responsabilidade patrimonial tem relação com o direito processual, sendo o elemento patrimonial da mesma obrigação, porque traduz o ônus daquele beneficiário em empenhar seus bens para a garantia do negócio.

Aquele que assume originariamente uma obrigação retém tanto a dívida quanto a responsabilidade patrimonial, onerando seus bens, presentes e futuros, em favor do cumprimento da prestação (art. 591 do CPC). Pode, outrossim, por vontade própria e conjunta com a outra parte, ou mesmo em face da lei, ter outros co-obrigados, a título principal ou secundário. No primeiro deles, o co-obrigado identifica-se com o devedor, também retendo a dívida e a responsabilidade. No segundo, assume tão-somente a responsabilidade patrimonial. Trata-se, respectivamente, da solidariedade passiva principal e da solidariedade passiva secundária.

Disso resulta que inexistente dívida sem responsabilidade, sendo o contrário perfeitamente possível. Ao mesmo tempo, a existência isolada da responsabilidade patrimonial somente traz para o co-devedor a assunção de obrigações de dar, mas nunca as de fazer ou não-fazer, atribuída à pessoa do titular da dívida.

Em caso de solidariedade passiva secundária, o co-obrigado, que não retém dívida, quando demandado sozinho, no processo de conhecimento, pode fazer uso do chamamento ao

vejam-se GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 14 e seg., e LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. VI, p. 148.

processo, a fim de ver integrada a relação jurídica processual dos demais co-devedores ou do devedor titular, não apenas para ver também a sua responsabilidade assumida, como para exercer, já no processo de execução, o benefício de ordem de que cuida o art. 595 do CPC. Aí reside a subsidiariedade! Não tem a subsidiariedade uma existência independente de qualquer obrigação, senão que se vincula às obrigações solidárias secundárias, ou meramente passivas. Somente não há subsidiariedade, obviamente, quando a obrigação solidária é principal entre todos os responsáveis, por deterem a dívida conjuntamente.

Logo, havendo litisconsórcio facultativo exclusivamente entre devedores solidários principais ou entre devedores solidários secundários, o resultado do julgamento deve ser idêntico para todos eles, somente sendo diverso quando os devedores litisconsortes forem solidários de graus distintos, ou seja, principal e secundário³¹. Do contrário, devedores de mesmo grau poderiam ser aquilatados entre si de acordo com a sua quota-parte, divisão que somente tem valia entre eles, para o exercício do direito regressivo de que tratam os arts. 283 do CCB em vigor e 595 do CPC, mas não quanto ao autor/credor, já que tal divisibilidade subjetiva não lhe pode ser oposta.

Outro instituto de direito processual explicado pela obrigação solidária é a espécie de intervenção de terceiros nominada de chamamento ao processo (arts. 77-80 do CPC).

O que justifica a figura do chamamento ao processo é precisamente a sua unidade objetiva e a facultatividade do litisconsórcio passivo. Explica-se: sendo da livre escolha do credor de devedores solidários quem pretende demandar, pode ele demandar todos, alguns ou apenas um dos devedores solidários. Exercendo tal faculdade nos dois últimos casos, todavia, o credor limita o eventual exercício daquele direito regressivo entre os co-devedores citados e aqueles outros que não o foram. Assim, menos como limitação da

31

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, as obrigações solidárias são incompatíveis não apenas com o litisconsórcio necessário como também com o litisconsórcio unitário (*Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 195 e 218). Também BARBOSA MOREIRA sustenta a incompatibilidade da obrigação solidária com o litisconsórcio unitário (*Litisconsórcio Unitário*. op. cit, pp. 146 (nota 53), 185 e segs., 224-225).

unitariedade objetiva ou da facultatividade do litisconsócio passivo, e mais em favor daquele direito de regresso, faculta-se ao devedor solidário, demandado sozinho, o ato de chamar ao processo os demais co-devedores, para, na eventualidade de ter seu patrimônio atingido para a satisfação da dívida toda, possa exercer direito regressivo em face dos demais devedores, deles recebendo a sua cota-parte. Tanto que não é possível o chamamento ao processo do devedor principal ao devedor secundário, mas apenas entre devedores principais (inc. III do art. 77 do CPC), entre devedores secundários (inc. II) ou entre devedores secundários em relação aos principais (inc. I), porque o direito de regresso acima citado não ocorre de cima para baixo.

Também a responsabilidade pelo fato de terceiro e alguns direitos de regresso são motivo de explicação de outras figuras de intervenção de terceiros, como a nomeação à autoria e a denúncia da lide.

A responsabilidade pelo fato de terceiro ocorre em três circunstâncias, a saber: quando o devedor originário se faz substituir por outrem no cumprimento da obrigação; ou quando sub-contrata com outrem para isso; ou quando se coliga com outrem no uso de coisa a restituir³². No primeiro caso, o devedor originário, desde que autorizado pela avença, entrega o objeto contratado a terceiro, cuidando todavia da sua execução e mantendo-se entretanto vinculado ao credor. Naturalmente, essa modalidade de sub-contratação somente ocorrerá nas obrigações fungíveis e, dentre essas, naqueles liames que prevejam expressamente a substituição. No segundo, o devedor originário não apenas intervém na execução, como também concorre com o terceiro chamado a auxiliá-lo no mister. Esse auxílio tanto ocorre mediante uma relação de dependência entre o devedor e o terceiro, nas hipóteses do empregado e do preposto, como também de independência hierárquica. No último, o devedor originário, autorizado pelo contrato, admite no gozo da coisa que deve restituir um terceiro.

32

Em todas elas cogita-se da responsabilidade do devedor originário pelos atos dos terceiros com ele comungados, a partir da noção de culpa por fato danoso desse terceiro em detrimento da obrigação assumida.

Especificamente sobre as culpas *in viligando* e/ou *in eligendo*, trata-se de hipóteses inseridas tão-somente no segundo tipo de responsabilidade por ato de terceiro. Com efeito, na concorrência da execução das prestações de uma avença, o auxiliar do devedor que assume originariamente a dívida e a responsabilidade patrimonial pode praticar atos, omissivos ou comissivos, que tragam inadimplemento relativo (mora) ou absoluto, em comportamento negligente, imperito ou imprudente passível de extensão fictícia ao devedor. Aliás, nesse sentido dispõe o art. 932, III, do CCB em vigor, ser da responsabilidade do empregador ou comitente a reparação civil dos danos causados por seus empregados, serviçais e prespostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele, desde que haja confluência culposa (art. 934). Essa teoria, em especial, decorre da noção de culpa presumida por tais atos, por má escolha do auxiliar ou vigilância indevida, contraposta às teorias da garantia tácita³³, do risco³⁴ e da representação³⁵.

Assim, por exemplo, se um caseiro de uma casa de campo pouco freqüentada pelo proprietário é demandado pelo vizinho, em ação de indenização por danos causados em virtude de uma mudança de curso d'água, na crença de que se trata do proprietário, deve o caseiro nomear à autoria o seu empregador, na forma dos arts. 62 e 63 do CPC, sob pena de, não o fazendo, responder por perdas e danos, consoante o art. 69, I, do mesmo código. Agora, se a ação é movida em face do empregador/proprietário, por conta do mesmo ilícito civil, pode ele denunciar à lide o seu caseiro, por força do art. 70, III, do CPC c/c o art. 934

33

que pressupõe a culpa do devedor mesmo que o auxiliar não a tenha.

34

que admite a plena objetividade da culpa do devedor, diante do risco assumido ao contratar o auxiliar.

35

conforme a qual o auxiliar representa o devedor e, ao praticar o ato, assume a feição do devedor, ao representá-lo.

do CCB em vigor.

Numa frase: num mesmo exemplo, as figuras de intervenção de terceiros de nomeação à autoria e de denúncia da lide podem ser explicadas por conta da responsabilidade pelo fato de terceiro que detém o empregador em face dos atos de seu empregado e da responsabilidade regressiva deste.

V - Conclusão

Outros tantos exemplos poderiam ser utilizados aqui, mas os paradigmas acima versados são suficientes para mostrar a interdependência do direito processual com o direito material, e a necessidade de o ensino de processo não poder se desvincular do direito material, sob pena de tornar referida matéria uma área de difícil acesso aos alunos.

É certo que a corrente processualista que prega a instrumentalidade e que, nas últimas reformas, tem privilegiado, por exemplo, o cumprimento das obrigações *in specie*, deixando apenas como última alternativa a sua conversão em perdas e danos, não tem culpa alguma pelas abstrações alheias, mas é preciso cada vez mais chamar a atenção para a importância do direito material como base do ensino jurídico, a fim de que os acadêmicos do curso de direito não se transformem em formalistas que ignoram o direito subjetivo material, embora pareçam excelentes repetidores de teorias decoradas, que logo serão esquecidas.

VI - Referências Bibliográficas

BATALHA, Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Para Uma Teoria Geral da Política*. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

CHÂTELET, DUHAMEL e PISIER-KOUCHNER. *História das Idéias Políticas*. Rio de

- Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.
- CHITI, Mario P. Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma: Giuffrè Editore, 2000, n. 2.
- CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. *Revista Filosofia Política*, Campinas e Porto Alegre, n. 2, LCPM/UNICAMP/UFRGS, 1985.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GIANNOTTI, Edoardo. *A Tutela Constitucional da Intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 31.
- HAURIUO, André. A Utilização em Direito Administrativo das Regras e Princípios do Direito Privado. *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1945, Vol. I, fasc. 2, pp. 466-468 (traduzido por Paulo da Mata Machado).
- HAYEK, Friedrich A. Von. Os Princípios de Uma Ordem Social Liberal. *Ideologias Políticas*. Brasília:UNB, 1980.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Editora Perspectiva: São Paulo, 1991.
- LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. VI.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1998, vol. III.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. *A Aplicação do Novo Código de Processo Civil às*

Causas Pendentes. Rio de Janeiro: CEJUR, 1974.

SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um Novo Senso Comum. *Revista Humanidades*, Brasília: UNB, v. 7, n. 3, 1991.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SIDOU, J.M. Othon. *O Direito Legal: História, Interpretação, Retroatividade e Elaboração das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. III.