

## LITISREGULAÇÃO

José Maria Rosa Tesheiner (\*)

Sumário: 1. Conceito. 1.1. Classificação das pretensões. 1.2. Espécies de litisregulação. 2. A litisregulação e as pretensões a dinheiro, coisa ou pessoa. 2.1. Litisregulação por ato do demandante. Penhor legal. 2.2. Litisregulação por ato do demandado. Dever, faculdade e ônus. 2.3. Litisregulação por ato do juiz. Penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão, depósito, reintegração liminar na posse. 3. A litisregulação e as pretensões à constituição de relação jurídica ou de norma jurídica. 4. A proibição de inovar. 4.1. Nunciação de obra nova.

1. A dúvida e a ignorância também produzem efeitos jurídicos. O Código Civil estabelece, no artigo 11: "Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos".

O processo é, por excelência, o reino da dúvida. Com a coisa julgada, chega-se à certeza, mas, então, termina o processo. Dúvida há mesmo na ação executória, tanto assim que o executado pode embargá-la dentro dos cinco dias seguintes à assinatura do auto de arrematação ou à publicação da sentença de adjudicação ou remissão (Cód. Proc. Civil, art. 1009), alegando nulidade da execução, pagamento, novação, concordata judicial, transação e prescrição, supervenientes à penhora (Cód. Proc. Civil, art. 1011).

Por isso, não é de admirar que a dúvida sobre a inidênciade de norma de direito material dê lugar à incidência de outra nor-

(\*) Coordenador da Unidade de Defesa Judicial da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul e Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da U.F.R.G.S.

ma, esta de direito processual, que, de certo modo, a substitui, enquanto a dúvida persiste. Assim, por exemplo, norma de direito processual impõe ao nunciado, no embargo de obra nova, o dever de suspender a obra (Cód. Proc. Civil, art. 385), nada importando que o direito material lhe outorgue ou não a faculdade de construir.

Outro exemplo: o direito material assegura ao demandante a posse de certa coisa. Reconhece-o expressamente a sentença. Não obstante, permanece a coisa em poder do demandado, porque norma de direito processual faz depender a execução do trânsito em julgado da sentença. Ou, inversamente: o direito material atribui ao demandado a posse e, apesar disso, ele se vê despossado da coisa, porque o demandante obteve, liminarmente e provisoriamente, a reintegração na posse.

Como se observa, a lide é fato socialmente tão relevante que é regulada, como tal, pelo Direito. Se "A" e "B" contendem a propósito de determinada coisa e há fundados receios de rixa ou violência, seqüestra-se a coisa (Cód. Proc. Civil, art. 675, I), quer dizer: é entregue a um depositário, enquanto se aguarda o julgamento do juiz.

Há todo um conjunto de normas processuais que regulam, enquanto "sub judice", as mesmas relações já reguladas pelo direito material. A esse conjunto de normas é que denomino de "litisregulação".

A norma litisreguladora se superpõe à norma de direito material que acaso incida sobre a mesma relação, suspendendo-lhe temporariamente a eficácia. Como norma jurídica que é, supõe a existência de uma relação interpessoal, isto é, a existência, entre pessoas, de uma relação que, por sofrer a incidência de norma jurídica, constitui uma relação jurídica em sentido amplo. Também implica na existência de relação jurídica num sentido mais restrito, isto é, na existência de uma relação interpessoal qualificada pelo fato de o Direito atribuir a uma delas (sujeito ativo) algum poder jurídico a que corresponde a sujeição jurídica de outra (sujeito passivo).

1.1. As pretensões podem ser agrupadas em cinco grandes categorias, segundo seu objeto:

- I — Pretensões que têm por objeto mediato DINHEIRO, que se dividem em pretensões que têm por objeto prestação (objeto imediato) de quantia líquida (objeto mediato) e de quantia ilíquida;

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

- II — Pretensões que têm por objeto mediato COISA CERTA ou EM ESPÉCIE, móvel ou imóvel;
- III — Pretensões que têm uma PESSOA por objeto mediato. Por exemplo: a pretensão dos pais que reclamam o filho de quem ilegalmente o detenha (Cód. Civil, art. 384, VI);
- IV — Pretensões que têm por objeto DECLARAÇÃO DE VONTADE que crie, modifique ou extinga relação jurídica (excepcionalmente encontram-se pretensões voltadas à criação, modificação ou extinção de norma jurídica);
- V — Pretensões que têm por objeto um FAZER ou NÃO-FAZER não incluídos nas hipóteses precedentes (por exemplo, a pretensão a que o sujeito passivo receba dinheiro, coisa ou pessoa), cabendo distinguir, no caso de prestação positiva, as que têm por objeto FATO FUNGÍVEL (por exemplo, a pintura das paredes de uma casa) das que têm por objeto FATO INFUNGÍVEL (por exemplo, a pintura de uma tela); e, no caso de prestação negativa, as que objetivam FATO DESFAZÍVEL (por exemplo, a construção de um muro) das que objetivam FATO TRANSEUNTE (por exemplo, não turbar a posse).

1.2. A litisregulação responde principalmente às seguintes indagações:

- a) Enquanto se ignora se o réu deve o dinheiro, a coisa ou a pessoa exigida pelo autor, deve o objeto da prestação permanecer com o réu, ser entregue ao demandante ou ficar em poder do Estado? (Supra, incisos I a III).
- b) Enquanto se ignora se foram ou não satisfeitos os pressupostos de criação, modificação ou extinção de relação jurídica (ou mesmo de norma jurídica), como deve ela ser havida? (Supra, inciso IV)
- c) Pode omitir-se o réu, enquanto se ignora se ele deve o ato exigido pelo demandante? E pode o réu praticar o ato cuja abstenção é exigida pelo autor, enquanto se ignora quem tem razão?

A Lei responde a essas três indagações com normas nem sempre expressas, algumas das quais são examinadas a seguir, nos itens 2, 3 e 4.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

As vezes, a litisregulação decorre diretamente da Lei, dispensando específico ato judicial. Outras vezes, resulta de sentença.

Sob o ponto de vista do procedimento, o ato judicial litisregulador pode:

- a) apresentar-se como objeto específico do processo. É o caso da maior parte das ações cautelares. Nesse caso há, no plano lógico (não no plano fático), o pressuposto da existência presente ou futura de outro processo (principal) em que se julgue procedente ou improcedente a pretensão. Por isso, diz-se acessório o processo que tem por objeto sentença de litisregulação;
- b) apresentar-se como ato necessário, integrante de determinado procedimento. É o caso da penhora, nas ações do artigo 298 do Código de Processo Civil. Manda a Lei que, enquanto se discute sobre a procedência ou improcedência da pretensão do autor ao recebimento de quantia certa em dinheiro, fiquem na posse indireta do Estado, e direta do depositário, bens de valor equivalente à quantia pretendida;
- c) apresentar-se como ato não necessário, embora integrante do procedimento. É o caso da liminar: em mandado de segurança, em ação de reintegração na posse e nas ações cautelares;
- d) apresentar-se como ato incidental, praticável no processo, embora não integre o respectivo procedimento. É o caso do seqüestro intercorrente, decretado pelo juiz para evitar rixa ou violência entre os litigantes (Cód. Proc. Civil, art. 675, I).

2. Devendo o juiz prover sobre a procedência ou improcedência de pretensão que tenha por objeto mediato dinheiro, coisa ou pessoa, surge o problema de se determinar com quem há de ficar o objeto da prestação, enquanto o juiz não provê.

Ora, a Lei pode determinar que, enquanto se discute:

- a) permaneça o "status quo", isto é, que o objeto da prestação continue com o tenedor;
- b) que o objeto da prestação seja entregue ao demandante ou
- c) que seja entregue ao Estado.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

A primeira é a hipótese mais comum, pois a regra geral, ainda que não expressa em texto de lei, é que o mundo fático somente sofra alteração, em decorrência de processo, após o trânsito em julgado da sentença nele proferida, isto é, quando já não haja dúvida, mas certeza. Sua aplicação não apresenta maiores dificuldades, porque independe de qualquer ato, resultando simplesmente da inércia.

As demais hipóteses são excepcionais. Por isso mesmo, exigem norma expressa. E também ato: ou do próprio demandante (justiça de mão própria); ou do detentor ou possuidor do objeto da prestação, que o pratique atendendo a um ônus processual, ou a dever imposto por sentença; ou do juiz (sentença executiva "lato sensu").

2.1. Litisregulação por ato do demandante ocorre, por exemplo, quando o credor, ao qual a Lei defere pretensão à constituição do penhor (Código Civil, art. 776), havendo perigo na demora, faz efetivo o penhor, antes de recorrer à autoridade judiciária (Cód. Civil, art. 779). A constituição do penhor depende de ato judicial (sentença constitutiva, com eficácia "ex tunc") e, embora se ignore se procede ou não a pretensão, permite a Lei que ele se aposses da coisa.

O processo de homologação de penhor legal (Cód. Proc. Civil, arts. 693 a 696) é autônomo. Não é preparatório de processo algum. O credor pignoratício, quando quiser, proporá a ação executiva pignoratícia, precedida do depósito da coisa empenhada (Cód. Proc. Civil, art. 298, inciso VIII). Aqui, como se observa, surge nova litisregulação: o credor pignoratício tem o ônus de entregar a coisa ao Estado, para propor a ação executiva pignoratícia.

2.2. O objeto da prestação é entregue ao Estado ou ao demandante, espontaneamente, pelo próprio demandado, por força de norma litisreguladora, em diversas hipóteses. Atende, então, o demandado, a um ônus ou a um dever.

Dever, faculdade e ônus supõem a existência possível de condutas contrárias. Havendo dever, só uma é lícita. Havendo faculdade, ambas o são. De regra, sanciona-se o ilícito. Quando se sanciona uma conduta lícita, cria-se um ônus. O onerado não tem o dever de observar uma conduta com exclusão da conduta contrária. Só uma delas, porém, lhe é juridicamente conveniente,

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

porque a outra o sujeita a uma sanção. Impondo ônus, o legislador procura atingir seus fins usando o melhor dos acicates: o interesse do próprio onerado.

O objeto da prestação é entregue ao Estado, por ato do próprio demandado, que o pratica atendendo a um ônus processual, por exemplo, na ação de recuperação de títulos ao portador, contestada pelo detentor mediante o prévio depósito do título reclamado (Cód. Proc. Civil, art. 339, § 1.º) e na ação de depósito, contestada pelo depositário, mediante prévio depósito do objeto ou de seu equivalente em dinheiro (Cód. Proc. Civil, art. 370, § único).

O objeto da prestação é entregue ao demandante, por ato do demandado, que o pratica atendendo a um dever processual, por exemplo, quando o réu atende espontaneamente ao despacho que fixou os alimentos provisionais (Lei 5.478, de 25/7/68, art. 4.º).

2.3. Finalmente, pode ocorrer que, em obediência a norma litisreguladora, o juiz se apossa do objeto da prestação (sentença executiva, "lato sensu"), através de ato de oficial de justiça, seja para entregá-la a depositário (posse indireta do Estado), seja para entregá-la ao demandante.

O apossamento, pelo juiz, nem sempre importa em se tirar fisicamente a coisa das mãos do demandado. Por exemplo: o Estado, através do ato judicial, adquire a posse indireta da coisa, mas deixa a posse direta com o réu, a título de depósito. O que sempre ocorre é que se restringe a posse do demandado.

O ato pelo qual o juiz, através do oficial de justiça, restringe a posse do demandado é executivo. E isso, mais o fato de haver cognição (conhecimento) nas ações cautelares, mostra a inconveniência de se tripartir as ações em cautelares, executivas e de conhecimento.

A natureza executiva do ato impede a oposição "execução X cautela". Ao ato cautelar se contrapõe o satisfativo.

Quando o juiz restringe a posse do demandado para, posteriormente, no mesmo processo, satisfazer a pretensão do demandante, em lugar do demandado, o ato é satisfativo. É o caso da penhora.

O ato cautelar de restrição da posse do demandado ou é praticado incidentalmente, no curso de um processo, sem ser para satisfazer a pretensão do demandante (por exemplo: o seqüestro

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

intercorrente, decretado pelo juiz, para evitar rixa ou violência entre os litigantes; Cód. Proc. Civil, art. 675, I), ou se constitui em objeto específico de processo cautelar.

Em nosso Direito, a execução supõe sentença condenatória. Esta sentença ou terá sido proferida anteriormente, em outro processo, ou foi ou será prolatada no curso do processo executivo.

Os atos de condenar, de executar e de satisfazer se ordenam diversamente, conforme o caso. Assim, na ação executória, a pretensão já foi julgada procedente em outro processo, limitando-se o juiz a subtrair do executado o objeto da prestação (ou seu equivalente), entregando-o ao exequente. Na ação de despejo, o juiz condena e, após, tira do locatário e entrega ao locador o objeto da locação. Nas ações executivas do artigo 298 do Código de Processo Civil, o juiz primeiro restringe a posse do réu (penhora), depois condena e satisfaz o autor. Concedida a liminar em ação de reintegração na posse, há primeiro a reintegração (ato satisfativo) e, somente após, a condenação.

Quando é **dinheiro** o objeto mediato da pretensão deduzida em juízo, o ato judicial pelo qual se restringe a posse do demandado chama-se de PENHORA, se satisfativo (Cód. Proc. Civil, arts. 299 e 918) e de ARRESTO (Cód. Proc. Civil, art. 681), se cautelar.

Quando o objeto mediato da pretensão é coisa móvel certa ou em espécie, o ato recebe o nome de BUSCA E APREENSÃO (Cód. Proc. Civil, art. 993), ou apreensão e depósito (Cód. Proc. Civil, art. 344), quando satisfativo; e de SEQÜESTRO (Cód. Proc. Civil, art. 676, II) e também de busca e apreensão (Cód. Proc. Civil, art. 676, III), quando cautelar.

Quando o objeto mediato da pretensão é coisa imóvel, o ato recebe o nome de IMISSÃO NA POSSE (Cód. Proc. Civil, arts. 993, 351 e 382) ou de reintegração na posse (Cód. Proc. Civil, art. 371), quando satisfativo e de SEQÜESTRO, quando cautelar (Cód. Proc. Civil, art. 676, II). Na primeira hipótese, o juiz não se limita a demitir da posse o demandado mas, no mesmo ato, imite ou reintegra na posse o demandante.

Quando o objeto mediato da pretensão é pessoa, o ato recebe, usualmente, o nome de BUSCA E APREENSÃO, quando satisfativo; e, indiferentemente, de DEPÓSITO (Cód. Proc. Civil, art. 679) ou de BUSCA E APREENSÃO (Cód. Proc. Civil, art. 676, II), quando cautelar.

Como se observa, a terminologia legal não tem a especificidade que seria de desejar.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

Quando o objeto da prestação é pessoa, a norma litisreguladora impõe que fique sob a guarda do demandado, do demandante ou de terceiro.

Quando o objeto da prestação é dinheiro ou coisa, as várias espécies de posse permitem vários modos de se restringir a posse do demandado. Exemplos: a) o réu perde a posse direta da coisa, ficando o depositário judicial com a posse direta, o Estado com a posse indireta de 1.º grau e o réu apenas com a posse indireta de 2.º grau; b) o réu permanece com a posse direta da coisa, mas a título de depositário judicial, ficando, assim, com a posse direta e com a posse indireta de 2.º grau, intercalando-se, entre ambas, a posse indireta do Estado, de 1.º grau; c) o locador, em ação contra o locatário, obtém o seqüestro do imóvel, sendo nomeado depositário o próprio locador: este readquire a posse direta da coisa, e permanece com a posse indireta, agora, porém, de 2.º grau porque, entre ambas, se intercala a posse indireta do Estado, de 1.º grau. Como diz PONTES DE MIRANDA: "O arresto, o seqüestro, a penhora e qualquer outra medida constritiva, que atinja a posse, restringe a posse do arrestado, do seqüestrado, ou do executado e cria OUTRA POSSE (imediate) ou talvez intercale OUTRA POSSE, ou crie OUTRA E A INTERCALAR." (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1959, t. VI, p. 23)

É inútil a procura de diferença de efeitos entre o ato satisfativo e o cautelar. Os efeitos são os mesmos. Apenas a finalidade é diversa.

Afirma JOSÉ DA SILVA PACHECO que, na penhora, o Estado assume o poder de dispor em substituição ao executado, ao passo que, no arresto, não há essa assunção, por parte do Estado, do poder de dispor (Penhora. In: Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro). Há, sim, essa assunção também no caso de medidas cautelares pois, "nos casos expressos em lei e sempre que os gêneros ou efeitos seqüestrados ou arrestados, depositados ou penhorados, forem de fácil deterioração, estiverem avariados, ou exigirem grande despesa para a sua guarda, o juiz, ex-officio, nos casos em que lhe competir, ou a requerimento do depositário ou da parte interessada, mandará que o serventuário competente venda aqueles gêneros ou efeitos em praça ou leilão público, mediante avaliação, se ainda não avaliados judicialmente (Cód. Proc. Civil, art. 704)". E, "efetuada a venda e deduzidas as despesas, depositar-se-á o preço em que ficará sub-rogado o arresto, seqüestro, penhora, ou ônus a que a coisa estiver sujeita (Cód. Proc. Civil, art. 705)".

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

Observa JAIME GUASP (Derecho Procesal Civil, 2a. ed., Madrid, 1961, p. 452) que a penhora (e o mesmo se pode dizer do arresto e do seqüestro) não importa na perda do poder de disposição. E tem razão, porque a venda de bem penhorado, arrestado ou seqüestrado não é nula nem anulável, mas apenas ineficaz contra o requerente.

Em resumo: a regra geral litisreguladora é a de que deve permanecer inalterada a posse do demandado, enquanto se discute se procede ou improcede a pretensão do demandante.

Excepciona-se a regra geral nas ações executivas do artigo 298: enquanto se discute se o réu deve ou não ser condenado a pagar quantia certa em dinheiro, restringe-se-lhe a posse de tantos bens, quantos necessários para assegurar a execução (Cód. Proc. Civil, art. 928).

Por exceção permite-se o arresto de bens do suposto devedor (Cód. Proc. Civil, art. 676), havendo prova literal de dívida líquida e certa (Cód. Proc. Civil, art. 681) quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões de difícil e incerta reparação, ao suposto direito do autor (Cód. Proc. Civil, art. 675, III).

Por exceção, a coisa móvel vendida com reserva de domínio fica na posse do Estado, enquanto se discute (Cód. Proc. Civil, art. 344) e a coisa imóvel é entregue ao pretendente, "initio litis", se provar que foi esbulhado há menos de ano e dia (Cód. Proc. Civil, art. 371).

Por exceção, o juiz pode decretar o seqüestro de coisa móvel ou imóvel, para evitar rixa ou violência entre os litigantes (Cód. Proc. Civil, arts. 675, I e 659) e, ainda, quando antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes (Cód. Proc. Civil, art. 675, II).

Por exceção realiza-se a busca e apreensão (Cód. Proc. Civil, art. 676) ou o depósito (Cód. Proc. Civil, arts. 678 e 679) de pessoas, enquanto se discute a quem deve caber a sua guarda.

3. Havendo pretensão à criação, modificação ou extinção de relação jurídica (ou de norma jurídica), é preciso, de regra, que transite em julgado a sentença de procedência, para que se tenha por criada, modificada ou extinta a relação (ou a norma), "ex tunc" ou "ex nunc".

São raras as exceções. Entre estas se inclui a suspensão de efeitos da relação desconstituenda, enquanto se discute se procede ou improcede a pretensão à extinção.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

É o caso, por exemplo, da separação de corpos (Cód. Proc. Civil, art. 676, X), nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento. Enquanto se discute a respeito da desconstituição da sociedade conjugal, suspende-se o dever de vida em comum, no domicílio conjugal (Cód. Civil, art. 231).

É também o caso, no Direito do Trabalho, da suspensão do empregado estável, para fins de inquérito (CLT, art. 494, § único).

O caso mais notável de litisregulação foi o que tivemos por força do Decreto-Lei n.º 216, de 27/2/67, art. 3.º, § único.

Nos primeiros sessenta dias de vigência da Constituição de 1967, os Estados-membros tiveram de reformar suas constituições, para adaptá-las às normas da nova ordem jurídica (Const. Fed. de 1967, art. 188), e, no período de "vacatio legis" da Constituição Federal, o Presidente da República, usando dos poderes extraordinários que então detinha, estabeleceu que, promulgada a nova Constituição Estadual, o Governador do Estado poderia representar ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Procurador-Geral da República, sobre a constitucionalidade de suas disposições. E disse mais: "A REPRESENTAÇÃO TERÁ EFEITO SUSPENSIVO, QUANTO À VIGÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES IMPUGNADAS DESDE SUA APRESENTAÇÃO AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, devendo o seu processo e julgamento obedecer à legislação em vigor (Decreto-Lei n.º 216, de 27/2/67, art. 3.º, § único).

Eis aí a dúvida sobre a constitucionalidade de lei a determinar a suspensão de sua vigência!

4. A norma litisreguladora de caráter mais geral é a que estabelece a PROIBIÇÃO DE INOVAR.

Vem-nos do Direito Romano a regra: "pendente lite nihil innovatur". Passou pelo Código das "Siete Partidas (Livro 13, tit. VII, partida III), pelas Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas (nestas, no Livro III, tit. 73, pr.; tit. 78, §§ 4.º e 5.º), pela Consolidação de Ribas (art. 911), pela Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal (Decreto n.º 3.084) e pelos Códigos t. 2.º). No atual Código de Processo Civil, a proibição de inovar decorre dos artigos 712 a 716, e 676, VII.

Embora tenha JOÃO VICENTE CAMPOS afirmado que inovação e atentado são sinônimos e que, portanto, dizer que o atentado é a inovação constitui petição de princípio (SIMAS, Hugo, Comentários, v. V, t. 2.º, p. 227, nota), é necessário estabelecer

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

a distinção: uma coisa é a proibição de inovar, isto é, a norma jurídica que estabelece a vedação; outra coisa é o atentado, isto é, o ato ilícito que contravém à proibição.

Atentado, em sentido amplo, é qualquer ato praticado contra uma legítima proibição. É a violação de uma obrigação de não fazer: qualquer ato humano qualificado de ilícito por contrair a alguma proibição (Cf. ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al Codice Di Proc. Civ.*, 1964, p. 231).

Mais restrito, porém, é seu sentido no processo. Define-o o "Codex Juris Canonici" como "quidquid, lite pendente, aut altera pars adversus alteram aut ipse iudex adversus alterutram vel utramque partem innovat, parte dissentiente et in eius praejudicium". Como se observa, o Código Canônico considera como atentado também a inovação praticada pelo juiz, nisso divergindo de nosso Direito. Exclui, porém, atos de terceiro, tal como em nosso sistema.

FERNANDO DELLA ROCCA ensina que tanto pode ser objeto de atentado a pretensão deduzida em juízo como pretensões processuais, sendo variável a sanção: nulidade, perdas e danos, custas do incidente respectivo, pena criminal etc., (Attentato, In: *Novissimo Digesto Italiano*). Escluamos, porém, do atentado as pretensões processuais, pois, como observa HUGO SIMAS, "o atentado importa em modificação no estado da coisa litigiosa", isto é, atinge a pretensão de direito material deduzida em juízo.

Assim, podemos dizer que constitui atentado o ato praticado por uma das partes, na pendência da lide, que importe em violação da proibição de inovar, imposta por lei ou por mandado do juiz.

Outra distinção cumpre que se faça entre o atentado (infração ao dever de não inovar) e a ação de atentado (que visa à reposição no estado anterior). A execução de obras de conservação em coisa litigiosa, sem prévia autorização do juiz, constitui atentado (argumento do art. 676, VII, do Cód. Proc. Civil). Todavia, a ação de atentado, que acaso seja proposta, somente será julgada procedente se essa inovação for lesiva à parte contrária (Cód. Proc. Civil, art. 712, IV) e for possível a reposição no estado anterior.

A proibição de inovar decorre da litigiosidade da coisa, estabelecida pela citação válida (Cód. Proc. Civil, art. 166, III). Por "coisa litigiosa" não se entenda apenas bem material; é qualquer objeto de direito sobre o qual se litigue (v. PONTES DE MIRANDA. *Comentários* ..., v. VIII, p. 377).

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

Vige desde a citação válida, ainda que feita em processo preparatório, até o trânsito em julgado da sentença. Como observa PONTES DE MIRANDA, "não há atentado antes da citação, porque, sem ela, não há pendência da lide. Pode haver atentado depois da conclusão do feito, desde que antes do trânsito em julgado da sentença (Comentários . . . , v. IX, p. 105); se foi ordenado, noutro processo de medida preventiva, o seqüestro da coisa, ou o arresto, ou outra medida, esse processo basta para que se componha a figura da coisa litigiosa (Op. cit., v. VIII, p. 377).

O dever de não inovar é processual (PONTES DE MIRANDA. Comentários . . . , v. IX, p. 107). A proibição não tem caráter cogente, mas sim dispositivo. Por isso, "se o ato foi praticado por ambas as partes, ou se a outra parte nele consentiu, não há falar-se em atentado (PONTES DE MIRANDA. Comentários . . . , v. IX, p. 104). O consentimento, que torna insuficiente o suporte fáctico do ato-fato ilícito relativo, é pré-excludente. Não havia contrariedade a direito; portanto, não houve ilicitude". (PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 114)

Excepcionalmente, a inovação pode constituir ilícito penal. Sob o "nomen juris" de "fraude processual", o Código Penal prevê, no artigo 347, a seguinte figura delituosa: "Inovar artificialmente na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito". Nesta hipótese, atentado há. Todavia, dele não decorre o cabimento de incidente do atentado. É no processo penal que a questão será examinada. "O atentado para dificuldade ou facilitação da prova é crime, e dá ensejo a alegações na instrução ou a medida penal; nada tem com os arts. 712-16, se, fora da matéria da prova, não se compõe a figura do atentado. (...) O conceito dos arts. 712-16 nada tem com a prova. Se os pressupostos do art. 347 do Código Penal ocorreram, o que a parte tem de fazer é comunicá-lo ao juiz da causa e promover o processo do atentado criminal". (PONTES DE MIRANDA. Com. . . . , v. IV, p. 110)

O objetivo da ação de atentado é a reposição no estado anterior. Claro, nesta parte, o artigo 712 do Código de Processo Civil: "a parte (...) poderá requerer que a lide volte ao estado anterior . . .".

Daí se segue que, ainda que tenha havido atentado, não cabe ação de atentado se impossível o desfazimento da inovação.

PONTES DE MIRANDA esclarece bem: "A ação pode ser para a restauração só, ou cumulada com a cominatória (art. 716, verbo "multa") (Com., v. IX, p. 112). Evidentemente, a cumulação

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

não afasta a restauração como objetivo. O mesmo Autor ainda repisar "O "status quo" sofreu a alteração indevida; O ESCOPO DA AÇÃO DE ATENTADO É RESTAURÁ-LO." (Comentários, v. IX, p. 115)

A natureza da sentença que julga procedente a ação de atentado encontra-se explicitada na insuperável lição de PONTES DE MIRANDA: "Se a decisão reconhece o atentado (elemento declaratório), ordena o juiz (elementos mandamental e executivo) que se restabeleça o estado anterior à inovação (elemento condenatório). A força da sentença é mandamental; o elemento imediato, em forte dose, condenatório; a carga de elemento executivo vem em seguida, razão por que se pode executar, forçadamente, a decisão". Efetivamente, a sentença que julga procedente a ação de atentado declara a existência da inovação (elemento declaratório), qualifica-o de ilícito, tornando aplicável a sanção (elemento condenatório, espécie de constitutivo) e ordena o desfazimento. Se há o desatendimento ao mandado, o juiz desfaz a inovação, à custa do condenado. O desfazimento tem, então, o caráter de execução.

A sentença que julga a ação de atentado é definitiva e, pois, apelável.

"A multa é pela infração do preceito, que se haja posto, para o caso de inovação; a indenização, pelos danos que o vencedor na causa principal haja sofrido. Aí está a razão por que só se julga a indenização na sentença da ação principal. Não é a infração processual que está em causa; é o dano de direito material a cuja indenização somente pode ser condenado quem perdeu na ação principal. Qualquer decisão na sentença que julga a ação de atentado que se refira a multa e perdas e danos é para o caso de vir a ser vencedor na ação principal o autor da ação de atentado (PONTES DE MIRANDA. Comentários . . . , v. IX, p. 135). Esta lição do ilustre jurista deve ser aceita com reserva. Compreende-se que a sentença, na ação principal, somente condene o atentante em perdas e danos se ele for vencido também naquela ação. Todavia, o mesmo não se pode afirmar quanto à multa, acaso prevista no mandado judicial que estabeleceu a proibição (v. g. na nunciação de obra nova) estabelecendo certa cominação para a infração. Aí, mesmo que o atentante vença na ação principal, deve ser condenado na multa, pois esta foi prevista para a hipótese de infração ao dever processual de não inovar, nada importando a vitória na ação principal.

Dada a finalidade da ação de atentado, que é a restituição ao "statu quo ante", o Código de Processo Civil condiciona a pró-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

cedência da ação à lesividade da inovação (art. 713, IV). Não se diga, como PONTES DE MIRANDA (Com., v. IX, p. 104), que, aí, não há atentado. Atentado há. Mas não há direito à reposição.

Atentado há inclusive quando a inovação visa a atender a pretensão de direito material do autor como, por exemplo, se o réu atende à pretensão do autor com a finalidade de induzir o juiz ou o perito em erro, com o objetivo de fugir a certos efeitos da condenação, por exemplo, a condenação nas custas (Ver SIMAS, Hugo. Comentários, v. VIII, t. 2.º, p. 199).

Repita-se: toda inovação constitui atentado. Todavia, o direito à reposição pressupõe a lesividade.

O artigo 712 do Código de Processo Civil veda a interdição do atentante até a purgação do atentado, quando reconhecido. PONTES DE MIRANDA entende que a interdição é efeito do despacho deferitório da ação de atentado (Comentários, v. IX, p. 115). Se julgada improcedente a ação de atentado, repetem-se os atos praticados sem a audiência do atentante (Id. ib. v. IX, p. 117). Todavia, dizendo o Código que ficará interditada a audiência até a purgação do atentado, QUANDO RECONHECIDO, mequívocamente considera a interdição como efeito da sentença que julga procedente a ação de atentado.

4.1. Na NUNCIACÃO DE OBRA NOVA, há proibição de inovar por mandado do juiz.

A regra geral litisreguladora é que, sendo afirmada pretensão a que o réu NÃO faça alguma coisa, pode o réu praticar o ato, enquanto não julgada procedente a pretensão do autor.

Todavia, tal não acontece na nunciação de obra nova. Aliás, o processo de nunciação de obra nova é especial, e não ordinário, em razão da necessidade de se estabelecer litisregulação excepcional: a proibição, ao réu, de continuar a obra, enquanto não se decide sobre a procedência ou improcedência da pretensão do autor (ver arts. 386 a 388 e 390 do Código de Processo Civil).

Deferindo a inicial, o juiz expede "in limine litis" mandado de suspensão da obra. "Não importa que o autor não tenha razão: ao nunciado cabe atender ao mandado do juiz" (...). "Embargada a obra, só mandado judicial do mesmo juiz ou da instância "ad quem" pode levantar o embargo. A evidência da sem-razão somente pode ser apreciada a final (art. 389). A caução não é suspensão do embargo; é substituto do seu efeito (PONTES DE MIRANDA. Comentários, VI/194). "No Código, passada a diligência e lavrado o auto do artigo 388, para que foram notificadas as pessoas do art. 387, o juiz somente pode cassar o seu man-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972

dado na sentença final, com a cognição completa contrária ao nunciante". "Nenhum poder, até a sentença, tem o juiz para suspender o embargo (PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 198). Mas, se da inicial se evidencia que a ação foi proposta, v.g., apenas por espírito de emulação, pode o juiz recebê-la como de ação ordinária, indeferindo, portanto, o pedido de suspensão no curso da ação.

A infração ao mandado judicial importa em atentado.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 55-69, 1972