

SEPARAÇÃO JUDICIAL – Revelia – Efeitos – Julgamento antecipado da lide – inadmissibilidade – Ação que versa, também, sobre direito indisponível, relativo a guarda de filho – Obrigatoriedade da produção de provas – Sentença anulada – Recurso provido.

*Evandro de Andrade Rodrigues**

Apelação Cível n. 24.099-4. ACÓRDÃO – Ementa oficial: separação judicial – Fulcro no artigo 5º, *caput*, da Lei n. 6.515, de 1976 – Direito indisponível – Não aceitação dos efeitos da revelia – Provimento para comprovação dos fatos alegados.

ACORDÃO, em Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento. Recurso interposto contra a respeitável sentença de fls. 40-41, de relatório adotado, que julgou procedente a ação de separação judicial litigiosa promovida por E. S. A. S. em face de N. A. S.. Apela a douta Representante do Ministério Público, argüindo nulidade da respeitável sentença por em face do julgamento antecipado da lide inaplicável à espécie, que segundo a ilustre recorrente, cuida de direito indisponível (fls. 43/50).

Recurso processado regularmente, contra razões à fls. 53/56. A douta procuradora opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

O pedido separatório, no qual pede a autora a condenação do marido como cônjuge culpado, em razão dos fatos que expôs, com todos os consectários advindos dessa pretensão. Em se tratando de separação litigiosa, em que o pedido

* Aluno do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Advogado militante na comarca de Maringá e professor no Curso de Direito da Faculdades Maringá.

se lastreia no artigo 5º., *caput*, da Lei 6.515, de 1976, de direitos indisponíveis (direito a alimentos, guarda de filhos, declaração de culpa, etc.) obrigatória a produção probatória. Inaplicáveis os efeitos da revelia e, bem assim, o julgamento antecipado. Nesse sentido, consoante THEOTONIO NEGRÃO, em “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, Editora Saraiva, 27ª., ed., pág. 278, nota 6 ao artigo 320: “SIMP – concl. LXXVI, em “RT”, vol. 482/273; “RT”, vol. 594/74; 710/65, “RJTJESP”, ed. LEX, vols. 105/139, 105/141. Não admitindo o julgamento antecipado da lide: “RJTJESP”, ed. LEX, vols. 93/167, 104/175177, “JTJ”, ed. Lex, vol. 159/172”.

Acrescente-se o que se julgou pelo Superior Tribunal de Justiça, constante da obra, extraída da “RT”, vol. 672/199, quando se inadmitiu os efeitos da revelia em separação judicial, que verse, também, sobre o direito de guarda de filho. É o caso dos autos.

Ante o exposto, dão provimento ao recurso para, afastados os efeitos da revelia para a causa, anulada reste a decisão guerreada, a fim de que a autora efetue prova dos fatos alegados.

O julgamento teve a participação dos Senhores Desembargadores Ney Almada (Presidente) e Alfredo Migliore, com votos vencedores.

São Paulo, 9 de setembro de 1997.

MATTOS FARIA, Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR DO DES. NEY ALMADA.

Discute-se no apelo apenas a possibilidade de se aplicar, em uma separação litigiosa, a regra do Código de Processo Civil, artigo 319, que, em presunção *iuris tantum* (COSTA MACHADO, “Código de Processo Civil Interpretado”, pág. 323), reputa verdadeiros os fatos alegados pelo autor se o réu mantém ostensivamente revel nos autos.

Alega a autora haver o marido abandonado o lar conjugal, sendo certo que não se acha em paradeiro indeterminado, uma vez que foi citado em Carapicuíba (fls. 28 v.).

A sentença, proferida antecipadamente, adotou o entendimento permissivo, havendo recurso da Doutora Promotora de Justiça.

Em sentido contrário, todavia, acórdão, de que o signatário foi Relator, na “RJTJESP”, ed. LEX, vol. 122/221, provido de base dialética que se aplica ao enfoque do caso presente.

Cabe ressaltar que o abandono configura infração de dever conjugal (Código Civil, art. 231, inciso II), e a sentença, que, em tal contingência, vier a acolher o pedido separatório, reconhecerá a culpa do desertor, de modo que não pode fiar-se unicamente na presunção derivada da revelia, mesmo que ostensiva. Ora, personalíssimo, o direito à honra conjugal é indisponível, como desta conotação se consideram, em princípio, as ações concernentes ao estado da pessoa.

Pretender-se o caráter disponível do direito mediante confronto com a separação a mútuo consentimento, em que, de fato, prepondera a condição de negócio jurídico, é olvidar fato relevante, destacado, aliás com percuciência, pelo Ministério Público em Primeiro Grau (Doutora Maria Alzira de Almeida Alvarenga). Não é absoluta a consensualidade em apreço, tanto que sujeita para adquirir eficácia a vontade dos interessados, ao beneplácito do Magistrado, em jurisdição voluntária.

Introduzida antes a asserção de que a disponibilidade de um direito nada tem a ver com a voluntariedade do ato que o instrumentaliza (data vênua, predicado mais apropriado, em lugar do verbo gerar. No caso, o manejo do meio processual adequado não coincide com o exercício do direito, não podendo, assim, dar-lhe gênese. O direito (material) preexiste), refere-se a doura subscritora a que tal modalidade separatória demanda homologação judicial (rectius: intervenção estatal), para prevenir a adoção de cláusulas avessas e a princípios cogentes do Direito de Família. Tal observação restringe o apontado caráter consensual, entrevisto na separação a mútuo consenso, desautorizado tomá-la com base de argumentação para a incidência do Código de Processo Civil, artigo 319 à espécie.

Também na investigatória de paternidade, entregue ao pai a faculdade de, a qualquer momento até a decisão definitiva, reconhecer o liame paternofilial, (o que reflete ato disponível), seria caso então de atribuir a presunção decorrente da revelia.

É entendimento expresso pelo Superior Tribunal de Justiça o de que “ainda que o direito da separação em si, possa considerar-se como disponível, já que passível de fazer-se por mútuo consenso, uma vez reunidos os pressupostos legais, dela resultam conseqüências a cujo respeito o Juiz deve prover e que se inserem entre os direitos indisponíveis” (“RT”, vol. 672/199).

Finalmente, vale recordar, de igual teor, a admonição de YUSSEF SAID CAHALI, segundo a qual “a parte que alega a infração grave dos deveres conjugais ou a conduta desonrosa está no dever de provar a inicial, independentemente da circunstância de não ter a outra parte se defendido” (“Divórcio e Separação”, 7ª ed., págs. 674 e segs.).

Tais argumentos me inspiraram a dar provimento ao apelo.

ANÁLISE DO ACÓRDÃO

1. Noções gerais.

Proposta ação de separação judicial litigiosa pela cônjuge-varoa no Juízo de primeiro grau, com fundamentos no artigo 5º da Lei 6.515/76, impondo ao cônjuge-varão a culpa pela dissolução da sociedade conjugal, tendo sido o mesmo regularmente citado, deixou de contestar a ação. Em assim procedendo, o Juízo de primeira instância aplicou para o caso uma das conseqüências previstas na lei civil para o caso de ocorrência de revelia fundada em citação pessoal, qual seja, o julgamento antecipado da lide.

A Ilustre Representante do Ministério Público que com fundamentos no artigo 82, II do Código de Processo Civil, tinha por dever intervir na causa, inconformada com a sentença do juízo *a quo*, apelou para segunda instância pleiteando a reforma da decisão, sob o fundamento de que na relação processual, além da dissolução do sociedade conjugal, havia direitos indisponíveis, referente à guarda do filho menor.

Houve discordância entre os eminentes julgadores da Câmara Julgadora, no sentido que, mesmo em se tratando de direitos indisponíveis, o recorrido poderia a qualquer momento até decisão definitiva, reconhecer o fato alegado, a exemplo do reconhecimento de paternidade, e que, portanto, seria o caso de atribuir-se a presunção decorrente da revelia.

O recurso de apelo teve provimento, reformando-se a sentença de primeira grau, impondo, à autora, o ônus de provar os fatos imputados ao réu, na peça exordial.

2. DECISÃO SOB A ÓTICA DOS FUNDAMENTOS DA REVELIA

A decisão ora analisada pautou-se no intuito de proteger direitos indisponíveis relativos ao direito de família. Nada mais justo que os tribunais tratem de forma diferenciada, ações que digam respeito a tema relativos ao direito de família, aplicando-se nesses casos, princípios específicos.

Contudo, necessária se impõe, a análise dos dois lados da questão em tela, tanto no que se refere a doutrina tradicional por assim dizer, que acompanha o previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil, no sentido que: *Art. 319- Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.*

É dizer que “os sujeitos da relação jurídica processual têm poderes, deveres, ônus e faculdades. Ônus são imposições dirigidas às partes e cujo cumprimento visa a atender interesse do próprio destinatário. (...) Na mesma medida, ao réu cabe o ônus de fazer afirmação contrária, quer simplesmente negando o fato dedu-

zido na inicial, quer afirmando fatos diversos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito.”¹

No caso em comento, tanto a decisão do juiz de primeira instância, bem como o voto vencido no desfecho do acórdão, tiveram por fundamento o conceito de revelia dado pelo legislador, ou seja, “revelia para o legislador, portanto, significa ausência de contestação.”²

Vê-se pelo artigo citado que a oferta da contestação é que dá início a participação do réu na relação processual, e na contestação é que se revela sua defesa. No acórdão em comento, o voto vencido parte dessa idéia, ou seja, se não houve contestação, a revelia se impõe, o que, salvo melhor juízo, não é a conclusão mais acertada, tendo em vista que, no caso concreto, tendo em vista estar-se tratando de direitos indisponíveis conforme estabelecido no artigo 320 do Código de Processo Civil, que assim estabelece: *art. 320 – A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente; (...) II- se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.*

Assim sendo, analisando o desatendimento ao artigo 319 do Código de Processo Civil, temos que recorrer à doutrina para aferição de tal preceito, a exemplo do que ensina José Joaquim de Passos Calmon, que assim expõe:

“Já é hora de rever a posição tradicional assentada, assim nos parece, em frágeis alicerces, quer ao mencionar uma suposta confissão *ficta*, que nem é confissão nem é *ficta*, que invocando uma litiscontestação *ficta* que de *ficta* nada contém.

Como bem posto pro Giancarlo Giannozzi, quando alguém se faz autor e ajuíza uma demanda, isso significa que uma controvérsia (lide) se estabeleceu e que a respeito dela não foi possível nenhuma composição fora do processo. Conseqüentemente, é correto afirmar-se que da propositura de toda e qualquer ação decorre, necessariamente, um *contraditório formal*, porquanto o ajuizamento mesmo da lide já denuncia divergência preexistente ao processo, visto como ela inexistisse, inexistiria a necessidade da tutela jurisdicional. Por isso mesmo, bem mais próximo da realidade se situam os sistemas que exigem, mesmo quando não ocorra o comparecimento do réu, vale dizer, mesmo quando o contraditório substancial não se efetive, prove o autor os fatos

¹ MARCATO, Antônio Carlos. (Coordenador) **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 966.

² MARCATO, Antonio Carlos. Ob. cit. p. 966.

constitutivos do seu pedido e da obrigação do réu. Aqui, fala-se mal quando se fala em *ficta litiscontestatio*, pois que de contraditório presumido não se cuida, uma vez que o ajuizamento da lide é a solene afirmativa da inconformidade do réu em face da pretensão do autor.

Muito menos correto é mencionar-se a exigência de uma *ficta confessio* quando, em face da contumácia do réu, se autoriza o juiz a considerar verdadeiros os fatos postos pelo autor.”³

De forma que, mesmo em se tratando de assunto diverso dos direitos indisponíveis em comento, já se faria melhor justiça, uma vez que hoje, a doutrina se inclina a aplicar também no processo civil, o princípio da verdade real. Assim, apegar-se à literalidade do dispositivo (art. 319 CPC.), é deixar de prestar a tutela jurisdicional de forma condizente com os anseios atuais da sociedade, alcançando decisões pautadas na realidade dos fatos que se discutem em juízo.

Neste sentido, ainda buscando as lições de Calmon de Passos, extraí-se o seguinte:

“O enfoque deve deslocar-se da parte para o magistrado. A norma que estabelece presunção tem por destinatário o juiz. Prefixa o suporte fático sobre o qual ele assentará sua definição jurídica, autoriza-o a firmar seu convencimento com o apoio nele. Presumem-se, por exemplo, pertencer os frutos a quem é dono do principal, como se presumem legítimos os filhos havidos na constância do matrimônio. Também são presumidos verdadeiros os fatos não contestados. Em nenhum dessas hipóteses se valorou o comportamento, ou se atendeu a declaração ou manifestação de vontade expressa ou tácita. Apenas se autorizou o juiz a considerar os fatos, para formar seu convencimento, como postos pelo legislador.

Conseqüentemente, o art. 319 não presume nenhuma declaração ou manifestação de vontade do réu, nem presume qualquer declaração ou manifestação de conhecimento de sua parte, nem busca retirar ou inferir intenções de seu comportamento omissivo. Apenas autoriza o juiz a decidir como se os fatos afirmados pelo autor estivessem verificados no processo. Dispensa-se o juiz da tarefa de verificá-los como se libera o autor do ônus de prova-los.”⁴

³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III, arts. 270 a 331.** 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 347-348.

⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Ob. cit. p. 348.**

Para que melhor fique frisado o acerto do resultado final do acórdão, vale trazer ao presente análise o que dispõe a doutrina acerca do direitos indisponíveis em questão.

Conforme salienta Norberto A. Carride, citando Werneck Cortes (“Revelia, Confissão e Transigência”. RT. 471/226-36), assim dispõe;

“Direitos indisponíveis, como inculca a denominação legal, são apenas aqueles que, correspondendo a bens jurídicos em que se convergem projeções básicas da pessoa humana, recebem do ordenamento uma tutela singular, identificada por qualificação normativa de indisponibilidade relativa ou absoluta, ou seja, não comportam, dentro ou independente de certos limites, ato válido de disposição ou alienação, donde, não raro, aparecem adjetivados como intransmissíveis, irrenunciáveis, insuscetíveis de confissão e de transigência.”⁵

No entanto, Carride se posiciona no sentido seguinte:

“(…) O maior equívoco que deve ser evitado resulta da aplicação indiscriminada da restrição do art. 320, II do *Código de Processo Civil*, a pretexto de que, versando o litígio sobre direitos indisponíveis, só por isto é defeso ao juiz reconhecer como verdadeiros os fatos alegados pelo autor e não-contestados pelo réu: a ação é realmente de estado, mas a pretensa indisponibilidade do direito à dissolução do vínculo matrimonial é própria da ação de anulação ou nulidade de casamento, em que até mesmo se nomeia Curador para a defesa de sua preservação.

É pois, mister discernir, no objeto da ação de separação, as questões concernentes a direitos indisponíveis, como é o caso da guarda, educação e alimentos dos filhos, do pedido primário da dissolução causal da sociedade, em cuja província reina absoluta disponibilidade jurídica dos cônjuges, que, senhores das próprias conveniências, podem reconhecer ou deixar de contestar os fatos configurativos de causa legal de causa legal de dissolução forçada. O inegável interesse público no resguardo do casamento, como fonte da família legítima, não transpõe as barreiras do universo íntimo dos cônjuges, únicos legitimado *ad causam* na separação.”⁶

⁵ CARRIDE, Norberto de Almeida. **Revelia no direito processual civil**. Campinas-SP: Copola, 2000, p. 186.

⁶ CARRIDE, Norberto de Almeida. Ob. cit. p. 186-187.

Dessa forma, em acatando o entendimento de Carride, mesmo em se tratando de direitos indisponíveis, conforme entendimento acima esposado, os efeitos da revelia se impõem no caso da ação de separação judicial.

3. REVELIA E A VERDADE REAL

Como se observa no acórdão ora analisado o requerido foi citado regularmente, o que deu ensejo ao entendimento de que, em se tratando de ação de separação judicial, ficaria a critério da parte contestar ou não a ação proposta em face de si.

Entretanto, “deve-se num primeiro momento, esclarecer que o princípio do contraditório não se exaure com a citação e a mera oportunidade de o réu apresentar sua contestação”.⁷ De forma que a citação é tão somente o meio pelo qual se possibilita ao réu o conhecimento da ação proposta contra ele, podendo, ou tendo o ônus de contestar.

Porém, a busca da verdade real se faz indispensável. Contudo, verifica-se que o artigo 330, II do Código de Processo Civil, dá ensejo ao réu, após regularmente citado, a possibilidade de abster-se de responder aos termos da ação, e, por consequência, ter em face de si acarretado um dos efeitos dessa abstenção, qual seja, o de presunção de verdade sobre os fatos alegados pelo autor e, por consequência, o imediato pronunciamento judicial, na modalidade de julgamento antecipado da lide.

Mas a bem da verdade, especialmente em se tratando de direitos indisponíveis como é o caso focado, a busca da verdade real se faz imprescindível.

Maria Lúcia L. C. de Medeiros, em comentários a um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, nos fornece a seguinte informação:

“em seu voto, o relator eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira fez referência ao acórdão proferido quando ainda atuava no TJMG, em que se concluiu que “a presunção contemplada no art. 319 do CPC é relativa, restringindo-se apenas a fatos. Mesmo ocorrendo a revelia, do autor ser exige a prova do seu alegado direito, podendo o julgador, em respeito ao princípio da busca da verdade real, determinar ou deferir provas a formar, com mais segurança, o seu convencimento”.⁸

⁷ SOUZA, Artur César de. **Contraditório e Revelia: Perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 234.

⁸ MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman; v. 54)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 149-150

Até mesmo porque “versando a questão sobre direitos indisponíveis (art. 320, II, do CPC), e havendo revelia desencadeada no processo, inaplicável afigura-se o efeito previsto no artigo 319 do CPC (presunção de verdade dos fatos articulados pelo autor), razão pela qual, em casos como tal, incumbirá ao autor, provar os fatos articulados na inicial, a fim de que a tutela jurisdicional lhe seja favorável.”⁹

CONCLUSÃO

De sorte que o que se verifica pela análise do venerando acórdão, é que imperou o melhor entendimento acerca das conseqüências decorrentes da revelia. Tal fato se deu pelo entendimento que não pode ser aplicada a presunção de verdade, em casos de revelia nas ações que versem sobre direitos indisponíveis. Tal orientação justificou a reforma do *decisui* de primeiro grau.

O julgamento na forma antecipada, proferido pelo Juízo *a quo*, como efeito da revelia, não faria por refletir a boa prática da atividade estatal que tem, por função, buscar e estabelecer a verdade real, especialmente em ações que versem sobre direito de família, como é o caso ora analisado, separação judicial litigiosa tendo por objeto a dissolução sociedade conjugal e guarda de filhos. Até mesmo porque, com o simples julgamento antecipado, não se faria possível buscar a verossimilhança do que foi alegado pela autora no caso em questão. A prevalecer tal entendimento, se teria o encontro de uma verdade parcial.

Em assim sendo, “para emitir o provimento solicitado pelas partes, o juiz vai se valer, na grande maioria das vezes, de fatos que devem ser alegados e provados no processo”,¹⁰ não se aplicando o efeito do artigo 319 do Código de Processo Civil quando tratar-se de direitos indisponíveis previstos no artigo 320, inciso II do mesmo Código. Razão pela qual o desfecho do acórdão, reformando a sentença de primeiro, apresenta-se acertado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

⁹ SOUZA, Artur César. Ob. Cit., p. 207.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed., rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 9.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed., rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CARRIDE, Norberto de Almeida. **Revelia no direito processual civil**. Campinas-SP.: Copola, 2000.

MARCATO, Antônio Carlos. (Coordenador) **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman; v. 54). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III, arts. 270 a 331**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUZA, Artur César de. **Contraditório e Revelia: Perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Manual de Revelia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.