

RJTJESP 98/101 – ‘in’ Theotônio Negrão, CPC e Legis. Proc. em vigor, 29ª ed. p. 82). 3. ‘A regra inserta no art. 9º, II, do CPC, deve ser interpretada em seu sentido finalístico, qual seja, zelar pelos interesses do réu citado por edital. Sem dúvida, o réu, seja no processo de conhecimento ou no de execução, tem constitucionalmente asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88)...’ (Min. Ademar Maciel – REsp 4.855/SP). 4. ‘Ao executado, citado por edital, que permanece revel, é dado curador especial com legitimidade para opor embargos do devedor, em atendimento ao princípio do contraditório’ (Min. Peçanha Martins, REsp 24.254-RJ, DJ 13.3.1995). 5. Inexistência, na atualidade, de dissídio sobre o tema. 6. Agravo regimental improvido” (STJ, AEREsp 41855/SP; 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 12.8.1998, DJ 21.9.1998, p. 45).

“Processual civil – Execução – Embargos do devedor – Citação por edital

– Nomeação do curador especial – Necessidade – Anulação dos atos executórios – CPC, art. 9º – Precedentes – Divergência superada – Súmula 83/STJ. A jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que há necessidade de se nomear curador especial ao executado citado por edital, que permanece revel, seja no processo de conhecimento ou no de execução, em atendimento ao princípio do contraditório. Recurso não conhecido” (REsp 112401/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 6.4.1999, DJ 2.8.1999, p. 172).

“Processual civil – Embargos do devedor – Curador especial – Executado citado por edital – Precedentes STJ. Ao Executado, citado por edital, que permanece revel, e dado curador especial com legitimidade para opor embargos do devedor, em atendimento ao princípio do contraditório. Recurso não conhecido” (Min. Peçanha Martins, REsp 24.254-RJ, DJ 13.3.1995).

**ART. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.**

(Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

(Parágrafo único renumerado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I – que versem sobre direitos reais imobiliários;

(Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II – resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles;

(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III – fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados;

(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV – que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges.

(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticados.

(Parágrafo acrescido pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

**1. Casamento: natureza do direito e outorga uxória:** O casamento, em princípio, não implica qualquer restrição à propositura de demandas. O cônjuge tem plena liberdade para, sem necessidade do consentimento do outro, postular tutela jurisdicional, visando à satisfação de seus interesses.

O legislador civil, todavia, revela grande preocupação com o patrimônio imobiliário, o que se explica por fatores históricos. Por isso, e como consequência da impossibilidade de alienar ou comprometer de alguma forma qualquer direito real sobre imóvel (CC, art. 1.647, I), o cônjuge está impedido de, sem autorização do outro, propor demandas que versam sobre direitos reais relativos a imóveis.

A concordância, denominada outorga uxória, é exigida de forma expressa também no Código Civil (art. 1.647, II). A redação do artigo dada pelo novo Código ressalva, porém, o regime da separação absoluta de bens. Nessa medida, está parcialmente revogado o disposto no art. 10 ora comentado, que não estabelece qualquer exceção. Hoje, o cônjuge casado pelo regime da separação total não pode, sem outorga, propor ações reais que versam sobre bens imóveis. Com a vigência do novo Código, a autorização será desnecessária nesse caso.

Para bem compreender o dispositivo, imprescindível a identificação da natureza do direito postulado, o que leva à clássica divisão entre direito pessoal e direito real.

O primeiro estabelece vínculo entre pessoas determinadas, conferindo ao titular o poder de exigir certo comportamento de outrem, que assumiu a obrigação de dar, fazer ou não fazer.

A fonte das obrigações pode ser o contrato (CC, arts. 421 ss), o ato ilícito, que gera a responsabilidade aquiliana ou extracontratual (CC, arts. 1.186, 187 e 927) ou a declaração unilateral de vontade (CC, arts. 854 ss). Para alguns, também a lei pode ser fonte exclusiva de obrigação.

Por se considerar titular de direito pessoal ou obrigacional, o suposto credor tem a possibilidade de, pela via jurisdicional, obter tutela destinada a proporcionar o resultado prático previsto no plano das regras materiais e não conseguido pela atuação espontânea do devedor. O alegado inadimplemento de obrigação de dar, fazer ou não fazer torna necessária e adequada (interesse processual) a tutela condenatória, cuja efetividade constitui uma das grandes preocupações do processualista moderno. Daí o art. 461 estabelecer regras especiais para a tutela, versando sobre inadimplemento de obrigação de fazer ou não fazer, na tentativa de proporcionar a satisfação específica ao credor. Medidas idênticas foram adotadas em relação às obrigações de entrega de coisa, por força do disposto no art. 461-A. Quanto às obrigações de pagamento de quantia em dinheiro, as medidas destinadas ao cumprimento coercitivo da sentença estão previstas nos arts. 475-I e seguintes.

Direito real é aquele cujo objeto está diretamente vinculado ao titular, que tem o poder de exigí-lo de quem quer que seja. Afirma-se que, enquanto o direito pessoal incide sobre a pessoa, o real recai sobre o próprio bem. Não interessa, nesta oportunidade, a discussão

existente entre os civilistas, sobre a verdadeira natureza da relação jurídica entre as partes (autor e réu) e o poder de exigir de todas as partes o cumprimento da obrigação.

De qualquer modo, em razão da natureza da obrigação (de uso e de garantia), pode o titular da ação reivindicatória propor a ação sobre o próprio bem, como a reivindicação.

Se fundada em direito pessoal, a ação deve observar o princípio da coisa julgada, devendo a sentença dizer respeito ao imóvel, desconsiderando-se a pessoa do autor.

Mas, caso o pedido esteja fundamentado em direito real, a ação é material, imprescindível a autorização do cônjuge.

A providência torna dispensável a autorização do cônjuge. Aliás, o sistema procura evitar a multiplicação de ações, podendo representar certa limitação à liberdade de acesso à justiça (art. 5º, XXXV; cf. comentários ao art. 10).

Embora não seja parte, o cônjuge não pode recorrer da sentença, mas também à coisa julgada.

Como o legislador se refere a esse tipo de ação, denominada união estável (CF, art. 226, III), todavia, necessário o consentimento do cônjuge (cfr. Carlos Alberto Cláudio, *Revista de Direito de Família*, p. 42).

A ausência de consentimento do cônjuge é pressuposto processual. Para as demandas de natureza pessoal do autor dependente, o processo será extinto sem julgamento de mérito (art. 485, VI, do CPC), sob pena de nulidade (art. 485, VII, do CPC). Se a sede de contestação (CPC, art. 311, III), sustentam que apenas o próprio autor pode alegar a ausência de consentimento.

Há pelo menos uma situação em que a propositura de ação real imobiliária não depende do consentimento do cônjuge: a ação de nulidade da concubina (CC, art. 1.634, I). Há manifesto conflito de interesses quando há suprimimento do consentimento (art. 1.634, II).

Embora o consentimento do cônjuge não seja pressuposto de validade, o descumprimento dessa exigência não prejudica o cônjuge ausente (art. 1.634, III). (Cfr. Roberto dos Santos Bedaque, *Revista de Direito de Família*, p. 192 ss).

**2. Casamento: natureza do direito real:** § 1º estabelece hipóteses de litisconsórcio, ambos ser citados, sob pena de extinção da ação, na ausência de um dos litisconsortes (art. 47 e parágrafo único).

existente entre os civilistas, sobre o possível equívoco dessa construção, pois seria inadmissível relação jurídica entre pessoa e coisa. Para alguns, portanto, o direito real confere o poder de exigir de todas as pessoas comportamento negativo em relação a seu objeto.

De qualquer modo, em razão do direito real (propriedade e direitos a ela inerentes, de uso e de garantia), pode o titular pleitear tutela jurisdicional destinada a incidir sobre o próprio bem, como a reivindicatória, a execução de penhor ou de hipoteca etc.)

Se fundada em direito pessoal a pretensão inicial, ainda que casado o autor e a obrigação diga respeito a imóvel, desnecessária a outorga uxória.

Mas, caso o pedido esteja fundado em algum dos direitos reais previstos pelo legislador material, imprescindível a autorização do cônjuge.

A providência torna dispensável a participação de ambos os cônjuges como autores da ação. Aliás, o sistema procura evitar o litisconsórcio necessário ativo, visto que a exigência pode representar certa limitação à garantia constitucional de acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV; cf. comentários ao art. 47).

Embora não seja parte, o cônjuge que consentir estará sujeito não só aos efeitos da sentença, mas também à coisa julgada.

Como o legislador se refere a cônjuge, tem-se entendido não estar abrangida pela regra a denominada união estável (CF, 226, § 3º). Se o autor vive em união estável, parece-me, todavia, necessário o consentimento, pois se trata de novo estado civil, assemelhado ao casamento (cfr. Carlos Alberto Carmona, Em torno da petição inicial, *Revista Forense*, v. 381, p. 42).

A ausência de consentimento impede o desenvolvimento do processo por falta de pressuposto processual. Para as demandas fundadas em direito real sobre imóveis, a capacidade processual do autor depende da outorga uxória. Não sanada a falha (CPC, art. 13), o processo será extinto sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, IV). É matéria de ordem pública, cognoscível de ofício (CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º) e passível de alegação em sede de contestação (CPC, art. 301, VIII). A esse respeito existe controvérsia, pois alguns sustentam que apenas o próprio cônjuge pode argüir a falta de outorga uxória.

Há pelo menos uma situação em que a autorização do marido é desnecessária à propositura de ação real imobiliária pela mulher: reivindicção de imóvel comum transferido por ele à concubina (CC, art. 1.642, V, que estende a possibilidade a ambos). Nesse caso, há manifesto conflito de interesses entre os cônjuges, sendo prescindível até mesmo o suprimento do consentimento (CPC, art. 11).

Embora o consentimento configura pressuposto processual de validade do processo, o descumprimento dessa exigência pode tornar-se irrelevante se o resultado do processo não prejudicar o cônjuge ausente. Isso porque não há nulidade sem prejuízo (cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, Malheiros, 2006, p. 192 ss).

**2. Casamento: natureza do direito e litisconsórcio passivo necessário:** O § 1º estabelece hipóteses de litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, devendo ambos ser citados, sob pena de extinção do processo por ilegitimidade *ad causam*. Verificada a ausência de um dos litisconsortes necessários, a sentença é ineficaz (ver comentários ao art. 47 e parágrafo único).

Considera-se inaplicável a regra à união estável, tal como regulada pelo art. 226, § 3º, da CF e pela Lei nº 9.278, de 10.5.1996. Embora tenha o legislador procurado aproximar essa situação do casamento, visando à proteção da entidade familiar, tornar necessário o litisconsorte entre os companheiros pode representar dificuldade muitas vezes intransponível ao normal desenvolvimento do processo, pois o autor nem sempre teria condições de saber se o réu convive com outra pessoa.

Apesar de o litisconsórcio passivo entre os cônjuges ter também essa mesma finalidade protetiva, parece inadmissível a interpretação extensiva. Não se nega seja a união estável nova modalidade de estado civil. Ocorre que, como não consta do registro, não se pode impor ao autor o ônus de apontá-la na inicial, salvo se tiver conhecimento da situação. Se o réu declinar a condição de convivente, a citação será necessária. O que não se admite é a anulação do processo por ausência do litisconsorte, se o autor desconhecia a união estável e o réu não a apontou. Esta solução não causa prejuízo ao convivente não citado, pois, como terceiro, ele não estará sujeito à imutabilidade da sentença.

O *caput* do art. 10 regula a necessidade de mera autorização do cônjuge para a propositura de ação. Tratando-se, todavia, de réu casado, se a demanda versar sobre direito real relativo a imóvel (domínio e direitos reais sobre coisas alheias enumerados no art. 674 do CC e em leis extravagantes), imprescindível a participação de ambos os cônjuges no pólo passivo do processo, em litisconsórcio (inciso I).

Enquanto no pólo ativo o litisconsórcio é facultativo, bastando a outorga uxória, no pólo passivo o legislador impõe a pluralidade de partes.

Se o autor invocar como *causa petendi* direito real e o objeto da pretensão for bem imóvel, ambos os cônjuges serão necessariamente citados.

Se a demanda tiver por causa de pedir fatos relativos ao casal, como a responsabilidade civil decorrente do pátrio poder, da tutela ou da curatela (CC, art. 932, I e II), ou a prática conjunta de algum ato, o litisconsórcio passivo é obrigatório (inciso II).

O legislador eliminou a possibilidade de, por exemplo, a demanda ser movida a apenas um dos cônjuges, com fundamento em ato ilícito praticado por ambos. Não fossem os autores casados, a responsabilidade solidária tornaria desnecessária a formação do litisconsórcio (CC, art. 942). A existência da sociedade conjugal, todavia, afasta a faculdade de escolha conferida ao credor pelo legislador material.

O mesmo se dá em eventuais relações contratuais. Ainda que devedores solidários, ambos os cônjuges devem ocupar o pólo passivo da ação; é inadmissível a propositura da demanda a apenas um deles.

Versa o inciso III sobre as ações em que se postula o pagamento de dívidas contraídas apenas pelo marido, pelas quais responde o patrimônio exclusivo da mulher.

Trata-se de responsabilidade patrimonial de terceiros (art. 592, IV), ou seja, de pessoas que não participaram da relação material trazida ao processo.

Em alguns casos, seus bens são atingidos, muito embora eles sequer integrem a relação processual. Hipótese mais comum é a transferência realizada em fraude de execução. A alienação é ineficaz em relação ao credor e o bem, não obstante de propriedade do adquirente, responde pela dívida. O patrimônio do titular do domínio sofrerá a constrição judicial e ele deverá deduzir eventual pretensão à liberação pela via dos embargos de terceiro. Ressalte-se que o proprietário do bem atingido não é parte na execução (cf. arts. 591 e 592, V).

Mas, se o credor de obrigação entender que a responsabilidade passiva inclui-la no pólo passivo da demanda...

Tem-se entendido que não há benefício da família. Por isso, se o oposto pela mulher, conclui que não foi concedido a empresa de que se trata. Cabia a ela, na defesa da mesma...

De fato. Tratando-se de ação por prejuízo da mulher, competindo-lhe o benefício (cf. REsp 193658/SP, 3ª Turma, DJ 17.12.1999 p. 355; REsp 81.400/27.5.1996, p. 17.875; REsp 16.850/DJU 5.4.1993; ver também Ap. 81 v. u.; Ap. 778.905-7, Birigüi, 1ª Tª Paulo, 1ª TACSP, 12ª Câmara Esposa).

Aqui não se cogita de litisconsórcio só é exigida se eventual penhora em nome da mulher.

E se a dívida foi contraída pelo marido, presume-se a autorização marital (art. 1.644)?

Como inexistir previsão de litisconsórcio, na demanda movida à devedora, não se pode exigir a autorização do marido ou procurar desconstituir eventual litisconsórcio.

Na medida em que, por força do art. 1.644, versam sobre direitos reais relativos ao casal, entre os cônjuges, o mesmo ocorre com a constitutiva a respeito de ônus reais sobre coisas alheias.

A previsão abrange também o credor ou pelo doador, como inalterado pelo art. 1.848 e Lei nº 6.015, de 31.12.1966, fundada em direito real, pois a ausência de autorização do autor, revelem a existência ou não da dívida, a pretensão não tem fundamento.

Preocupam-se os civilistas com a possibilidade de mero fato e alguns sustentam que a medida cautelar que entendem tratar-se de direito real. Não obstante a controvérsia, a tutela pelo ordenamento jurídico protege os interesses do mero possuidor, a quem não se pode privar da posse.

Para o processualista, por força do art. 1.644, a medida jurídica do instituto gerar alguma...

Mas, se o credor de obrigações contraídas por homem casado, a bem da família, pretender que a responsabilidade patrimonial incida sobre bens exclusivos da mulher, deve incluí-la no pólo passivo da demanda de conhecimento.

Tem-se entendido que todos os bens do casal respondem pela dívida contraída em benefício da família. Por isso, ao relatar apelação interposta em embargos de terceiro opostos pela mulher, concluí que com relação a sua meação, à medida que o empréstimo foi concedido a empresa de que seu marido é sócio, presume-se o benefício da família. Cabia a ela, na defesa da meação, demonstrar o contrário.

De fato. Tratando-se de aval prestado por sócio da empresa avalizada, não se presume o prejuízo da mulher, competindo-lhe demonstrar que a dívida não foi contraída em seu benefício (cf. REsp 193658/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 4.11.1999, DJ 17.12.1999 p. 355; REsp 81.405-RJ, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 27.5.1996, p. 17.875; REsp 16.950-0-MG, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 5.4.1993; ver também Ap. 817.324-2, Jundiaí, 1ª TACSP, 12ª Câmara, j. 9.11.1999, v. u.; Ap. 778.905-7, Birigüi, 1ª TACSP, 12ª Câmara, j. 15.9.98, v. u.) (Ap. 872.738-4, São Paulo, 1ª TACSP, 12ª Câmara Especial, jan. 2000, j. 24.2.2000, v. u.).

Aqui não se cogita de litisconsórcio passivo necessário. Essa pluralidade de partes só é exigida se eventual penhora tiver de incidir sobre bens próprios ou reservados da mulher.

E se a dívida foi contraída pela mulher, naquelas situações em que o direito material presume a autorização marital e vincula os bens particulares do marido (CC, arts. 1.643 e 1.644)?

Como inexistente previsão de litisconsórcio necessário para esse caso, a citação do cônjuge, na demanda movida à devedora, é dispensada. Cabe ao marido intervir como assistente ou procurar desconstituir eventual constrição mediante embargos de terceiro.

Na medida em que, por força do disposto no inciso I, em todas as demandas que versam sobre direitos reais relativos a imóveis dá-se o litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, o mesmo ocorre, segundo o inciso IV, se o objeto for tutela declaratória ou constitutiva a respeito de ônus sobre imóvel de um ou de ambos, representados pelos direitos reais sobre coisas alheias (CC, art. 1.225).

A previsão abrange também as hipóteses de vínculos e restrições impostos pelo testador ou pelo doador, como inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (CC, art. 1.848 e Lei nº 6.015, de 31.12.1973, art. 167, II, nº 11). Aqui não se trata de ação fundada em direito real, pois a causa de pedir está restrita aos fatos que, no entender do autor, revelem a existência ou o direito à constituição ou extinção de um desses ônus. A pretensão não tem fundamento em direito real.

Preocupam-se os civilistas com a natureza jurídica da posse. Há quem a considere mero fato e alguns sustentam tratar-se de direito. Entre estes, existem duas correntes: os que entendem tratar-se de direito real e os que a identificam como espécie de direito pessoal. Não obstante a controvérsia, não se pode negar seja a situação fática da posse objeto de tutela pelo ordenamento jurídico material, pois há regras que conferem proteção aos interesses do mero possuidor, até mesmo em oposição ao proprietário.

Para o processualista, portanto, a discussão somente será relevante se a natureza jurídica do instituto gerar algum efeito no plano processual.

Isso ocorria antes da Lei nº 8.952/94, que acrescentou o § 2º ao art. 10. Havia divergência na jurisprudência quanto à necessidade ou não do litisconsórcio passivo entre os cônjuges, nas demandas possessórias. Para quem considerava a posse direito real, a pluralidade de réus era imprescindível. Já os defensores da natureza pessoal do direito possessório entendiam desnecessário o litisconsórcio.

O legislador processual, sem tomar posição a esse respeito, simplesmente tornou dispensável a citação do cônjuge, salvo em caso de comosse ou de ato praticado por ambos.

Esse dispositivo não significa adoção de uma das correntes existentes entre os civilistas. Tanto é que, ao tratar da competência para as ações fundadas em direito real sobre imóvel, incluiu a posse nesse rol (ver art. 95).

Nessa medida, e independentemente da natureza do direito possessório, em demanda nele fundada, movida a réu casado, não há litisconsórcio passivo necessário.

Mas há exceções, ou seja, em determinados casos exige-se a citação.

A ressalva feita pelo legislador diz respeito a situações em que a causa de pedir da ação descreve fatos relativos a ambos os cônjuges, ou o autor pretende reintegrar-se na posse de bem indevidamente ocupado pelo casal, o que configura comosse; marido e mulher estão ameaçando ou turbando a posse do autor. Aqui, como a pretensão decorre de fundamento fático que envolve os dois, o litisconsórcio é necessário.

Contempla o dispositivo um dos poucos casos de litisconsórcio necessário ativo, pois se refere também à indispensabilidade de participação do cônjuge do autor. Não se trata de simples outorga uxória, como ocorre nas hipóteses de demanda que versa sobre direito real imobiliário (art. 10, *caput*). Ambos devem figurar no pólo ativo.

Aliás, a obrigatoriedade do litisconsórcio passivo, nesse caso, decorre do disposto no § 1º, inciso II.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

## Jurisprudência

**“Embargos de terceiro. Mulher casada. Aval. Ônus da prova. Impenhorabilidade.** 1. Já está assentada na Corte a jurisprudência sobre a necessidade da prova, pela mulher, em caso de aval prestado pelo marido, sócio da empresa avalizada, sobre a ausência

de benefício para a família. 2. Não provado que o bem está ao abrigo da Lei nº 8.009/90, torna-se possível a penhora. 3. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 193658/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 4.11.1999, DJ 17.12.1999, p. 355).

ART. 11. A auto se judicialmente, q ou lhe seja imposs

Parágrafo único outorga, quando ne

Suprimimento da hipóteses legais (art. 4 Em alguns casos, aind

A figura do litisco maior, pois implica cer maiores considerações

Por isso, procura análogas. Se a deman vel (art. 10, § 1º), o uxória.

As conseqüências autorização do cônjuge ou se ele estiver impo

As situações são c

A primeira pressup do interesse, consisten concedê-la voluntariar

O consentimento, sário, mas também co justo (cf. CC, arts. 1.64 ao suprimimento, se inju

Nessa medida, adr mento na recusa injusta substituirá o consentim

O juiz, à luz das r pedido formulado pelo se trata de decisão disc curso, inexistindo mais injusta. Muito embora elementos para que o j

Já o suprimimento c ato de jurisdição volun a eficácia da manifesta

Em ambos os case rentes do casamento, a