

de valores desiguais, o que é ilógico além de injusto, pelos motivos inicialmente apontados.

4. O artigo 30 tem a seguinte redação:

“Art. 30 — As custas serão pagas pelo Autor se o réu aceitar o preço oferecido; em caso contrário pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei.”

Acrescenta-se o seguinte parágrafo único:

“§ único — para fins do cálculo da proporção a que se refere este artigo, serão corrigidos monetariamente a oferta de preço feita pelo Autor e o montante da indenização pedida pelo réu.”

JUSTIFICAÇÃO

A mesma do item anterior.

Apenas uma palavra final: ao que tudo indica e em vista de pronunciamentos recentes das autoridades federais, a legislação de desapropriação também sofrerá reformulação.

O que sugerimos, entretanto, poderá atender aos diversos problemas aqui suscitados enquanto o novo corpo das leis não é editado.

AÇÃO DECLARATÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Professor de Direito Processual Civil na
Faculdade de Direito da UCRES. Magistrado

1 — *Questão prejudicial.* 2 — *Interesse de agir específico.* 3 — *Declaratória suscitada pelo autor e suscitada pelo réu.* 4 — *A declaratória no processo com revelia.* 5 — *Momento processual de propositura da declaratória incidente.* 6 — *Rejeição liminar.* 7 — *Rito.* 8 — *Não cabimento.* 9 — *Competência.* 10 — *Prejudicialidade homogênea.*

1. Dentre as modificações introduzidas pelo novo Código — Lei 5.869, de 11.1.73, com retificações trazidas pela Lei 5.925, de 1.º.10.73 — aos lineamentos fundamentais de nosso direito processual civil, aparece como das mais relevantes, do ponto de vista teórico, a “declaração incidente”, referida nos arts. 5.º, 325, 470, 321 e 109. O instituto é realmente complexo, suscitando fundas dúvidas e divergências jurisprudenciais e doutrinárias mesmo naqueles países, como a Alemanha, Áustria e Itália, que o consagram de muito tempo, e a cujos juristas será agora aconselhável recorrer para lhe fixar com precisão os limites de aplicabilidade. Alguns pontos prefaciais não será, entretanto, demasia adiantar.

A ação declaratória incidental é uma *outra ação*, proponível por qualquer das partes de uma ação já em andamento, no *mesmo processo* e geralmente sem a suspensão da ação “principal”. Sendo uma ação declaratória, o “bem da vida” que constitui seu objeto é a certeza jurídica quanto à existência, inexistência ou modo de existir de uma relação jurídica. Pergunta-se: qual relação jurídica pode ser objeto de ação declaratória incidental? Quando existe o “interesse de agir” que possibilita ao autor, ou ao

réu postular contra a parte adversa a declaração incidente? Até que momento processual o ajuizamento da declaratória incidental é cabível? Qual o rito a ser observado?

A resposta à primeira indagação poderá ser quiçá obscurecida pelos termos do artigo 325 do novo CPC, “*verbis*”: “Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de dez dias, que sobre ele o juiz profira declaração incidente, se da declaração da existência ao da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5.º)”. Ora, a rigor o “direito que constitui fundamento do pedido”, o direito invocado como razão jurídica da pretensão do autor, é necessariamente objeto da declaração ínsita em toda a sentença que julga a lide, dando pela procedência ou pela improcedência do pedido. A sentença de improcedência é, de regra, declaratória negativa. A sentença de procedência ou apenas declara, ou declara e condena, ou declara e constitui, ou declara e manda (para os que admitem a categoria das ações e sentenças mandamentais).

A declaratória incidente deve, pois, recair sobre *outro direito*, outra relação jurídica, nos termos do art. 5.º: “Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença”.

Em outros termos: a declaratória incidente deve recair sobre uma *questão prejudicial*, isto é, sobre relação jurídica que, sem fundamentar diretamente o pedido, todavia condiciona o direito invocado pelo autor. Pondo de parte a grande dificuldade em precisar o conceito de prejudicialidade, mesmo porque variável em função da legislação referida pelos autores que dele tratam, parece razoável definir como prejudicial toda questão que constitua um antecedente lógico da sentença (prejudicialidade em sentido lato) e que se baseie “en una relación sustancial independiente de la que motiva la litis” (Hugo Alsina, *Las Cuestiones Prejudiciales en el Proceso Civil*. EJEJA, 1959, págs. 63 e segs.) Digamos, uma ação de cobrança promovida pelo sucessor do primitivo credor. O réu pode arguir “preliminares” processuais, pode suscitar defesas de mérito, e pode, inclusive, negar a legitimação do autor impugnando a *relação de sucessão*. Teremos assim duas relações jurídicas relevantes: a relação de crédito, fundamento do pedido condenatório, e a relação sucessória, como condicionante.

A relação sucessória deve inarredavelmente ser apreciada pelo juiz, ao sentenciar na ação de cobrança. Se, a respeito, não ocorreu controvérsia, teremos, na lição clássica de Menestrina (*Prejudicial no Processo Civil*, Viena, 1904), um simples *ponto prejudicial*. Se o ponto foi controverso, surge a *questão prejudicial*, que o magistrado decide *sem o efeito da coisa julgada material* (Chiovenda, *Instituições*, tomo I, n.º 124), ou seja, decide “*incidenter tantum*”; é a norma do art. 469 do novo Código: “Não fazem coisa julgada: . . . III — a — a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo”.

Todavia, se a questão prejudicial for destacada por qualquer das partes, como objeto de um pedido de declaração incidental, então teremos uma causa prejudicial, cuja solução será dada “*principaliter*” e fazendo coisa julgada material, isto é, produzindo certeza jurídica imutável naquele e em quaisquer outros pleitos entre as partes (novo Código, art. 470).

Portanto, se a relação sucessória, no exemplo dado, for decidida como simples pressuposto lógico do julgamento da ação de cobrança, e tida por existente, tal não impede a que futuramente esta matéria venha a receber diversa apreciação em outras lides entre as partes. Mas, se a mencionada relação jurídica de sucessão foi objeto de ação declaratória incidental, a coisa julgada irá obstar, para sempre, que entre as partes o assunto seja reapreciado de maneira diversa.

Não basta, no entanto, a superveniência de uma *questão prejudicial* para que o autor ou o réu possam provocar a *causa prejudicial*. É necessário haver um “interesse de agir” específico, diverso do interesse de agir na causa principal. Realmente, se existir somente *uma lide* entre as partes, por hipótese a lide que originou a ação de cobrança, a solução da prejudicial apenas “*incidenter tantum*” satisfará plenamente aos litigantes e permitirá a adequada composição de tal lide.

Pode, entretanto, ocorrer que a questão prejudicial tenha alcance mais amplo, interessando a *outras controvérsias* atuais entre as partes. Para Carnelutti (*Sistema*, n.º 374, ed. esp.), “*nosotros llamamos prejudiciales, en sentido técnico, sólo a las cuestiones cuya solución constituye premisa de la decisión también en otros litigios. . . Por ejemplo, deducida en proceso la pretensión*

de la mujer a los alimentos, como ésta implica el conocimiento en torno a la validez del matrimonio, puede ser conveniente que este conocimiento se lleve a cabo de una vez para todas, esto es, con eficacia respecto a todas las consecuencias del matrimonio. En este caso se inserta en el proceso el llamado *acertamiento incidental*".

A ação declaratória incidental é uma *cumulação de demandas* se por parte do autor, ou é um tipo de *ação reconvenicional* se promovida pelo réu. De qualquer forma, pressupõe uma *lide específica, outra que não a lide causadora do processo principal*. Grandemente esclarecedor o artigo do prof. Luigi Montesano, da Univ. de Roma, (in *Riv. do Diritto Processuale*, v. VI, parte I, ano 51, página 329), sob o título *Tema di Accertamento Incidentale e di Limite del Giudicato*. A certo ponto, tratando do interesse de agir na ação declaratória incidental, propõe o articulista: "Realmente, segundo tais noções, para que se possa provocar uma declaratória incidental, não é suficiente a contestação relativamente a uma relação prejudicial, mas é necessário que esta prejudicial consista em uma questão comum a outra lide atual, a qual também venha deduzida como objeto do julgamento. Portanto, não apenas a mera certeza sobre a relação, isto é, como foi visto, a mera solução de uma questão, mas a concreta atribuição de um bem será o resultado do juízo de declaração incidental, como de qualquer outro juízo contencioso de cognição".

3. Mencionamos que a ação declaratória incidental (arts. 5.º, 325, 470, 321 e 109) constitui, quando promovida pelo autor, uma demanda *cumulada*; quando promovida pelo réu, uma espécie de ação *reconvenicional*. Em qualquer caso, o pedido propende a obter a certeza jurídica sobre a existência, inexistência ou modo de existir de uma relação jurídica *prejudicial*, cuja decisão com força de coisa julgada material interessa à parte por constituir premissa relevante à decisão de outra ou outras lides (que não a do processo "principal") entre autor e réu.

A característica da ação declaratória incidente consiste em que o interesse de agir surge com a impugnação (embora não suficiente apenas essa impugnação), relativa a um ponto prejudicial e formulada na contestação apresentada pelo réu na causa "principal" ("causa "prejudicada" ou "condicionada", em contraposição à causa "prejudicial" ou "condicionante").

Quando a declaratória parte do réu — é a antiga lição de Chiovenda —, "pode dizer-se uma espécie de reconvenção: mas costuma reservar-se o nome de reconvenção para o caso em que o réu propõe uma ação condenatória ou constitutiva; ao passo que, na hipótese em apreço, o réu se limita a requerer uma *declaração* positiva ou negativa" (Inst., I, n. 125, *in fine*).

De acordo com o prof. Galeno de Lacerda, a declaratória incidente, quando formulada pelo réu, é uma demanda reconvenicional com pedido sempre declaratório negativo (salvo se a "ação principal for declaratória negativa, caso em que a declaração incidente do réu terá caráter declaratório positivo); se apresentada pelo autor, é sempre uma declaratória positiva (salvo se a "ação principal" for declaratória positiva, caso em que a declaração incidente do autor terá caráter declaratório negativo).

4. Quer dos termos do art. 325 do novo CPC — "contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor..." —, quer do disposto no art. 5.º — "se, *no curso do processo*, se tornar litigiosa relação jurídica..." —, depreendo incabível a declaratória incidente em caso de revelia do réu. É ainda Chiovenda: "na ausência de qualquer contestação, é vedado à parte aproveitar-se da prejudicialidade para requerer uma declaração" (Inst., I, n. 126).

É possível objetar que a esta conclusão opõe-se o art. 321; "*Ainda que ocorra revelia*, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze dias".

Esta norma é, entretanto, relacionada com a do 264, que impede ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu; assim, mesmo se revel o réu, a nova citação resguardará em sua inteireza os princípios do contraditório e da "estabilidade da instância". A expressão "*ainda que ocorra revelia*" diz respeito, portanto, apenas à hipótese de alteração da demanda inicial, não à declaração incidente: se o réu tornou-se revel, o *ponto* prejudicial não foi impugnado, não se transformou pois em *questão* prejudicial, não se "tornou litigiosa" a relação jurídica condicionante.

O processo em revelia conduz, aliás, ao julgamento antecipado da lide — art. 330, II —, salvante as hipóteses previstas no Código — arts. 324 e 320.

5. Até que momento processual poderão réu ou autor propor a declaratória incidental?

Pelo ZPO alemão, até o encerramento do debate oral anterior à sentença; assim também o Código austríaco, (Chiovenda, I, n. 125). Pelo Código português (texto alterado pelo Dec.-Lei 47.690, de 11.5.67), o pedido do autor, independentemente de acordo das partes, pode ser ampliado “até ao encerramento da discussão em 1.^a instância, se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo”.

Esta orientação não parece consentânea com a sistemática de nosso direito processual, que era e continua a ser um processo predominantemente escrito, no qual a fase postulatória se distingue com nitidez das subseqüentes fases do saneamento, instrução e decisão. Aliás, o art. 325 é expresso, concedendo o prazo de 10 dias, *após a contestação*, para o autor demandar a declaração incidental, seguindo-se nova citação do réu e reabertura do prazo para a “resposta”.

O Código é omissivo quanto à declaração incidental partida do réu, mas diante do seu caráter reconvençional é de aceitar deva ser proposta simultaneamente com a contestação, em peça autónoma (art. 299), intimando-se o autor para contestar no prazo de 15 dias (art. 316).

O ajuizamento de ação declaratória incidente deve, portanto, *preceder* à fase do saneamento.

6. O juiz pode (e deve) rejeitar liminarmente o pedido de declaração incidente, nos casos previstos em lei (art. 295) e, ainda, quando inócua o interesse específico à obtenção da coisa julgada na solução da questão prejudicial. Não tendo o juiz posto termo *ao processo*, caracteriza-se a decisão como interlocutória (art. 162, §§ 1.^o e 2.^o), impugnável por agravo de instrumento (art. 522).

7. Após transcorrido o prazo para “responder” ao pedido declaratório incidental, prossegue normalmente a causa em procedimento ordinário, e a mesma sentença resolverá o pedido principal e o de declaração incidente. Isto de regra. Sérios problemas processuais poderão surgir, entretanto, se a sentença de mérito “tiver por pressuposto o julgamento de *questão de estado*, reque-

rido como declaração incidente”, pois pelo Código o processo será então *suspensio*, por prazo não excedente a um ano (art. 265, IV, c; art. 265, § 5.^o). Findo este prazo, “o juiz mandará prosseguir no processo”, ou seja, no caso de declaratória incidente de estado, o juiz manda prosseguir a apreciação da lide “principal”.

Poderá ocorrer a hipótese, quiçá com freqüência, de a questão prejudicial de estado não se encontrar definitivamente julgada dentro do prazo anual. Mas como o processo (da lide “principal”) *deve* retomar andamento, a solução viável será, então, suspender a apreciação da causa prejudicial *até que* a causa “principal” venha a atingir o mesmo estágio processual, para que daí em diante passem ambas as causas a um processamento, e posterior julgamento, conjunto. Pode também suceder que o prazo de um ano termine encontrando-se o julgamento da causa prejudicial pendente em segunda instância; em tal caso, quer parecer que a causa principal somente poderá retomar seu andamento após o julgamento da prejudicial e o conseqüente retorno dos autos à instância e juízo de origem. Estas observações demonstram, com a devida vênia, a inconveniência da norma do art. 265, IV, c, do novo Código.

8. A declaração incidente, a meu sentir, é incabível nas causas sob rito sumaríssimo, as quais inclusive inadmitem reconvenção (art. 315, § 2.^o), e igualmente incabível nas causas sob procedimentos especiais.

9. Pelo art. 109, “o juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente...”.

É mister confrontar esta norma com o disposto no art. 470, pelo qual a resolução da prejudicial faz coisa julgada se a parte o requerer e o juiz “for competente em razão da matéria”. E se não o for? A declaratória incidente torna-se inadmissível, ou o processo deve ser remetido a outro juízo?

Esta última solução é a do código italiano, art. 34: “Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest’ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui”. Idem com relação às reconvenções (art. 36, *in fine*, do Cód. Italiano).

Pelo direito brasileiro, no entanto, a regra é a de que “a reconvenção não poderá ser admitida, se o juiz for absolutamente incompetente para conhecê-la” (Moacir Amaral Santos, *Da Reconvenção*, n. 75). O art. 109 do novo CPC alude, assim, apenas à prorrogação da competência relativa, harmonizando-se pois com o artigo 470. (José Carlos Barbosa Moreira, *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, n. 801).

10. Cuidamos aqui apenas da *prejudicialidade homogênea*, isto é, ocorrente dentro do âmbito do processo civil; não da prejudicialidade *heterogênea*, a envolver relações interjurisdicionais, ou seja, a decisão do juízo civil a influir na decisão do juízo criminal, e vice-versa, hipótese em que a possibilidade de declaratória incidente é afastada pela radical incompetência “*ratione materiae*” do juiz da causa prejudicada. A respeito o parágrafo único do art. 64 (prejudicialidade eventual facultativa) e arts. 92/93 do Código de Processo Penal (*vide* Arruda Alvim, *Direito Processual Civil*, tomo II, págs. 286 e seguintes; Euclides C. da Silveira, *Da Prejudicialidade Jurídica Heterogênea no Processo Penal*, in *Estudos de Direito Processual Civil* em memória do Min. Costa Manso, ed. Rev. dos Tribunais, 1965, pág. 168; Ada Pellegrini Grinóver, *Ação Declaratória Incidenta*).

LEASING, ICM E IMPOSTO DE TRANSMISSÃO

FERNANDO DE VASCONCELLOS COELHO
Procurador das Execuções Fiscais do
Estado de Pernambuco

I — INTRODUÇÃO

1. Instituto surgido no após-guerra não mereceu o *leasing*, até hoje, na literatura jurídica brasileira, tratamento sistemático que aborde, com a necessária profundidade, qualquer dos seus aspectos.

Mesmo Pontes de Miranda, no *Tratado de Direito Privado* — no gênero a obra mais completa de autor nacional — não enfrenta o tema. O *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, apesar dos objetivos expostos por Carvalho Santos no início de sua publicação,¹ nem ao menos registra o verbete. Estudos como os de Fábio Konder Comparato,² de Arnaldo Wald,³ de Afonso Almiro,⁴ de Oswaldo Mattos Filho,⁵ de Luiz Mélega⁶ e de Gláucio Veiga,⁷ no que pese ao mérito do pioneirismo, algumas vezes, sugerem mais

¹ *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Borsol, Rio de Janeiro, 1947, vol. 1.

² *Contrato de Leasing*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 389, 1957, págs. 7/14.

³ *Introdução do Leasing no Brasil*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 415, 1970, págs. 9/14; *Leasing: o que é, como funciona*, in *RT Informa*, 2.^a quinzena de setembro, 1970, págs. 25/27.

⁴ *Leasing — Nova Técnica de Financiamento*, in *Carta Mensal*, da Confederação Nacional do Comércio, n.º 161, junho de 1969, págs. 3/9.

⁵ *Problemas nas operações de leasing*, in *Estado de São Paulo* 15.08.71.

⁶ *Leasing*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 5, Ano XI, 1972, págs. 29/40.

⁷ *Sobre Leasing e Factoring*, in *Legislação Nordestina, Boletim Semanal* n.º 111, Ano III, Semana de 28.08.72 a 02.09.72; *Leasing e Tributação* in *Legislação Nordestina, Boletim Semanal* n.º 114, Ano III, Semana de 18.09.72 a 23.09.72.