



DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES



Manual de
**DIREITO
PROCESSUAL
CIVIL**

VOLUME ÚNICO

De acordo com a Lei 13.256, de 04.02.2016
Altera o Novo CPC – Processo e julgamento do RE e REsp

- Teoria geral do processo
- Conhecimento
- Meios de impugnação das decisões judiciais
- Execução
- Tutela provisória
- Procedimentos especiais e jurisdição contenciosa

8ª Edição | completamente revista com base no Novo CPC

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

18. RESPOSTAS DO RÉU

Sumário: 18.1. Introdução – 18.2. Contestação: 18.2.1. Prazo; 18.2.2. Matérias de defesa; 18.2.3. Princípio da impugnação específica dos fatos; 18.2.4. Princípio da eventualidade – 18.3. Reconvenção: 18.3.1. Conceito; 18.3.2. Condições da ação; 18.3.3. Pressupostos processuais; 18.3.4. Procedimento.

18.1. INTRODUÇÃO

O réu, integrado à relação jurídica processual por meio da citação, passa a ter ciência da existência da demanda movida contra ele, sendo essa a sua primeira informação dentro do procedimento. E, mais do que isso, acompanhando o ato citatório, haverá também uma intimação ao réu para que, querendo, apresente sua resposta no prazo legal. Dessa forma, essa conjugação de citação e intimação representa de maneira bastante clara o fenômeno do contraditório no processo civil: informação da existência da demanda judicial e abertura de possibilidade de reação.

É tradicional a afirmação de que a resposta do réu constitui um ônus processual, considerando-se que o réu somente se manifestará se essa for sua vontade, que determinará também a forma de reação. A inércia do réu, algo absolutamente admissível no processo civil, gerará em regra a sua revelia, fenômeno ligado à inexistência jurídica de contestação, com as limitações previstas pelo art. 345 do Novo CPC. A inércia, entretanto, ainda que possa ser considerada uma espécie de resposta do réu, já que a ausência de resposta é uma espécie de resposta omissiva, será analisada no capítulo referente à revelia, não sendo objeto de análise no presente capítulo.

Interessam no momento apenas as respostas positivas que o réu poderá manejar após a sua citação, sendo essas das mais variadas ordens, ainda que o Novo Código de Processo Civil preveja apenas a contestação e a reconvenção em parte dirigida às respostas do réu. Apesar da inegável importância dessas duas espécies de resposta, existem outras formas que precisam ser destacadas, como o chamamento ao processo, a denunciação da lide, o reconhecimento jurídico do pedido, a impugnação ao valor da causa, a impugnação à concessão dos benefícios da assistência judiciária, desde que manejadas pelo réu e no prazo de defesa, considerando-se que alguns

desses institutos processuais também podem ser manejados pelo autor (por exemplo, denúncia da lide) ou em outro momento processual (por exemplo, impugnação aos benefícios da assistência judiciária). Também pode se considerar espécie de resposta do réu a alegação de litisconsórcio multitudinário.

Apesar das inúmeras espécies de resposta do réu, no presente capítulo analisar-se-á somente duas delas: a contestação (que passa a incluir a impugnação ao valor da causa e a impugnação à concessão dos benefícios da gratuidade) e a reconvenção. A denúncia da lide e o chamamento ao processo são tratados no Capítulo 8, itens 8.3. e 8.4. O mesmo ocorre com o reconhecimento jurídico do pedido, analisado no Capítulo 23, item 23.2.2.2., e o litisconsórcio multitudinário, enfrentado no Capítulo 7, item 7.4.

Registre-se que, com a mudança na forma de alegação de incompetência relativa, que passa no Novo Código de Processo Civil a ser feita na própria contestação, e com o reconhecimento de que a suspeição e o impedimento são matérias alegáveis por ambas as partes, o novo diploma processual não prevê mais as exceções rituais como espécies de resposta do réu.

18.2. CONTESTAÇÃO

18.2.1. PRAZO

A contestação é a resposta defensiva do réu, representando a forma processual pela qual o réu se insurge contra a pretensão do autor. O prazo de contestação é de 15 dias, sendo o termo inicial de tal prazo tratado pelo art. 335 do Novo CPC.

Nos termos do inciso I do art. 335 do Novo CPC, o prazo tem início a partir da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição. Como se pode notar, a ausência da parte e/ou advogado não impede que eles saiam intimados da audiência quanto ao início do prazo de resposta.

No caso de ambas as partes se manifestarem expressamente contra a realização da audiência de conciliação ou de mediação, o inciso II do art. 335 do Novo CPC prevê a data do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu como termo inicial do prazo de resposta. O termo

inicial nesse caso independe de qualquer intimação específica para a prática do ato. Havendo litisconsórcio passivo, o prazo de cada um terá termo inicial autônomo, contado do protocolo do respectivo pedido (§ 1.º).

Já o inciso III do artigo ora analisado prevê a aplicação subsidiária do art. 231 do Novo CPC a depender da forma como foi feita a citação.

O art. 335, § 2.º, do Novo CPC, prevê termo inicial para a contagem do prazo para a resposta do réu especificamente quando a demanda não admitir autocomposição (nesse caso não haverá a audiência de conciliação ou de mediação), e, havendo litisconsórcio passivo, o autor desistir em relação a réu ainda não citado. Nesse caso, o prazo terá início na data de intimação da decisão que homologar a desistência.

Diante do novo procedimento criado pelo Novo Código de Processo Civil, a contestação seria apresentada, quando necessário, depois da realização da audiência de conciliação e mediação. O art. 340 do Novo CPC, entretanto, cria uma hipótese na qual a contestação poderá ser protocolada antes da audiência de conciliação e mediação.

Segundo o *caput* do dispositivo, havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

Como o § 1º do art. 340 do Novo CPC prevê que a contestação nesse caso será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa, fica claro que o protocolo se dá em foro distinto daquele no qual tramita o processo, o que inviabiliza materialmente que seja a contestação apresentada na audiência.

Entendo, contudo, que o protocolo de contestação com preliminar de incompetência pode ocorrer até mesmo no juízo no qual tramita o processo, conforme amplamente exposto no Capítulo 18, item 18.2.1. É evidente que será mais fácil para o réu fazer o protocolo no foro do local de seu domicílio, mas o objetivo principal da regra é evitar que o réu seja obrigado a comparecer à audiência de

conciliação e mediação em juízo incompetente, tendo importância secundária o foro em que a contestação é protocolada.

O protocolo da contestação nos termos analisados é causa de suspensão da realização de audiência de conciliação e mediação já designada (art. 340, § 3º, do Novo CPC).

Sendo reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o § 2º do art. 340 do Novo CPC prevê que o juízo para o qual fora distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento, sendo responsável, nos termos do § 4º do mesmo dispositivo, a designar nova data para a audiência de conciliação ou de mediação.

18.2.2. MATÉRIAS DE DEFESA

Sendo a contestação a única resposta do réu com natureza de defesa contra a pretensão do autor, é nela que o réu deverá elencar suas matérias de defesa. A doutrina costuma dividir as matérias de defesa passíveis de alegação em sede de contestação em dois grandes grupos, cada qual com suas subdivisões⁵⁰⁵:

- (a) *defesas processuais*, divididas em dilatórias, peremptórias e defesas dilatórias potencialmente peremptórias;
- (b) *defesas de mérito*, divididas em defesas de mérito diretas e indiretas.

18.2.2.1. Defesas processuais

As defesas processuais, também chamadas por parcela da doutrina de *defesas indiretas* por não terem como objeto a essência do litígio⁵⁰⁶, estão previstas no art. 337 do Novo CPC. Na praxe forense são tratadas como defesas preliminares em razão do local ideal dentro da contestação para serem alegadas (antes das defesas de mérito). Cabe ao juiz analisar as defesas processuais antes das defesas de mérito (*defesas substanciais*). O ponto em comum que reúne todas essas espécies de defesa é a sua característica de não dizerem respeito propriamente ao direito material alegado pelo autor, mas tão somente à regularidade formal do processo, ou seja, ao instrumento utilizado pelo autor para obter a proteção ao direito material.

Essas defesas processuais são divididas conforme a consequência do seu acolhimento no caso concreto. Tradicionalmente, as defesas preliminares são

divididas em defesas dilatórias, cujo acolhimento não põe fim ao processo, tão somente aumentando o tempo de duração do procedimento, e defesas peremptórias, que, uma vez acolhidas, fazem com que o processo seja extinto sem a resolução do mérito. Além dessas duas espécies, acredito existir uma terceira, que não se amolda com perfeição a nenhuma das duas anteriores, e que prefiro chamar de defesas dilatórias potencialmente peremptórias. São as defesas que, acolhidas, permitem ao autor o saneamento do vício ou irregularidade, caso em que o processo continuará e a defesa terá sido meramente dilatória. No caso contrário, de omissão do autor, a defesa toma natureza peremptória, gerando a extinção do processo sem a resolução do mérito. Nesse caso, não é somente o acolhimento da defesa que leva o processo à sua extinção, mas sim tal acolhimento somado à inércia do autor⁵⁰⁷.

18.2.2.1.1. Defesas dilatórias

18.2.2.1.1.1. Inexistência ou nulidade de citação (art. 337, I, do Novo CPC)

A inexistência ou nulidade de citação é matéria de ordem pública, alegável a qualquer momento do processo, o que leva a crer que tal alegação, descrita como espécie de preliminar a ser apresentada na contestação, somente se dará na hipótese de o réu, por alguma outra forma que não a citação válida, ficar sabendo da existência do processo ainda dentro do prazo de resposta, ingressando com a contestação tempestivamente e alegando todas as matérias de defesa que o possam beneficiar.

Ocorrendo tal situação, o réu poderá se comportar de duas formas: tão somente alegar a inexistência ou nulidade de citação ou, além dessa matéria, passar às outras defesas processuais e/ou de mérito, em respeito ao princípio da eventualidade. Sendo acolhida a alegação do réu, o prazo de resposta lhe será devolvido, permitindo-lhe a apresentação de nova contestação, que substituirá a anteriormente apresentada. Em caso contrário, nenhum prazo lhe será devolvido, de forma que de duas uma; ou ele já apresentou as outras respostas, e nesse caso não será tido como revel, ou, com a rejeição de sua única defesa, estarão presentes as condições para a decretação de sua revelia⁵⁰⁸. De qualquer forma, o acolhimento dessa defesa não extingue o processo, apenas dilatando seu tempo de duração em decorrência da devolução do prazo de resposta ao réu (art. 239, § 1º, do Novo CPC).

18.2.2.1.1.2. Incompetência do juízo (art. 337, II, do Novo CPC)

Apesar de a incompetência absoluta ser matéria de ordem pública, podendo ser alegada a qualquer momento do processo, quando o réu alegá-la em seu prazo de resposta o fará como tópico da contestação.

Essa espécie de reação do réu, que não se volta contra a pretensão do autor, mas apenas ao juízo escolhido por ele, tem natureza meramente dilatória, porque uma vez acolhida gerará a remessa do processo ao juízo competente, sendo que as exceções dessa regra foram tratadas no Capítulo 4, item 4.2.3.2. É natural que a remessa do processo a outro juízo demore algum tempo, dilatando o tempo de duração do processo.

Em razão do previsto no art. 10 do Novo CPC, mesmo tratando-se de matéria de ordem pública cabe ao juiz, diante da alegação de incompetência absoluta formulada pelo réu em sua contestação, intimar o autor para se manifestar sobre a matéria antes de decidi-la. Acredito que nesse caso não se aplica a teoria do “contraditório inútil”, analisado no Capítulo 3, item 3.4.2.4. de forma que pretendendo acolher ou rejeitar o pedido de reconhecimento de incompetência absoluta caberá ao juiz intimar antes o autor, concedendo-lhe prazo para se manifestar. Assim entendo porque a incompetência absoluta abstratamente não beneficia ou prejudica o autor, sendo indispensável abrir a ele oportunidade de se manifestar antes da prolação da decisão.

Não tem qualquer sustentação jurídica o Enunciado 04 da ENFAM, que sumariamente decreta que para o reconhecimento da incompetência absoluta não se aplica a exigência de contraditório prévio, admitindo-se assim a “decisão surpresa”. Chega a ser curioso porque justamente essa matéria de ordem pública tenha sido excluída do alcance do art. 10 do Novo CPC. Porque para outras matérias tal artigo deve ser respeitado? A incompetência absoluta passou a ser mais de ordem pública que as demais matérias da mesma natureza? O absurdo do enunciado não merece maiores comentários, só lamentação.

No Novo Código de Processo Civil a incompetência relativa passa a ser alegada em sede de preliminar de contestação, não existindo mais a exceção ritual para a alegação de referida matéria de defesa processual. Trata-se de consolidação legislativa de entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, que já vinha dispensando a peça autônoma para alegação da incompetência relativa na vigência do CPC/1973⁵⁰⁹. A incompetência relativa gera uma nulidade relativa, e, não sendo

arguido o vício pelo réu em sua contestação, este se convalidará, não sendo mais possível ser levantando pelo réu e muito menos reconhecido de ofício.

A revogação do art. 307 do CPC/1973, que versava sobre os requisitos quanto ao conteúdo da exceção ritual de incompetência relativa, deixa um interessante questionamento em aberto. No sistema revogado o réu tinha o ônus de não só alegar a incompetência relativa do juízo, mas também de indicar o juízo que entendia ser o competente, sendo que a ausência de tal indicação ocasionava a hipótese de emenda da petição e somente depois da oportunidade concedida ao réu, o indeferimento da exceção⁵¹⁰.

Essa exigência formal se justificava porque a indicação do réu vinculava o juiz, não podendo ser acolhida a exceção se o juiz entendesse no caso concreto que o foro competente não era nem o atual, nem aquele indicado pelo réu. Seria realmente inexplicável a exigência de indicação do foro se o juiz pudesse remeter o processo para qualquer comarca ou seção judiciária⁵¹¹. Na realidade, o pedido do réu na exceção ritual na vigência do CPC/1973 não se limitava à declaração de incompetência, mas também à remessa do processo ao foro indicado, de forma que, não sendo esse foro competente, caberia ao juiz indeferir o pedido.

Apesar da lógica da regra do art. 307 do CPC/1973, sem uma expressa previsão no Novo Código de Processo Civil no sentido de exigir do réu essa alegação do juiz que entende ser o competente, aparentemente ele estará liberado desse ônus, o que, por via de consequência, liberará o juiz para encaminhar o processo para qualquer juízo que ele entenda ser o competente. Lamento a opção do legislador, mas não parece correto impor ao réu um ônus não previsto expressamente em lei⁵¹².

Diferente do previsto no art. 306 do CPC/1973, a alegação de incompetência relativa no novo diploma legal não gera a suspensão do procedimento principal, ainda que o ideal seja uma suspensão tácita enquanto o juiz não decidir a alegação do réu. Na realidade era o que já ocorria – ou deveria ocorrer – com a alegação de incompetência absoluta na vigência do diploma processual revogado, que também não tinha – como continua a não ter – previsão legal de suspensão do processo.

Da decisão interlocutória que acolhe ou rejeita a alegação de incompetência do réu – tanto a absoluta como a relativa – não cabe agravo de instrumento, por não

estar tal decisão prevista no rol taxativo do art. 1.015 do Novo CPC e tampouco existir uma previsão específica de cabimento de tal espécie recursal. A recorribilidade deverá ser feita por alegação em apelação ou contrarrazões de apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC, mas nesse caso não é preciso muito esforço para se notar a inutilidade da via recursal prevista em lei. Como os atos praticados pelo juízo incompetente, inclusive no caso de incompetência absoluta, não são nulos, mesmo que o tribunal de segundo grau reconheça a incompetência no julgamento da apelação poderá, nos termos do art. 64, § 4º, do Novo CPC, deixar de anular os atos praticados em primeiro grau pelo juízo incompetente. Diante de tal situação, entendo ser cabível o mandado de segurança contra tal decisão.

18.2.2.1.1.3. Conexão/continência (art. 337, VIII, do Novo CPC)

Quanto à conexão e continência, há uma importante observação a ser feita a respeito da indevida e frequente confusão entre a definição de seus conteúdos e de seu efeito principal. Os conteúdos dos fenômenos processuais estão previstos nos arts. 55, *caput*, e 56 do Novo CPC. Seu efeito principal é a reunião dos processos perante o juízo prevento, previsto pelo art. 55, § 1º, do Novo CPC. O *objeto* e o *efeito*, como em qualquer instituto, não se confundem. Gerando-se o efeito programado pelo art. 55, § 1º, do Novo CPC, a reunião dos processos proporcionará um aumento do tempo de duração do processo, sendo por essa razão entendidas a conexão e a continência como defesas processuais dilatórias.

Como o art. 55, § 3º, do Novo CPC prevê a reunião de processos com ações não conexas, desde que a reunião seja conveniente para evitar decisões conflitantes ou contraditórias, entendo que essa alegação também deve ser feita em preliminar de contestação, em aplicação por analogia ao art. 337, VIII, do Novo CPC.

Registre-se, entretanto, que no caso de continência a defesa apresentada pelo réu poderá ter natureza peremptória, porque nem sempre o reconhecimento da continência levará à reunião dos processos. Segundo o art. 57 do Novo CPC, quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, o processo relativo à ação contida será extinto por sentença sem resolução de mérito; caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.

18.2.2.1.2. Defesas peremptórias

18.2.2.1.2.1. Inépcia da petição inicial (art. 337, IV, do Novo CPC)

A primeira espécie de defesa processual peremptória (art. 337, IV, do Novo CPC) é a inépcia da petição inicial, prevista no art. 330, § 1º, do Novo CPC: falta de pedido ou causa de pedir; pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; pedidos incompatíveis entre si. A inépcia da petição inicial é tratada no Capítulo 16, item 16.3.2.1. Registre-se que essa matéria somente será alegável se o juiz não perceber estar no caso concreto diante de petição inicial inepta e indeferir a petição inicial, o que evidentemente eliminaria a fase de resposta do réu.

18.2.2.1.2.2. Perempção (art. 337, V, do Novo CPC)

Como segunda espécie de defesa processual peremptória o art. 337, V, do Novo CPC indica o fenômeno da perempção, algo bastante raro na praxe forense. Segundo o art. 486, § 3º, do Novo CPC, se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no inciso III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito. Para uma melhor compreensão do texto legal, o “fundamento previsto no inciso III do artigo anterior”, que trata da extinção do processo sem a resolução do mérito, é o abandono do processo.

A única exigência para que se verifique a perempção é o abandono do processo por três vezes, não importando o motivo de tal abandono no caso concreto. Assim, a identidade exigida diz respeito apenas ao fundamento da extinção, mas não leva em conta as peculiaridades do caso concreto. Motivos diferentes levam à extinção pelo mesmo fundamento, gerando o fenômeno da perempção⁵¹³.

Registre-se que a perempção não extingue o direito material da parte, nisso distinguindo-se da decadência, nem a pretensão de direito material, nisso distinguindo-se da prescrição. O ponto essencial dessas distinções é a possibilidade de a parte alegar o direito material objeto das três ações extintas por abandono em sua defesa⁵¹⁴.

Fernanda ingressou por três vezes com ação indenizatória pedindo a condenação de Aline ao pagamento de R\$ 10.000,00 em razão de empréstimo inadimplido, sendo que nas três oportunidades o processo foi extinto sem a

resolução do mérito por abandono de Fernanda (art. 485, III, do Novo CPC). Em razão do fenômeno da perempção Fernanda não poderá mais ingressar com ação de cobrança contra Aline, mas, se porventura Aline a demandar por outra obrigação inadimplida, poderá alegar seu direito de crédito de R\$ 10.000,00 em sua contestação (compensação).

Conforme visto, o direito material objeto das três demandas extintas por abandono do autor não é afetado pelo fenômeno da perempção, podendo, inclusive, ser utilizado em sede defensiva. Não será possível ao réu, entretanto, utilizar tal matéria em qualquer das respostas que o ordenamento lhe concede, mas tão somente na contestação, resposta defensiva por natureza contra a pretensão do autor. Inconcebível, portanto, que o réu, aproveitando-se de sua posição passiva no processo, ingresse com reconvenção alegando justamente o direito material objeto das três demandas extintas por abandono da causa. Tendo a reconvenção natureza jurídica de verdadeira ação do réu contra o autor, havendo a perempção, não se admitirá a propositura de tal espécie de resposta.

18.2.2.1.2.3. *Litispêndência (art. 337, VI, do Novo CPC)*

A litispêndência é fenômeno conceituado pelo art. 337, §§ 1.º, 2.º e 3.º, do Novo CPC. Haverá litispêndência quando dois ou mais processos idênticos existirem concomitantemente, caracterizando-se a identidade pela verificação no caso concreto da tríplice identidade – mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido. É bastante claro ser a litispêndência uma defesa processual peremptória, considerando-se que a necessidade de manutenção de apenas um processo está baseada em dois importantes fatores: *economia processual* e *harmonização de julgados*. Não há qualquer sentido na manutenção de dois processos idênticos, com realização duplicada de atos e gasto desnecessário de energia. Além disso, a manutenção de processos idênticos poderia levar a decisões contraditórias, o que, além de desprestígio ao Poder Judiciário, poderá gerar no caso concreto problemas sérios de incompatibilidade lógica ou prática dos julgados contrários.

18.2.2.1.2.4. *Coisa julgada (art. 337, VII, do Novo CPC)*

Há uma inegável semelhança entre a coisa julgada material e a litispêndência no tocante às matérias defensivas. Ambas tratam de identidade plena entre processos, sendo que na litispêndência esses processos se encontram em trâmite, o que não ocorre na coisa julgada material, em que um desses processos já chegou ao seu final,

com trânsito em julgado da decisão. Os motivos do fenômeno de a coisa julgada ser considerada matéria de defesa processual peremptória, além da harmonização de julgados, concernem ao respeito essencial à imutabilidade e indiscutibilidade da decisão de mérito transitada em julgado, essencial à segurança jurídica do sistema. O tema é tratado no Capítulo 25.

18.2.2.1.2.5. Convenção de arbitragem (art. 337, X, do Novo CPC)

O instituto da arbitragem é tratado pela Lei 9.307/1996, que considera a convenção de arbitragem como um gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são as duas espécies. Em ambos os casos, as partes terão preferido uma solução arbitral à intervenção do Poder Judiciário, podendo qualquer uma delas arguir em sua defesa tal convenção, de forma a impedir a continuação do processo, forçando a parte que buscou a proteção jurisdicional à solução arbitral.

A cláusula compromissória é anterior ao conflito de interesses, fazendo parte de contrato quando ainda não existe qualquer litúgio entre as partes contratantes (art. 4.º da Lei 9.307/1996). O compromisso arbitral é posterior ao surgimento do conflito, quando as partes entendem mais adequado solucionar o conflito pela via arbitral (art. 9.º da Lei 9.307/1996). Ressalte-se que a elaboração de cláusula compromissória aberta, sem qualquer especificação, poderá forçar as partes após o surgimento do conflito a reafirmarem sua vontade pela solução arbitral por meio da elaboração de um compromisso arbitral⁵¹⁵.

O art. 337 do Novo CPC prevê as chamadas defesas preliminares, sendo que todas elas são objeções, ou seja, são defesas que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. As exceções ficam por conta da previsão contida no § 5.º do dispositivo legal ora comentado, que apontam a incompetência relativa e a convenção de arbitragem como matérias que só podem ser conhecidas pelo juiz quando alegadas pelo réu.

Segundo o § 6º do artigo ora comentado, “a ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”.

18.2.2.1.2.6. Carência da ação por falta de interesse de agir e ilegitimidade (art. 337, XI, do Novo CPC)

Como devidamente exposto no Capítulo 2, item 2.2.1., entendo que as condições da ação continuam presentes em nosso sistema, tendo sido apenas excluída do sistema a possibilidade jurídica do pedido. Restam, portanto, a legitimidade de parte e o interesse de agir. A ausência de interesse de agir gera a extinção do processo sem a resolução do mérito, tratando-se sua alegação de defesa de mérito peremptória. A ilegitimidade de parte é defesa processual dilatória potencialmente peremptória, conforme analisado no item 18.2.2.1.3. As condições da ação são tratadas no Capítulo 2, item 2.2.

18.2.2.1.3. Defesas dilatórias potencialmente peremptórias

18.2.2.1.3.1. Incapacidade de parte, defeito de representação ou falta de autorização (art. 337, IX, do Novo CPC)

O dispositivo legal ora comentado prevê três hipóteses bastante distintas entre elas. A identidade que justifica o seu tratamento no mesmo dispositivo se dá justamente em virtude da sua natureza de defesa que não põe fim ao processo, dando uma oportunidade ao autor para sanar a irregularidade ou o vício antes que isso ocorra. São vícios sanáveis, e bem por isso a extinção imediata da demanda seria um verdadeiro atentado ao princípio da economia processual, não se justificando à luz das conquistas mais recentes do direito processual.

O vício da incapacidade de parte liga-se à capacidade de estar em juízo, assunto intimamente relacionado à capacidade para prática de atos jurídicos válidos, ou seja, trata-se de capacidade de exercício ou de fato, tema tratado no Capítulo 3, item 3.3.3.2.2. O defeito de representação diz respeito ao vício na capacidade postulatória, consistente na exigência de que as partes estejam devidamente representadas por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Por fim, a falta de autorização ocorre em situações excepcionais em que a norma legal exige de algum sujeito a autorização de outro para que possa litigar. O caso clássico de tal autorização encontra-se no art. 73 do Novo CPC, que se refere às ações reais imobiliárias envolvendo cônjuges, nas quais se exige, para que um deles litigue sozinho no polo ativo, a autorização do outro. O dispositivo processual deve ser aplicado à luz do art. 1.647, I e II, do CC, que determina a dispensa de tal autorização na hipótese de regime da separação absoluta de bens⁵¹⁶. Na hipótese de serem os cônjuges demandados, será hipótese de litisconsórcio passivo necessário.

Nas três situações descritas pelo art. 337, IX, do Novo CPC, o vício ou irregularidade poderá ser sanado pelo autor, sendo o caso de o juiz conceder prazo àquele para que assim o faça. Omissis nesse sentido, não haverá outra saída ao juiz que não a extinção do processo sem resolução de mérito. Não poderá nem mesmo voltar atrás em seu entendimento e, mesmo diante da omissão do autor, afirmar que o vício que entendia existir na verdade não se verificou no caso concreto. Nesse caso, há preclusão judicial, indevidamente chamada pela doutrina de preclusão *pro iudicato*⁵¹⁷.

18.2.2.1.3.2. Falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar (art. 337, XII, do Novo CPC)

O ordenamento processual excepcionalmente e em determinadas situações condiciona o exercício legítimo da demanda à prestação de uma caução – ou outra prestação. Nesses casos, cabe ao autor comprovar que caucionou o juízo no momento de propositura da ação, instruindo a petição inicial com os documentos comprobatórios adequados. Na ausência de tal comprovação deverá o juiz de ofício determinar que o autor emende a petição inicial no prazo de quinze dias, sob “pena” de indeferimento da petição inicial. Caso haja omissão do juiz, alegada tal matéria em defesa, não será o caso de extinção imediata do processo, devendo ser concedido ao autor prazo para sanar a irregularidade.

Como já afirmado, a exigência legal de caução prévia é excepcional em nosso sistema processual. Entre os raros casos destacam-se três:

- (a) art. 83 do Novo CPC, que exige do autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, que preste, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e aos honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento;
- (b) art. 486, § 2º, do Novo CPC, que exige do autor o pagamento das custas de processo idêntico extinto anteriormente sem a resolução do mérito;
- (c) art. 968, II, do Novo CPC, que exige do autor da ação rescisória a prestação de uma caução prévia de 5% do valor da causa, para ser revertido tal valor ao réu no caso de julgamento negativo (extinção sem a resolução do mérito e improcedência) unânime.

18.2.2.1.3.3. Incorrecção do valor da causa (art. 337, III, do Novo CPC)

Cumprindo a tendência já mencionada do Novo Código de Processo Civil de extinguir ao máximo as petições autônomas, o art. 293 prevê que a impugnação ao

valor da causa será elaborada em preliminar de contestação, sob pena de preclusão. Ainda segundo o dispositivo, caberá ao juiz decidir a respeito do valor da causa com a imposição, se for o caso, da complementação das custas judiciais.

Trata-se indubitavelmente de defesa processual dilatória potencialmente peremptória, já que o art. 293 do Novo CPC é claro ao prever que sendo acolhida a alegação do réu o juiz dará prazo para o autor complementar as custas, sempre que necessário. Dessa forma, se o juiz intimar o autor para a correção do valor da causa e complementação das custas e ele se omitir, será caso de extinção do processo sem resolução do mérito.

Registre-se que foi suprimido do dispositivo legal o termo “na sentença” constante do art. 256 do projeto originário do Novo CPC, que modificava substancialmente o momento de julgamento da impugnação ao valor da causa.

Entendo correta a modificação porque postergar a decisão para o momento de prolação da sentença, embora resolva a questão recursal, evitando-se uma decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento, remete ao final do procedimento uma matéria que seria mais adequadamente decidida em seu começo. A alteração, entretanto, restou em meu entender incompleta. Mantido o texto originário, o recurso cabível seria a apelação, já que a decisão da impugnação ao valor da causa seria sempre um capítulo da sentença, mas, se o seu julgamento ocorrer imediatamente após o ingresso da impugnação, a decisão será interlocutória, e como o cabimento de agravo de instrumento passará a ser restritivo, seria adequada a expressa previsão de seu cabimento nesse caso.

No projeto de lei do Novo CPC aprovado na Câmara havia previsão expressa de cabimento de agravo de instrumento contra a decisão do juiz que acolhesse a impugnação ao valor da causa, salvo se fosse um capítulo da sentença, quando então seria cabível a apelação. O dispositivo corroborava a previsão do art. 1.028, XV, do projeto, no sentido de que seria cabível agravo de instrumento contra decisão que alterasse o valor da causa antes da sentença. Critiquei o texto legal porque me parecia inconstitucional, por ofensa ao princípio da isonomia, a previsão de cabimento recursal a depender do conteúdo da decisão. E da forma como estava previsto no texto não seria cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que rejeitasse a impugnação ao valor da causa.

No texto final do Novo Código de Processo Civil foi afastada a ofensa ao princípio da isonomia, mas da forma mais negativa possível. O Senado simplesmente revogou as regras legais que previam o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória da impugnação ao valor da causa, ainda que dependente do conteúdo. Significa dizer que independentemente do conteúdo da decisão, acolhendo ou rejeitando a alegação do réu, a decisão interlocutória não será recorrível imediatamente por agravo de instrumento, cabendo à parte sucumbente a alegação da matéria em sede de apelação ou contrarrazões.

E nesse caso poderemos ter uma situação no mínimo peculiar, bastando para tanto imaginar a parte sucumbente, quanto à questão incidental do valor da causa, mas vitoriosa ao final da demanda. Terá interesse recursal na apelação somente para impugnar a decisão interlocutória que julgou o valor da causa? Penso que sim, mas não deixa de ser curioso esse recurso evitar o trânsito em julgado da sentença, ainda mais se a parte contrária deixar de recorrer contra a sentença.

Afastando a dúvida a respeito da correção de ofício do valor da causa pelo juiz, o art. 292, § 3.º, do Novo CPC prevê expressamente tal possibilidade sempre que verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes. Apesar de o dispositivo ter previsto expressamente a correção do valor da causa de ofício, nenhuma menção fez ao prazo que o juiz teria para tal providência. A questão não é de fácil solução, considerando-se que, se a matéria for tratada como de ordem pública, não teria sentido o prazo imposto à alegação do réu no art. 293 do Novo CPC, levando em conta que matérias dessa natureza não precluem.

Parece ser melhor entender que o valor da causa não é matéria de ordem pública, afinal, interessa apenas às partes e à Fazenda Pública quanto ao recebimento das custas processuais, e por essa razão preclui tanto para o réu quanto para o juiz, cabendo a alegação pelo primeiro e o reconhecimento pelo segundo até o vencimento do prazo de resposta do réu. Seria mais um exemplo da rara preclusão *pro iudicato* temporal.

Reconheço, entretanto, que a redação do art. 293 do Novo CPC, ao associar a preclusão à ausência de alegação pelo réu em preliminar de contestação da

impugnação do valor da causa, permite a legítima conclusão de que tal preclusão atingirá somente o réu.

18.2.2.1.3.4. Carência de ação por ilegitimidade de parte (art. 337, XI do Novo CPC)

Havia no CPC/1973 uma estranha espécie de intervenção de terceiro chamada de *nomeação à autoria*. Era estranha em tudo: natureza jurídica, cabimento e procedimento.

Tradicionalmente, era considerada como forma excepcional de evitar a extinção do processo por ilegitimidade passiva, por meio da alteração do sujeito que compõe o polo passivo – tido por sujeito ilegítimo para figurar no processo – por um terceiro – sujeito legitimado⁵¹⁸. Ocorria, na realidade, uma espécie de sucessão processual em razão da alteração subjetiva verificada no polo passivo, em fenômeno chamado pela doutrina de *extromissão de parte*. Note-se que a extromissão de parte não se confunde com a sucessão processual tradicional, porque na primeira o sujeito que participava do processo antes da alteração nunca deveria ter figurado na relação jurídica processual em razão da sua ilegitimidade, enquanto na segunda ocorre um fato superveniente que cria a legitimidade do terceiro que assumirá o lugar do sujeito que, antes desse fato, era o sujeito legitimado a participar do processo.

Sempre houve fundada dúvida a respeito da natureza jurídica da nomeação à autoria porque por meio dela a relação jurídica processual não se tornava mais complexa do que já era antes da “intervenção” do terceiro. A demanda antes da nomeação à autoria é formada por um demandante e um demandado e assim continuará após a extromissão da parte, modificando-se somente o sujeito que compõe o polo passivo. Essa peculiar característica da nomeação à autoria levava, inclusive, parcela da doutrina à conclusão de que a nomeação à autoria é uma mera forma de correção do polo passivo, não tendo natureza jurídica de intervenção de terceiros⁵¹⁹.

Não consta do rol de intervenção de terceiros do Novo Código de Processo Civil a nomeação à autoria, mas não seria correto afirmar que seu propósito tenha desaparecido em razão da previsão contida no art. 338 do novo diploma processual. Segundo o dispositivo legal, alegada pelo réu em preliminar a ilegitimidade passiva ou não tendo sido o responsável pelo prejuízo invocado, o autor poderá modificar, no prazo de 15 dias, o sujeito que compõe o polo passivo, por meio de emenda da

petição inicial.

O que justificava a alteração subjetiva, com a consequente adequação do polo passivo, era a constatação do legislador de que em algumas situações poderia ser extremamente difícil ao autor identificar o sujeito que teria legitimidade para compor o polo passivo da demanda⁵²⁰. Daí porque sua limitação a apenas duas hipóteses, previstas nos arts. 62 e 63 do CPC/1973, nas quais o legislador imaginava justificável o erro do autor.

O Novo Código de Processo Civil não faz mais tal distinção, não se importando com a razão do erro do autor em colocar na demanda um réu que nunca deveria ter composto o polo passivo em razão de sua ilegitimidade de parte. Dessa forma, qualquer alegação de ilegitimidade passiva feita pelo réu será suficiente para uma possível correção do polo passivo. Se o autor errou porque realmente a situação lhe levou a equivocadas conclusões ou se errou bisonhamente, não importa.

O vício de ilegitimidade passiva passa a ser sempre sanável, mas para isso dependerá da aceitação do autor da alegação do réu, até porque quem diz a última palavra sobre quem deva ser o réu é sempre o autor. Caso o autor não concorde com a alegação do réu e realmente haja ilegitimidade passiva, esse vício será o suficiente para a extinção do processo sem resolução do mérito por carência de ação. O vício é sanável, mas depende de postura a ser adotada pelo autor, de forma a ter o Novo Código de Processo Civil tornado a alegação de ilegitimidade passiva em defesa processual dilatória potencialmente peremptória.

A característica mais peculiar da nomeação à autoria referia-se às possibilidades de conduta do nomeado à autoria diante de sua citação. Aceitando expressamente a nomeação, ocorria a extromissão de parte, devendo o terceiro – que nesse momento já seria o réu – ser intimado para a apresentação de sua resposta, o mesmo ocorrendo na hipótese de não se manifestar no prazo legal, quando haveria sua concordância tácita em participar do processo como réu. A postura mais criticável, e bem por isso consideravelmente polêmica, dizia respeito à possibilidade da sua recusa em participar como réu no processo, o que frustra a extromissão de parte, em nítida ofensa ao princípio da inevitabilidade da jurisdição.

O incômodo era tamanho que parcela minoritária da doutrina entendia que,

mesmo se negando a participar como réu, o nomeado à autoria sofreria os efeitos da coisa julgada, como ocorre em ordenamentos alienígenas⁵²¹, entendendo-se que a recusa em participar seria considerada como revelia do nomeado à autoria⁵²². Era compreensível a indignação com o teor do art. 67 do CPC/1973, ao permitir a recusa do nomeado, único sujeito sob a égide do diploma processual revogado que podia se negar a participar de um processo mesmo tendo sido citado. Acontece, porém, que tal indignação não era suficiente para alterar os limites subjetivos da coisa julgada, de forma que o terceiro – no caso, o nomeado que se recusou a participar – não podia ser afetado pelo processo do qual não participou. Daí a afirmação corrente na doutrina de que o sucesso da nomeação à autoria dependia de uma dupla concordância/aceitação⁵²³: autor e nomeado deveriam em momentos sucessivos concordar com a nomeação à autoria feita pelo réu para que ocorresse no caso concreto a extromissão de parte.

Sempre me pareceu curiosa a opção de alguém em concordar em se tornar réu num processo. Um convite desse certamente não é atrativo para uma pessoa normal. E nisso residia a raridade da extromissão de parte na praxe forense. Nesse aspecto, o Novo Código de Processo Civil deve ser efusivamente elogiado, pois desaparece a exigência de dupla concordância, sendo a vontade do autor de mudar o réu o suficiente para a ação ser redirecionada a um novo sujeito. Segundo o parágrafo único do art. 338 do Novo CPC, concordando o autor com a sucessão processual (e não a substituição conforme consta do artigo de lei), deve reembolsar as despesas e pagar honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º, do Novo CPC.

O art. 339, *caput*, do Novo CPC mantém como dever do réu a indicação da parte legítima, exatamente como fazia o art. 62 do CPC/1973. Nesse sentido, prevê que incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação. O § 1.º do dispositivo parece inútil, sendo mera repetição do artigo anterior. No § 2º do mesmo dispositivo, a admissão de formação de litisconsórcio ulterior entre o réu e o sujeito por ele indicado se presta a albergar a indicação de terceiro quando existe responsabilidade solidária entre ele e o réu, sendo ambos legitimados passivos.

Há dois enunciados do II Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) a respeito do art. 339 do Novo CPC: Enunciado 42: “O dispositivo aplica-se mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados especiais cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo” e Enunciado 44: “A responsabilidade a que se refere o art. 339 é subjetiva”.

O prazo para que o autor concorde com a alegação de ilegitimidade passiva feita pelo réu não consta do dispositivo legal, sendo razoável a conclusão do Enunciado 152 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Nas hipóteses dos §§ 1.º e 2.º do art. 339, a aceitação do autor deve ser feita no prazo de quinze dias destinado à sua manifestação sobre a contestação ou sobre essa alegação de ilegitimidade do réu”.

Apesar de os dispositivos legais ora analisados indicarem a necessidade de o réu alegar em contestação sua ilegitimidade passiva, é correta a interpretação de que a matéria possa ser reconhecida de ofício pelo juiz, antes da citação do réu. Nesse caso, o autor será intimado para, querendo, alterar a sua petição inicial no tocante à formação do polo passivo, hipótese em que não haverá ônus sucumbenciais (Enunciado 296 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC).

18.2.2.1.3.5. Indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça (art. 337, XIII, do Novo CPC)

O inciso XIII do art. 337 do Novo CPC prevê como defesa processual a indevida concessão do benefício da gratuidade da justiça. Nesse caso, sendo acolhida a defesa processual do réu, o autor será intimado para recolher as custas processuais em aberto. Caso o faça, o processo seguirá normalmente, e caso deixe de recolher as custas será caso de extinção terminativa do processo. Por essa razão, entendo tratar-se de defesa processual dilatória potencialmente peremptória.

18.2.2.2. Defesas de mérito

As defesas de mérito distinguem-se substancialmente das defesas processuais, sendo absolutamente inconfundíveis entre si. Enquanto estas têm como objeto a regularidade do processo, instrumento utilizado pelo autor para a obtenção de seu direito material, aquelas dizem respeito justamente ao direito material alegado pelo autor. Na defesa de mérito o objetivo do réu é convencer o juiz de que o direito

material que o autor alega possuir em sua petição inicial não existe. É, portanto, o conteúdo da pretensão do autor o objeto de impugnação por meio da defesa de mérito.

18.2.2.2.1. Defesa de mérito direta

Na defesa de mérito direta o réu enfrenta frontalmente os fatos e os fundamentos jurídicos narrados pelo autor na petição inicial, buscando demonstrar que os fatos não ocorreram conforme narrado ou ainda que as consequências jurídicas pretendidas pelo autor não são as mais adequadas ao caso concreto. Sabendo o réu que sem fatos não há direito, caso demonstre a inveracidade das alegações de fato, o direito material alegado pelo autor ficará sem o seu essencial substrato fático, devendo o pedido ser rejeitado. Da mesma forma ocorrerá se, mantida a narração fática do autor, o réu demonstrar que não decorre dela o direito material alegado pelo autor⁵²⁴.

A defesa de mérito direta desenvolve-se dentro dos fatos e da fundamentação jurídica que compõe a causa de pedir exposta pelo autor em sua petição inicial, podendo, entretanto, trazer ao processo novos fatos e outras fundamentações jurídicas com o propósito exclusivo de demonstrar a inveracidade das alegações de fato e/ou a impropriedade das consequências jurídicas pretendidas pelo autor.

18.2.2.2.2. Defesa de mérito indireta

Nessa espécie de defesa o réu, sem negar as afirmações lançadas pelo autor na petição inicial, alega um fato novo, que tenha natureza impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor. Essa defesa amplia o objeto de cognição do juiz, que passará a analisar fatos que não compõem originariamente a causa de pedir narrada pelo autor, não sendo incorreto afirmar que, a partir do momento de arguição desta espécie de defesa, o juiz passará a uma análise fática mais ampla daquela que originariamente estaria obrigado em razão da pretensão do autor. Não ocorre, entretanto, uma ampliação do objeto do processo, pois o juiz sempre estará adstrito a conceder ou negar aquilo que o autor pediu⁵²⁵.

São considerados *fatos impeditivos* aqueles que, anteriores ou simultâneos ao fato constitutivo do direito, impedem que esse gere seus regulares efeitos. A característica principal dessa espécie de fato é gerar um efeito negativo sobre o fato constitutivo, que é justamente a impossibilidade de este gerar seus regulares efeitos.

O contrato vincula os contratantes, exigindo de ambos – ou ao menos de um deles – o cumprimento de certas obrigações (fato constitutivo). Tal efeito vinculativo, entretanto, não será gerado se o contrato foi celebrado por incapaz ou ainda quando tenha sido celebrado com vício do consentimento (fatos impeditivos). O fato de o contratante ser incapaz ou de ter celebrado o contrato em erro, dolo, coação etc., impede que o mesmo seja obrigado a cumprir qualquer estipulação contratual.

Os *fatos extintivos* são aqueles que colocam fim a um direito, conforme o próprio nome sugere, sendo necessariamente posteriores ao surgimento da relação jurídica de direito material. Basta imaginar todas as formas de satisfação da obrigação previstas pela legislação material, tal como a prescrição, pagamento, remissão da dívida, confusão etc.

Os *fatos modificativos*, necessariamente posteriores ao surgimento da relação de direito material, são aqueles que atuam sobre a relação jurídica de direito material, gerando sobre ela uma modificação subjetiva ou objetiva. No primeiro caso pode-se citar como exemplo a cessão de crédito sem ressalva, com a modificação do credor, e no segundo caso a novação objetiva é um exemplo perfeito, como também o parcelamento da dívida, alegação que levará à inexigibilidade do crédito *in totum*⁵²⁶.

18.2.3. PRINCÍPIO DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FATOS

Segundo o art. 341 do Novo CPC, serão presumidos verdadeiros os fatos que não sejam impugnados especificamente pelo réu em sua contestação. A impugnação específica é um ônus do réu de rebater pontualmente todos os fatos narrados pelo autor com os quais não concorda, tornando-os controvertidos e em consequência fazendo com que compoñham o objeto da prova. O momento de tal impugnação, ao menos em regra, é a contestação, operando-se preclusão consumativa se apresentada essa espécie de defesa o réu deixar de impugnar algum(s) do(s) fato(s) alegado(s) pelo autor.

O ônus da impugnação específica não se aplica ao advogado dativo, curador especial e ao defensor público, que podem elaborar a contestação com fundamento em *negativa geral*, instituto que permite ao réu uma impugnação genérica de todos os fatos narrados pelo autor, sendo tal forma de reação o suficiente para tornar todos esses fatos controvertidos (art. 341, parágrafo único, do Novo CPC). Na realidade,

mesmo que não haja a expressa indicação de que o réu está se valendo da *negativa geral*, uma interpretação lógica desse benefício impede que o juiz presuma verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Basta, portanto, a apresentação da contestação para que os fatos se considerem controvertidos, cabendo ao autor, ao menos em regra, o ônus da prova.

O art. 341, parágrafo único, do Novo CPC tem duas diferenças quando comparado com o parágrafo único do art. 302 do CPC/1973. Exclui o Ministério Público e inclui o defensor público no rol dos sujeitos que têm a prerrogativa da negativa geral. A ausência de previsão expressa do Ministério Público não deve gerar consequências práticas porque sua presença como parte no polo passivo é excepcionalíssima e porque quando atuar, também excepcionalmente, como curador especial, continua a ter a prerrogativa.

Mesmo que o réu não possa se valer da *negativa geral*, o art. 341 do Novo CPC, em seus três incisos, prevê exceções ao princípio da impugnação específica dos fatos, impedindo que um fato alegado pelo autor que não tenha sido impugnado especificamente seja presumido verdadeiro:

- (a) fatos a cujo respeito não se admite a confissão (direitos indisponíveis);
- (b) petição inicial desacompanhada de instrumento público que a lei considere da substância do ato (por exemplo, certidão de casamento, certidão de óbito);
- (c) fatos que estejam em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Essa última exceção exige do juiz uma análise da defesa como um todo, reconhecendo-se que em algumas situações a impugnação de determinados fatos, por uma questão lógica, impede que os demais, ainda que não impugnados especificamente, sejam presumidos verdadeiros.

João ingressa com ação reparatória contra Felipe alegando que num determinado *pub* londrino foi agredido por este com uma garrafada na cabeça. São dois fatos alegados por João: (a) Felipe estava no bar no momento da agressão; (b) Felipe foi o responsável pela garrafada que o vitimou. Em sua contestação Felipe alega tão somente que não estava no bar no momento da agressão, deixando de impugnar o fato de ser o responsável pela garrafada. Nesse caso, não poderá o juiz presumir que Felipe deu a garrafada, porque provado que ele não estava no bar, concluir-se por sua responsabilidade pela garrafada criaria incompatibilidade lógica insuperável.

18.2.4. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE

Os arts. 336 e 342 do Novo CPC consagram o princípio da eventualidade para o réu, ao exigir a exposição de todas as matérias de defesa de forma cumulada e alternativa na contestação. Também conhecido como *princípio da concentração de defesa*, a regra ora analisada fundamenta-se na preclusão consumativa, exigindo-se que de uma vez só, na contestação, o réu apresente todas as matérias que tem em sua defesa, “sob pena” de não poder alegá-las posteriormente. A cumulação é eventual porque o réu alegará as matérias de defesa indicando que a posterior seja enfrentada na eventualidade de a matéria defensiva anterior ser rejeitada pelo juiz.

A exigência de cumulação de todas as matérias de defesa na contestação faz com que o réu se veja obrigado a cumular defesas logicamente incompatíveis, por exemplo, no caso de alegar que não houve o dano alegado pelo autor, mas que, na eventualidade de o juiz entender que houve o dano, não foi no valor apontado pelo autor, circunstância verificada com regularidade nos pedidos de condenação em dano moral. Certa incompatibilidade lógica é natural e admissível, mas o réu jamais poderá cumular matérias defensivas criando para cada uma delas diferentes situações fáticas, porque com isso em alguma das teses defensivas estará alterando a verdade dos fatos. Pode-se afirmar que o limite do princípio da concentração da defesa é o respeito ao *princípio da boa-fé e lealdade processual*⁵²⁷.

Marina ingressa com demanda de cobrança contra Aline, que em sua defesa alega que nunca celebrou contrato de empréstimo com a autora, mas na eventualidade do juiz entender diferente que já pagou a dívida, e ainda na eventualidade de nenhuma dessas defesas ser acolhida, que não pagou e nem deve pagar porque a dívida está prescrita. Note-se que, mesmo sem saber quando, é óbvio que Aline em algum momento de sua defesa mentiu, porque não é possível alegar que não há dívida, mas que já a pagou, ou ainda que já a pagou e que não pagou porque não deveria ter pago em razão da prescrição. Num caso como esse o princípio da eventualidade não pode acobertar a nítida litigância de má-fé do réu.

O princípio da concentração das defesas na contestação é excepcionado em três hipóteses, previstas pelos incisos do art. 342 do Novo CPC, sendo que nesses casos o réu poderá alegar a matéria defensiva após a apresentação da contestação:

- (a) matérias defensivas relativas a direito ou a fato superveniente;
- (b) matérias que o juiz pode conhecer de ofício (por exemplo, matérias de ordem pública, prescrição,

decadência legal);

- (c) matérias que por expressa previsão legal podem ser alegadas a qualquer momento e grau de jurisdição (por exemplo, decadência convencional).

18.3. RECONVENÇÃO

18.3.1. CONCEITO

A reconvenção não se confunde com nenhuma das outras espécies de resposta do réu, sendo compreendida como o exercício do direito de ação do réu dentro do processo em que primitivamente o autor originário tenha exercido o seu direito de ação. Afirma-se em doutrina que na reconvenção o réu se afasta da posição passiva, própria da contestação, para assumir uma posição ativa, pleiteando um bem da vida em pedido dirigido contra o autor da ação originária. Em razão dessa natureza de ação, é comum afirmar que a reconvenção é um “contra-ataque” do réu, pelo qual haverá uma inversão dos polos da demanda: o réu se tornará autor (*autor-reconvinte*) e o autor se tornará réu (*réu-reconvindo*).

Com a reconvenção haverá uma ampliação objetiva ulterior do processo, que passará a contar com duas ações: a originária (indevidamente tratada pelo art. 343, *caput*, do Novo CPC como ação principal) e a reconvenção. Não se trata de pluralidade de processos, considerando-se que o processo continua sendo um só, mas, com o pedido feito pelo réu, passa o processo a contar com mais uma ação, de natureza reconvenção, o que leva à sua ampliação objetiva⁵²⁸.

A reconvenção é uma mera faculdade processual, podendo o réu que deixar de reconvir ingressar de forma autônoma com a mesma ação que teria ingressado sob a forma de reconvenção⁵²⁹. Não é possível vislumbrar qualquer situação de desvantagem processual ao réu que deixa de reconvir, situação diametralmente oposta àquele que deixa de contestar, que será considerado revel. Nesse sentido, afirma-se corretamente que a contestação constitui um ônus do réu, enquanto a reconvenção constitui tão somente uma faculdade. A própria natureza de ação dessa espécie de resposta fundamenta sua natureza de mera faculdade processual, não se podendo admitir que o réu perca o seu direito de ação por uma simples omissão processual. O prazo para a reconvenção, portanto, é meramente preclusivo, significando que o réu não mais poderá reconvir após o seu transcurso, mas a via

autônoma continuará a existir para o exercício de seu direito de ação.

O ingresso de ação autônoma que poderia ter sido manejada sob a forma de reconvenção, inclusive, pode gerar resultado prático similar ao da propositura dessa espécie de resposta. Havendo entre essas duas ações autônomas conexão, conforme previsão do art. 55 do Novo CPC, as mesmas serão reunidas perante o juízo prevento que ficará responsável pelo julgamento conjunto de ambos os processos (art. 58 do Novo CPC)⁵³⁰. A única diferença é que com a reconvenção haverá somente um processo, objetivamente complexo (duas ações), enquanto na reunião de processos conexos, haverá dois processos, cada qual com uma ação, ainda que tenham um procedimento conjunto, sendo inclusive decididos por uma mesma sentença.

18.3.2. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Sendo indiscutível a natureza de ação da reconvenção, é preciso registrar que, como em qualquer outra ação, deverão estar presentes as condições da ação: legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. A própria natureza da reconvenção traz consigo a exigência das três tradicionais condições da ação, mas, em razão de sua situação específica consistente em ser também uma resposta do réu, essas condições da ação têm interessantes peculiaridades que merecem uma análise particularizada⁵³¹.

18.3.2.1. Legitimidade de parte

No tocante à legitimidade de parte – entendida como a relação de pertinência entre o conflito levado a juízo e os sujeitos que demandarão –, há interessantes questões a serem resolvidas.

Diferente do art. 315 do CPC/1973, o art. 343 do Novo CPC não traz expressamente a previsão de que a legitimidade ativa da reconvenção é do réu e que a passiva é do autor da ação originária. De qualquer forma, essa continua a ser a realidade, havendo uma inversão dos polos entre autor e réu.

A doutrina de forma uníssona admite a diminuição subjetiva na reconvenção⁵³². Assim, existindo litisconsórcio na ação originária, o mesmo litisconsórcio não será necessariamente formado na reconvenção, admitindo-se que somente um dos autores da ação originária figure como réu na reconvenção ou ainda que apenas um dos réus reconvenha, solitariamente, contra o autor ou autores da ação originária. Vale a

lembrança de que tal liberdade está condicionada à espécie de litisconsórcio verificado na ação originária e de seus reflexos sobre a ação reconvençional; havendo um litisconsórcio necessário na ação originária que deva se repetir também na reconvenção, será impossível a reconvenção não envolver todos os litisconsortes⁵³³. Essa circunstância, entretanto, não diz respeito à reconvenção, sendo decorrência natural da espécie de litisconsórcio a ser formado.

Se a diminuição subjetiva na reconvenção parece não encontrar maiores obstáculos, o mesmo não ocorria com a ampliação, tema consideravelmente controvertido, sob a égide do CPC/1973. Havia muita controvérsia a respeito da admissibilidade da formação de um litisconsórcio na reconvenção – ativo ou passivo – com sujeito que não participava do processo até então, ou seja, sujeito que não figurava como parte na ação originária. É evidente que se manteria a estrutura básica mínima *réu x autor*, mas ao lado de um deles – ou mesmo de ambos – seria formado litisconsórcio com terceiro estranho à demanda até então⁵³⁴.

A polêmica é resolvida pelos §§ 3º e 4º do art. 343 do Novo CPC, que passam a prever expressamente que a reconvenção pode ser proposta contra o autor e um terceiro, e que a reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.

Admitida a formação do litisconsórcio na reconvenção, com o ingresso de terceiro na demanda, aplica-se a regra que permite a limitação do número de litisconsortes sempre que o número elevado de sujeitos puder comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. Trata-se do *litisconsórcio multitudinário*, previsto pelo art. 113, §§ 1º e 2º, do Novo CPC, que fundamentará no caso concreto o indeferimento da formação do litisconsórcio desde que observados os requisitos legais tratados no Capítulo 7, item 7.4.

Havia na vigência do CPC/1973 uma interessante questão referente à legitimidade de parte na reconvenção derivava da inadequada redação do art. 315, parágrafo único, do revogado diploma processual, pela qual não poderia o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandasse em nome de outrem. A leitura apressada do dispositivo legal poderia levar o leitor mais desavisado a concluir se tratar de norma referente à *representação processual*, pois quem atua em nome de outrem é representante processual. Essa interpretação, entretanto, tornaria o

dispositivo legal absolutamente inútil, considerando-se que o representante não é parte, o que significa dizer que já não tem legitimidade de agir para a reconvenção.

A doutrina de forma uníssona emprestava utilidade ao artigo legal ao entender tratar-se de hipótese de *substituição processual* na ação originária, que deveria obrigatoriamente se repetir na ação reconvenicional. A regra acabava tornando-se simples: exigia-se que os sujeitos tivessem na reconvenção a mesma qualidade jurídica com que figuravam na ação originária. Se naquela estavam como substitutos processuais (seja no polo ativo ou passivo), da mesma forma deveriam figurar na reconvenção. Nas palavras de autorizada doutrina, trata-se do princípio da identidade bilateral, que não é identidade da pessoa física, mas identidade subjetiva de direito⁵³⁵.

Esse entendimento restou consagrado no § 5º do art. 343 do Novo CPC, que prevê que se o autor for substituto processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

Interessante questão é levantada a respeito da legitimidade do curador do réu para ingressar com reconvenção. Imprescindível para se concluir de forma positiva ou negativa a exata noção da qualidade jurídica do curador especial, previsto pelo art. 72 do Novo CPC. A doutrina parece uníssona no sentido de entender que o curador assume no processo uma posição de representante dos sujeitos descritos pelo artigo legal supramencionado⁵³⁶. Essa simples constatação já demonstra de forma inequívoca a ilegitimidade do curador em ingressar com ação reconvenicional, posto que não é considerado parte no processo e sua eventual legitimidade para reconvir conflitaria com a regra geral de legitimidade para essa espécie de resposta do réu⁵³⁷. Sua tarefa será, portanto, tão somente reagir à pretensão do autor, jamais ingressar com ação contra ele.

18.3.2.2. Interesse de agir

Costuma-se afirmar que o interesse de agir é o somatório de dois fatores: a necessidade e a adequação (ou utilidade). No tocante à reconvenção, os elementos são mantidos, mas aqui também existem interessantes particularidades a serem debatidas.

A doutrina parece concordar que a reconvenção só terá alguma serventia prática

se o autor puder obter com ela tutela que não conseguiria com o simples acolhimento de suas alegações defensivas lançadas em contestação. Nesse sentido também é a jurisprudência a respeito do tema⁵³⁸. A primeira e mais evidente inutilidade da reconvenção ocorre na hipótese em que ela é utilizada para a arguição de matérias que são na realidade defensivas, próprias da contestação (reação) e não da reconvenção (ação). Nessa hipótese, ao menos como regra, a reconvenção deve ser extinta prematuramente por carência de ação do réu-reconvinte. São exemplos a alegação do réu em reconvenção do pagamento da dívida cobrada ou, ainda, a alegação de contrato locativo para justificar sua posse do imóvel que lhe é reivindicado⁵³⁹. Na excepcional hipótese de o réu não contestar, somente apresentando reconvenção, haverá interesse em seu julgamento, não sendo caso de extinção por carência de ação.

Outra hipótese de manifesta inutilidade na utilização da reconvenção se verifica nos casos em que a própria improcedência já será apta a entregar ao réu o bem da vida em disputa, que seria exatamente aquilo que estaria perseguindo em sede reconvençional. Se já tem condições de obter o bem da vida pelo simples acolhimento de sua defesa, que serventia terá a reconvenção? Essa situação se verifica com clareza nas ações dúplices, nas quais a relação de direito material gera essa peculiar situação em que a contestação já basta para entregar ao réu o bem da vida debatido. Exemplo clássico é da ação meramente declaratória. Imagine-se um autor que pretenda em juízo obter a certeza jurídica a respeito da existência de uma relação jurídica de doação. Contestando o réu a demanda, alegará que nunca houve a doação alegada, e o acolhimento de tal defesa gerará a certeza jurídica de que nunca houve a relação de direito material alegada pelo autor, o que significa dizer que a certeza jurídica – bem da vida em disputa nas ações meramente declaratórias – será concedida favoravelmente ao réu. De fato, nenhuma utilidade tem a reconvenção pleiteando a declaração de que a relação jurídica de doação não existiu.

A afirmação de inutilidade da reconvenção nas ações dúplices e de que as ações meramente declaratórias são dúplices não confronta com o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 258 do Supremo Tribunal Federal de que é admissível reconvenção na ação declaratória. Numa ação meramente declaratória é admissível a reconvenção para que o réu faça outros pedidos, distintos do objeto original do processo, tal como a condenação do réu ao cumprimento de uma

determinada obrigação.

Mariana ingressa com ação de investigação de paternidade contra Felipe, que em contestação alega não ser o pai da criança. Nesse caso não é cabível a reconvenção para a declaração negativa da paternidade, porque isso já será obtido por meio da improcedência do pedido de Mariana. Ocorre, entretanto, que Felipe pode entender que a alegação de paternidade realizada por Mariana em público, diante de seus empregadores, lhe causou um abalo moral, podendo nesse caso pleitear em sede de reconvenção a condenação de Mariana ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados.

18.3.3. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Tendo a reconvenção natureza jurídica de ação, além do preenchimento das condições da ação, também pressupostos processuais específicos devem ser preenchidos:

- (a) *litispendência*: para que exista reconvenção é indispensável que exista a demanda originária;
- (b) *identidade procedimental*: considerando-se que a ação originária e a ação reconvenicional seguirão juntas, sendo inclusive decididas por uma mesma sentença, o procedimento de ambas deve ser o mesmo;
- (c) *competência*: o juízo da ação originária é absolutamente competente para a ação reconvenicional, de forma que, sendo a competência absoluta dessa ação diferente da ação originária, será proibido o ingresso de ação reconvenicional, devendo a parte ingressar com a ação autônoma perante o juízo absolutamente competente⁵⁴⁰;
- (d) *conexão* com a ação originária ou com os fundamentos de defesa.

Segundo o *caput* do art. 343 do Novo CPC, é indispensável à reconvenção a existência de conexão com a ação principal – originária – ou com os fundamentos de defesa. A conexão com a ação originária é a prevista no art. 55, *caput*, do Novo CPC, com os devidos temperamentos já apontados no Capítulo 4, item 4.7.2.1. No tocante à conexão com os fundamentos de defesa, obriga-se o réu a apresentar contestação com defesa de mérito indireta, alegando um fato novo impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, servindo esse fato novo como fundamento da defesa e ao mesmo tempo como fundamento do contra-ataque contido na reconvenção. Naturalmente o cabimento da reconvenção nesse caso é realizado *in status assertionis*, de forma a ser irrelevante se a alegação de fato do réu é verdadeira ou não, o que interessará somente no julgamento de mérito da ação principal e da reconvenicional⁵⁴¹.

Acredito que, mesmo quando não haja qualquer das duas espécies de conexão presentes no caso concreto, seja admissível a reconvenção para se evitar decisões conflitantes ou contraditórias na hipótese em que a pretensão reconvençional for deduzida em processo autônomo e julgada por outro juiz. Deve-se, portanto, aplicar por analogia o art. 55, § 3º, do Novo CPC ao cabimento da reconvenção.

Carlos ingressa com demanda de cobrança contra Edison, requerendo sua condenação ao pagamento de R\$ 5.000,00 em razão de uma dívida inadimplida. Edison alega em sua contestação que a dívida foi compensada com outra, no valor de R\$ 8.000,00, e que por tal razão não é devedor de Carlos, devendo seu pedido ser julgado improcedente. Com fundamento nesse fato novo (compensação), fundamenta a reconvenção na qual cobrará de Carlos R\$ 3.000,00, existindo nesse caso a conexão com os fundamentos da defesa.

18.3.4. PROCEDIMENTO

Tendo natureza jurídica de ação, sob a égide do CPC/1973 a reconvenção devia ser apresentada por meio de petição inicial autônoma, nos termos dos arts. 282 e 283 do diploma processual revogado, sendo atuada nos próprios autos principais. Em aplicação do princípio da *instrumentalidade das formas* admitia-se que a reconvenção fosse elaborada na mesma peça em que se contestava a demanda, desde que fosse possível a identificação exata da defesa e do contra-ataque do réu⁵⁴².

A reconvenção deixa de ser alegada de forma autônoma no Novo Código de Processo Civil, passando, nos termos do art. 343, *caput*, a ser apresentada na própria contestação. A novidade deve ser saudada porque, ainda que a melhor doutrina já defendesse a possibilidade de utilização de uma única peça para a contestação e reconvenção, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça recentemente havia rejeitado a tese, retrocedendo com relação a posicionamento anteriormente adotado⁵⁴³.

A formalização da reconvenção dentro da contestação deve seguir as diretrizes fixadas pelo Enunciado n.º 45 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC): “Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse *nomen iuris*, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda inicial”.

Apesar de não ter mais uma forma autônoma de alegação, entendo que a reconvenção não perdeu sua natureza de ação do réu contra o autor, pois o próprio art. 343, *caput*, do Novo CPC prevê que a reconvenção se presta para o réu manifestar pretensão própria. Além disso, o § 2.º do dispositivo comentado mantém a sua autonomia, prevendo que a desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta o prosseguimento do processo quanto à reconvenção.

Como a forma de alegação passou a ser tópico da contestação, o legislador teve o cuidado de manter, expressamente na lei, o entendimento atualmente consagrado de que a apresentação de reconvenção independe de contestação. Na vigência do CPC/1973, de apresentação de duas peças, era entendimento tranquilo, mas, a partir do momento em que a própria lei passa a dizer que a reconvenção deve ser alegada na contestação, é importante o art. 343, § 6.º, do Novo CPC.

No Novo Código de Processo Civil, portanto, existem duas formas de ingresso de reconvenção: como tópico da contestação ou de forma autônoma quando o autor não contestar. Dessa forma, ainda que não exista regra similar àquela prevista no art. 299 do CPC/1973, que exigia a apresentação concomitante de contestação ou reconvenção, parece que o ingresso da reconvenção, mesmo que antes do vencimento do prazo de resposta do réu, retira do réu o direito de contestar posteriormente, ainda que dentro do prazo. Acredito que nesse caso continua a se operar preclusão mista (*consumativa-temporal*).

Apresentada a reconvenção, a mesma passa a ser autônoma relativamente à ação originária, de forma que, se por qualquer razão, a ação originária for extinta sem resolução do mérito, inclusive a desistência do autor, tal extinção não afetará a reconvenção, que prosseguirá normalmente (art. 343, § 2º, do Novo CPC). O mesmo ocorre se a reconvenção for prematuramente extinta, prosseguindo normalmente a ação originária.

Mesmo sem dispositivo legal nesse sentido no CPC/1973, segundo doutrina majoritária, cabendo julgamento de mérito, o juiz deveria julgar ambas as demandas no mesmo momento processual, por meio de uma só sentença, objetivamente complexa. A extinção prematura de qualquer uma das duas demandas, portanto, seria sempre terminativa. Esse entendimento parece ter sido consagrado no § 2º do art. 343

do Novo CPC, que prevê a extinção prematura da reconvenção somente em razão da desistência da ação originária ou de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito.

Ainda que não exista previsão nesse sentido, como também não havia no CPC/1973, o mesmo fenômeno aplica-se à extinção prematura da reconvenção, não tendo sentido postergar-se uma extinção terminativa quando manifesto o insuperável vício formal. Dessa forma, se o juiz entender pela intempestividade da reconvenção deverá indeferi-la de plano, dando seguimento ao processo somente com a ação originária (principal).

Essas decisões que extinguem de forma terminativa e prematuramente a ação principal e a reconvenção são decisões interlocutórias, restando em aberto a questão de sua recorribilidade por meio do agravo de instrumento. A hipótese não está prevista expressamente no art. 1.015 do Novo CPC, o que poderia sugerir sua recorribilidade somente na apelação e contrarrazões desse recurso. E essa interpretação demonstraria mais um exemplo da péssima opção legislativa de tornar o cabimento do agravo de instrumento restrito a um rol exauriente.

Entendo, contudo, que seja aplicável à hipótese ora analisada o art. 354, parágrafo único, do Novo CPC. Ainda que o dispositivo esteja previsto no capítulo referente ao julgamento conforme o estado do processo, não se pode negar sua incidência a qualquer espécie de diminuição – objetiva ou subjetiva – da demanda em razão de decisão de natureza terminativa.

Não teria qualquer sentido sistêmico limitar a aplicação do dispositivo legal a apenas um momento procedimental, conforme pode sugerir sua colocação no capítulo referente ao julgamento conforme o estado do processo. Na realidade, a recorribilidade por meio do agravo de instrumento deve ser analisada pelo conteúdo e efeito da decisão e não pelo momento de sua prolação: sendo terminativa e diminuindo a demanda, será agravável.

Não sendo caso de indeferimento liminar da reconvenção, o autor reconvido será intimado, na pessoa de seu advogado, para responder no prazo de 15 dias. A resposta mais comum certamente será a contestação – e sua ausência gera o efeito da revelia⁵⁴⁴ –, mas o art. 343, § 1º, do Novo CPC não repetiu o equívoco do art. 316 do

CPC/1973, que previa ser o prazo de 15 dias para contestar. Ao prever que o prazo é de resposta facilita a conclusão de que outras espécies, além da contestação, são possíveis.

A reconvenção da reconvenção, apesar de rara, também é admitida, embora parcela da doutrina entenda que o seu cabimento esteja condicionado às hipóteses de reconvenção com fundamento na conexão com os fundamentos de defesa⁵⁴⁵. Reconvenções sucessivas poderão ser inadmitidas no caso concreto com fundamento na *economia processual* sempre que o juiz entender que mais uma reconvenção prejudicará significativamente o andamento procedimental. Poderá, inclusive, utilizar a regra de vedação ao princípio do litisconsórcio multitudinário (art. 113, §§ 1º e 2º, do Novo CPC) para impedir a improvável sucessão de reconvenções. A exceção fica por conta da ação monitória em razão da injustificável previsão do art. 702, § 6º, do Novo CPC.

Como o § 4º do art. 343 do Novo CPC admite expressamente a formação de litisconsórcio passivo na reconvenção entre o réu e terceiro, não há dúvida de serem cabíveis como espécie de resposta do réu a denunciação da lide e o chamamento ao processo.

Após o momento de resposta do autor reconvinado, o procedimento da ação reconvenicional será o mesmo da ação originária, sendo inclusive ambas as ações julgadas por uma mesma sentença, apesar de não mais existir regra expressa a esse respeito como existia no CPC/1973 (art. 318). Trata-se de medida de economia processual e tradicional do julgamento do pedido contraposto, contra-ataque do réu deduzido na própria contestação.

19. REVELIA

Sumário: 19.1. Conceito – 19.2. Efeitos: 19.2.1. Fatos alegados pelo autor serão reputados verdadeiros; 19.2.2. Desnecessidade de intimação do réu revel; 19.2.3. Julgamento antecipado do mérito – 19.3. Modificação objetiva da demanda – 19.4. Ingresso do réu revel no processo – 19.4.1. Participação do réu revel no procedimento probatório

19.1. CONCEITO

A revelia é um estado de fato gerado pela ausência jurídica de contestação. Esse conceito pode ser extraído do art. 344 do Novo CPC, que, apesar de confundir conteúdo com os efeitos da revelia, expõe claramente que a existência desse fenômeno processual depende da ausência de contestação⁵⁴⁶. A ausência deve ser necessariamente jurídica porque ocorre revelia mesmo nos casos em que o réu apresenta contestação, que faticamente existirá. Essa existência fática, entretanto, não é o suficiente para afastar a revelia, sendo indispensável que juridicamente ela exista. Contestação intempestiva, por exemplo, não impede a revelia do réu⁵⁴⁷, já tendo o Superior Tribunal de Justiça resolvido que contestação endereçada e protocolizada em juízo diverso e distante daquele no qual tramita o feito não evita a revelia⁵⁴⁸.

O conceito de revelia está previsto no art. 344 do Novo CPC e mais uma vez, como fazia o art. 319 do CPC/1973, incorre no erro de confundir a revelia com o seu principal efeito: a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

De qualquer modo, o dispositivo é melhor que o art. 319 do CPC/1973 porque é expresso ao prever que a revelia decorre da ausência de contestação, ainda que pudesse ter sido mais claro quanto à qualificação de ausência jurídica da defesa do réu.

Acredito que a redação dada ao art. 344 do Novo CPC tornará ainda mais difícil se concordar com doutrina minoritária que, sob a égide do diploma processual revogado, defendia que a revelia, na realidade, era ausência jurídica de resposta do réu, de forma que, apresentada qualquer espécie de resposta, o réu não seria revel⁵⁴⁹. Ao que parece, essa parcela da doutrina confunde revelia com seus efeitos, não

compreendendo que é plenamente possível um réu revel apresentar outras espécies de resposta que não a contestação, evitando assim a geração dos efeitos da revelia, mas não o seu estado de revel⁵⁵⁰.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir na vigência do CPC/1973 que o réu que deixa de contestar é revel, ainda que tenha apresentado reconvenção, hipótese, entretanto, em que não haverá a presunção de veracidade dos fatos⁵⁵¹. Uma bela lição de distinção entre a revelia e os seus efeitos.

Entendo que o conteúdo da revelia não pode ser confundido com os seus efeitos, até porque, conforme autorizada doutrina, conceito é o que está dentro e efeito é aquilo que se projeta para fora, de maneira que é impossível confundir um com o outro. Sendo a revelia uma questão de fato gerada pela ausência jurídica de contestação, não guarda maior interesse o seu conceito, sendo muito mais relevante o estudo de seus efeitos. Como já afirmado, é plenamente possível existência de revelia que não gere nenhum dos efeitos programados pela lei, o que, entretanto, não será o suficiente para afastá-la do caso concreto⁵⁵².

19.2. EFEITOS

A melhor doutrina costuma apontar três efeitos para a revelia:

- (a) os fatos alegados pelo autor são reputados verdadeiros;
- (b) desnecessidade de intimação do réu revel;
- (c) julgamento antecipado do mérito (art. 355, II, do Novo CPC).

19.2.1. FATOS ALEGADOS PELO AUTOR SERÃO REPUTADOS VERDADEIROS

A ausência jurídica de resistência do réu diante da pretensão do autor faz com que o juiz repute verdadeiros os fatos alegados pelo autor, sendo comum entender que nesse caso a lei permite ao juiz presumir a veracidade dos fatos diante da inércia do réu. O entendimento de que existe uma confissão ficta na revelia é duramente criticado pela melhor doutrina, que afirma corretamente que a omissão do réu não pode ser entendida como a concordância tácita a respeito dos fatos alegados pelo autor. No direito não é aplicado o brocardo popular “*quem cala consente*”; no direito “*quem cala, cala*”. Os fatos são dados como verdadeiros porque existe uma expressa

previsão legal nesse sentido, sendo irrelevantes as razões da omissão do réu revel⁵⁵³.

Reputam-se verdadeiros somente os fatos alegados pelo autor, de forma que a matéria jurídica naturalmente estará fora do alcance desse efeito da revelia. Aplicando-se o princípio do *iura novit curia* – o juiz sabe o direito –, é inadmissível a vinculação do magistrado à fundamentação jurídica do autor somente porque o réu não contesta a demanda, tornando-se revel⁵⁵⁴. Daí por que incompreensível a determinação de desentranhamento da contestação dos autos quando ocorre a revelia, sendo certo que o juiz poderá se aproveitar dos fundamentos jurídicos de defesa apresentados pelo réu em sua contestação viciada⁵⁵⁵. A exclusão da matéria de direito da presunção gerada pela revelia é o que explica o julgamento de improcedência do pedido do autor mesmo sendo revel o réu e ocorrendo a presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial no caso concreto.

A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, certamente o efeito mais importante da revelia, é meramente relativa⁵⁵⁶, podendo ser afastada no caso concreto – em especial, mas não exclusivamente – nas hipóteses previstas expressamente pelo art. 345 do Novo CPC. Ao afirmar que a presunção de veracidade é relativa, é importante notar que o seu afastamento no caso concreto não permite ao juiz a conclusão de que a alegação de fato não é verdadeira. Não sendo reputados verdadeiros os fatos discutidos no caso concreto, o autor continua com o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, sendo concedido a ele o prazo de 15 dias para especificação de provas (art. 348 do Novo CPC).

Há quatro hipóteses previstas nos incisos do art. 345 do Novo CPC em que a revelia não gerará a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

No inciso I do dispositivo ora analisado há previsão de que não se reputarão verdadeiros os fatos alegados pelo autor sempre que, havendo litisconsórcio passivo, um dos réus contestar a demanda. É claro que o litisconsorte que contestou a demanda não é revel, sendo, entretanto, aquele que não contestou. O dispositivo legal deve ser interpretado levando-se em conta o art. 117 do Novo CPC, que versa genericamente acerca do tratamento procedimental dos litisconsortes. A aplicação do benefício previsto no inciso I do art. 345 do Novo CPC depende, num primeiro momento, da espécie de litisconsórcio passivo formado na demanda e, depois,

dependendo da espécie de litisconsórcio, da análise do conteúdo da contestação.

Tratando-se de *litisconsórcio unitário*, no qual a decisão obrigatoriamente será de mesmo teor para todos os litisconsortes, não resta nenhuma dúvida de que a contestação apresentada por um dos réus aproveitará aos demais. No caso de *litisconsórcio simples*, no qual a decisão poderá ter diferente teor para os litisconsortes, o afastamento do efeito mencionado no art. 344 do Novo CPC dependerá do caso concreto, só se verificando quando houver entre os litisconsortes uma identidade de matéria defensiva, ou seja, que a contestação apresentada por um dos réus tenha como teor as matérias de defesa que comporiam a contestação não oferecida do litisconsorte revel. Sendo apresentada contestação com matéria de defesa de exclusivo interesse do réu que a apresentou, os fatos que prejudiquem somente o réu revel poderão ser presumidos verdadeiros⁵⁵⁷.

Marilena ingressa com demanda de reparação de danos contra a Garzia & Munte e seu funcionário Nelson, alegando que Nelson dirigia caminhão da empresa e que, durante o exercício de suas funções, passou no farol vermelho e a atropelou. São dois fatos, portanto, alegados por Marilena: Nelson dirigir um caminhão da Garzia & Munte durante seu expediente e ter passado no farol vermelho, o que causou o acidente. Nelson é revel, tendo sido apresentada contestação somente pela Garzia & Munte, sendo que a aplicação do art. 345, I, do Novo CPC dependerá do teor dessa defesa. A Garzia & Munte contestou o fato de que Nelson estivesse em seu horário de expediente, acusando-o de furtar o veículo do pátio no dia de sua folga, e, além disso, alegou que o farol estava verde no momento do acidente, acusando Marilena de ter se jogado na frente do veículo. É óbvio que nesse caso a defesa da Garzia & Munte favorece Nelson e o art. 345, I, do Novo CPC deve ser aplicado. Por outro lado, se na contestação da Garzia & Munte tiver sido alegado tão somente que o veículo foi furtado de seu pátio, essa defesa em nada favorece Nelson, o réu revel. Será, nessa hipótese, legítimo reputar como verdadeiro o fato de o farol estar vermelho no momento do acidente.

Diz o art. 345, II, do Novo CPC que não se reputam os fatos verdadeiros na revelia se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Em razão da natureza não patrimonial de alguns direitos, não se permite ao juiz dispensar o autor do ônus probatório ainda que o réu seja revel. A indisponibilidade do direito é a justificativa para impedir o juiz que repute como verdadeiros os fatos diante da revelia da *Fazenda Pública*, aplicando-se ao caso concreto o princípio da prevalência do interesse coletivo perante o direito individual e a indisponibilidade do interesse

público⁵⁵⁸.

O art. 345 III, do Novo CPC afasta a presunção de veracidade sempre que a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato. Trata-se de documentos cuja ausência proíbe que o juiz os considere verdadeiros, daí a ser imprescindível a sua juntada aos autos. Muitos desses documentos podem representar documentos indispensáveis à propositura da demanda (art. 320 do Novo CPC), mas nesse caso serão exigidos do autor já no momento da propositura da demanda. O dispositivo ora analisado trata de documentos indispensáveis à prova do ato alegado, mas não à propositura da demanda, porque mesmo sem eles o juiz tem condições de julgar o mérito da demanda.

Guilherme ingressa com ação de inventário em razão do falecimento de Jonas, sendo indispensável à propositura dessa demanda a juntada da certidão de óbito, sem o que o inventário não poderá prosseguir. Circunstância diferente verifica-se quando Guilherme ingressa com demanda indenizatória contra Jussara e em argumentação fática alega que Jonas faleceu. Nesse caso, o julgamento de mérito poderá ser feito sem a prova do fato, mas, para que o juiz considere em suas razões do decidir que Jonas realmente faleceu, é indispensável a juntada ao processo da sua certidão de óbito.

Nunca teve fundamento a exigência de o juiz presumir como verdadeiros fatos inverossímeis (fatos que não aparentam ser verdadeiros), exclusivamente em razão da revelia do réu. Tendo o juiz a impressão de que os fatos não são verdadeiros, aplicando no caso concreto as máximas de experiência, sempre pareceu mais adequado exigir do autor a produção da prova, afastando no caso concreto o efeito da revelia previsto no art. 319 do CPC/1973⁵⁵⁹. Tratava-se da melhor solução, bastando para fundamentá-la imaginar o autor alegando que transportou objetos com a força da mente, ou ainda que praticou atos que as próprias leis da natureza desmentem (que saltou um rio de 50 metros de largura, que ficou submerso por 30 minutos, que percorreu a pé uma distância de 20 km em 10 minutos etc.). Gerando-se no espírito do julgador o sentimento de improbabilidade do fato narrado ter efetivamente ocorrido, não havia como reputá-lo verdadeiro, mesmo não havendo nesse sentido qualquer previsão legal no diploma processual revogado.

Em razão do exposto deve ser elogiado o art. 345, IV, do Novo CPC, que traz

uma quarta hipótese de revelia sem que os fatos alegados pelo autor sejam presumidos verdadeiros: as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos. Como se pode notar pelo dispositivo legal, além da inverossimilhança da alegação, também não haverá a presunção de veracidade quando as alegações, apesar de verossímeis, contrariarem a prova constante dos autos.

Nessa nova hipótese de afastamento do principal efeito da revelia, a prova constante dos autos só pode ser aquela produzida pelo autor com a petição inicial (prova pré-constituída), porque, se o juiz entender que o efeito se opera, julgará antecipadamente o mérito da ação. Por outro lado, caso determine ao autor a especificação de provas, já terá afastado a presunção de veracidade dos fatos, impondo ao autor o ônus de provar suas alegações de fato. Diante de tal cenário, é de presumir que terá pouca incidência na praxe forense, porque dependerá de prova produzida pelo autor contrária às suas alegações de fato constantes da petição inicial.

Por outro lado, defende acertadamente autorizada doutrina que não se reputam verdadeiros os fatos sempre que tenham sido legalmente impugnados, sendo irrelevante o sujeito responsável pela impugnação ou a forma pela qual ela ocorreu. É claro que o réu é o legitimado tradicional para impugnar as alegações do autor, e o momento mais adequado para isso é a contestação. Na revelia, não haverá contestação – ao menos do ponto de vista jurídico –, mas é possível que um terceiro interveniente dentro do prazo legal de manifestação realize a impugnação do fato alegado pelo autor, como no caso do denunciado à lide ou do chamado ao processo. É o que basta para não se aplicar a regra da presunção de veracidade. Por outro lado, o réu poderá não apresentar contestação – revelia – mas outras formas de resposta, sendo admissível que a impugnação dos fatos alegados pelo autor seja realizada em alguma dessas outras formas de resposta. Numa reconvenção⁵⁶⁰, impugnação ao valor da causa ou exceção de incompetência, por exemplo, poderá o réu impugnar o fato alegado pelo autor, e, mesmo sendo um réu revel por não ter contestado, os fatos devidamente impugnados não serão presumidos verdadeiros⁵⁶¹.

19.2.2. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO RÉU REVEL

Diz o art. 346, *caput*, do Novo CPC que contra o revel que não tenha patrono nos autos os prazos fluirão da data de publicação de cada ato decisório no órgão

oficial. Importante notar que para a geração desse efeito – dispensa de intimação – não basta que o réu seja revel, sendo também indispensável que não esteja representado por patrono nos autos. Decorrendo a revelia da inexistência jurídica da contestação, é possível imaginar um réu revel que não suporte em nenhum momento da demanda o efeito ora tratado. Basta imaginar um réu que junta procuração nos autos no prazo de resposta e protocola a contestação fora do prazo. Em razão da intempestividade da defesa, o réu será considerado revel, mas, como já tem patrono constituído dos autos desde o momento da apresentação da defesa, será rigorosamente intimado de todos os atos processuais⁵⁶². Por outro lado, admitindo-se a intervenção no processo do réu revel a qualquer momento, a partir do ingresso terá patrono constituído, devendo ser, também a partir de seu ingresso, intimado de todos os atos processuais.

Uma divergência clássica se referia à intimação/publicação da sentença quando o réu era revel, existindo três correntes doutrinárias a respeito do tema: (a) dispensa de publicação na imprensa oficial, com início do prazo recursal a partir do momento em que a sentença se torna pública⁵⁶³; (b) necessidade de intimação pessoal do réu revel⁵⁶⁴; (c) necessidade de publicação da sentença na imprensa oficial⁵⁶⁵.

Ocorre, entretanto, que nem toda intimação de ato processual se dá por meio de publicação no *Diário Oficial*, sendo questionável o acerto da previsão contida no art. 346 do Novo CPC para tais hipóteses. O autor sai intimado de atos praticados em audiência, mas, se o réu é revel, deve haver publicação no *Diário Oficial*? Se o autor for intimado pessoalmente do ato processual, em razão de sua especial qualidade ou de particularidade do caso concreto, será necessária a publicação em *Diário Oficial*? Entendo que nesses casos será inaplicável o artigo ora analisado e o prazo para o réu terá sua contagem iniciada com a intimação do autor.

Por outro lado, a intimação do réu nem sempre decorre de uma decisão, podendo se limitar a chamá-lo a fazer ou deixar de fazer algo porque assim prevê o procedimento, e não porque há uma decisão judicial nesse sentido. No máximo haverá um despacho, e essa circunstância não está coberta pelo art. 346 do Novo CPC. Contudo, se o ato a ser praticado não é postulatório, ainda que independa de intimação para o autor, não vejo como dispensar a intimação para o réu revel sem patrono constituído, até porque, se o ato é postulatório, a intimação deve ser feita na

pessoa do advogado, que, nesse caso, não existe, mas para atos pessoais a intimação deve ser pessoal. Para evitar tais questionamentos, bastaria ao dispositivo manter expressa a regra pela dispensa da intimação do réu revel sem advogado constituído, mas a omissão legal não será suficiente para afastar tal efeito da revelia nessas situações.

A melhor doutrina lembra que determinadas hipóteses de intimação pessoal do réu exigirão a intimação pessoal do réu revel, como a intimação para prestar depoimento pessoal e exhibir documentos⁵⁶⁶, em entendimento totalmente aplicável à luz do Novo Código de Processo Civil.

19.2.3. JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO

Em criticada regra, o art. 330, II, do CPC/1973 previa que uma das hipóteses de julgamento antecipado da lide era a revelia. Mais uma vez o legislador indevidamente confundia a revelia com os seus efeitos, o que ficava claro com a previsão do art. 324 do CPC/1973, que determinava a especificação de provas quando o juiz, apesar da revelia do réu, não presumisse os fatos como verdadeiros. Mesmo diante do texto legal já se notava que não bastava a revelia para que fosse aplicado o art. 330, II, do CPC/1973, sendo indispensável que o juiz presumisse os fatos alegados pelo autor como verdadeiros, o que tornaria a fase probatória desnecessária, condição indispensável ao julgamento antecipado da lide.

O problema foi superado pela redação do art. 355, II, do Novo CPC, que prevê tal forma de julgamento somente na hipótese de revelia com presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. O dispositivo vai ainda mais longe, prevendo que o julgamento antecipado também não será admitido se o réu, fazendo-se representar nos autos a tempo, requerer a produção de provas. Nesse caso, houve exagero do legislador porque o réu revel só terá tempo hábil se o juiz não tiver presumido verdadeiros os fatos e intimado o autor para especificar as provas.

19.3. MODIFICAÇÃO OBJETIVA DA DEMANDA

Previo o art. 264 do CPC/1973 que o autor podia livremente modificar sua causa de pedir e pedido até a citação do réu; após a citação e até o momento de saneamento do processo essa mudança dependia de concordância do réu; após o saneamento a modificação era vedada, mesmo que existisse concordância do réu.

No processo em que se verificasse a revelia, previa o art. 321 do CPC/1973 que o autor, desde que realizada nova citação do réu, poderia alterar o pedido, causa de pedir e demandar declaração incidente, sendo nesse caso assegurado um novo prazo de resposta ao réu. Não parecia feliz a redação do dispositivo legal porque, se o réu era revel, significava que já fora citado, ou seja, já estava integrado à relação jurídica processual, não sendo necessário realizar uma nova citação em razão da alteração objetiva da demanda. Bastaria uma intimação pessoal informando-o da alteração e abrindo um novo prazo de resposta⁵⁶⁷.

Concedida uma nova oportunidade de resposta ao réu revel em razão de sua segunda citação no processo, e efetivamente contestada a demanda, naturalmente o réu deixaria de ser revel. É certo que não poderia nessa oportunidade impugnar matérias que deveria ter impugnado após a sua primeira citação, não sendo essa segunda oportunidade de defesa uma nova chance de impugnar matérias já atingidas pela preclusão em razão de sua revelia diante da primeira citação. A defesa estaria, portanto, limitada ao objeto da alteração objetiva realizada pelo autor. De qualquer forma, ainda que o réu não pudesse realizar uma impugnação completa da pretensão do autor, a mera presença de uma contestação no processo fazia com que o réu não pudesse mais ser considerado revel.

A doutrina era pacífica no tocante à limitação do objeto de defesa do réu revel após sua segunda citação ao objeto da alteração objetiva da demanda. É preciso perceber, entretanto, que ao depender da espécie de modificação, o réu, mesmo se limitando em sua defesa ao objeto da alteração objetiva, poderia impugnar fatos que fundamentavam a pretensão originariamente postulada pelo autor, o que afastaria o único efeito da revelia que ainda poderia ser gerado, a presunção de veracidade dos fatos. Basta imaginar uma ampliação do pedido, quantitativa ou qualitativa, mantendo-se a mesma causa de pedir. O réu, citado pela segunda vez, em tese se limitaria ao objeto da alteração, mas, como não houve alteração da causa de pedir, para impugnar a nova pretensão poderia impugnar os mesmos fatos que fundamentam tanto a nova como a originária pretensão do autor. Nesses casos, ainda que a defesa do réu se limitasse ao objeto de alteração, seriam afastados todos os efeitos da revelia no caso concreto.

sua petição inicial, passando a pleitear R\$ 10.000,00 de danos emergentes e R\$ 4.000,00 de lucros cessantes. Citado novamente, Alarico ingressa na demanda e apresenta contestação nos limites da alteração objetiva realizada por Cibele, sendo natural que, além de impugnar os R\$ 5.000,00 a mais a título de danos emergentes e o pedido de lucros cessantes, possa impugnar os fatos constitutivos do direito de Cibele, narrados originariamente na petição inicial. Com isso, será afastada a presunção de veracidade dos fatos. Situação diferente ocorreria se Cibele ampliasse as causas de pedir, mantendo o mesmo pedido; na petição inicial alega a embriaguez de Alarico como fator do acidente automobilístico e pleiteia a condenação em danos materiais. Diante da revelia, Cibele adita a inicial e alega também que Alarico estava na contramão no momento do acidente. Nesse caso, mesmo que Alarico compareça no processo depois de sua segunda citação, só poderá impugnar o fato de estar na contramão, sendo legítimo ao juiz presumir como verdadeira a alegação de embriaguez.

O Novo Código de Processo Civil não tem dispositivo que preveja a matéria tratada pelo art. 321 do CPC/1973. Quanto à propositura da ação declaratória incidental, compreende-se a omissão porque essa espécie de ação desaparece no Novo Código de Processo Civil, ainda que o art. 503 § 1.º, II, tenha condicionado a coisa julgada material da solução da questão prejudicial ao contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia. Entretanto, com relação à mudança objetiva da demanda, o silêncio do legislador não se justifica, ainda mais se for considerado que as regras da estabilização objetiva da demanda foram mantidas pelo art. 329 do Novo CPC.

Apesar da omissão legislativa, é no mínimo complicado admitir que, depois da revelia, o autor modifique o objeto da demanda sem que o réu tenha conhecimento e possa se defender. O problema é que, sem uma regra específica a esse respeito e com a dispensa da citação do réu revel diante de tal alteração, poderá o réu ser derrotado por causa de pedir que não lhe chegou ao conhecimento ou mesmo ser condenado por pedido por ele desconhecido.

A violação ao princípio do contraditório nesse caso exige dos juízes no caso concreto uma atuação fora da mera interpretação das normas que regulamentam a revelia no Novo Código de Processo Civil, de forma que ao menos uma intimação pessoal do réu a respeito da mudança objetiva da demanda realizada pelo autor após sua revelia deve ocorrer, sob pena de grave violação ao princípio do contraditório.

19.4. INGRESSO DO RÉU REVEL NO PROCESSO

Correta lição doutrinária afirma que faz parte do passado o entendimento de que a revelia constitui um ato de ofensa do réu com o Poder Judiciário, por demonstrar seu pouco caso com a atuação jurisdicional. Durante certo tempo da história, a repulsa a esse comportamento gerava inclusive a ida à força do réu ao processo, pois entendia-se inconcebível o réu não responder ao chamado jurisdicional. Isso tudo faz parte do passado, porque atualmente não se encara a revelia como um ato de afronta ou pouca consideração com o Poder Judiciário, sendo diversas as razões que levam um réu a ser revel, e todas elas irrelevantes. Como elegante expressão doutrinária afirma, o réu revel não é um delinquente, mas um mero ausente, não devendo ser punido de nenhuma forma em razão de seu estado de revelia.

Diante dessa constatação, o réu revel é bem-vindo ao processo, podendo dele passar a participar a qualquer momento. Segundo o art. 346, parágrafo único, do Novo CPC, o revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo o processo no estado em que se encontrar. Significa dizer que, apesar de o réu revel ser bem-vindo, permitindo-se o seu ingresso a qualquer momento do processo, essa intervenção tardia deve respeitar as regras de preclusão, de forma que não se admitirá o retrocesso procedimental. O réu revel terá participação garantida a partir do momento de sua intervenção, mas atos processuais passados, já protegidos pela preclusão, não poderão ser repetidos ou praticados originariamente.

A regra formulada à luz das preclusões judiciais parece ser de fácil compreensão; do passado nada se altera, suportando o réu revel as consequências de sua ausência; do futuro participará ativamente o réu revel.

19.4.1. PARTICIPAÇÃO DO RÉU REVEL NO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

No campo probatório, entretanto, a aparente simplicidade da regra prevista no art. 346, parágrafo único, do Novo CPC pode esconder algumas complicações. Naturalmente a regra continua a ser aplicada, mas é imprescindível para fixar o seu exato alcance a percepção de que a prova surge no processo mediante um procedimento probatório, sendo a participação do réu revel condicionada ao momento desse procedimento probatório quando ingressa no processo⁵⁶⁸. A Súmula 231 do Supremo Tribunal Federal permite a produção de prova pelo réu revel, mas há limitações que dependem do momento de ingresso no processo.

Na tentativa de solucionar os dilemas surgidos quanto à participação do réu revel na instrução probatória, o Novo CPC prevê em seu art. 349 que ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção. A regra está posta, mas cabe à doutrina esmiuçá-la.

19.4.1.1. Provas causais

Provas causais são as produzidas dentro do processo, durante seu procedimento, como ocorre com a prova testemunhal e a prova pericial. Para essas provas, o procedimento probatório é dividido em quatro fases:

- (a) propositura,
- (b) admissibilidade;
- (c) produção, fase dividida em preparação e realização; e
- (d) valoração.

A propositura das provas deve ser feita no primeiro momento em que as partes falam nos autos; o autor na petição inicial (art. 319, VI, do Novo CPC) e o réu na contestação (art. 336 do Novo CPC). Como se pode notar, o réu revel é aquele que não contesta, e sendo esse o momento procedimental para o réu requerer a produção de provas, é natural que, qualquer que seja o momento de ingresso do réu revel no processo, ele não poderá propor a produção de prova. Registre-se posição doutrinária que entende possível ao réu revel requerer provas, desde que compareça ao processo no prazo de especificação de provas. Embora a especificação de provas, nos termos do art. 348 do Novo CPC, seja dirigida ao autor, essa parcela doutrinária entende que também o réu poderá especificar as provas, ainda que não as tenha pedido na contestação.

Após a propositura da prova, o juiz analisará a sua admissibilidade, tarefa em regra realizada no saneamento do processo, seja por meio de decisão escrita, seja por meio de audiência preliminar. Caso o réu revel ingresse no processo antes do juízo de admissibilidade, será facultado a ele impugnar as provas requeridas pelo autor e influenciar o convencimento do juiz na análise de sua admissibilidade.

Na fase de produção da prova existe uma divisão procedimental entre a preparação e a realização. Numa prova testemunhal, os atos de arrolar uma

testemunha e de intimação são atos de preparação, enquanto a oitiva em audiência é ato de realização. Numa prova pericial, a indicação de quesitos e de assistente técnico faz parte do momento preparatório, ao passo que a resposta desses quesitos pelo perito faz parte da realização. O importante é entender que no momento de preparação a prova já está sendo produzida. Caso o réu revel ingresse na demanda antes do momento de preparação da prova, poderá livremente dela participar, sendo essa a razão pela qual se admite ao réu revel arrolar testemunhas e indicar quesitos e assistentes técnicos. Note-se que em tese o réu revel não pode pedir a produção de prova testemunhal ou pericial, mas, tendo sido deferidos tais meios de prova pelo juiz – em razão de pedido do autor ou de ofício –, o réu revel poderá participar de sua preparação, desde que ingresse no processo em momento adequado para tanto. Caso o réu revel ingresse no processo depois do momento de preparação, mas antes da realização, poderá desse segundo momento ativamente participar, como comparecer à audiência, contraditar e fazer perguntas às testemunhas, como também impugnar o laudo pericial e requerer a presença do perito em audiência para o esclarecimento de dúvidas⁵⁶⁹.

Por fim, a fase da valoração, realizada pelo juiz em sua sentença. Tendo o réu revel ingressado na demanda após a produção da prova, restará a ele a impugnação da prova já produzida, na tentativa de influenciar o juiz na formação de seu convencimento. O mesmo poderá fazer se ingressar no processo dentro do prazo de apelação.

19.4.1.2. Provas pré-constituídas

Provas pré-constituídas são aquelas formadas fora do processo, sendo o exemplo clássico a prova documental. O procedimento probatório dessa espécie de prova é dividido em três fases:

- (a) propositura e produção;
- (b) admissibilidade;
- (c) valoração.

Já existindo a prova fora do processo, como ocorre com a prova documental, caberá ao autor na petição inicial e ao réu na contestação não só requererem a sua produção, mas produzirem-na nesse momento procedimental. Diante dessa regra,

seria correta a conclusão de que o réu revel nunca poderá produzir prova préconstituída, considerando-se que o seu ingresso na demanda sempre se dará após o momento de ausência jurídica de contestação? A resposta é afirmativa, mas deve ser dada com extrema cautela. O art. 435 do Novo CPC prevê uma série de hipóteses em que se admitirá a juntada de documentos após a petição inicial e a contestação, exigindo que a juntada extemporânea seja analisada à luz do princípio da boa-fé consagrada no art. 5º do Novo CPC.

Ao menos no tocante à preservação da boa-fé, para o réu revel será mais fácil o seu preenchimento do que para um réu que contesta. Não tendo apresentado a contestação, momento adequado para a produção da prova documental, será difícil acreditar que a juntada posterior de documento tenha sido fruto de uma manobra de má-fé por parte do réu revel.

Quanto às fases de admissibilidade e de valoração da prova pré-constituída, aplicam-se integralmente os comentários feitos no tópico anterior quanto às provas causais.

20. PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Sumário: 20.1. Providências preliminares – 20.2. Julgamento conforme o estado do processo 20.2.1.Introdução: 20.2.2. Extinção do processo sem a resolução do mérito; 20.2.3.Extinção do processo com a resolução do mérito, fundada no art. 487, II e III, do Novo CPC; 20.2.4. Julgamento antecipado do mérito – 20.2.5. Julgamento antecipado parcial do mérito; 20.2.6. Saneamento e organização do processo.

20.1. PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

Segundo o art. 347 do Novo CPC, findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências preliminares previstas em lei. O dispositivo é substancialmente igual ao art. 323 do CPC/1973 que, entretanto, era superior ao prever que as providências preliminares seriam tomadas após o prazo de resposta do réu. A confusão entre gênero e espécie foi devidamente afastada em várias passagens do Novo CPC, mas, infelizmente, no art. 344 modificou-se errando aquilo que no diploma processual revogado estava corretamente previsto.

Como já ocorria no CPC/1973, no Novo Código de Processo Civil as providências preliminares não constituem uma fase obrigatória do procedimento, dependendo sua existência das circunstâncias do caso concreto.

Na hipótese de o réu ser revel, a postura a ser adotada pelo juiz dependerá da geração ou não do principal efeito da revelia. Sendo presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor, será caso de julgamento antecipado do mérito, nos termos do art. 355, II, do Novo CPC. Não sendo presumidos os fatos como verdadeiros, aplica-se o art. 348 do Novo CPC, com a determinação ao autor para que especifique as provas que pretende produzir, se ainda não as tiver indicado.

Mantendo a tradição omissiva do art. 324 do CPC/1973, o art. 348 do Novo CPC deixa de prever expressamente o prazo para a especificação de provas. Como para as outras espécies de providência preliminar há previsão expressa de quinze dias,

entendo que para preservar a homogeneidade dessas reações do autor reunidas no capítulo ora analisado também assim o seja na especificação de provas.

Interessante notar que o art. 348 do Novo CPC, em sua interpretação literal, tem aplicação tão somente na hipótese de revelia do réu, da mesma forma como ocorria com o art. 324 do CPC/1973. Ocorre, entretanto, que com a aceitação doutrinária e jurisprudencial dos pedidos genéricos de produção de prova na petição inicial e na contestação do procedimento ordinário, que não deve se alterar com o novo diploma processual, o art. 348 do Novo CPC continuará a ser aplicado de forma ampliativa como era seu antecessor, permitindo que o juiz determine às partes a especificação de provas mesmo diante de réu não revel. Como o juiz não sabe exatamente o que as partes pretendem produzir em termos probatórios, determina a especificação de provas em qualquer situação, ampliando-se consideravelmente na praxe forense o âmbito de aplicação do art. 324 do CPC/1973 em realidade que deve se repetir na aplicação do art. 348 do Novo CPC.

O art. 349 do Novo CPC versa sobre a participação do réu revel no procedimento probatório na hipótese de o juiz determinar a intimação do autor a especificar as provas que pretende produzir. O tema é devidamente enfrentado no Capítulo 19, item 19.4.1.

A segunda providência preliminar prevista pelo Código de Processo Civil consiste na réplica, oportunidade de manifestação aberta ao autor sempre que o réu alegar em sua contestação *defesa de mérito indireta* e/ou *defesa processual*. Nessas duas espécies de matéria defensiva, o réu traz uma novidade ao processo, tanto quando alega um fato novo impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, como quando alega uma defesa preliminar, naturalmente não narrada pelo autor em sua petição inicial.

No tocante à alegação pelo réu de preliminares em sua contestação, o art. 352 do Novo CPC prevê que caso o juiz verifique a existência de irregularidades ou vícios sanáveis, determinará sua correção em prazo nunca superior a trinta dias. A regra já constava do art. 327 do CPC/1973 e se refere às defesas processuais dilatórias potencialmente peremptórias, devidamente analisadas no Capítulo 18, item 18.2.2.1.3.

Como se pode notar, a réplica é manifestação do princípio do *contraditório*,

exigindo-se a oitiva do autor a respeito de matérias novas do processo que podem ser determinantes para a decisão judicial. Na praxe forense, entretanto, percebe-se uma indevida generalização da réplica, abrindo-se prazo para manifestação do autor a respeito da contestação mesmo quando essa resposta do réu seja fundada tão somente em defesa de mérito direta. Tal postura, além de contrariar o texto legal, não encontra nenhuma justificativa plausível, devendo ser criticada. Isso quando o juiz não abre prazo para a tréplica, e assim por diante.

20.2. JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

20.2.1. INTRODUÇÃO

Ultrapassada a fase das providências preliminares, ainda que nenhuma delas tenha sido necessária, o processo chega a uma nova fase, em que o juiz proferirá uma decisão, que pode ser interlocutória ou sentencial. Nesse momento, abrem-se quatro caminhos possíveis ao juiz, sendo que em três deles o processo será extinto por sentença e em outro a decisão terá natureza saneadora, com o prosseguimento da demanda e o ingresso na fase probatória. Trata-se da fase do “julgamento conforme o estado do processo”.

Entre os cinco caminhos previstos pelo Código de Processo Civil está a extinção do processo sem a resolução do mérito (art. 354, *caput* do Novo CPC); extinção do processo com a resolução do mérito, desde que a sentença se fundamente no art. 487, II e III, do Novo CPC (art. 354, *caput* do Novo CPC); julgamento antecipado do mérito (art. 355 do Novo CPC); julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC) e prolação de decisão saneadora (art. 357 do Novo CPC).

20.2.2. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Trata-se de norma legal ligada ao princípio da *economia processual*, determinando que, se o juiz perceber a inutilidade da continuação do processo, em razão de vício formal insanável, deve determinar a extinção do processo sem a resolução do mérito. É preciso afirmar que a maioria dos casos previstos pelo art. 485 do Novo CPC, e repetidos pelo art. 337 do mesmo diploma processual, e que fundamentam essa espécie de extinção do processo, poderia ter sido objeto de

apreciação de ofício anterior ao momento procedimental ora analisado.

É inegável, por exemplo, que uma ilegitimidade de parte, percebida pelo juiz na leitura da peça inicial, gerará seu indeferimento, com a conseqüente extinção do processo sem a resolução do mérito. Nesse caso, evidentemente, não haverá oportunidade para a fase de julgamento conforme o estado do processo, visto que o mesmo terá atingido seu fim num momento processual bem anterior a tal fase. Por outro lado, se a ilegitimidade de parte for percebida somente após a manifestação do réu em sua defesa, deverá o juiz, aí sim, nesse momento, extinguir o processo sem a resolução do mérito. Como a matéria é de ordem pública e por isso não é atingida pela preclusão, mesmo após esse momento procedimental o processo poderá ser extinto sem a resolução de mérito.

O Novo Código de Processo Civil traz novidade em seu art. 354, parágrafo único, importante regra quanto ao cabimento do agravo de instrumento diante de decisão terminativa (art. 485) ou de mérito (art. 487, II e III) que resolver apenas parcela do processo. A redação do dispositivo não merece elogios porque sugere a existência de uma extinção parcial do processo, o que é algo rejeitado historicamente pela melhor doutrina. Seria como falar em mulher meio grávida ou funcionário público meio honesto...

Por outro lado, contraria o próprio conceito de sentença previsto no art. 203, § 1º, do Novo CPC, para o qual será sentença o pronunciamento do juiz que, com fundamento nos arts. 485 e 487 do Novo CPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Um julgamento terminativo de parcela do processo não tem capacidade de extinguir o processo ou uma de suas fases, o que necessariamente o transforma em decisão interlocutória, que, nos termos do art. 203, § 2º, do Novo CPC, é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadra no conceito de sentença.

Da forma como ficou redigido o dispositivo ora comentado, passaríamos a ter, por expressa previsão legal, uma sentença recorrível por agravo de instrumento. Teria sido mais cuidadoso o legislador se tivesse expressamente previsto que a decisão terminativa que diga respeito a apenas parcela do processo é interlocutória, recorrível por agravo de instrumento, aliás, exatamente como ocorre no CPC/1973.

Outra crítica deve ser dirigida à desnecessidade de previsão específica de cabimento de agravo de instrumento da decisão que resolve parcela do mérito no momento do julgamento conforme o estado do processo, em razão de prescrição ou decadência (art. 487, II, do Novo CPC) ou homologatória de autocomposição (art. 487, III, “b” do Novo CPC). Nos termos do art. 1.015, II, do Novo CPC é cabível agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre o mérito da causa, sendo tal previsão suficiente para tutelar as hipóteses de julgamento parcial de mérito previstas no art. 354, parágrafo único, do Novo CPC.

Trata-se da consagração da sentença parcial de mérito, ainda que recorrível por agravo de instrumento por expressa indicação legal. Ocorre, entretanto, que as mesmas críticas já feitas quanto à decisão terminativa parcial também se aplicam à decisão parcial de mérito.

Quanto à natureza jurídica da decisão, que o art. 354, parágrafo único do Novo CPC sugere ser uma sentença recorrível por agravo de instrumento, já foi afirmado que o legislador poderia ter tomado mais cuidado de forma a apontar para a natureza interlocutória da decisão. Mesmo diante da redação legal, o Enunciado 103 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) conclui que: “A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento”.

A previsão que trata do cabimento de agravo contra decisão interlocutória terminativa capaz de diminuir – objetiva ou subjetivamente – a demanda tem aplicação em outros momentos procedimentais, além do julgamento conforme o estado do processo. Um exemplo emblemático do afirmado é a extinção da reconvenção por decisão interlocutória terminativa.

20.2.3. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO, FUNDADA NO ART. 487, II E III, DO NOVO CPC

É interessante a opção do legislador em não tratar das hipóteses previstas pelo art. 487, II e III, do Novo CPC, sob o instituto do julgamento antecipado do mérito. Reconhece-se nas previsões dos arts. 354, *caput*, do Novo CPC (extinção pelo art. 487, II e III, do Novo CPC) e 355 do Novo CPC (extinção pelo art. 487, I, do Novo CPC) que somente essa segunda sentença é genuinamente de mérito, daí somente ela poder ser tratada por julgamento antecipado do mérito (aqui entendido como

pedido).

Seja como for, as hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 487 do Novo CPC, são tratadas também como decisões de mérito, o que gera importantes consequências no tocante à existência de coisa julgada material nessas espécies de sentença. Extingue-se a demanda com resolução de mérito, nos termos do art. 354, *caput*, do Novo CPC, na fase de julgamento conforme o estado do processo, quando houver:

(a) prescrição ou decadência;

(b) homologação de reconhecimento jurídico do pedido, de transação e de renúncia.

É natural que a previsão dessas espécies de sentença de mérito como providências a serem adotadas pelo juiz no momento procedimental do “julgamento conforme o estado do processo” não cria uma limitação temporal para a prolação de tais sentenças. Assim, uma transação ou renúncia, por exemplo, podem gerar a extinção do processo tanto antes quanto depois do julgamento conforme o estado do processo.

20.2.4. JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO

Conforme visto, o art. 354 do Novo CPC prevê dois caminhos ao juiz, ambos levando a extinção do processo, no primeiro caso sem a resolução do mérito e no segundo com resolução do mérito. No art. 355 do Novo CPC, prevê-se mais um caminho que levará à extinção do processo com a resolução do mérito, aplicando-se ao caso concreto sempre que o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor.

O art. 330 do CPC/1973 chamava tal fenômeno processual de “julgamento antecipado da lide”, em opção unanimemente criticada pela doutrina, já que o julgamento não era da lide e sim do pedido do autor. O art. 355 do Novo CPC corretamente passa a chamar o julgamento antecipado da lide de julgamento antecipado do mérito, expressamente prevendo que a sentença que julga antecipadamente o mérito é sentença com resolução de mérito. Na realidade, ao mudar o nome da forma de julgamento, ficou exagerada essa repetição, porque, se o julgamento antecipado é do mérito, é óbvio que a sentença será de mérito.

Sendo possível dividir o processo de conhecimento em quatro fases – apesar de

não ser essa uma divisão estanque –, o julgamento antecipado do mérito se justifica em razão da desnecessidade da realização da fase probatória. Após a fase postulatória, tem-se a fase de saneamento, seguida da fase instrutória e finalmente a decisória. Não sendo necessária a produção da prova, não haverá a fase probatória, restando um vácuo entre a fase de saneamento e a decisória. Como tal vácuo é obviamente inadmissível, a fase decisória é antecipada para o momento do saneamento, resultando no julgamento antecipado da lide.

O art. 355 do Novo CPC prevê duas situações que não se confundem, mas que geram o fenômeno acima descrito, ou seja, a desnecessidade da produção probatória:

- (a) quando não houver necessidade de produção de outras provas;
- (b) quando o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 do Novo CPC e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349 do mesmo diploma legal.

O inciso I do art. 355 do Novo CPC não foi feliz ao prever a primeira hipótese de julgamento antecipado do mérito. Segundo o dispositivo, haverá essa forma de julgamento, se não houver necessidade de produção de outras provas, em previsão que não consegue alcançar todas as circunstâncias que deveria.

Na hipótese, rara é verdade, mas não impossível, de a demanda conter apenas questões de direito, não caberá julgamento antecipado do mérito?

Quando a matéria for exclusivamente de direito, não há objeto a ser tratado na instrução probatória, dado que essa fase se destina à prova dos fatos. A inexistência da narração fática, em situação que basta ao juiz interpretar as normas jurídicas objeto da ação, faz com que seja absolutamente desnecessária a instrução probatória, visto que não haverá o que provar.

E se, apesar de haver alegações de fato, estas não chegarem a se transformar em questões (art. 334 do CPC/1973 e art. 374 do Novo CPC), não haverá julgamento antecipado do mérito?

Acredito que sim. Na hipótese de fatos que não exijam provas (notórios, incontroversos, presumidos), não há necessidade de instrução probatória e por consequência natural o julgamento antecipado do mérito é legítimo.

O que o dispositivo deveria ter previsto, mas não o fez, é que o julgamento antecipado do mérito será cabível sempre que se mostrar desnecessária a instrução probatória após a apresentação de contestação pelo réu. Seja porque só há questões de direito, seja porque as questões de fato independem de prova, quer porque as provas pré-constituídas (geralmente documentos) que instruíram a petição inicial e a contestação são suficientes para a formação do convencimento do juiz.

Apesar de não prever exatamente isso, acredito que deva ser essa a situação a ser considerada para o julgamento antecipado do mérito com fundamento no dispositivo ora analisado.

A melhor doutrina lembra que o juízo de primeiro grau não é o único órgão julgador, visto que o processo poderá ser julgado em sede de apelação. Em razão disso, o juiz de primeiro grau deve evitar dois erros; indeferir provas pertinentes porque já se convenceu em sentido contrário ou ainda indeferir provas porque, em seu entender, a interpretação do direito não favorece o autor. Nesses casos, a interrupção abrupta do processo, sem a realização de provas, constitui cerceamento de defesa, gerando a anulação da sentença e dispêndio desnecessário de tempo e de dinheiro.

A segunda hipótese de julgamento antecipado do mérito, prevista no inciso II do art. 355 do Novo CPC, prevê a condição de revelia do réu e outros dois requisitos aparentemente cumulativos: o juiz presumir a veracidade dos fatos e não haver pedido do réu de produção de prova.

Acredito que os dois requisitos são na realidade faces de uma mesma moeda, porque se o juiz presumir a veracidade dos fatos julgará antecipadamente o mérito e o réu não terá oportunidade de requerer validamente a produção de provas. Por outro lado, se não for cabível ao caso concreto a presunção de veracidade, aplicar-se-á o previsto no art. 348 do Novo CPC.

Mas reconheço que é possível, apesar de excepcionalíssimo, que haja pedido do réu revel pela produção de prova antes mesmo de o juiz decidir sobre o cabimento do julgamento antecipado do mérito ou da especificação de provas. É natural que após a revelia do réu os autos sejam conclusos para o juiz, que decidirá entre julgar antecipadamente o mérito e determinar ao autor a especificação de provas. E é

possível, ainda que extremamente raro, que nesse meio tempo o réu compareça ao processo requerendo a produção de prova. Mais comum será a hipótese de réu que contesta intempestivamente pedindo a produção de prova.

E nessa situação, ainda que extremamente rara, é que surge o problema. Porque se levando ao pé da letra não será cabível o julgamento antecipado do mérito porque, ainda que o juiz presuma verdadeiros os fatos alegados pelo autor, haverá pedido de produção de prova elaborado pelo réu. Acredito ser evidente a possibilidade de julgamento antecipado do mérito nesse caso, porque a presunção ou não da veracidade dos fatos independe de o réu ter ou não pedido a produção de provas. Essa é a única interpretação possível ao criticável dispositivo legal.

20.2.5. JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

A grande novidade do Novo Código de Processo Civil quanto ao julgamento antecipado do mérito é a previsão expressa de que ele pode ser parcial. Nos termos do art. 356 do novo diploma processual, o juiz decidirá parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados – ou parte deles – mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 do Novo CPC.

O dispositivo encerra uma considerável polêmica doutrinária quanto à melhor interpretação do art. 273, § 6.º, do CPC/1973. Apesar de prevista como espécie de tutela antecipada no revogado diploma processual, o julgamento parcial do mérito suscitava interessante debate doutrinário: seria realmente uma espécie diferenciada de *tutela antecipada* ou um *julgamento antecipado parcial da lide*?

Havia parte da doutrina que entendia não se tratar de genuína tutela antecipada, mas sim de julgamento antecipado parcial da lide, e, em vez de um parágrafo no art. 273 do CPC/1973, o legislador deveria ter incluído um parágrafo no art. 330 do CPC/1973. Para essa corrente doutrinária, a cognição do juiz, ao decidir parcela da pretensão do autor, era exauriente, fundando-se a decisão em um juízo de certeza. Tratando-se de resolução do mérito fundada em juízo de certeza, a decisão seria apta a gerar coisa julgada material, não podendo ser revogada nem modificada pela decisão final da demanda, sendo inaplicável à espécie o art. 273, § 4.º, do CPC/1973⁵⁷⁰.

Existia outra corrente doutrinária que defendia a natureza de tutela antecipada, afirmando-se que o art. 273, § 4.º, do CPC/1973 era totalmente aplicável à tutela antecipada de parcela incontroversa da pretensão do autor. Para essa corrente doutrinária, apesar de o juízo de verossimilhança ser ainda mais robusto que nas outras espécies de tutela antecipada, o juiz não decidia com fundamento em cognição exauriente, sendo admissível que ao final da demanda reformulasse seu entendimento e revogasse ou modificasse a decisão concessiva de tutela antecipada⁵⁷¹.

Diante da realidade legislativa imposta pelo revogado Código de Processo Civil, entendia-se que a opção do legislador em qualificar o julgamento de parcela da pretensão quando incontroversa era determinante para a solução do impasse doutrinário. Defendia-se ser possível a criação do fracionamento do julgamento de mérito por meio da admissibilidade de julgamento antecipado parcial da lide, com decisão fundada em cognição exauriente e apta a gerar a coisa julgada material. Por uma opção legislativa, o processo continuaria somente para decidir a parcela controversa da pretensão, e sua decisão não afetaria o que já teria sido resolvido definitivamente. Não foi isso, entretanto, o que a Lei 10.444/2002 criou ao incluir o § 6.º ao art. 273 do CPC/1973⁵⁷².

Se o legislador no CPC/1973 tratou do fenômeno como espécie de tutela antecipada, não restava dúvida da aplicação dos §§ 4.º e 5.º do art. 273 do CPC/1973 a essa espécie de tutela antecipada, significando que a tutela antecipada poderia ser revogada ou modificada a qualquer momento, ainda que somente na hipótese de haver novas circunstâncias.

Diante dessa realidade, defendia que, mesmo considerando-se a cognição exauriente nessa espécie de tutela antecipada, o conhecimento superveniente de matérias de ordem pública, que poderiam inclusive ser levadas a processo *ex officio* pelo juiz, seria apto a extinguir o processo sem resolução do mérito, acarretando a imediata revogação da tutela antecipada anteriormente concedida. Essa possibilidade de revogação demonstrava que a decisão concessiva de tutela antecipada não era definitiva, não sendo apta a gerar coisa julgada material⁵⁷³.

Há, inclusive, interessante julgamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do art. 273, § 6.º, do CPC/1973, no qual o tribunal, além de reconhecer que essa tutela antecipada não é espécie de tutela de urgência, afirma que a cognição é exauriente,

mas que em razão de política legislativa a tutela do incontroverso não é suscetível de imunidade pela coisa julgada, sendo concedida por meio de decisão interlocutória de mérito⁵⁷⁴.

A opção do legislador no Novo Código de Processo Civil foi modificar a natureza jurídica dessa espécie de julgamento, tornando o que anteriormente era uma espécie diferenciada de tutela antecipada em julgamento antecipado parcial do mérito. Afastou-se do princípio da unicidade do julgamento do mérito preconizado por Chiovenda, passando a prever a hipótese de julgamento fracionado de mérito.

Há duas hipóteses de cabimento do julgamento antecipado parcial do mérito previstas pelos incisos do art. 356 do Novo CPC.

A incontrovérsia de um dos pedidos ou de parcela de um pedido prevista pelo inciso I do art. 356 do Novo CPC deve ser compreendida como o parcial reconhecimento jurídico do pedido. O dispositivo não trata da incontrovérsia dos fatos, mas do pedido, e a única forma de o pedido do autor se tornar incontroverso é por meio de ato de autocomposição unilateral do réu. Nesse caso, caberá ao juiz julgar a parcela incontroversa por meio da sentença homologatória de mérito prevista no art. 487, III, “a”, do Novo CPC.

Também será cabível o julgamento antecipado parcial do mérito quando um ou mais pedidos, ou parcela deles, estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 do Novo CPC.

O inciso II do art. 356 do Novo CPC é de simples compreensão: é possível se julgar antecipadamente parcela do mérito sempre que com relação a essa parcela não houver necessidade de produção de provas, quer porque já produzidas, quer porque dispensável a produção de qualquer prova.

Com a alteração, o capítulo que decide parcela do mérito produzirá coisa julgada material ao transitar em julgado, não sendo possível o juiz posteriormente modificar a decisão ao resolver a parcela do mérito que demandou a continuidade, ainda que parcial, do processo.

Nos termos do art. 356, § 1.º, do Novo CPC, a decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. A norma

parece ser fruto de excesso de zelo do legislador porque, se a forma de julgamento é antecipada do mérito, ainda que parcial, seria natural entender que a obrigação reconhecida pudesse ser líquida ou ilíquida. Sob a ótica do ditado popular “o que abunda não prejudica”, o dispositivo não deve gerar consequências práticas relevantes.

O § 2.º do dispositivo ora comentado é interessante porque libera a liquidação ou execução imediata na obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso pendente de julgamento. O dispositivo é compatível com o § 5.º, que prevê a decisão ser recorrível por agravo de instrumento, recurso sem efeito suspensivo.

Há, entretanto, uma gritante contradição entre qualquer decisão que resolva o mérito e seja recorrível por apelação e a decisão que julga antecipadamente parcela do mérito. Enquanto no primeiro caso será inviável, ao menos em regra, a execução em razão do efeito suspensivo do recurso; no segundo, será cabível a execução provisória. A distinção de tratamento não tem qualquer justificativa lógica ou jurídica plausível, porque trata julgamentos de mérito de maneira distinta quanto à sua eficácia imediata sem nada que justifique o tratamento desigual, em nítida ofensa ao princípio da isonomia. Sou um crítico do efeito suspensivo como regra na apelação, mas, uma vez sendo essa a opção legislativa, realmente fica complicado compreender por que a decisão que julga antecipadamente parcela do mérito pode ser executada provisoriamente.

Essa manifesta contradição, entretanto, não permite a conclusão paradoxal de que para os atos previstos no art. 520, IV, do Novo CPC será exigida a prestação da caução⁵⁷⁵. Esse entendimento torna letra morta o art. 356, § 2º, do Novo CPC⁵⁷⁶.

Por outro lado, a previsão expressa do § 5.º do art. 356 do Novo CPC de que a decisão que julga antecipadamente parcela do mérito é recorrível por agravo de instrumento gera problemas porque teremos no sistema processual dois recursos distintos ao segundo grau para reexame de decisão de mérito. Insisto que não é solução adequada prever agravo de instrumento contra decisão que resolve o mérito enquanto a apelação mantiver muito mais garantias ao recorrente do que o agravo de instrumento. Resolve-se um problema (não haver múltiplas apelações em momentos distintos) e se criam inúmeros outros. Abre-se espaço, até mesmo, para a exótica

“apelação de instrumento”, um recurso de agravo de instrumento com as garantias processuais da apelação...

Reconheço, por outro lado, que o Novo Código de Processo Civil aproximou consideravelmente o procedimento dos recursos de apelação e de agravo de instrumento interposto contra decisão de mérito, que passam a ter o mesmo prazo de interposição (15 dias), nenhum deles conta com revisor e é aplicável a ambos a técnica de julgamento substitutiva dos embargos infringentes.

Mas ainda há diferenças, como a sustentação oral, admitida na apelação e não no agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória de mérito. E a questão dos diferentes efeitos de tais recursos é o principal problema, conforme já analisado.

Por fim, o art. 356, § 4.º, do Novo CPC, prevê regra mais cartorial do que processual ao disciplinar a forma de autuação da liquidação ou cumprimento de sentença da decisão que julga parcialmente o mérito. Nos termos do dispositivo, poderão nesse caso ser criados autos complementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz, o que deve ocorrer para não embaralhar o procedimento principal da parcela do processo que ainda não foi julgada e a liquidação ou execução da decisão que decidiu o mérito de forma antecipada e parcial.

20.2.6. SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

Como verificado nos itens anteriores, todos os caminhos possíveis existentes ao juiz já analisados levam o processo à sua extinção, ora com a resolução do mérito (sentença definitiva), ora sem essa resolução (sentença terminativa). A única possibilidade de o processo prosseguir é o seu saneamento, hipótese verificável sempre que não for possível sua extinção pelos motivos já analisados.

O saneamento e a organização do processo estão previstos no art. 357 do Novo CPC. Além de tornar o saneamento escrito a regra, o dispositivo tem profunda inovação com relação ao art. 331 do CPC/1973. Não consta mais entre os atos a serem praticados nesse momento procedimental a tentativa de autocomposição. Acredito que a mudança tenha se dado pelo fato de tal tentativa, além de ter uma audiência específica para ocorrer, não é mais realizada pelo juiz da causa, e sim por um conciliador ou mediador pertencente ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos vinculado ao juízo.

A novidade é interessante por desvincular o saneamento da tentativa de solução consensual, e sob esse aspecto correta e bastante elogiável. A história mostra que essa confusão não levava a bons resultados, inclusive com a dispensa da audiência preliminar em hipóteses em que a autocomposição era concreta ou supostamente inviável.

Ainda assim parece não haver qualquer impedimento ao juiz em tentar nesse momento a autocomposição ou a mediação entre as partes.

O saneamento – e agora também organização – do processo continua a ser um ato processual complexo, como atestam os incisos do art. 357 do Novo CPC, cabendo ao juiz, nesse momento procedimental: resolver, se houver, as questões processuais pendentes; delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 do Novo CPC; delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; e, se necessário, designar audiência de instrução e julgamento.

Nos termos do inciso I do art. 357 do Novo CPC, o primeiro ato a ser praticado pelo juiz no saneamento e organização do processo é a resolução das questões processuais pendentes, sanando alguma irregularidade que porventura ainda exista. Com isso, estará deixando o processo, do ponto de vista formal, absolutamente pronto e regular para a posterior fase instrutória e derradeiramente à fase decisória. Caso não haja nenhuma irregularidade – o que geralmente ocorre –, visto que o juiz desde o início do processo busca sanar eventuais vícios sanáveis (p. ex., emenda da inicial), haverá tão somente a declaração de que o processo se encontra sem vícios, preparado, portanto, para seu regular desenvolvimento.

Ultrapassada essa fase, o juiz deverá passar à fixação dos pontos controvertidos. Segundo o inciso II do dispositivo ora comentado, essa fixação se dá por meio da delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória.

Essa fixação busca otimizar a instrução probatória, dado que o juiz, sendo o destinatário das provas, determina antes do início de sua produção quais fatos controvertidos realmente interessam ser provados para a formação de seu convencimento. É forma de afastar o trabalho inútil das partes em provar fatos que

não são controvertidos e outros, que apesar da controvérsia, não interessam ao convencimento do juiz. Com tal fixação todos ganham: as partes, que voltarão suas energias para o que realmente interessa na fase probatória e o próprio juiz, que economizará tempo que seria despendido na produção de provas inúteis.

Após a fixação dos pontos controvertidos, momento em que se determinará o objeto da fase probatória (o que se deve provar), o juiz determina os meios de prova para que tais questões possam ser provadas. Ou seja, depois de fixado o objeto da prova, o juiz determina de que forma tal prova será produzida, deferindo ou indeferindo meios de prova requeridos pelas partes, como também indicando a produção de provas por meios não pedidos, ou seja, de ofício (art. 370 do Novo CPC). Fixa-se, portanto, o que se deve provar e como isso ocorrerá.

Em novidade do Novo Código de Processo Civil, o saneamento passa a ser o momento adequado para o juiz definir a distribuição do ônus da prova. Conforme devidamente analisado no Capítulo 22, item 22.1.7.3., o art. 373, § 2º, do Novo CPC exige o respeito ao contraditório na distribuição do ônus probatório, para que a parte não seja surpreendida ao final da instrução com a informação de que o ônus da prova era dela. O momento mais racional para essa distribuição é o saneamento e organização do processo, ou seja, antes do início da fase instrutória. Por isso deve ser elogiada a previsão do art. 357, III, do Novo CPC.

A previsão, entretanto, não cria qualquer espécie de preclusão ao juiz, que mesmo depois do saneamento do processo poderá distribuir os ônus da prova, conforme lhe faculta o art. 373, § 1º, do Novo CPC. Mas nesse caso terá que reabrir a instrução, o que não é o ideal, tendo-se em conta os princípios da duração razoável do processo e da economia processual.

Também é inovadora a previsão do inciso IV do art. 357 do Novo CPC, que prevê a delimitação das questões de direito relevantes para a decisão do mérito. Fazendo-se um paralelo com a tradicional fixação da matéria fática controvertida, passa a ser incumbência do juiz também definir quais questões de direito são relevantes para a formação de seu convencimento. Apesar de um paralelo possível, há uma diferença fundamental: as questões de fato precisam ser provadas pelas partes, o que não ocorre com as questões de direito em razão da aplicação do brocardo *iura noti curia* ou *dahim factum dabo tibu ius*.

Entendo que a exigência ora analisada se preste tão somente para sinalizar às partes quais as questões de direito que serão essenciais para a prolação da decisão de mérito, evitando-se assim que as partes percam seu tempo e energia com discussões jurídicas inúteis.

Finalmente, e sempre que necessário, designa-se a audiência de instrução e julgamento. O art. 357, V, do Novo CPC foi cuidadoso em indicar que essa atividade processual somente será exercida se for necessário, visto que é perfeitamente possível o processo chegar ao seu fim sem a necessidade de realização de tal audiência (basta pensar numa demanda em que a única prova a ser produzida seja a pericial e que não haja necessidade da presença dos peritos em audiência).

Dessa forma, apenas será designada a audiência de instrução e julgamento quando for necessária a produção de prova oral (depoimento pessoal, testemunhas e, raramente, a presença do perito para esclarecer em audiência pontos obscuros ou duvidosos de seu laudo).

Caso o juiz defira a prova testemunhal, já deve fixar prazo comum não superior a 15 dias para que as partes apresentem rol de testemunhas (art. 357, § 4.º, do Novo CPC), e, se houver a designação de audiência, as partes deverão nesse ato apresentar o rol de testemunhas (art. 357, § 5.º, do Novo CPC), o que leva à conclusão de que caberá às partes o ônus de formular tal rol, mesmo sem saber se haverá prova testemunhal, considerando que na hipótese do § 3.º do art. 357 do Novo CPC o saneamento será realizado de modo compartilhado em audiência.

Ainda quanto à designação de produção de prova testemunhal, o § 6.º repete a regra do art. 407, parágrafo único, do CPC/1973, ao prever que o número de testemunhas arroladas não pode ser superior a dez, sendo três, no máximo, para a prova de cada fato.

Há, entretanto, novidade no § 7.º do art. 357 do Novo CPC ao permitir que o juiz limite o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados. O dispositivo claramente abre a possibilidade de o juiz deferir um número de testemunhas abaixo do máximo previsto pelo parágrafo anterior, em poder que deve ser utilizado com extrema ponderação, considerando que o convencimento na maioria das vezes, não se limita apenas ao juiz que produz a

prova em primeiro grau, mas também aos desembargadores que julgarão a futura e provável apelação.

Segundo o art. 357, § 8º, do Novo CPC, sendo determinada a produção da prova pericial, o juiz deve nomear o perito e fixar de imediato o prazo para a entrega do laudo (art. 465 do Novo CPC) e, se possível, estabelecer, desde logo, um calendário para a sua realização.

No sistema consagrado no art. 331 do CPC/1973, o saneamento do processo era realizado, em regra, por meio de uma audiência chamada de audiência preliminar. O saneamento escrito ficava reservado para demandas que tinham como objeto direitos que não admitiam transação ou quando as circunstâncias da causa evidenciassem ser improvável sua obtenção.

O sistema do novo diploma processual parece ter prestigiado o saneamento escrito do processo, já que, nos termos do art. 357, § 3º, do Novo CPC, está reservada a realização de audiência apenas para as causas de maior complexidade em matéria de fato ou de direito, ainda que pareça ser possível ao juiz sua designação em causas de pequena ou nenhuma complexidade⁵⁷⁷. Trata-se, naturalmente, de situação excepcional, considerando-se que a maioria das demandas é de pequena complexidade e dessa forma não exigirá a designação de uma audiência para seu saneamento e organização.

É ainda mais interessante notar que além da dualidade de formas de saneamento e organização do processo, também haverá diferentes técnicas procedimentais a serem empregadas a depender do caso concreto. Afinal, o § 3º do art. 357 do Novo CPC prevê que, havendo audiência, o saneamento será feito em cooperação com as partes⁵⁷⁸, podendo o juiz, inclusive, nesse ato convidar às partes a integrar ou esclarecer suas alegações. Trata-se do chamado “saneamento compartilhado”.

Significa dizer que sendo o saneamento feito por escrito, não haverá cooperação das partes, sendo, portanto, um ato praticado unilateralmente pelo juiz. Já no saneamento oral, ainda que sob o comando do juiz, o ato será colegiado, em cooperação entre ele e as partes.

Para a realização das audiências de saneamento e de organização do processo

deve haver um intervalo mínimo de uma hora entre elas. A exigência do § 9º do art. 357 do Novo CPC pretende evitar que a audiência não receba a atenção que merece. Afinal, seu cabimento está condicionado, ao menos em regra, a situações de maior complexidade fática e/ou jurídica.

A norma busca evitar que audiências de saneamento e organização sejam designadas em intervalo de tempo muito curto, o que naturalmente levará o juiz a conduzi-las de forma a cumprir sua pauta do dia, o que pode conspirar contra o princípio da cooperação que deve nortear a atuação de todos, do juiz em especial, no saneamento compartilhado do processo.

Segundo o Enunciado 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”. Trata-se de conclusão correta, porque cabe ao juiz a tarefa de definir qual a melhor forma de sanear o processo no caso concreto. Mas não há razões para acreditar que na prática isso ocorra, bem ao contrário. Certamente será mais frequente ver juízes saneando processos complexos por escrito do que vê-los saneando de forma compartilhada processos simples.

Seja como for, não vejo espaço para alegação de nulidade do processo nesse caso. Não há razão para o Superior Tribunal de Justiça modificar seu entendimento a respeito do poder do juiz em definir a forma escrita ou oral do saneamento do processo. A realização ou não de audiência, portanto, não deve gerar qualquer nulidade no processo.

Não há no art. 357 do Novo CPC previsão a respeito da intimação das partes para comparecerem à audiência, até porque os atos que serão nela praticados são postulatórios, de forma que a intimação ocorrerá normalmente por publicação na Imprensa Oficial em nome dos advogados.

Há duas novidades no Novo Código de Processo Civil que independem de terem sido saneado e organizado o processo de forma oral ou escrita.

Nos termos do § 1º do art. 357 do Novo CPC, realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável. Trata-se de preclusão que vincula tanto

as partes como o juízo, de forma que aquilo que foi esclarecido e decidido não possa ser mais modificado⁵⁷⁹.

A previsão é importante porque a decisão de saneamento e organização do processo não está prevista no art. 1.015 do Novo CPC como recorrível por agravo de instrumento, de forma que esse pedido de esclarecimento e ajustes será a única forma de as partes se insurgirem contra a decisão, indiscutivelmente de natureza interlocutória. A exceção fica por conta do capítulo referente à distribuição do ônus da prova, recorrível por agravo de instrumento nos termos do inciso XI do art. 1.015 do Novo CPC.

Acredito que mesmo no saneamento compartilhado realizado em audiência, na qual a “responsabilização” pelos atos praticados deve ser repartida entre o juiz e as partes, é possível a aplicação do art. 357, § 1º, do Novo CPC. É verdade que nesses casos os pedidos de esclarecimentos e ajustes devam ser mais raros, mas mesmo tendo contribuído na construção do saneamento e organização do processo a palavra final é sempre do juiz, não tendo sentido retirar das partes a única forma que tem de impugnação contra a decisão judicial.

Deve-se tomar cuidado com a parte final do dispositivo ora comentado, quando prevê que não havendo a manifestação das partes no prazo de cinco dias a decisão se torna estável. Ainda que não compreenda exatamente por que o legislador não se valeu do termo “preclusão” parece ser esse o seu objetivo. A preclusão, entretanto, parece não ser o mais saudável ao processo e, por essa razão, é criticável a previsão legal a respeito da estabilidade da decisão.

Na realidade, a prevista “estabilidade” deve ser interpretada à luz da natureza das matérias decididas no saneamento e na organização do processo e nos poderes do juiz. As delimitações de fato e de direito não podem realmente ser modificadas após o saneamento do processo? Ainda que seja indispensável alguma estabilidade e segurança ao processo, caso surja um fato novo que seja imprescindível para a formação do convencimento do juiz, a decisão que fixa os fatos controversos realmente não poderá ser alterada? E na hipótese de uma lei superveniente, ou mesmo um novo entendimento jurisprudencial a respeito da matéria jurídica discutida, a decisão sobre as questões de direito relevantes para a solução do mérito continuará inalterável?

É bem verdade que nesse caso poder-se-á alegar que circunstâncias supervenientes exigem nova decisão e não mudança de decisão anteriormente proferida. Mas o que dizer do deferimento dos meios de prova? O juiz não poderá determinar um meio de prova que não foi deferido anteriormente se passar a entender que sua produção é importante para a formação de seu convencimento? Com os “poderes” instrutórios reconhecidos no art. 370 do Novo CPC ao juiz é difícil responder positivamente a essa questão.

Apesar de não concordar com a estabilidade plena da decisão de saneamento e organização do processo, entendo que quanto à distribuição do ônus da prova será importante o juiz não poder mudar seu posicionamento após esse momento procedimental. E também por essa razão se torna ainda mais inacreditável que a decisão de saneamento e organização do processo não possa ser impugnada por agravo de instrumento.

Segundo o § 2.º do art. 357 do Novo CPC, as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV do dispositivo. A norma deve ser interpretada com o devido cuidado porque não parece viável uma limitação quanto aos fatos ou direitos, ainda que desejada pelas partes, se isso inviabilizar a prestação de tutela jurisdicional de qualidade⁵⁸⁰. Imagino que o juiz, se entender que sem aquela questão de fato ou de direito não tem como decidir com qualidade a demanda judicial, não deve homologar o acordo entre as partes. O próprio dispositivo faz menção à necessidade de homologação, e só depois dela a delimitação passa a vincular as partes e o juiz, não sendo, portanto, um negócio processual bilateral como o previsto no art. 190 do Novo CPC, mas sim um acordo plurilateral, do qual devem participar as partes e o juiz⁵⁸¹.