

Coleção Atlas de Processo Civil  
Coordenação: Carlos Alberto Carmona

---

# O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro

---

Um Estudo sobre a Posição do Réu

Heitor Vitor Mendonça Sica

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. – 2011

© 2010 by Editora Atlas S.A.



Capa: Leandro Guerra

Composição: Entexto – Diagramação de Textos

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Sica, Heitor Vitor Mendonça

O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu/Heitor Vitor Mendonça Sica. -- São Paulo : Atlas, 2011. -- (Coleção Atlas de processo civil/coordenação Carlos Alberto Carmona)

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-6104-2

1. Coisa julgada (Processo civil) – Brasil 2. Defesa (Processo civil) – Brasil 3. Exceção (Processo civil) – Brasil I. Carmona, Carlos Alberto. II. Título. III. Série.

10-09473

CDU-347.926(81)

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Defesa: Processo civil 347.926(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



EDITORÁ ATLAS S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)

01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (0\_\_11) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

## Sumário

Apresentação, ix

À Guisa de Prefácio, xi

**1 Introdução, 1**

**2 Teorias “Clássicas” sobre os Direitos de Ação e de Defesa, 6**

- 2.1 Quanto à utilidade do estudo das teorias clássicas sobre o direito de ação, para compreensão das teorias hoje ainda aceitas sobre o direito de defesa, 6
- 2.2 Breves considerações acerca das teorias clássicas sobre o direito de ação, 9
- 2.3 Breves considerações acerca das teorias clássicas sobre o direito de defesa, 15

**3 Constituição Federal, Ação e Defesa, 21**

- 3.1 Constitucionalização do direito processual civil brasileiro, 21
- 3.2 Bases constitucionais do direito de ação, 23
  - 3.2.1 Direito de ação como direito ao processo (inafastabilidade do Poder Judiciário), 23
  - 3.2.2 Direito de ação como direito à tutela jurisdicional, consubstanciada na sentença de mérito, 25
  - 3.2.3 Direito de ação como direito à tutela jurisdicional efetiva outorgada por meio do devido processo legal, 29
  - 3.2.4 Direito de ação como direito à efetiva satisfação do direito material reclamado, 36
- 3.3 Bases constitucionais do direito de defesa, 42
- 3.4 Conclusão parcial: imiçção do direito de ação e de defesa na Constituição Federal, a partir da evolução do conceito de *tutela jurisdicional*, 45
- 3.5 Aplicação imediata das garantias constitucionais de ação e defesa no sistema processual infraconstitucional, 56

- 4 **Panorama do Direito de Defesa no Plano Infraconstitucional, 58**
- 4.1 Aspectos formais do exercício do direito de defesa, 58
- 4.2 Conteúdo da defesa: defesa processual e defesa de mérito, 65
- 5 **Defesa Processual, 67**
- 5.1 Defesa processual e cognoscibilidade de ofício, 67
- 5.2 Defesa processual do réu e do autor (tentativa de sistematização), 72
- 5.2.1 Defesas processuais alegáveis apenas pelo réu ou apenas pelo autor, 72
- 5.2.2 Falta de pressupostos processuais subjetivos, 74
- 5.2.3 Inépcia da petição inicial e da resposta do réu, 78
- 5.2.4 Conclusão parcial: aproximação entre a atuação do autor e do réu, 80
- 6 **Defesa de Mérito, 81**
- 6.1 Definição e classificação das defesas de mérito, 81
- 6.2 Defesas de mérito que implicam e que não implicam propositura de demanda, 83
- 6.2.1 Conceito de demanda, 83
- 6.2.2 Demandas propostas pelo réu, 86
- 6.3 Defesa de mérito e princípio dispositivo, 90
- 7 **Exceção e Objeção Substancial, 94**
- 7.1 Quanto à utilidade do estudo dos conceitos de exceção e objeção substancial, 94
- 7.2 Diversas acepções do termo *exceção* para a ciência processual civil, 95
- 7.3 Influências históricas no conceito moderno e polissêmico de exceção, 101
- 7.4 Revisão crítica do conceito de exceção substancial, 112
- 7.4.1 Exceção substancial como alegação de matéria não passível de conhecimento *ex officio*, 112
- 7.4.2 Exceção substancial como defesa indireta de mérito, 121
- 7.4.3 Impossibilidade de conjugação dos dois critérios anteriores, 125
- 7.4.4 Matérias objeto de exceção substancial e sua aptidão para constituírem objeto de demanda autônoma, 126
- 7.4.5 Conclusão parcial: inutilidade técnica e científica do conceito de exceção substancial, 132
- 8 **Poderes do Juiz Exercitáveis de Ofício para Julgar Improcedente a Demanda do Autor, 134**
- 8.1 Quanto à utilidade da investigação dos poderes oficiais do juiz para compreensão do papel do réu no processo civil, 134
- 8.2 Julgamento liminar de mérito da demanda inicial, 135
- 8.3 Efeitos da revelia e poderes do juiz, 136
- 8.4 Improcedência da demanda do autor e princípio da congruência, 143
- 8.5 Poderes instrutórios do juiz e julgamento da demanda inicial em favor do réu, 154
- 8.6 Aplicabilidade das conclusões alcançadas igualmente ao autor, 160

- 8.7 Importância (redobrada) do contraditório, 163
- 8.8 Conclusão parcial: *objeção substancial* como regra, *exceção substancial* como exceção, 165
- 9 **Reconvenção e Outros Meios de “Contra-Ataque” do Réu, 167**
- 9.1 Reconvenção, 167
- 9.2 Pedido contraposto, 172
- 9.3 “Ações dúplices”, 175
- 9.4 Demanda declaratória incidental, 183
- 9.4.1 Aspectos gerais, 183
- 9.4.2 Incidente de falsidade documental, 188
- 9.5 Conclusão parcial: reconvenção como “arquetipo” do contra-ataque do réu, 190
- 9.6 Dispensabilidade das formas dos meios típicos de contra-ataque: necessidade de interpretação do pedido do réu para individuação do ato processual, 190
- 9.7 Insuficiência dos meios típicos de contra-ataque do réu, 194
- 9.7.1 Limitações teóricas e práticas dos meios de contra-ataque do réu, 194
- 9.7.2 Situações-limite entre contra-ataque e defesa: compensação, 198
- 9.7.3 Situações-limite entre contra-ataque e defesa: a chamada “exceção reconvenicional”, 200
- 10 **Relativização entre Defesa e Contra-Ataque do Réu, 205**
- 10.1 Premissas constitucionais, 205
- 10.2 Primeira premissa infraconstitucional: duplicidade do comando declaratório da sentença, 211
- 10.3 Segunda premissa infraconstitucional: dispensabilidade da resposta do réu para proferimento da sentença (declaratória) de improcedência da demanda inicial, 217
- 10.4 Fundamentos invocados pela resposta de mérito do réu e a sentença de improcedência da demanda inicial, 219
- 10.5 Horizontes da interpretação da resposta do réu como demanda, 229
- 10.6 Reflexos do método de interpretação aqui proposto para a demanda inicial, 233
- 10.7 Inexistência de “coação” para a propositura de demanda, 235
- 10.8 Compatibilidade da interpretação aqui proposta com outros aspectos do sistema processual brasileiro, 241
- 10.8.1 Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada material, 241
- 10.8.2 Litispendência, 246
- 10.8.3 Interpretação do pedido à luz e o art. 293 do CPC, 248
- 10.9 Quanto ao conteúdo, elementos e condições da demanda do réu, 249
- 10.9.1 Pretensão do réu e o objeto litigioso do processo, 249
- 10.9.2 Elementos da demanda do réu, 258
- 10.9.3 Condições da demanda do réu, 263
- 10.10 Demanda do réu, valor da causa e taxa judiciária, 265

- 10.11 Resposta do réu e contraditório, 269
- 10.12 Autonomia da resposta de mérito do réu (proposta de reinterpretação dos arts. 267, § 4º, e 317 do CPC), 270
- 10.13 Antecipação de tutela em favor do réu, 278

#### 11 Limitações Objetivas e Subjetivas à Resposta do Réu, 281

- 11.1 Repensando os limites impostos à resposta do réu, 281
- 11.2 Limites objetivos à resposta de mérito, 281
  - 11.2.1 Conexidade com a demanda inicial, 281
  - 11.2.2 Limitações horizontais à cognição, 285
- 11.3 Limites subjetivos à resposta de mérito: revisão crítica das possibilidades de ampliação subjetiva do processo por ato do réu, 288

#### 12 Conclusões, 297

*Bibliografia*, 307

## Apresentação

A possibilidade de edição de um novo Código de Processo Civil é o momento adequado para uma ampla revisão de técnicas e conceitos. Por isso mesmo, retomar um tema bastante debatido – como é caso do direito de defesa – pode ser uma ótima ideia para extrair de conceitos antigos novas propostas, novas premissas, novas perspectivas.

Foi exatamente isso o que fez **HEITOR VITOR MENDONÇA SICA**: provou que um tema tão trabalhado pela doutrina comporta, sim, uma revisão arejada, moderna e lúcida. Pela segunda vez, o jovem processualista surpreende-me e supera-se: seu trabalho anterior, sobre preclusão, também publicado na *COLEÇÃO ATLAS DE PROCESSO CIVIL*, já mostrava a capacidade do autor de extrair de temas antigos uma visão completamente renovada e útil para os operadores do direito. Agora, com seu novo trabalho, **HEITOR VITOR MENDONÇA SICA** repete a dose e mostra novas facetas de um riquíssimo filão que parece não se esgotar.

De fato, partindo das teorias clássicas sobre o direito de ação, o autor mostra como o tempo as desgastou, tudo a recomendar sua superação, com amparo em visão concreta extraída da Constituição da República e voltada à proteção efetiva dos direitos fundamentais. Este o ponto de partida para analisar o direito de ação e defesa como categorias fundamentais do direito processual civil, categorias que se fundem para estabelecer um único pilar de sustentação da tutela jurisdicional.

Depois de categorizar as defesas em processuais e de mérito, o autor procura fazer uma ampla abordagem crítica das defesas, buscando fixar o limite daquelas que o juiz pode conhecer de ofício e relativizando a diferença ontológica entre defesa e contra-ataque. Mostra o autor que o réu efetivamente exerce pretensão processual ao apresentar resposta de mérito, estudando os reflexos que o método proposto pode trazer na interpretação da demanda do autor.



Todas essas polêmicas e bem estruturadas concepções teóricas, é claro, têm repercussão prática: **HEITOR VITOR MENDONÇA SICA** procura compatibilizar tudo o que diz com os preceitos do Código de Processo Civil, em especial os dispositivos que tratam da coisa julgada e da extinção do processo com e sem julgamento de mérito.

A tese de doutoramento apresentada pelo autor suscitou amplo debate durante a defesa perante qualificada banca na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bons trabalhos são efetivamente capazes de provocar viva controvérsia!

Percebo, por outro lado, que as ideias desenvolvidas por **HEITOR VITOR MENDONÇA SICA** transitam entre dois mundos: um, da realidade, representado pela revisão do tema estudado (direito de defesa) à luz do Código de Processo Civil de 1973; outro, do porvir, com sugestões úteis para o eventual novo Código, cujo anteprojeto acaba de ser entregue ao Senado da República e está por ser discutido no Congresso Nacional. A contribuição do autor para o progresso da ciência do processo é, pois, notória, o que justifica a inclusão da obra na *COLEÇÃO ATLAS DE PROCESSO CIVIL*.

É com grande prazer, portanto, que apresento este novo trabalho de um dos mais jovens e talentosos professores de direito processual de nossa Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Estou certo que o leitor terá a mesma surpresa que experimentei ao deparar-se com uma abordagem totalmente nova sobre um tema antigo.

*Carlos Alberto Carmona*

Professor Doutor do Departamento de Direito Processual  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## À Guisa de Prefácio

Registro, de início, que a Academia sempre admitiu a ousadia científica. A tese que orientei, julguei e, agora, tenho a honra de apresentar desponta ousada!

Mais uma vez, fui distinguido pelo Doutor Heitor Vitor Mendonça Sica para elaborar o prefácio, na tiragem comercial, de sua tese de doutorado, aprovada com distinção, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, por banca examinadora da qual tive a incumbência de presidir.

A obra, como o título evidencia, versa sobre o direito de defesa no processo civil brasileiro.

A posição proativa do demandado é inicialmente investigada sob ângulo original, no contexto das garantias constitucionais do processo. Em seguida, enfoca o Autor, de forma profunda e didática, as modalidades de defesa que podem ser deduzidas pelo réu.

Ressalto que o cerne da tese, deveras inédito, centra-se na posição sustentada no capítulo intitulado *Relativização entre defesa e contra-ataque do réu* (Cap. 10), no qual o Doutor Heitor Sica entende que a sentença, além de julgar o pedido do autor, decide também a “demanda declaratória apresentada pelo réu, que é munida de seus próprios e diferentes fundamentos”. Desse modo, conclui que: “A resposta de mérito do réu apresenta um pedido de tutela jurisdicional, a solução a ele dada pela sentença constitui parte *dispositiva*, a ser coberta pela coisa julgada material[...]”.

Aduza-se que esta visualização das implicações processuais que conotam a sentença, em relação à “pretensão” do demandado, provocou viva e profícua discussão quando a tese foi submetida ao crivo da comissão examinadora.

Clara sem ser superficial e erudita sem exibicionismo, a monografia ora apresentada encerra pesquisa realmente inusitada, contendo ampla exegese crítica e

madura de praticamente toda a problemática que emerge da resistência oposta pelo réu.

Por fim, pela sua inequívoca originalidade, que impõe, para gáudio intelectual, um convite à reflexão, recomendo a sua leitura aos cultores da ciência processual!

*José Rogério Cruz e Tucci*

Professor Titular, regente da disciplina  
Direito Processual Civil nos Cursos de  
Graduação e Pós-Graduação da  
Faculdade de Direito da USP

## Agradecimentos

Deixo aqui consignados meus sinceros agradecimentos à minha querida esposa Ligia, pelo amor e paciência, não apenas no período consumido na produção deste trabalho, mas em todas as etapas de nossas vidas; aos meus pais Clélia e Heitor, de cuja companhia fui muitas vezes infelizmente privado em razão da elaboração da presente monografia; ao meu irmão Paulo, a quem aborreci com diversos pedidos de cópias de obras na biblioteca da Faculdade de Milão; aos meus padrinhos Luciano e Aidê, pelo apoio antes, durante e depois da elaboração do trabalho.

Manifesto também minha gratidão especial ao Professor José Rogério Cruz e Tucci, a quem, desde o segundo ano do curso de bacharelado, tenho como modelo de docente e estudioso, pela amizade, constante incentivo e atenta orientação na produção deste trabalho (apresentado originalmente, e com feições diversas, como requisito para obtenção do título de doutor em direito processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco). Registro também o agradecimento aos demais membros da banca examinadora daquele concurso (realizado em 23 de janeiro de 2009), professores Eduardo Talamini, Araken de Assis, Estêvão Mallet e José Roberto dos Santos Bedaque, pela leitura cuidadosa do texto e pelas relevantes críticas e sugestões, que exigiram nova pesquisa e profunda reformulação de diversos pontos do trabalho.

Não poderia igualmente deixar de agradecer ao Professor Cassio Scarpinella Bueno, de quem recebi atenciosa ajuda em diversas etapas de elaboração desta tese, e à Professora Paula A. Forgioni, pelo afetuoso apoio de sempre.

Finalmente, não me furtarei de fazer uma singela homenagem a todos os professores do Departamento de Direito Processual do Largo de São Francisco, responsáveis por manter vivo e cada vez mais forte o espírito da “Escola Processual de São Paulo”. Sem o contato com os trabalhos e ideias desenvolvidas pelas

sucessivas gerações de estudiosos que por aqui têm passado (tanto professores como alunos do curso de pós-graduação), teria sido impossível elaborar o presente estudo. Tem-se nesta casa a prova de que conhecimento se constrói e se transmite coletivamente.

Arcadas, outubro de 2009.

## Introdução

O direito de defesa demorou a despertar maior atenção da ciência processual, que avançou de modo significativo na construção de três institutos fundamentais (*ação, processo e jurisdição*),<sup>1</sup> e apenas tardiamente incluiu a defesa nesse rol.<sup>2</sup>

Esse descompasso é particularmente visível quando se compara a doutrina que se ocupou do estudo do direito de ação e aquela dedicada ao exame do direito de defesa. Enquanto o primeiro tema recebeu enorme atenção desde os primórdios do desenvolvimento da ciência processual, o conceito de defesa ficou nitidamente relegado a um segundo plano.

<sup>1</sup> DINAMARCO (Os institutos fundamentais do direito processual, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. 1, p. 112) denuncia justamente o atraso representado pela mera *trilogia* dos institutos fundamentais na obra de importantíssimos estudiosos, tanto estrangeiros (como CHIOVENDA, CALAMANDREI, LIEBMAN e ANDRIOLI) como nacionais (FREDERICO MARQUES e HÉLIO TONARGHI).

<sup>2</sup> ENNIO CORTESE (Eccezione (diritto intermedio), *Enciclopedia del diritto*, v. 14, p. 150) reconheceu justamente que o conceito de *exceptio* não foi tão profundamente estudado no século XIX quanto o conceito de *actio*: “il mondo scientifico ottocentesco individuò anche nel tema dell’eccezione quella dialettica fra momento sostanziale di cui aveva fatto il motivo dominante delle teorie svolte sull’azione. Ma non ne indagò seriamente le possibili ‘saldature’ che a proposito dell’actio invece ricercato con ostinazione, sebene con risultati non sempre logici o coerenti”. Também pôs em relevo esse atraso, na doutrina latino-americana, EDUARDO COUTURE (*Fundamentos de derecho procesal civil*, p. 91) e, na doutrina brasileira mais recente, CLENATO SIQUEIRA (*A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, p. 53 e 245).

O pior é que as bases para que se desenvolvesse a análise do direito de defesa foram lançadas há quase um século e meio pela celebrada obra de OSKAR VON BÜLOW,<sup>3</sup> que é considerada o marco inicial da ciência processual civil.<sup>4</sup>

A mais provável explicação para esse fenômeno é o forte ranço privatista que a ciência processual carregou até há bem pouco tempo, vislumbrando a ação como direito orientado apenas para a tutela de interesses privados, e não para a atuação do Estado, com intuito de pacificação social e de afirmação do direito objetivo.<sup>5</sup> Sob a primeira ótica, o direito de defesa tem muito menor importância, pois sobressai o direito subjetivo do autor alegadamente violado, o qual o réu resiste em reparar, o que enseja a instauração do processo jurisdicional. Sob a segunda ótica, ao contrário, a atuação do réu é tão relevante quanto a do autor, pois ambos são os destinatários da tutela jurisdicional e perante ambos o Estado afirmará soberanamente o direito objetivo, pacificando o conflito com justiça, em favor de um ou de outro.

Já é possível adiantar que a compreensão atual das garantias de acesso à “ordem jurídica justa” (CF, art. 5º, XXXV), do contraditório, da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) e da isonomia (CF, art. 5º, I) conduz a uma enorme aproximação entre esses dois institutos fundamentais do direito processual civil (ação e defesa). Ambos são meios para atingimento de um fim, que é a tutela jurisdicional, perseguida por autor e réu com oportunidades praticamente iguais. Esse tema nos ocupará no Capítulo 3, *infra*.

<sup>3</sup> *Di Lehevon den Proceßreden und die Proceßvoraussetzungen*, traduzido para o espanhol por Miguel Angel Rosas Lichtschein, sob o título *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Há disponível, igualmente, tradução para o português de Ricardo Rodrigues Gama, intitulada *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*.

<sup>4</sup> DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 257) considera a obra de Bülow a “certidão de nascimento” do direito processual civil. De fato, o principal mérito do autor alemão foi expor a distinção da relação entre juiz, autor e réu (que é de natureza pública) com a relação entre autor e réu, no plano do direito material. O reconhecimento da autonomia entre a relação jurídica material controversada e a relação jurídica processual conduz à distinção entre o exame do mérito (à luz do direito material) e o exame de admissibilidade da causa (cujo objeto é constituído pelo que Bülow chamou de pressupostos processuais, e que a doutrina brasileira atual chama de *pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito*, como DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 1, p. 254). Consequentemente, o autor esboçou alguns traços que diferenciariam (ainda de modo incipiente) as exceções processuais das exceções substanciais (o que se denota do próprio título de sua monografia).

<sup>5</sup> Novamente, socorre-nos o ensinamento de DINAMARCO (*Os institutos fundamentais...*, *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 120): “[e]m processo civil, a tradicional pujança da teoria da ação e o preconceito do processo a serviço da tutela de direitos, mais a real expressão da ação como garantia inafastável ao Estado-de-Direito, levam a doutrina a quase deixar na sombra o *ius exceptionis*”. Em outro estudo, DINAMARCO completa que eleger a ação como polo metodológico do processo civil está “subliminarmente influenciado pela falsa ideia de que o processo existe para satisfazer pretensões, não para dar tutela a quem tiver razão” (Das ações típicas, *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 332). Como veremos em momento oportuno, essa mudança de foco do direito processual decorre da constitucionalização das garantias processuais, a partir de metade do século XX, de modo que a função do processo passou a ser a realização de justiça (assim, JOAN PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 21).

Apesar de essa constatação não ser incomum entre os estudiosos do direito processual,<sup>6</sup> ela não foi adotada como premissa básica para interpretação de seus institutos, que continuam a ser analisados, como regra, sob o exclusivo (e incompleto) prisma do autor. Trata-se de postura metodológica equivocada, responsável por uma construção insuficiente do fenômeno processual, sem a real dimensão da posição do réu. Justamente nesse contexto é que DINAMARCO<sup>7</sup> vem exortando a doutrina a rejeitar um modelo de “processo civil do autor”. Assim, pautamo-nos no conselho de LIEBMAN,<sup>8</sup> no sentido de que

[o]s pontos de vista do autor e do réu [...] são contrastantes, dado o conflito de interesses existente entre eles, mas se põem no mesmo plano e representam as duas visões complementares de um mesmo objeto, não diferentemente do que ocorre em qualquer fenômeno jurídico, que pode e deve ser considerado dos seus dois lados.<sup>9</sup>

Em suma, o direito de defesa merece uma revisão crítica, na tentativa de estabelecer um método de interpretação orientado pelo propósito de promover o nivelamento de autor e réu (reduzindo as diferenças de seus poderes apenas ao mínimo inerente às posições por eles assumidas na relação processual), e extraindo (ao menos parte das) consequências dessa alteração de perspectiva sobre a estrutura do processo.

Para essa empreitada, mostra-se indispensável investigar, num primeiro momento, se a atividade realizada pelo juiz no tocante ao controle da regularidade do processo e do procedimento realmente leva em conta a paridade de autor e réu (tema que ocupará o Capítulo 5, *infra*). Propomo-nos, nesse terreno, a demonstrar que essa atividade incumbida ao julgador deve reduzir as diferenças no tratamento dos atos praticados pelo autor e pelo réu apenas ao mínimo inerente à diversidade da posição jurídica que cada um assume na relação processual (o primeiro que rompe a inércia do Estado-juiz, por meio da demanda inicial, e o segundo é chamado a atuar em processo já previamente instaurado).

Outro aspecto que merece detida apreciação concerne aos limites da atuação judicial *ex officio*, no exame do mérito do processo, em prol do autor e do réu. Os fenômenos são equivalentes considerando-se os dois sujeitos da relação processual, mas sua projeção mais destacada está sobre a posição do réu, visto

<sup>6</sup> Veja-se, por exemplo, que AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 187) lecionava que tanto o direito de ação como o de defesa “se identificam como direito à prestação jurisdicional do Estado. Direitos da mesma natureza”.

<sup>7</sup> *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 294.

<sup>8</sup> *Lazione nella teoria del processo civile, Problemi del processo civile*, p. 23, tradução nossa.

<sup>9</sup> Essa lição assenta-se em um primado essencialmente lógico, que não escapa à atenção dos outros “ramos” do direito, e até mesmo de estudos filosóficos e de manifestações artísticas. A propósito, John Lennon e Paul McCartney, ao comporem a canção “Norwegian Wood” (do álbum “The Beatles – Rubber Soul”, de 1965), lançaram como primeiros versos os seguintes: “I once had a girl, or should I say, she once had me [...]”.

que a sua resposta é *dispensável* para que o processo caminhe de modo válido, ao passo que a demanda inicial, proposta pelo autor, é, por muitos, considerada pressuposto processual de *existência*.

Por isso, justifica-se a tratativa reservada ao Capítulo 8, *infra*, por meio da qual nos propomos a demonstrar que a atuação judicial encontrará seus limites *apenas*: (a) no núcleo da causa de pedir e no pedido formulado pelo demandante; e (b) nas raras disposições expressas de lei que exigem provocação do interessado para alegação de determinadas matérias. Dentro desses limites (e apenas deles), o juiz goza de grande liberdade decisória, o que esvazia o conceito de “exceção substancial” (conforme examinado no Capítulo 7).

Figura também no rol de nossas preocupações perquirir em que medida a resposta do réu pode ser interpretada como uma verdadeira demanda (na acepção estrita do termo) dirigida contra o autor, independentemente de se encaixar nos moldes dos meios típicos de contra-ataque (em especial a reconvenção).<sup>10</sup>

Propomos, assim, uma relativização entre os meios de *mera defesa* e de *contra-ataque* postos à disposição do réu (conforme Capítulo 10), sobre a premissa de que essa distinção é responsável por manifesta (e inaceitável) inferiorização da posição do réu no processo civil brasileiro.

A relevância prática dessa investigação é manifesta, pois são lamentavelmente comuníssimas as restrições impostas ao exercício dos poderes do réu, atentando contra a paridade de armas, em clara ofensa à Constituição Federal.

O método de análise proposto permitirá, ao final, reconhecer a autonomia da resposta do réu (mesmo que não se encaixe nas hipóteses de demanda reconvenção, à qual tal autonomia já é reconhecida pelo art. 317 do CPC) e alargar os limites a ela impostos (especialmente aqueles de cunho subjetivo, como veremos no Capítulo 11). Daí sua utilidade.

Importa esclarecer, antes de prosseguir, que a tratativa dos temas acima enunciados limitar-se-á àquilo que tradicionalmente se denomina de “processo de conhecimento”. O estudo da posição do réu no cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial exigiria que fossem lançadas bases sólidas para correta compreensão sistemática desses fenômenos após a edição das Leis

<sup>10</sup> Podemos afirmar que, na literatura jurídica nacional, o problema jamais despertou maior interesse (ao menos à guisa de uma tratativa mais profunda). Na doutrina estrangeira mais antiga, ALBERTO DOS REIS questionou-se: “será lícito ao réu, quando não deduza reconvenção, formular pedidos na contestação?” (*Código de Processo Civil anotado*, v. 3, p. 40-41). Todavia, rigorosamente o renomado tratadista lusitano não chegou a debruçar seus esforços em responder à indagação por ele mesmo formulada. Mais recentemente, o estudioso italiano ALBERTO A. ROMANO, em sua monografia *L'azione di accertamento negativo*, denunciou logo no capítulo introdutório (sob o sugestivo título *Per l'esistenza di una autonoma azione del convenuto*, p. 1 ss) a falta de atenção dos estudiosos com “lo stimolante problema dell'esistenza, a fronte della domanda di giustizia dell'attore, di una vera e propria ‘controdomanda’ di rigetto formolata dalla parte nei cui confronti è instaurato il giudizio, da proporre per base di un concetto di ‘azione del convenuto’.” ROMANO (Idem, p. 2-3) ainda acrescenta que “la questione dell'autonomo interesse del convenuto al giudizio risulti per intero ignota alla dottrina, costretta entro gli spazi angusti segnati dai temi contigui dell'eccezione e della mera difesa”.

11.232/2005 e 11.382/2006. Essa investigação traria grande e indesejável risco de desvirtuamento do objeto da tese,<sup>11</sup> sendo, pois, de rigor confiná-la a limites mais estreitos.

Do mesmo modo, preferimos centrar esforços no “processo individual”, sem preocupação com o “processo coletivo”, que igualmente nos demandaria o lançamento de bases sólidas para compreensão do papel do réu, em especial pela necessidade de aprofundar o exame da controvertida “ação coletiva passiva”. A possibilidade de desvio da rota traçada igualmente implica esse corte metodológico.

<sup>11</sup> DINAMARCO, ao introduzir e delimitar o objeto de sua obra *Liticonsórcio*, denunciou a existência de um “[v]elho e atávico vício de perspectiva induzem-nos tradicionalmente a considerar os institutos de direito processual pelo prisma exclusivo do *judicium*, como se a este se reduzisse o campo do exercício da jurisdição. Esse preconceito metodológico alastra-se indesejavelmente por nossa ciência, talvez em função da prioridade histórica da cognição ante a execução forçada, como se os fenômenos de seu interesse não tivessem projeção nem relevância nas suas manifestações *in executivis*, ou como se tais manifestações devessem ser objeto de ciência à parte” (*Liticonsórcio*, p. 59). Todavia, o eminente professor do Largo São Francisco acaba rendendo-se a esse prisma de análise centrado no “processo de conhecimento”, o que faremos aqui também. Hoje, qualquer incursão sobre o terreno do (antes chamado) “processo de execução” tornou-se, com muito maior razão, mais complexa, face às profundas mudanças operadas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, que extinguiram de modo (quase) completo o processo autônomo de execução por título judicial, reduzindo-o a mera “fase” do que se passou a chamar de “processo sincrético”. Ademais, foram procedidas profundas mudanças no regime de defesa do executado, denominando de “impugnação” sua resposta ao cumprimento de sentença e alterando profundamente o regime dos embargos à execução de título extrajudicial. Se antes da primeira onda de reformas do CPC, ARAKEN DE ASSIS já havia apontado que a “rica e extensa província da execução permanece inexplorada e inculta” (Partes legítimas, terceiros e sua intervenção no processo executivo, *Ajuris*, nº 61, p. 5), as leis editadas em 2005 e 2006 agravaram esse déficit de interpretação. Entrar nesse campo seria, portanto, receita certa para que nos desviassemos do rumo traçado. De qualquer modo, não há como negar que a caracterização legal, doutrinária e jurisprudencial da defesa do réu na execução (em geral) como demanda (entendimento consagrado de modo uníssono há tempos quanto aos embargos à execução e que pode se considerar subsistente para a impugnação ao cumprimento de sentença previsto desde 2006) daria mais munção à nossa tese, pois nesse terreno põe-se o réu na qualidade de demandante mesmo quando se limita a matéria exclusivamente processual (como a ilegitimidade – art. 475-L, IV, e 471, III, CPC). Ainda assim, justifica-se esse corte no objeto da tese, sem prejuízo de nossa franca disposição de tratar do tema brevemente.

## 2

## Teorias "Clássicas"<sup>1</sup> sobre os Direitos de Ação e de Defesa

### 2.1 Quanto à utilidade do estudo das teorias clássicas sobre o direito de ação, para compreensão das teorias hoje ainda aceitas sobre o direito de defesa

Para estudar o direito de defesa no processo civil, parece-nos imperioso eleger como ponto de partida as teorias "clássicas" sobre o direito de ação. Essa escolha se justifica porque a doutrina, há tempos, reconhece paralelismo entre o conceito de ação e o de defesa,<sup>2</sup> de tal modo que o segundo é normalmente extraído do primeiro.<sup>3</sup>

Nessa empreitada, nossa preocupação principal não é esmiuçar todos os aspectos dessas diversas teorias, seja por fidelidade aos escopos traçados, seja pela impossibilidade de cuidar dos muitos pontos controvertidos que estão muito

longe de receber qualquer solução<sup>4</sup> e que, em grande parte, não nos interessam diretamente.<sup>5</sup> Nosso maior objetivo é observar qual é o conteúdo do direito de ação e de defesa.<sup>6</sup>

O exame sucinto dessas teorias também se justifica pelo fato de que não se pode considerar que uma seja certa e outra, errada. A doutrina já averbou, com absoluta razão, que todas elas foram construídas a partir da observação de dois aspectos: o primeiro é a relação do direito de ação com o direito material<sup>7</sup> (variando entre dois extremos, representados, de um lado, pela *teoria unitarista ou imanentista* e, de outro, pela *teoria dualista abstrata pura*, das quais nos ocuparemos adiante); o segundo é aquele concernente ao sujeito processual a partir do qual se enfocará o direito de ação (a *teoria unitarista* e a *teoria dualista concreta* enxergam o problema sob a ótica do autor, a *abstrata*, sob a ótica do juiz).<sup>8</sup>

<sup>4</sup> RICCARDO ORESTANO (Azione (in generale), *Enciclopedia del diritto*, v. 4, p. 786) expôs há décadas que, ao cabo de mais de cem anos de debates doutrinários, não se havia conseguido extrair pontos de consenso em torno das diversas teorias formuladas para explicação do direito de ação, já que mesmo dentre os autores que comungam, em linhas gerais, dos mesmos pontos de vista, existem discordâncias pontuais, de tal sorte que se poderia dizer que há tantas teorias para explicar a ação quanto há trabalhos doutrinários que se ocuparam do tema.

<sup>5</sup> Novamente recorrendo a ORESTANO (Azione..., cit., p. 797 ss), poderíamos sintetizar os principais temas em disputa entre os seguintes: o momento de "nascimento" do direito de ação, seu destinatário, seu conteúdo, sua natureza jurídica e sua classificação. Historicamente, esses aspectos foram centrais em todas as teorias sobre o conceito de ação, mas nem todos interessam a esta tese. Aliás, exatamente por isso, preferimos deixar de considerar a teoria (abraçada por muitos adeptos no Brasil) que sustenta a existência de uma *ação de direito material* (baseada na *pretensão de direito material*). O exame sob esse prisma não é necessário para atingimento dos propósitos deste livro, cumprindo apenas registrar que o ângulo de análise por nós proposto não exclui necessariamente a existência da *ação* e da *pretensão de direito material*. Entendemos que esses conceitos são fruto de investigação feita a partir do direito material, analisando-se o processo "de fora". A propósito, pertinente lembrar a advertência do Ministro MOREIRA ALVES, que dedicou conferência ao tema "direito subjetivo, ação e pretensão" (reprodução reduzida a texto na *Revista de Processo*, nº 47, p. 109), no sentido de que "[s]e o Direito é um todo, não nos devemos perder com extremismos de privatismo ou de publicismo. E o tema que escolhi é apto para essa demonstração. É um tema que, se focalizado sob o ângulo puramente privado, faz com que cheguemos a determinadas conclusões, e se focalizado pelo ângulo puramente publicístico, faz com que se chegue a conclusões diversas". Pela mesma razão, deixamos de lado qualquer investigação sobre o exercício *extrajudicial* da defesa, que se contraporá à *pretensão* ou à *ação de direito material* fora (ou antes) do processo, tema a que se dedicam com profundidade os monografistas RENZO BOLAFFI (*Le eccezioni nel diritto sostanziale*), FELICIA ESCOBEDO (*Eccezione in senso sostanziale: studio di diritto processuale*) e SERPA LOPES (*Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*), entre outros.

<sup>6</sup> Com o perdão pela metáfora simplória, mas ilustrativa, fossem a ação e a defesa ingressos para um parque de diversões, nossa preocupação se centraria em identificar que atrações os seus titulares poderiam desfrutar.

<sup>7</sup> Essa interessante constatação foi feita por ALESSANDRO PERKELIS (no conhecido verbete *Azione* (teoria generale), do *Novissimo digesto italiano*, v. 2, p. 32), com a qual concorda LIEBMAN (*L'azione nella teoria del processo civile, Problemi del processo civile*, p. 27).

<sup>8</sup> Observação essa feita por CALAMANDREI (La relatività del concetto di azione. *Studi sul processo civile*, v. 5, p. 20-26) e endossada por LIEBMAN (*L'azione nella teoria del processo civile*, cit., p. 27).

<sup>1</sup> Usa-se aqui o termo *clássico* em sua acepção de "exemplar, modelar" (Aurélio).

<sup>2</sup> COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 91) categoricamente afirma que "el tema de la excepción es, dentro de una concepción sistemática del proceso, virtualmente paralelo al de la acción" (aquí, o autor emprega o termo *exceção* em sentido amplo, designando a defesa de modo geral). Na doutrina portuguesa, acatando a mesma ideia, JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Código de Processo Civil anotado*, v. 3, p. 27). Entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 115) afirmou que "a única diferença entre os dois direitos é de simples posição".

<sup>3</sup> Esse fenômeno é particularmente sentido quando tratarmos de uma específica modalidade de defesa, qual seja, a *exceção substancial* (da qual trataremos no Capítulo 7, *infra*), como notado por COUTURE (*Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*. Tradução de Hilomar Martins de Oliveira, p. 29-36) e CAPPELLETTI (*Eccezione come contraddiritto del convenuto, Rivista di Diritto Processuale*, 1961, p. 266), bem como, entre nós, por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Aspectos atuais do conceito de "exceção substancial" a partir da teoria chiovendiana, *Temas polêmicos de processo civil*, p. 10), o qual, após ampla análise doutrinária, constatou que "o conceito de *exceção substancial* depende da concepção que se adote de ação".



As óticas distintas justificam que as conclusões alcançadas sejam diversas, mas torna possível reconhecer que as teorias não se excluem, mas se completam,<sup>9</sup> o que é válido tanto no tocante à ação quanto à defesa.<sup>10</sup>

Ademais, e principalmente, o valor dessas teorias é relativo<sup>11</sup> porque o conceito de ação (assim como o de defesa) não é único e imutável ao longo da história<sup>12</sup> e muito menos uno para todos os ordenamentos jurídicos,<sup>13</sup> pois reflete o modelo político e ideológico de cada Estado, desenhado em sua respectiva Constituição.<sup>14</sup> Assim, fica claro que todas essas teorias (formuladas por doutrinadores estrangeiros até meados do século passado e avalizadas até hoje por estudiosos pátrios) têm aplicação e alcance muito limitados para a realidade do atual ordenamento jurídico brasileiro.<sup>15</sup>

Não é de espantar então que há tempos se critica a adoção da ação como polo metodológico da ciência processual civil.<sup>16</sup> Todavia, mesmo os autores que

<sup>9</sup> Justamente nessa trilha seguem o italiano ALBERTO ROMANO (*L'azione di accertamento negativo*, p. 5) e o brasileiro BEDAQUE (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização), p. 65), o qual assim se manifestou: “[a]s grandes questões envolvendo as várias teorias sobre a natureza da ação constituem preocupação já superada [...] a relevância dessas questões será ainda menor se o fenômeno for analisado pelo prisma constitucional, pois o resultado se mostra compatível com qualquer das teorias formuladas ao longo do tempo. De mais a mais, tais concepções de ação, na verdade, acabam se completando, visto que resultam do exame do instituto por pontos de vista diversos”.

<sup>10</sup> Como reconhece COLESANTI (*Eccezione* (diritto processuale civile). *Enciclopedia del diritto*, v. 14, p. 178).

<sup>11</sup> Há mais de seis décadas, CALAMANDREI já havia afirmado a relatividade dos conceitos de ação formulados pela doutrina, conforme famoso ensaio recorrentemente lembrado (*La relatività...*, cit., p. 3-5 e, no mesmo sentido, em suas *Instituciones de derecho procesal civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, v. 1, p. 252), contando com a adesão de PEKELIS (*Azione* (teoria moderna)..., cit., p. 45-46), LIEBMAN (*L'azione nella teoria del processo civil*, cit., p. 25) e FAZZALARI (*Azione civile* (teoria generale e diritto processuale), *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, v. 2, p. 31 ss).

<sup>12</sup> Essa é, por assim dizer, a principal mensagem que ORESTANO tenta transmitir ao leitor do seu verbete acima aludido (*Azione...*, cit., p. 787 ss) e, assim, conclui que “[t]utto ciò che si è detto intorno al diritto soggettivo, alla pretesa, all'azione da un secolo a questa parte sembra infatti pressopore che essi siano entità da cogliere e individuare così come può essere individuata una ‘cosa’” (idem, p. 811). Bem mais recentemente, entre nós, CASSIO SCARPINELLA BUENO assenta justamente que as históricas teorias sobre o direito de ação “não podem revelar o que ‘é’ a ação, como se ela, a ‘ação’, existisse fora dos diversos ordenamentos jurídicos, fora do tempo e do espaço jurídicos, fora das opções de qualquer ordenamento jurídico feito pelas mais variadas razões políticas, históricas, culturais e, até mesmo, sociais” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 329, destaque nosso).

<sup>13</sup> Nesse sentido, PEKELIS realça que a definição científica de um conceito uno de ação esbarra em limites históricos, filosóficos, metodológicos, psicológicos e culturais (*Azione* (teoria moderna)..., cit., p. 45-46).

<sup>14</sup> Cumpre, a propósito, invocar o ensinamento de CASSIO SCARPINELLA BUENO: “a ‘ação’ é um dado de direito positivo no direito brasileiro e que tem assento assegurado na própria Constituição Federal. Não se trata de um conceito ‘puro’ que possa ser traçado sem levar em conta as opções políticas feitas pelo ordenamento jurídico nacional” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 329, destaque nosso).

<sup>15</sup> Também na Itália reconhecem o “exaurimento” da função histórica de tais teorias para explicação do direito de ação, que passou a ser considerado em sua perspectiva constitucional, LUIGI PAOLO COMOGLIO (Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 465-466, 1993, com farta referência bibliográfica) e ALBERTO ROMANO (*L'azione di accertamento negativo*, p. 1-2).

<sup>16</sup> DINAMARCO vem há tempo insistindo nessa ideia (Das ações típicas, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. 1, p. 332).

superaram esse prisma de análise – passando a pôr no centro das preocupações metodológicas os conceitos de *tutela jurisdicional* e *objeto litigioso do processo* – não despertaram inteiramente para a real importância do papel do réu no processo civil.

A bem da verdade, a análise do direito de defesa continua severamente influenciada pelas teorias clássicas sobre o direito de ação, fruto do atraso científico que já denunciamos.

Assim, a análise (ainda que breve) dessas teorias sobre o direito de ação é útil, pois, mesmo que não gozem, na nossa realidade atual, de tanta importância, elas continuam a exercer enorme influência na doutrina (em especial brasileira) no pensamento dogmático em torno do direito de defesa, como ficará mais claro ao longo da exposição.

Não bastasse, essas teorias servem de base e auxiliam o trabalho de extrair da Constituição Federal brasileira o conceito atual de ação e de defesa, esses, sim, relevantes para os escopos aqui traçados, o que será objeto de estudo em momento oportuno (Capítulo 3, *infra*).

## 2.2 Breves considerações acerca das teorias clássicas sobre o direito de ação<sup>17</sup>

A propósito das teorias clássicas sobre o conceito de ação, convém, de início, lembrar a antiga divisão entre a teoria unitarista e as teorias dualistas (que, como se verá, se desdobram em diversas outras variações).

Pela primeira (também chamada de *civilista* ou *immanentista*), simplesmente não se discernia o direito subjetivo material do direito de seu titular socorrer-se do Judiciário em caso de lesão. Destarte, a ação seria uma qualidade de todo direito substancial. Os seguidores dessa teoria (entre os quais destacou-se SAVIGNY e, entre nós, JOÃO MONTEIRO)<sup>18</sup> usavam como base de seu raciocínio passo do juriconsulto Celso (D. 44, 7, 51), o qual, por sua vez, influenciou o art. 75 do Código

<sup>17</sup> O agrupamento das teorias em torno das linhas aqui definidas é bastante comum na doutrina, mas importa deixar registrada a existência de diferenças entre um e outro estudioso filiado à mesma corrente, assim como não nos passou despercebida a existência de estudiosos que não podem ser incluídos em uma dessas posições. Ademais, procuramos mencionar apenas alguns autores que compõem essas correntes doutrinárias, sem nenhuma preocupação exaustiva.

<sup>18</sup> A citação de algumas passagens de sua obra é suficiente para enunciar seu pensamento: “todo direito violado, ou meramente ameaçado, logo manifesta uma força reativa própria, que o põe virtualmente em estado de defesa. Daqui vem a primeira ideia de ação, cujo germen é esse: uma relação de direito preexistente” (*Teoria do processo civil*, t. 1, p. 67). Adiante o autor completa: “[o] fundamento jurídico da ação é o próprio direito violado [...] essa violação cria um vínculo de direito idêntico a uma obrigação, da qual o sujeito ativo é o titular da relação de direito e sujeito passivo o seu devedor. [...] ação é uma fase da própria relação de direito violado e a definimos a virtude própria a cada direito de se afirmar por meio da força social” (idem, p. 68-70, grifo do original).

Civil de 1916 (“para cada direito corresponde uma ação que o assegure”).<sup>19</sup> Explicando essa teoria, com os olhos do estudioso moderno, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO apontam três consequências inevitáveis de sua adoção: “não há ação sem direito; não há direito sem ação, a ação segue a mesma natureza do direito”.<sup>20</sup>

Já as teorias dualistas têm como marco de surgimento a célebre polêmica travada entre os alemães BERNHARD WINDSCHIED e THEODOR MUTHER, em meados do século XIX.<sup>21</sup> Tem-se aí o início das discussões doutrinárias que alçam o conceito de ação ao posto de principal problema do direito processual civil e dão destaque ao impulso à fase científica de seu estudo.<sup>22</sup>

WINDSCHEID<sup>23</sup> jogou novas luzes sobre o conceito de *actio* romana e lançou as bases para um conceito moderno do direito de ação. O autor recusou as ideias de que o direito de ação seria o direito à tutela de outro direito, nascido da lesão deste, bem como a faculdade de pedir a tutela para o direito em caso de lesão, afirmando que seria a faculdade de impor a própria vontade mediante a persecução judicial. Desse modo, quando os romanos diziam “eu tenho uma *actio*”, o jurista de hoje há de interpretar como “eu tenho uma pretensão”, que pode ser exigida perante o Poder Judiciário, por meio do exercício do direito de ação. A partir disso, sua conclusão, que se tornou célebre, é a de que “[a] *actio* não é algo derivado, mas sim originário e autônomo”.<sup>24</sup>

Pouco depois, MUTHER<sup>25</sup> fez críticas duras ao trabalho de WINDSCHEID, expondo nele diversas contradições internas e discordando de muitas das afirmações lá contidas (em especial da que o ordenamento jurídico romano fosse um sistema de pretensões juridicamente protegidas e não um sistema de direitos subjetivos). A partir daí, MUTHER asseverou que, do direito subjetivo material lesado, surgiam

<sup>19</sup> No Código de 2002 não há correspondente a esse dispositivo. BARBOSA MOREIRA (Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, *Temas de direito processual* – 3ª série, p. 52) propõe uma releitura desse dispositivo (de modo a “extrair da antiga partitura sonoridades modernas”) para que se entenda que todo e qualquer direito possa ser objeto de demanda judicial.

<sup>20</sup> *Teoria geral do processo*, p. 266.

<sup>21</sup> Os três trabalhos (os dois de WINDSCHEID, intercalados pelo de MUTHER) que protagonizaram essa polêmica podem ser consultados em coletânea traduzida para o espanhol por Tomás A. Banzhaf e intitulada *Polémicas sobre la “actio”*.

<sup>22</sup> COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 63) destaca a importância dessas obras da seguinte forma: “[p]ara la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo”.

<sup>23</sup> Em seu trabalho *Die Actio des römischen Civilrechts von Stadnpunkte des heutigen Rechts* (La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual, *Polémicas...*, cit., p. 1-196).

<sup>24</sup> La “actio” del derecho civil romano..., *Polémicas...*, cit., p. 8, já por nós traduzido do espanhol para o português.

<sup>25</sup> Referimo-nos aqui ao estudo intitulado *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litistontestatiound der Singular-succeSSION in Obligationen* (Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litistontestatio* y de la sucesión singular en las obligaciones).

dois direitos: um contra o Estado (direito à tutela jurisdicional) e outro contra o ofendido (de reparar a lesão sofrida).<sup>26</sup>

WINDSCHEID formulou réplica,<sup>27</sup> sem esconder a mágoa<sup>28</sup> de seu “adversário”,<sup>29</sup> e, ao defender seu trabalho das críticas que lhe foram dirigidas, acaba acatando a ideia de que a lesão ao direito subjetivo faria nascer direito exercitável contra o Estado.

Apesar das divergências entre os dois estudiosos, os seus trabalhos se aproximam em torno do consenso de que a ação é um direito *autônomo* público em relação ao direito subjetivo material. O resultado dessa polêmica serviu de base para as chamadas teorias *dualistas* que, com algumas variações, se colocam entre dois extremos: de um lado a concepção da ação como um direito *concreto* e de outro como direito *abstrato*.

O pensamento dessa primeira corrente (*concretista*) apoiou-se na teoria desenvolvida por ADOLF WACH, ainda no século XIX, para quem a ação continuaria a ser um desdobramento autônomo do direito subjetivo material lesado,<sup>30</sup> que se revelaria em um direito à proteção concreta mediante a sentença favorável.<sup>31</sup>

A essa teoria filiou-se (com alguns temperamentos) CHIOVENDA,<sup>32</sup> que a ela contribuiu com a definição de que a ação seria não um direito subjetivo, mas sim

<sup>26</sup> Assim “¿Cuál era ahora la relación entre ese derecho a la fórmula y el derecho originário? Para responder a esta cuestión, debemos previamente saber ¿quién es el obligado en el derecho al conferimiento de la fórmula? La respuesta no es difícil: es el pretor, en su calidad de titular del poder judicial del Estado. El obligado o los obligados por el derecho primitivo del actor, en cambio, son personas particulares [...]. Tenemos, pues, dos derechos distintos, de los cuales el uno es el presupuesto del otro, pero que pertenecen a campos distintos, ya que el uno es un derecho privado y el otro de naturaleza pública” (Sobre la doctrina de la *actio* romana..., *Polémicas...*, cit., p. 241).

<sup>27</sup> *Die Actio*, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther (La *Actio*, Replica al Dr. Theodor Muther, *Polémicas...*, cit., p. 197-291).

<sup>28</sup> Veja-se a curiosa passagem do epílogo do seu estudo: “[e]l ataque del autor [Muther] no es común; como se ve, su propósito es destruir mi libro” (La *Actio...*, cit., *Polémicas...*, cit., p. 295).

<sup>29</sup> Termo esse usado pelo próprio autor (v. g., idem, ibidem, p. 301). Outro substantivo empregado é “opositor” (v. g., idem, ibidem, p. 310).

<sup>30</sup> O autor, a pretexto de afirmar o cabimento da ação declaratória, acabou por enunciar lição que influenciou de forma definitiva a doutrina que o sucedeu. Vale transcrever trecho emblemático do seu pensamento, no sentido de que a pretensão à declaração “constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado el cual debe otorgar tal amparo y se dirige contra la parte contraria frente a la cual debe ser otorgada dicha protección, es de naturaleza de derecho público, e no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo. Pero ella tampoco es aquella facultad del derecho público de demandar, que compete a cualquiera que, dentro de las formas establecidas, y con fundamento jurídico, sostenga la pretensión de protección del derecho” (*Pretensión de declaración*, tradução de Juan M. Semon, p. 46).

<sup>31</sup> Essa é a interpretação moderna que se dá a essa teoria. A propósito, veja-se CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 267): “o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável”.

<sup>32</sup> O conhecido ensaio de CHIOVENDA intitulado *Lazione nel sistema dei diritti* (*Saggi di diritto processuale civile*, v. 1, p. 3-110) retrata essa adesão à teoria de WACH e é com base nas premissas nele assentadas que CHIOVENDA constrói sua teoria sobre a ação que, depois, vem repisada nos seus demais escritos, em especial em suas obras de fôlego (*Principii di diritto processuale civile e Istituições de direito processual civil*, tradução de J. Guimarães



um *direito potestativo* à atuação da vontade concreta da lei em face de um direito lesado, por não haver correspondente prestação devida pelo Estado (com quem o autor não tem conflito de interesses). O sujeito passivo do direito potestativo de ação seria o réu, pois “a relação [do autor] com o Estado não é mais que um meio para obter certos efeitos *contra o adversário*”.<sup>33</sup>

Sua concepção ganhou respeitáveis adesões, como a de PIERO CALAMANDREI,<sup>34</sup> que dava ainda maior ênfase à premissa de que o Estado não pode figurar como sujeito passivo da ação, pois o interesse público na solução do litígio converge com o interesse do titular do direito violado. Tal posição era consentânea com uma das premissas básicas que norteou toda a obra do mestre florentino, ou seja, o destaque ao caráter público do processo, sem comprometimento do equilíbrio com os interesses privados que o movem. A despeito de tudo isso, o autor acabava concluindo pela *relatividade do conceito de ação* e pela inutilidade de uma perquirição mais profunda a respeito, eis que sujeito a variações no tempo e no espaço, de acordo com alterações políticas e ideológicas do Estado, que oscilam entre o reforço e a diminuição do autoritarismo.<sup>35</sup> Enfim, para CALAMANDREI, o conceito de ação não é absoluto, mas deve ser formulado de acordo com um determinado ordenamento jurídico positivo tendo em vista a fase de seu desenvolvimento.<sup>36</sup>

Entre nós, a teoria concreta foi abraçada por CELSO AGRÍCOLA BARBI, que, a propósito de definir o conceito de *ação declaratória*, elegeu a teoria de CHIOVENDA como a mais adequada para explicação do fenômeno, ou seja, direito potestativo exercitado para atuação da vontade concreta da lei.<sup>37</sup>

Outro autor pátrio que, embora com diversos temperamentos e ressalvas, pode ser considerado perfilhado a essa corrente é BOTELHO DE MESQUITA. Sua análise do direito de ação é feita sob perspectiva do direito material lesado do autor<sup>38</sup> e reconhece que a função jurisdicional só se completa e se cumpre com a sentença favorável a ele, sendo muito menos relevantes, sob esse seu particular enfoque, as atividades que culminam em decisões terminativas ou decisões de mérito favo-

Menegale). LIEBMAN considera que esse ensaio de CHIOVENDA representa o marco de fundação da moderna escola processual italiana (Lazione nella teoria del processo civil, cit., p. 25).

<sup>33</sup> *Instituições...*, cit., v. 1, p. 51.

<sup>34</sup> Já fizemos referência ao seu recorrente estudo a respeito intitulado *La relatività del concetto di azione*, cit.

<sup>35</sup> *La relatività...*, cit., p. 20-26.

<sup>36</sup> *Instituciones de derecho procesal civil*, v. 1, p. 240.

<sup>37</sup> A síntese desse pensamento se acha em *Ação declaratória principal e incidente*, p. 70-71.

<sup>38</sup> Esse prisma de análise, sob perspectiva do direito material do autor, é marca distintiva de toda a obra de BOTELHO DE MESQUITA, desde a monografia *Da ação civil* (publicada em 1975) até o recente ensaio intitulado *As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o reexame*. *Revista Forense*, nº 361, p. 47-72. Nesse último ensaio, o processualista manifesta sua preocupação com a excessiva publicização do processo e da função jurisdicional, o que a seu ver seria próprio de regimes ditatoriais, tais como o da Alemanha nazista, da Itália fascista, da União Soviética e dos países da chamada “cortina de ferro”. Para BARBOSA MOREIRA (O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº 122, p. 9-21), essa visão acerca do direito processual civil poderia ser chamada de “neoprivatista”, e tem como expoentes o italiano FRANCO CIPRIANI e o espanhol JUAN MONTERO AROCA.

ráveis ao réu, sendo também desimportante o interesse público de que se revestem tais atividades.<sup>39</sup> Nesses casos, não haveria manifestação do direito de ação (que seria direito à sentença favorável), e sim “o direito à administração da justiça, consagrado pelo art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem”.<sup>40</sup>

Em posição oposta aos *concretistas*, reuniram-se autores a defender que o direito de ação seria *abstrato*, mediante o qual, em linhas gerais, o particular (tendo ou não razão, e imbuído ou não de boa-fé) poderia dirigir-se ao Poder Judiciário e levar seu reclamo, com o direito de receber uma decisão, independentemente do seu conteúdo. O direito de ação seria, então, um direito puro e simples ao processo, sem nenhuma consideração ao provimento que o autor e o réu podem obter.

Essa tese contou com importantes apoios, por exemplo, de ALFREDO ROCCO, cuja obra defende que haja um interesse primário e concreto, protegido pelo direito material (que cada sujeito tem de satisfazer suas pretensões), bem como de um interesse secundário, abstrato e independente do primeiro, regido pelo direito processual, em reclamar a atuação do Estado para defesa do interesse primário. Segundo o referido estudioso, esse segundo interesse traduz-se em um direito subjetivo “existente por si mesmo, distinto dos vários direitos subjetivos principais ou materiais aos quais pode referir-se”, não constituindo “uma posição, uma qualidade, um aspecto do direito subjetivo”,<sup>41</sup> mas englobando o direito de uma resposta do Poder Judiciário, seja qual for.<sup>42</sup>

Destaca-se aí, igualmente, FRANCESCO CARNELUTTI, embora sua doutrina siga caminhos inteiramente diferentes, pois tem como polo metodológico o conceito de *lide*. Para o estudioso, *lide* é o conflito intersubjetivo de interesses regulado ou composto pelo direito, e “qualificado por uma pretensão resistida”. *Pretensão*, por sua vez, se traduz na exigência de seu titular em subordinar ao seu próprio interesse o interesse de outrem. Essa pretensão pode ser fundada ou infundada, mas de qualquer sorte basta que ela seja resistida para que seu titular leve seu reclamo ao Poder Judiciário.<sup>43</sup> Daí por que se pode dizer que a visão de CARNELUTTI alinha-se à teoria abstrata sobre a ação, pese ter construído raciocínio bem diverso.

É também forçosa a menção ao uruguaio EDUARDO JUAN COUTURE, que define ação como “poder jurídico, de titularidade de qualquer sujeito de direito, de acu-

<sup>39</sup> BOTELHO DE MESQUITA rejeita a um só tempo tanto a teoria abstrata quanto a teoria de LIEBMAN, das quais adiante se falará: “não é através de uma abstração, maior ou menor, feita ao conteúdo das sentenças, que poderá chegar-se ao conhecimento do que seja a função jurisdicional, em sua inteireza, na conjugação de todos os seus caracteres, em torno do seu fim supremo” (*Da ação civil*, p. 76).

<sup>40</sup> *Idem*, p. 94.

<sup>41</sup> ALFREDO ROCCO (*La sentencia civil*, tradução de Mariano Ovejero, p. 125 ss).

<sup>42</sup> O autor afirma que essas noções são suficientes para explicar o fenômeno da ação e assevera que o direito à tutela jurisdicional surge “en un momento que el titular no puede conocer; y [...] cuando es conocido ya ha sido satisfecho” (*La sentencia civil*, p. 139).

<sup>43</sup> *Instituciones del proceso civil*, v. 1, p. 28.

dir aos órgãos jurisdicionais para reclamar satisfação de uma pretensão”, o qual seria “atributo de personalidade”<sup>44</sup> e uma “forma típica do direito de petição”,<sup>45</sup> já que pode ser exercido por qualquer cidadão, em face dos órgãos jurisdicionais do Estado Democrático de Direito.<sup>46</sup>

Para encerrar este rol meramente exemplificativo de estudiosos alinhados à teoria *abstracta*, importa mencionar o brasileiro JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, para quem a ação seria um direito do cidadão de obter uma decisão do Estado, seja ela de que conteúdo for.<sup>47</sup>

Ao lado das correntes *concreta* e *abstracta*, costuma-se destacar a “teoria eclética” de LIEBMAN,<sup>48</sup> o qual reputava “unilaterais” e “pouco satisfatórias”<sup>49</sup> as demais. A pedra angular de seu pensamento é a afirmação de que só se pode falar em exercício do direito de ação quando o processo terminar com um provimento sobre o mérito do litígio, ainda que desfavorável ao autor. O direito a uma decisão qualquer existiria como decorrência do poder de acesso ao Judiciário, constitucionalmente assegurado a todos.<sup>50</sup> Todavia, esse direito seria pré-processual, não se confundindo com o direito a uma decisão de mérito, único apto a permitir que a jurisdição cumpra seu escopo, que é a atuação do direito objetivo no caso concreto.<sup>51</sup> A partir dessa conceituação é que emerge a importância das chamadas *condições da ação*, como seus “requisitos de existência”.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 57-58.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 74 ss.

<sup>46</sup> O autor considera que sua tese (*abstracta*) para explicar o direito de ação é de “escasa felicidad técnica” e que à sua época “parece dominar el panorama doctrinal” (*Fundamentos...*, cit., p. 64).

<sup>47</sup> *A ação no direito processual civil brasileiro*, p. 145-146.

<sup>48</sup> O ensaio que estrutura essa teoria é o já mencionado *L'azione nella teoria del processo civile* (*Problemi del processo civile*, p. 22-53).

<sup>49</sup> *L'azione nella teoria del processo civile*, cit., p. 43.

<sup>50</sup> Segundo o autor, o direito ao processo, independentemente de seu resultado, seria um “direito cívico”, com assento constitucional, que não se confunde com a ação propriamente dita (*Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 132-133).

<sup>51</sup> A doutrina de LIEBMAN pode ser denominada “eclética” porque se situa no meio-termo entre a teoria concreta e a abstracta, como bem demonstra VITTORIO COLESANTI, em recente análise do tema (Enrico Tullio Liebman e la dottrina dell'azione e dell'eccezione, *Enrico Tullio Liebman oggi*, p. 26-27). Da teoria concreta, LIEBMAN aproximou-se ao considerar que a ação não garante ao seu titular uma decisão qualquer; da teoria abstracta, o saudoso jurista emprestou a ideia de que há a existência de um direito cívico de acesso ao Poder Judiciário, o qual, contudo, só se converte em direito de ação se presentes as condições que permitam uma sentença de mérito. A partir disso, COLESANTI concluiu: “[c]oncezione intermedia, alla quale nessuno potrebbe negare non solo e non tanto il pregio della coerenza, mas soprattutto di un raggiunto, mirabile equilibrio non soltanto tra visioni diverse, bensì tra diritto e processo, tra pubblico e privato, quell'equilibrio di cui tutta l'opera di Liebman è stata costante espressione”.

<sup>52</sup> *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 135. É bem sabido que a impositação original do tema compreendia a distinção de três condições da ação (legitimidade para a causa, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido). Posteriormente, LIEBMAN alterou seu entendimento a respeito, extirpando a possibilidade jurídica desse rol e resumindo as condições da ação à legitimidade e interesse (*Idem*, v. 1, p. 133 ss). A esse tempo, o CPC brasileiro já havia acatado o trinômio de condições da ação, sob inspiração da doutrina liebmaniana.

Pelo menos entre os processualistas brasileiros<sup>53</sup> essa teoria goza de ampla aceitação, até porque, de certo modo, foi acatada pelo próprio Código de Processo Civil, que estabeleceu as condições da ação como espécie do gênero “pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional”<sup>54</sup> (CPC, art. 267, VI). DINAMARCO<sup>55</sup> exalta essa teoria

posto que seja abstrativista porque não subordina a existência do direito de ação à do direito subjetivo, tem o grande mérito de associar instrumentalmente aquela a cada uma das situações da vida trazidas ao conhecimento do juiz (a ação como direito *instrumentalmente conexo* a uma situação de direito material).

BEDAQUE<sup>56</sup> também sustentou a superioridade da tese de LIEBMAN perante as teorias anteriores, sintetizando assim seu pensamento:

[e]mbora sem ignorar a existência de um poder constitucional de provocar a jurisdição, deve se ter consciência de que não é este o objetivo principal de seu estudo. A ação deve ser concebida como um instituto processual: este é o poder de estimular a jurisdição, para que esta mantenha a integridade do ordenamento jurídico. Se analisada apenas como um direito do particular, que vinculada ao direito material (concretismo), quer absolutamente desligada dele (abstratismo puro), teria ela conotação eminentemente privatista, sem qualquer dose de instrumentalidade.

### 2.3 Breves considerações acerca das teorias clássicas sobre o direito de defesa

Como o tema do direito de defesa normalmente é reconhecido paralelo ao do direito de ação, fica razoavelmente fácil transitar, a esta altura da exposição, sobre as teorias formadas ao longo do tempo a respeito do primeiro.

É notável, nesse passo, que o rol de autores que se dedicaram a esse tema é bem menor do que aquele que analisou o direito de ação. Aliás, essa manifesta

<sup>53</sup> Para ficar com poucos, mas expressivos exemplos, BUZAID (*A ação declaratória no direito brasileiro*, p. 111 ss), FREDERICO MARQUES (*Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 114 ss), DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 128 ss), ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Ação – II* (direito de), *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. 2, p. 179-180) e KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*, p. 76 ss).

<sup>54</sup> A propósito, confira-se, por exemplo, BUZAID (*Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, p. 115 ss), FREDERICO MARQUES (*Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 128), DINAMARCO (*O conceito de mérito...*, cit., *Fundamentos...*, cit., p. 256) e BEDAQUE (*Pressupostos processuais e condições da ação*, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 35, p. 183-211), entre outros. Preferimos falar em “pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito”, por razões que serão analisadas no capítulo seguinte.

<sup>55</sup> *Execução civil*, p. 353.

<sup>56</sup> *Poderes instrutórios do juiz*, p. 37.

desproporção entre a atenção dispensada aos dois temas chega a dificultar a estruturação das teorias em torno do direito de defesa. Muitos doutrinadores simplesmente limitaram a investigação sobre o tema a uma particular modalidade de defesa (a *exceção*), acerca da qual nos ocuparemos de modo detido no Capítulo 7, *infra*. Por isso é que em diversos momentos da exposição contida neste item o foco recai especificamente sobre o conceito de exceção. Ainda assim essa específica modalidade de defesa pode ser utilizada como paradigma de análise para a defesa em geral.

Uma possível explicação para a ausência generalizada de preocupação com a defesa direta (que não se encaixa no conceito de exceção, reputada defesa indireta – vide Capítulo 7, *infra*) é o fato de diversos ordenamentos europeus (em especial o italiano, o francês e o espanhol) historicamente não estabelecerem que a consequência da *contumácia* do réu será a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Assim, o autor permaneceria incumbido de provar os fatos constitutivos do seu direito, a despeito de o réu nada ter alegado como matéria de defesa. Essa circunstância reduz a importância da defesa direta e dá relevância apenas à defesa indireta (exceção).

Feita essa ressalva, de início, verifica-se que o reconhecimento da autonomia da ação e do processo com respeito à relação jurídica de direito substancial controvertida (conquista alcançada pela ciência processual há quase um século e meio) também exclui concepções *immanentistas*, *civilistas* ou *unitaristas* acerca do direito de defesa, impondo-nos o descarte da doutrina que, até há bem pouco tempo, a analisava como fenômeno de direito material.<sup>57</sup>

A partir daí, a polarização entre as teorias *concretas* e *abstratas* também repercutiu no conceito de defesa em geral, e no de exceção em particular. COUTURE, reforçando o paralelismo entre os temas, advertiu que “as orientações denominadas *concreta* e *abstrata* da ação têm manifestações análogas em matéria de exceção”.<sup>58</sup>

CHIOVENDA, expoente da doutrina concretista, conceituava o direito de ação como direito potestativo autônomo, exercido pelo autor contra o réu, por intermédio do Estado, orientado a fazer valer a vontade concreta da lei que garante ao primeiro o gozo de um bem ou direito lesionado pelo segundo. Conseqüentemente, considerou o mestre romano que o réu de uma demanda infundada tem, por sua vez, o direito potestativo<sup>59</sup> de pedir ao Estado que declare não ter o autor

<sup>57</sup> Diversos civilistas tratam em especial da *exceção substancial* como tema do direito privado (e. g., SERPA LOPES, *Exceção substancial: exceção de contrato não cumprido*, p. 97 ss; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 6, p. 3 ss). Não que tais estudos estejam errados, mas partem de uma visão completamente estranha à ciência processual civil, pois analisam o fenômeno de fora do processo.

<sup>58</sup> *Fundamentos...*, cit., p. 93, já por nós traduzido.

<sup>59</sup> *Principii...*, cit., p. 272.

o direito reclamado<sup>60</sup> (mesmo que ele queira desistir do processo).<sup>61</sup> Assim, o réu teria um direito de obter a atuação da vontade concreta da lei a seu favor, mediante a rejeição da demanda infundada.<sup>62</sup>

Essa constatação derruba uma das principais críticas à obra de CHIOVENDA (e à teoria concretista como um todo), o qual teria posto o direito de ação numa posição de polo metodológico, supervalorizando a posição do autor e deixando em plano secundário o réu. Pela análise de suas lições, vê-se que CHIOVENDA não menosprezou a posição do réu; ao contrário, em grande medida valorizou-a, equiparando o direito de defesa ao de ação.

Ainda segundo CHIOVENDA,<sup>63</sup> esse direito amplo de defesa se dividiria em duas formas: a *exceção em sentido impróprio* (pela qual o réu demonstra ao juiz que a ação do autor jamais nasceu, alegando circunstância que o juiz poderia reconhecer até mesmo sem provocação, já que opera *ipso iure*) e a *exceção em sentido próprio* (a qual o réu poderia optar em alegar ou em renunciar a fazê-lo e, nesse último caso, estaria vedada a iniciativa *ex officio*).<sup>64</sup> Ou seja, haveria matérias que operam por força de lei e outras por vontade da parte.<sup>65</sup> Somente nesse segundo caso é que haveria *exceção substancial*, como verdadeiro “contradireito” do réu, cujo reconhecimento é baseado na ocorrência de fatos impeditivos ou extintivos<sup>66</sup> e implica a “perda da eficácia” da ação que chegou efetivamente a nascer. Essa opção estava intimamente afinada com a teoria concretista da ação, de que era partidário e que influenciou profundamente diversos estudiosos, valendo aqui citar, a título de exemplo, FELICIA ESCOBEDO<sup>67</sup> e SERGIO COSTA.<sup>68</sup>

Os partidários da teoria abstrata da ação – como COUTURE – tendem a empregar ao direito de defesa o mesmo raciocínio desenvolvido quanto à ação, vendo-a como direito *puro* ao processo, consistente na possibilidade de o réu levar suas razões à consideração judicial, independentemente de estarem protegidas pelo direito material. O direito de defesa, assim, assistiria a todos os que tiverem sido citados, constituindo-se como direito cívico à liberdade, perante a ameaça repre-

<sup>60</sup> Em sulla “eccezione” (*Saggi...*, cit., v. 1, p. 148), CHIOVENDA define claramente o conceito de exceção como “il diritto del convenuto e precisamente in un *contraddirito* tendente ad impugnare e annullare il diritto d’azione”.

<sup>61</sup> No CPC italiano de 1865, essa possibilidade de o réu opor-se à extinção do processo por desistência do autor estava prevista no art. 345. Essa norma corresponde ao art. 290 do CPC italiano atual, § 271 da ZPO alemã e art. 267, § 4º, do CPC brasileiro.

<sup>62</sup> Em sentido similar, BOTELHO DE MESQUITA (*Da ação civil*, p. 120) define o direito de defesa como o direito “a que, ante a inexistência do direito de ação, recuse o Estado a prestação da atividade jurisdicional”.

<sup>63</sup> Sulla “eccezione”, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 151.

<sup>64</sup> *Instituições...*, cit., v. 1, p. 465.

<sup>65</sup> Sulla “eccezione”, *Saggi...*, cit., p. 151.

<sup>66</sup> Ao que nos consta, CHIOVENDA jamais arrolou os fatos modificativos ao lado dos impeditivos e extintivos.

<sup>67</sup> *Eccezione in senso sostanziale*, p. 29 ss.

<sup>68</sup> A adesão, quase em ressaltos, de SERGIO COSTA à doutrina de CHIOVENDA está expressa nos verbetes *Eccezione*, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 259 ss, e *Novissimo digesto italiano*, v. 6, p. 349 ss.

sentada pela demanda proposta.<sup>69</sup> Particularmente quanto a uma das possíveis formas de defesa, qual seja, a afirmação de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo apto a gerar a improcedência do pedido do autor, COUTURE a considera como “pretensão [do réu], a qual, por sua vez, é a afirmação do sujeito de direito de que é merecedor da tutela jurisdicional”.<sup>70</sup>

Passadas em revista, brevemente, as teorias *concreta* e *abstracta* em torno do direito de defesa, resta-nos mencionar a teoria eclética de LIEBMAN. Coerentemente às suas ideias sobre a ação (como direito ao processo e ao julgamento de mérito, sem garantia ao resultado favorável), LIEBMAN acaba reconhecendo seu paralelismo com o direito de defesa, pois ambos põem “em movimento o exercício de uma função pública, da qual se espera obter a proteção das próprias razões, dispondo para tanto de meios disponibilizados pela lei para fazê-las valer (ainda que com a consciência de que o resultado pode ser desfavorável)”.<sup>71</sup> O paralelismo entre ação e defesa sobressai ainda mais indubitável quando LIEBMAN reconhece que o réu assume posições ativas no processo, que geram sujeição do autor<sup>72</sup> e quando define exceção como “um direito ao juízo e, propriamente, o direito ao julgamento de mérito sobre um fato extintivo, modificativo ou impeditivo alegado”.<sup>73</sup> Mas o autor não chega a reconhecer que esses dois poderes seriam idênticos, mas puramente análogos ou correlatos.<sup>74</sup>

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI<sup>75</sup> resume a análise dessas três correntes e, embora se reporte exclusivamente à exceção substancial, produz lição plenamente aplicável ao direito de defesa como um todo considerado: “[q]uem concebe a ação como direito a uma sentença favorável, terá de conceituar *exceção substancial* como contra-direito do réu destinado a impugnar a ação” ou “o direito a uma sentença de improcedência”. O jurista das Arcadas prossegue: “[d]e outra parte, aqueles que visualizam a ação como um direito abstrato, definem a exceção como um contra-direito do réu ao julgamento sobre o fato excepcionado, independentemente do conteúdo processual ou material da decisão”. Adiante, CRUZ E TUCCI arremata: “[p]or fim, quem afirma ser a ação um direito processual ao provimento de mérito, coerentemente concebe a exceção como um contra-direito do réu a

<sup>69</sup> *Fundamentos...*, cit., p. 95 e 98.

<sup>70</sup> *Manuale...*, cit., v. 1, p. 90-91, por nós traduzido.

<sup>71</sup> *Lazione nella teoria del processo civile*, cit., p. 45.

<sup>72</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>73</sup> *Manuale...*, cit., v. 1, p. 135, já traduzido por nós.

<sup>74</sup> “In questo senso, non mi pare errato qualificare l’eccezione come un diritto processuale analogo all’azione (o, se si preferisce, correlativo, od anche omologo, come dice Micheli). Azione e eccezione possono esistere come diritti ma se l’una é fondata, l’altra é infondata e vice-versa” (Intorno ai rapporti tra azione e eccezione. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 449-452). A ideia de que ação e defesa são poderes “omólogos” aparece também na obra de LUIGI PAOLO COMOGGIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO (*Lezioni sul processo civile*, p. 269).

<sup>75</sup> Aspectos atuais do conceito de “exceção substancial”..., cit., p. 10.

que o juiz também conheça do fato objeto da exceção, visando ao julgamento do *meritum causae*”.<sup>76</sup>

O que de comum há a essas teorias é que todas aceitam que *o réu pode receber tutela jurisdicional por meio do exercício do direito de defesa*.

CHIOVENDA reconhece que a sentença de rejeição da ação representa atuação da vontade concreta da lei em favor do réu.<sup>77</sup> COUTURE insere a exceção como direito cívico do réu à sua liberdade contra a ameaça representada pela ação.<sup>78</sup> LIEBMAN reconhece que autor e réu, ao exercerem o direito de ação e de defesa, têm direito ao julgamento de mérito sobre suas respectivas alegações.<sup>79</sup>

Mais do que isso, representantes de todas as correntes doutrinárias examinadas, em algum momento e em diferentes graus, reconhecem a imissão dos conceitos de *ação* e *defesa*. Para ficar apenas com os autores aqui analisados, lembremos que CHIOVENDA afirmou que o réu, ao se defender da demanda infundada, pede ao Estado que declare que o autor não tem o direito reclamado, e que esse direito “é pura ação”,<sup>80</sup> a qual “passa inobservada enquanto o autor insiste na sua demanda, porque, em tal hipótese, aquela ação se confunde e identifica com o exercício do direito de defesa”.<sup>81</sup> Já COUTURE averbou que

[n]ão é que a defesa seja a “ação do réu”. Ela tem seus próprios objetivos, diante da situação criada com a demanda proposta, e com a citação, mas substancialmente o *jus exceptionis* compõe-se, tanto quanto a ação, depois de instaurado o processo, de uma série de faculdades e poderes de participação no processo e endereçados à defesa dos interesses de seu titular.<sup>82</sup>

POR SEU TURNO, LIEBMAN define exceção do mesmo modo que ação, como “um direito ao juízo e, propriamente, o direito ao julgamento de mérito”.<sup>83</sup> CARNELUTTI, analisando a posição de LIEBMAN, considerou que “o seu único erro, em meu entender, é que ele considera a exceção como um direito processual *análogo* à ação enquanto que é propriamente a ação do réu sem qualquer necessidade de

<sup>76</sup> Fazem a mesma sumarização, na doutrina italiana, COLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 179 e 187-188) e ANNA LASSO (*Le eccezioni in senso sostanziali*, p. 44 ss), e na doutrina portuguesa, ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO e NORA (*Manual de processo civil*, p. 295).

<sup>77</sup> Ao explicar o ensinamento de CHIOVENDA, a monografista ANNA LASSO (*Le eccezioni...*, cit., p. 45) observa que: “[p]oichè l’eccezione del convenuto tende a impedire la pronuncia di una sentenza favorevole all’attore, l’assenza del provvedimento vantaggioso fa mancare l’elemento utile ad identificare l’azione, con la conseguenza che l’eccezione produce il venir meno dell’azione medesima”.

<sup>78</sup> *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 35.

<sup>79</sup> *Manuale...*, cit., v. 1, p. 135.

<sup>80</sup> *Instituições...*, cit., v. 1, p. 58.

<sup>81</sup> *Instituições...*, cit., v. 1, p. 462.

<sup>82</sup> *Fundamentos...*, cit., p. 91, por nós já traduzido.

<sup>83</sup> *Manuale...*, cit., v. 1, p. 135, já por nós traduzido.

analogia”<sup>84</sup> e conclui a crítica, em outro estudo, dizendo que “o direito ao juízo (de mérito) sobre o fato impeditivo ou extintivo é ação, não exceção”<sup>85</sup>.

Em resumo, essa ideia geral de que o excipiente se equipararia ao autor é, com efeito, corrente na doutrina, tanto estrangeira<sup>86</sup> quanto pátria,<sup>87</sup> em que pesem enfáticas discordâncias.<sup>88</sup> Essas semelhanças demonstram que, tal como ocorre com as teorias sobre a ação, também aquelas sobre a defesa não se excluem, mas se completam, pois analisam o mesmo objeto sob pontos de vista diferentes.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> Un lapsus evidente? *Rivista di Diritto Processuale*, p. 447, 1960, por nós traduzido livremente.

<sup>85</sup> Eccezione e analisi dell'esperienza. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 645, 1960, em tradução livre. Nesse último ponto conta com a concordância de CAPPELLETTI: “[l]’eccezione in senso proprio altro non è che la ‘azione del convenuto’” (Eccezione come contraddittorio del convenuto. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 266, 1961). É digno de nota que, apesar de CARNELUTTI ter equiparado, sob esse prisma, ação e exceção, ele reconhece a existência de uma diferença de natureza jurídica entre ambos: a ação seria uma relação jurídica e a exceção um ato jurídico, tal como a pretensão (idem, ibidem, p. 646). A distinção, contudo, parece-nos que não anula sua enfática afirmação sobre a identidade do poder manifestado na ação e na exceção.

<sup>86</sup> Na doutrina italiana, confira-se, v. g., MARCO TULLIO ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 196), BONA GIACCIA CAVALLARI (*La contestazione nel processo civile*, v. 1, p. 91) e ALBERTO ROMANO (*L'azione di accertamento negativo*, p. 2 ss).

<sup>87</sup> Mesmo na doutrina brasileira, essa ideia ecoa há bem mais de um século. Veja-se, por exemplo, a lição de RAMALHO (*Praxe brasileira*, p. 60): “Diz-se autor aquele que comparece em juízo pedindo que se declare um direito contestado.” Adiante, o autor completa: “o réu, exercitando as suas exceções, obsta ou embarga a ação com fatos novos e considerações que dão direito a uma pretensão distinta da ação proposta, o que é suscetível de uma nova demonstração e verificação; toma ele na demanda uma posição ativa, que lhe impõe a obrigação de provar sua pretensão nova”. Entre autores mais recentes, à guisa de exemplo, confira-se ainda a posição de MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 464): “nas chamadas exceções materiais, o réu assume posição similar à do autor, ficando com diversos encargos a ela peculiares, o que motivou o brocardo *reus in exceptione fit actor*”.

<sup>88</sup> Veja-se, por exemplo, CLEENATO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 246), que afirma: “[e]ssa postura da processualística de ver o réu, quando não se limita a apenas negar os fatos da ação, como verdadeiro autor, exercendo um *contra-direito*, traria implicações negativas no desenvolvimento do estudo da ciência processual, com variações no campo do ônus da prova”.

<sup>89</sup> Conclusão também atingida por COLESANTI (Eccezione..., cit., p. 186).

## Constituição Federal, Ação e Defesa

### 3.1 Constitucionalização do direito processual civil brasileiro

Tem-se denominado “constitucionalização do Direito”<sup>1</sup> o fenômeno jurídico (que no Brasil é mais recente que em outros países)<sup>2</sup> segundo o qual se impõe que todas as normas jurídicas (incluindo o direito processual civil, como “ramo” do direito público que é)<sup>3</sup> têm de ser promulgadas, compreendidas e aplicadas a partir da Constituição, que é matriz de todo o ordenamento jurídico.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> A propósito, SCARPINELLA BUENO pontua: “[d]e uma perspectiva, sem qualquer exagero, milenar de análise, interpretação e aplicação do direito desde a lei, parte-se, assumida e conscientemente, em direção diametralmente oposta, aquela que evidencia a necessidade de o direito ser analisado, interpretado e aplicado desde a Constituição” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 70).

<sup>2</sup> NICOLÓ TROCKER (*Processo civile e costituzione*, p. 92 ss) e JOAN PICÓ I JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, p. 17) fazem menção a esse fenômeno, na Europa, com o término de regimes ditatoriais, marcante logo após o término da 2ª Guerra Mundial, com a promulgação das Constituições italiana (1947) e da Alemanha Ocidental (1949) e da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950). Espanha e Portugal manifestaram essa tendência apenas na década de 70, quando saíram de regimes totalitários. Para o Brasil, o fenômeno só pôde ser sentido após o fim do governo militar, com a Constituição Federal de 1988. É, em linhas gerais, nesse sentido que NELSON NERY JR. explica o atraso do Brasil em sentir os efeitos dessa tendência de constitucionalização do Direito (*Princípios constitucionais do processo civil na Constituição Federal*, p. 19).

<sup>3</sup> Para se ter uma ideia de como esse fenômeno de “constitucionalização do direito processual civil” é recente no Brasil, lembre-se que em 1973, quando veio a lume o CPC atualmente vigente, não havia praticamente nenhum esboço das garantias processuais hoje presentes da Constituição Federal. Tome-se como exemplo o princípio da ampla defesa, que em 1969 foi introduzido no texto constitucional brasileiro e destinado aos “acusados” (art. 153, § 15º), o que restringia sua aplicação ao processo penal, segundo doutrina então prevalecente. Para que esse princípio fosse estendido ao processo civil, fazia-se necessária uma complexa argumentação, apoiada na garantia à inafastabilidade da jurisdição (art. 153, § 4º) e na cláusula do *due process of law* nela implícita (a propósito, confira-se ADA PELLEGRINI GRINOVER, na obra *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 3-13, e também no ensaio O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo, *O processo em sua unidade* – II, p. 56-69).

<sup>4</sup> Em sucinto e profundo ensaio (intitulado *Diritto costituzionale e processo civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 328, 1952) LIEBMAN aponta que “nello studio di ciascuno di questi rami del diritto si devono sempre tenere



Muitos estudiosos<sup>5</sup> reconhecem que a repercussão desse método, no direito processual civil, distingue-se em duas frentes principais:<sup>6</sup> (a) a *tutela constitucional do processo* (ou o *direito constitucional processual*), firme numa gama de princípios e garantias<sup>7</sup> que, alçadas à categoria de *direitos fundamentais*,<sup>8</sup> devem orientar a formulação, interpretação e aplicação de todas as normas processuais infra-constitucionais; e (b) a *tutela constitucional pelo processo* (ou o *direito processual constitucional*, ou ainda os *procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados*),<sup>9</sup> predispostos ao controle judicial dos atos estatais (nessa categoria inclui-se o mandado de segurança, individual e coletivo, o *habeas corpus*, o *habeas data* e a ação popular – CF, art. 5º, LXVIII a LXXIII).

Nessa primeira vertente (*direito processual constitucional*) estão inseridas as bases do direito de ação e de defesa, com destaque para o comando contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse enunciado é muito rico de significados e pode ser interpretado de diversas formas,<sup>10</sup> mas se acha intrínseca e primordialmente ligado ao direito de ação.<sup>11</sup> Adiante demonstraremos que não pode fugir à sua abrangência, igualmente, o direito de defesa.

presenti i suoi rapporti con gli altri, e curare questi collegamenti con tutta l'attenzione necessaria. Il diritto costituzionale rappresenta il centro di questa unità, il tronco comune da cui i vari rami si dipartono e da cui traggono la loro linfa vitale”.

<sup>5</sup> CONFORME ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Os princípios constitucionais...*, p. 3-24), NERY JR. (*Princípios do processo civil...*, cit., p. 20) e, com poucas variações, ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*Constituição de 1988 e processo*, p. 1-7) e DINAMARCO (*Instituições*, cit., v. 1, p. 53), para ficar apenas com alguns processualistas pátrios.

<sup>6</sup> FREDERICO MARQUES (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 13-14) realça ainda dois outros campos em que a Constituição se dedicaria a reger o direito processual civil: (a) ao estabelecer os órgãos do Poder Judiciário, suas competências, sua composição e as garantias individuais dos juizes e (b) o estabelecimento de regras para certos procedimentos de particular relevância segundo o poder constituinte, como a homologação de sentenças estrangeiras e a execução contra a Fazenda Pública. Em sentido mais amplo, SCARPINELLA BUENO acrescenta ainda, no “modelo constitucional do direito processual civil”, outras duas “vertentes”, quais sejam, a disciplina da *organização judiciária* e das *funções essenciais à justiça* (*Curso...*, cit., v. 1, Parte II, Capítulos 3 e 4).

<sup>7</sup> Ao longo da exposição, quando nos referirmos à *ação*, *ampla defesa*, *contraditório* etc., preferimos deixar de lado as diferenças existentes entre os conceitos de “garantia”, “direito” e “princípio”, por desnecessárias para atingimento dos objetivos ora perseguidos. Nesse passo, usaremos as três expressões de modo indistinto quando aludirmos às diretrizes insertas no âmbito da *tutela constitucional do processo*.

<sup>8</sup> Assim, COUTURE (*Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 21), COMOGIO (*Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 95), CANOTILHO (*Constituição e défice procedimental, Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 69-84) e RONNIE PREUSS DUARTE (*Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, p. 118 ss). Registre-se que há na doutrina que se dedicou ao tema (fora do âmbito restrito do processo) pronunciamentos no sentido de reconhecer distinção entre *direitos fundamentais* (em especial a vida, a dignidade e a liberdade) e *valores instrumentais*, destinados a dar efetividade aos direitos fundamentais, incluindo o *devido processo legal* (assim, OSCAR VILHENA VIEIRA, *Direitos fundamentais*, p. 47 ss e 473 ss). Ficaremos com a primeira acepção, suficiente para os propósitos deste trabalho.

<sup>9</sup> Denominação essa cunhada e pregada por SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 150 ss).

<sup>10</sup> Conforme foi bem explicado por THOMAZ HENRIQUE JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA (*O direito fundamental à tutela jurisdicional*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 81-84).

<sup>11</sup> SCARPINELLA BUENO ressalta que “o ‘princípio do acesso à justiça’ [...] é conceito que se identifica, que verdadeiramente se mescla, com o ‘direito de ação’” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 329).

Essa perspectiva constitucional de análise do direito de ação e defesa quase não se faz sentir nas teorias “clássicas” que se propuseram a explicá-los, segundo estudado no capítulo anterior. É facilmente constatável que aquelas teorias foram desenvolvidas em um tempo em que o processo civil não era construído, interpretado e aplicado à luz da Constituição<sup>12</sup> e, portanto, se ressentem da falta desse método de análise, que traz profundos impactos aos contornos desses institutos.<sup>13</sup> A ótica de análise que resultou naquelas teorias ainda dava maior importância à ligação do direito processual com o direito privado,<sup>14</sup> em detrimento da posição do direito processual como “ramo” do direito público.

É, portanto, de absoluto rigor analisar os conceitos de ação e defesa à luz da Constituição Federal, fazendo-se as necessárias remissões (e não serão poucas) às teorias clássicas abordadas no capítulo anterior.

## 3.2 Bases constitucionais do direito de ação

### 3.2.1 Direito de ação como direito ao processo (inafastabilidade do Poder Judiciário)

O primeiro, mais simples e mais literal modo de interpretar o comando do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é enxergar nele norma dirigida apenas ao legislador, de modo que “a lei” (sujeito da oração) se abstenha de impedir que

<sup>12</sup> Deve-se ressaltar dessa afirmação a obra de EDUARDO J. COUTURE, que constrói sua teoria sobre o direito de ação e de defesa tendo como base justamente a Constituição (vide em especial *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 19-67). Não se nega, igualmente, que muitos estudiosos do começo do século passado intuíram no direito processual civil a projeção das garantias individuais do cidadão em face do Estado (como demonstra FREDERICO MARQUES, na introdução à sua conhecida monografia *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 3-17, reportando-se às obras de PAULA BAPTISTA, JOÃO MENDES JR. e PIMENTA BUENO). Todavia, nesses casos tem-se uma abordagem ainda incipiente e insuficiente para real retrato do fenômeno. Sob a vigência da Constituição de 1969, a doutrina principiou o trabalho de extrair garantias do processo civil, a partir de alguns primados reservados apenas ao processo penal, como se viu no item 3.1, *supra*. Mas é efetivamente a partir da Constituição de 1988 que se pode enxergar, com todos os caracteres, os direitos de ação e de defesa e todas as demais garantias para torná-los efetivos.

<sup>13</sup> A propósito desse método, BEDAQUE afirma que “[a] identificação do conteúdo do direito de ação, no plano constitucional, é útil não só para efeito de identificar sua verdadeira função para a ciência processual e para os resultados que essa busca alcançar, como também para verificar a legitimidade dos limites impostos pelo legislador infraconstitucional ao regulamentar o exercício desse direito” (*Tutela cautelar...*, cit., p. 67).

<sup>14</sup> Constatação similar foi feita por LIEBMAN (*Diritto costituzionale e processo civile*, cit., p. 329).

apenas sobre o acesso ao processo (*meio*), mas também quanto ao seu resultado (*fim*).

Essa leitura afina-se de certo modo com a teoria eclética de LIEBMAN, que identifica a entrega da tutela jurisdicional com a prolação da sentença de mérito (em favor do autor ou do réu), situando-se, portanto, no meio-termo entre as teorias *abstracta pura e concretista*, conforme visto no item 2.2, *supra*.

Todavia, essa noção do direito de ação também é claramente insuficiente.

Primeiro, porque, nessa acepção, o direito de ação continua umbilicalmente atrelado ao ato de iniciativa do processo. Exatamente nesse sentido é que se fala em “condições da ação” como requisitos necessários para que o juiz pronuncie sentença de mérito em favor do autor, as quais não de ser aferidas de acordo com os elementos da demanda inicial. Peca essa concepção pela negligência com os demais poderes das partes após o ato inaugural do processo.

Ademais, se o direito de ação não garante uma sentença de mérito favorável (diferentemente do que entendiam os concretistas), e sim uma sentença de mérito de procedência ou de improcedência, uma de duas: ou se reconhece que o réu, ao se defender, exerce direito de ação, ou se afirma que a defesa, ainda que diferente da ação, também é meio para obtenção da tutela jurisdicional.<sup>27</sup> Essa questão será examinada com profundidade adiante.

Veja-se ainda que essa dimensão do direito de ação não explica adequadamente a natureza do direito que move a instauração de processo que não chega ao julgamento do fundo do litígio e se encerra por decisão terminativa.

LIEBMAN, apegado à premissa de que só existe direito de ação quando houver sentença de mérito, propõe uma indesejável bipartição entre o direito constitucional de iniciar o processo e o direito processual a uma sentença de mérito.<sup>28</sup> Nesse passo, sua teoria aproxima-se da concretista, com a diferença

<sup>27</sup> Essa mesma crítica foi feita por COMOGGIO (Note riepilogative..., cit., p. 470).

<sup>28</sup> Essa ideia de LIEBMAN é bem sintetizada no Appendice por ele apostado ao verbete *Azione* (teoria generale), escrito por PEKELIS no *Novissimo digesto italiano*, v. 2, p. 48, no sentido de que “l’azione va tenuta anzitutto distinta dal diritto civico e generico di adire i tribunali (sancito dalla Costituzione, art. 24), che è il presupposto pratico, la garanzia costituzionale della possibilità che chiunque di proporre caso per caso. Le azioni che verranno eventualmente a competergli”. Seguindo a trilha desse pensamento, DINAMARCO (*Execução civil*, p. 366) também chega a propor a dicotomia entre direito natural de ação (como mera faculdade de ingressar em juízo, de caráter abstrato e incondicionado) e o direito institucional de ação (consistente no direito ao provimento de mérito, que se sujeita justamente à existência das condições da ação), muito embora reconheça que ambos pertencem, simultaneamente, ao direito constitucional e ao direito processual. Adiante, o autor demonstra alguma simpatia com a utilização das expressões *direito de demandar* ou *direito à administração da justiça*, expressões extraídas da doutrina, respectivamente, de GUILHERME ESTELLITA e BOTELHO DE MESQUITA para designar o direito abstrato e incondicionado de adentrar ao Poder Judiciário. Para DINAMARCO, “a ‘verdadeira’ ação se resolve no poder de exigir o provimento final do processo” (*Execução civil*, p. 369-370); antes, haverá apenas “direito de demandar”, que (esse sim) é incondicionado (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 247). No mesmo sentido, propalando as vantagens de distinguir o “direito de ação” e a “garantia constitucional de demandar”, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 59).

de que, para os defensores desta última, só existiria exercício do direito de ação quando houvesse sentença de mérito favorável ao autor.<sup>29</sup>

Em que pese a autoridade de tal lição, entendemos que, mesmo quando o processo se encerra por decisão terminativa, não se pode negar a existência do exercício do direito de ação. De fato, se o direito de ação é regularmente exercido, a Constituição Federal garante que o seu produto será o proferimento de uma sentença de mérito. No entanto, se o direito de ação for exercido sem observância dos requisitos legais, e ensejar uma decisão terminativa, ainda assim há direito de ação, mas exercido de modo desconforme ao modelo legal.<sup>30</sup>

Dito de outra forma: o direito de ação é o mesmo se exercido de modo regular ou irregular, mas apenas no primeiro caso se produzirá o resultado programado pela Constituição Federal, que é o proferimento da sentença de mérito. No segundo caso, mesmo a mais esdrúxula das petições iniciais receberá uma resposta do Poder Judiciário,<sup>31</sup> assim como se reconhece que mesmo atos

<sup>29</sup> Essa, aliás, é a principal crítica à teoria concreta, conforme lecionam CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 270). Outra crítica aos concretistas se refere à sentença injusta, que concede ao autor direito material de que ele não é titular.

<sup>30</sup> Para melhor ilustrar esse raciocínio, convém fazermos paralelo entre o exercício do direito de ação e o exercício do direito de interpor recurso. O paralelo é cabível porque, “[c]omo o recurso é um prolongamento do direito de ação, repete-se aqui, *mutatis mutandis*, a exigência das condições da ação. Assim, à possibilidade jurídica do pedido corresponde o cabimento; à legitimidade *ad causam*, a legitimação para recorrer; e ao interesse processual, o interesse em recorrer” (LUIZ ORIONE NETO, *Recursos cíveis*, p. 60). Nesse passo, o Código de Processo Civil estabelece que de toda sentença caberá recurso de apelação (art. 513). Esse direito ao recurso é abstratamente assegurado a todos os sujeitos parciais do processo (sejam aqueles que figuraram como parte desde o início, sejam os terceiros que nele intervieram, tornando-se partes), bem como a qualquer terceiro que, por acaso, ainda não tenha intervindo até aquele momento do procedimento e queira fazê-lo (conforme o art. 499 do CPC). Uma vez exercido esse direito por qualquer desses sujeitos, o recurso passará (eventualmente) por um triplo crivo de admissibilidade, em que se verificará o preenchimento de seus pressupostos *intrínsecos* e *extrínsecos* (perante o juízo *a quo*, perante o relator sorteado no Tribunal *ad quem* e perante o colegiado que o relator integra). Se preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, o mérito recursal será conhecido, de forma que seja dado ou negado provimento ao recurso. Se qualquer dos requisitos de admissibilidade faltar, o recurso não será julgado pelo mérito. Vê-se então que o direito a recorrer pode ser bem ou mal exercido, o que implicará o julgamento ou não de seu mérito. O objetivo da apelação é permitir ao órgão de 2ª instância que reveja a decisão do juízo de 1º grau, mas quando o recurso não observa o modelo estabelecido pela lei (por ação ou omissão do recorrente), esse objetivo não será atendido.

<sup>31</sup> Essa garantia socorre mesmo ao demandante que formular o pedido mais estapafúrdio imaginável. Nesse sentido, cumpre-nos lembrar de curiosa sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Seção Judiciária da Justiça Federal em Pernambuco, nos autos de uma teratológica demanda movida por advogada em causa própria (autos nºs 2000.83.00.013654-2) e disponível na internet (<[www.jfpe.gov.br](http://www.jfpe.gov.br)>), que bem ilustra o quanto foi por nós aqui dito, no sentido de que, por mais estapafúrdia que seja a demanda, o Poder Judiciário é obrigado a respondê-la. Cumpre, então, transcrevê-la: “[c]hamo o feito a ordem para indeferir a inicial, vez que: 1) não há causa de pedir; 2) os fatos narrados não conduzem logicamente ao pedido e 3) há pedidos juridicamente impossíveis (art. 295, parágrafo único, do CPC). Com efeito, a autora limita-se a acusar os Estados Unidos da América de perseguição, de boicote ao seu doutorado, de boicote ao concurso para diplomata, de restrição à liberdade de reunião e de opinião, de uso de tecnologias que lhe provocaram hirsutismo, de ‘jogarem armas químicas militares contra a autora’ entre outras condutas, nenhuma das quais especificamente narrada, com um mínimo de objetividade. Nos pedidos, por sua vez, requer ‘o direito legal legítimo de ser inimiga contra os Estados Unidos da América do Norte’ (sic), o ‘direito de ser amiga e a respeitar os povos europeus’ (sic), o ‘direito a explodir bomba atômica contra todo o povo norte-americano nacionalidade de origem, povo do continente

completamente inválidos na esfera do direito material possam produzir algum resultado.<sup>32</sup>

Essas afirmações ganham ainda mais peso com a constatação de que a decisão terminativa será sempre excepcional – decorrente do que DINAMARCO denomina “crise” –,<sup>33</sup> baseando-se no descumprimento, pelo autor, de requisitos e pressupostos que, aliás, embora condicionem o exercício do direito de ação, são perfeitamente legítimos à luz da Constituição.

Destarte, embora os escopos da jurisdição e do processo se materializem (inicialmente) na decisão de mérito (única apta a aplicar o direito objetivo e compor o litígio), o direito que instaurou o processo encerrado por decisão terminativa é justamente o direito de ação, apenas exercido em desacordo com o modelo legal.

Seguindo-se esse raciocínio, não há, pois, dois direitos, um *constitucional*, de acesso ao Judiciário para obtenção de qualquer decisão (“direito de demandar” ou “direito à administração da justiça”), e outro *processual*, à obtenção de uma sentença de mérito (“verdadeiro direito de ação”). Há um único direito de ação, regular ou irregularmente exercido.<sup>34</sup> As condições da ação, portanto, ficam muito mais bem enquadradas como “condições da demanda”,<sup>35</sup> pois mesmo à falta delas houve exercício do direito de ação.

Apesar de mostrar simpatia a essa bipartição ao longo de toda a sua obra, DINAMARCO enuncia o preciso pensamento de que a ação “é um direito ao processo, com a peculiaridade de que passa por uma gradual intensificação à medida que esta vai caminhando regularmente”.<sup>36</sup> Em outro estudo,<sup>37</sup> o mesmo jurista refere-se a uma “escalada de intensidade instrumental” da ação, de tal sorte que

América, do país Estados Unidos da América do Norte, Capital Washington DC., não deixando nenhum sobrevivente’ (sic), além de reparação de danos ‘no valor de moedas Brasil 20 quatrilhões de reais’ (sic). Trata-se de vícios que tornam despiciendo o próprio saneamento da inicial, pelo que extingue o processo sem julgamento do mérito (art. 267, I, do CPC). Atendendo ao contido na própria inicial, oficie-se a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, para os fins dos arts. 8, I, e 11, V, do seu Estatuto, juntando-se cópia daquela peça. Publique-se. Registre-se. Intime-se”.

<sup>32</sup> Cf., v. g., ZENO VELOSO (*Invalidez do negócio jurídico, validade e anulabilidade, de acordo com o novo Código Civil brasileiro*, p. 123-124).

<sup>33</sup> O autor constrói a ideia de que a “crise” do processo é uma “doença”, que lhe compromete a capacidade de atingir seus fins de modo temporário (importando na suspensão do processo) ou definitivo (implicando sua extinção). Em ambos os casos, tem-se uma situação de anomalia (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 627 ss). Assim também ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (“Extinção do processo”..., cit., *Ensaaios...*, cit., p. 364).

<sup>34</sup> Nesse sentido também se pronunciou LUIZ GUILHERME MARINONI (*Curso de processo civil*, v. 1, p. 179), que argumenta lançando mão do art. 263 do CPC que a ação se considera proposta “tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída”, independentemente de o juiz ter feito o exame do preenchimento dos requisitos legais para que prossiga o processo. A mesma posição é sufragada por ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (“Extinção do processo” e mérito da causa. *Ensaaios de direito processual*, p. 364).

<sup>35</sup> Como propõem COMOGGIO, FERRI e TARUFFO (*Lezioni sul processo civile*, p. 234).

<sup>36</sup> *Instituições...*, cit., v. 2, p. 324.

<sup>37</sup> *Execução civil*, p. 367-368.

a) todos têm a faculdade de ingressar em juízo, independentemente de terem o direito alegado e mesmo de serem amparados pelas condições da ação; b) tem o poder de exigir o provimento jurisdicional final quem estiver amparado pelas condições da ação, quer tenha ou não o direito subjetivo material alegado; c) só tem direito à tutela jurisdicional quem reunir as condições e ainda desfrutar do direito subjetivo material alegado.<sup>38</sup>

Usando palavras distintas, pode-se dizer que o mesmo direito de ação anima: (a) o processo que se encerra por decisão terminativa; (b) o processo encerrado por decisão de rejeição da demanda; e (c) o processo concluído por decisão de acolhimento dessa mesma demanda. Há resultados diferentes da atividade jurisdicional nos três casos, mas *não há exercício de diferentes direitos*.

No primeiro caso, tem-se o direito de ação exercido em desconformidade com a forma processual, ensejando que o processo se encerre sem atingir o seu resultado esperado (que é a sentença de mérito, ao menos inicialmente). No segundo caso, o direito de ação foi exercido de forma regular, mas, como direito autônomo que é, seu exercício não estava acompanhado do amparo do direito material.<sup>39</sup> No terceiro caso, o direito de ação foi exercido regularmente pelo litigante que estava amparado pelo ordenamento jurídico material. Nesse último caso há “tutela jurisdicional plena”;<sup>40</sup> nos demais, a tutela jurisdicional existe, porém é mais limitada. O acerto dessa afirmação ficará mais claro adiante.

### 3.2.3 Direito de ação como direito à tutela jurisdicional efetiva outorgada por meio do devido processo legal

Sem nos desprendermos da orientação analisada no item precedente, temos ainda um terceiro desdobramento do enunciado do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, que repousa sobre a insuficiência da prestação de tutela jurisdicional por *qualquer* decisão de mérito, resultante de *qualquer* processo.

<sup>38</sup> De modo similar, na doutrina italiana, COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni sul processo civile*, p. 225): definem o direito de ação “genericamente, la possibilita (o il potere) dell’attore di porre in moto l’attività degli organi giurisdizionali e, perciò, la possibilità di provocare, a próprio vantaggio, l’esercizio della giurisdizione” e “più specificamente, la potestà (o il diritto) de chiedere e, in caso di accertata fondatezza, il diritto di ottenere dal giudice l’accoglimento della pretesa fatta valere”.

<sup>39</sup> Essa construção permite conciliar as “teorias clássicas” sobre o direito de ação, como, aliás, foi alvitrado por CALMON DE PASSOS há quase meio século (*A ação no direito processual civil brasileiro*, p. 145-146). Para o autor, haveria a “ação de tutela meramente processual, que se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional, com um provimento de inadmissibilidade; uma ação de tutela do direito objetivo material, que se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional, com a certificação do direito objetivo e sua conseqüente atuação, e uma ação de tutela do direito subjetivo material, que somente se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional, com a satisfação do direito subjetivo do demandante”. Essa mesma interpretação, curiosamente, foi, um ano depois, alvitrada por MAURO CAPPELETTI no artigo *Eccezione come contraddittorio del convenuto*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 275, 1961.

<sup>40</sup> LIEBMAN (*Manual...*, v. 1, p. 147).



Segundo essa leitura mais ampla e atual do referido dispositivo constitucional, é absolutamente necessário que o direito de ação seja exercido mediante o devido processo legal,<sup>41</sup> o qual deve culminar em decisão em maior consonância possível em relação ao direito material e aos fatos efetivamente ocorridos entre os litigantes no plano real.<sup>42</sup>

Mais do que isso, o processo deve atingir tais resultados *tempestivamente*, pois (a doutrina, em coro, não se cansa de repetir) a justiça tardia equivale a uma injustiça. Segundo essa linha exegética, portanto, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição já compreenderia a garantia à “razoável duração do processo” e à “celeridade de sua tramitação”,<sup>43</sup> de tal sorte que a Emenda Constitucional 45/2004, ao introduzir o inciso LXXVIII no mesmo artigo, limitou-se a enunciar de modo explícito um princípio já presente na ordem constitucional.<sup>44</sup>

O direito de ação garante, assim, que o resultado da atividade processual reunirá todas essas qualidades, atingindo-se assim a outorga da tutela jurisdicional efetiva (no sentido de que congregue realização prática do direito material<sup>45</sup> com celeridade e segurança jurídica,<sup>46</sup> mediante a observância do devido processo legal),<sup>47</sup> adequada (a proteção jurisdicional deve ser moldada ao direito substan-

<sup>41</sup> Cláusula geral que consiste, substancialmente, no preestabelecimento de regras que permitam a maior participação possível dos interessados.

<sup>42</sup> Sobre o conceito de devido processo legal confirmam-se: VIGORITTI (*Garanzie costituzionali del processo civile*, p. 38 ss) e, entre nós, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 243-247), PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON (Devido processo legal substancial. *Leituras complementares de processo civil*, p. 9-25), e MARIA ROSINETE OLIVEIRA LIMA (*Devido processo legal*, p. 239-288).

<sup>43</sup> A propósito, convém lembrar dois ensaios de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, o primeiro intitulado *Tempo e processo* e o segundo, sob a forma do artigo Garantia do processo sem dilações indevidas inserido na obra *Garantias constitucionais do processo civil* (CRUZ E TUCCI (Coord.). p. 234-262).

<sup>44</sup> Nesse sentido, entre muitos outros autores, destaca-se o Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO (Reforma do Poder Judiciário, *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, LUIZ MANOEL GOMES JR., OCTAVIO CAMPOS FISCHER, WILLIAM SANTOS FERREIRA (Coord.), p. 357). Note-se que a mesma conclusão foi alcançada pela doutrina italiana, quando se deparou com a introdução, no art. 111 da Constituição daquele país, da garantia à duração razoável do processo (CARLO VELLANI, La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 981, 2001).

<sup>45</sup> Enfim, traduz essa preocupação a máxima enunciada por CHIOVENDA de que “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire” (Dell’azione nascente del contratto preliminare, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 110).

<sup>46</sup> Mais uma vez, importa colacionar a síntese de BEDAQUE: “[p]rocesso efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49, destaques do original).

<sup>47</sup> BEDAQUE (Garantia de amplitude da produção probatória, In: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 166) assinala que “[n]ão é suficiente afirmar que o art. 5º, inc. XXXV, constitucionalizou o direito abstrato de ação. Importa coordenar essa garantia com outras existentes no texto constitucional”. CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 5) acrescenta: “[o] grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela técnica processual e pelos seus aplicadores concretos é o princípio da efetividade da jurisdição (ou do acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa) constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como todo bom princípio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LX, respectivamente)”.

cial reclamado)<sup>48</sup> e *tempestiva*<sup>49</sup> (seja pela disponibilização de mecanismos para tutelar situações de urgência, seja pela duração razoável do processo).<sup>50</sup>

Percebe-se, então, que essa terceira (mais ampla e mais profunda) leitura do comando constitucional divide suas atenções entre o *meio* (o devido processo legal) e o *fim* (a realização de justiça de modo efetivo, adequado e tempestivo),<sup>51</sup> de tal maneira que o direito de ação se definiria como o direito de “acesso à ordem jurídica justa”<sup>52</sup> (conforme a consagrada fórmula cunhada por KAZUO WATANABE), obtido por meio de um “processo civil de resultados” (expressão para a qual tem insistido há anos CÂNDIDO DINAMARCO).<sup>53</sup>

Acatando essa terceira e mais ampla leitura do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional, BEDAQUE pontua: “[a]ssim, direito de ação não é direito a uma sentença favorável [como querem os concretistas, dizemos nós], a uma sentença qualquer [como sustentam os abstrativistas puros] ou à sentença de mérito [o que satisfaz a LIEBMAN, também completamos]”. Adiante BEDAQUE conclui: “[o] direito de ação deve ser visto como garantia da efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil”.<sup>54</sup>

Nesse mesmo sentido, COMOGLIO sintetiza:

<sup>48</sup> A esse aspecto dá especial destaque PROTO PISANI (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 52-55) ao considerar que a adequação da prestação jurisdicional ao direito material invocado é consequência natural e necessária da superação da ideia de ação como direito unitário e completamente autônomo (que é impregnada da concepção de igualdade formal do Estado liberal do século XIX) para a ideia de efetiva tutela jurisdicional (própria do Estado social do século XX, que se baseia em critérios de igualdade substancial).

<sup>49</sup> Não podemos deixar de considerar que a ideia moderna de tutela jurisdicional efetiva já compreende os qualificativos “adequada” e “tempestiva”. Segundo BARBOSA MOREIRA (Efetividade do processo e técnica processual, *Temas de direito processual* – 6ª série, p. 17-18), “a busca pela efetividade do processo se assenta em alguns pontos: (a) o processo deve dispor de meios de tutela adequados a todos os tipos de direitos (expressos ou implícitos no sistema); (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado o conjunto de seus titulares; (c) que haja meios para que o julgamento do magistrado se aproxime o máximo possível da realidade dos fatos; (d) que o sistema seja formatado de modo que o resultado do processo seja exatamente aquele que o direito material assegura ao litigante vencedor; e (e) que os resultados mencionados sejam atingidos com um mínimo de dispêndio de tempo e energia. Mas não há mal em pecar pelo excesso e enunciar expressamente a necessidade de adequação e tempestividade da tutela jurisdicional”.

<sup>50</sup> ITALO ANDOLINA recentemente destacou que a relação entre tempo e processo envolve o gerenciamento do “tempo no processo” e do “processo no tempo” (*Revista de processo*, nº 176, p. 259-274). No primeiro caso, entram em cena as tutelas de urgência; no segundo, os meios para assegurar a duração razoável do processo.

<sup>51</sup> Veja-se a propósito o pensamento de BEDAQUE, no sentido de que a ação “é garantia de meio e de resultado” (*Tutela cautelar...*, cit., p. 71).

<sup>52</sup> Mais uma vez, cumpre mencionar BEDAQUE (Garantia de amplitude da produção probatória, cit., p. 151), que afirma: “mais do que prever a mera formulação do pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar satisfação do direito”.

<sup>53</sup> Como no ensaio intitulado Tutela jurisdicional (*Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 798-799).

<sup>54</sup> Garantia de amplitude da produção probatória, cit., p. 166-167.

[a] “ação”, em sentido constitucional, como não é mais apenas “direito ao processo” (mas é um “direito ao justo processo”), é também um “direito à tutela” (ou, se se preferir, o “direito a uma efetiva tutela”), bem se podendo aspirar inseri-lo [...] entre os “princípios supremos” do ordenamento constitucional, ou até mesmo entre os “direitos invioláveis do homem”, reconhecidos e garantidos pela República (art. 2º da Constituição italiana).<sup>55</sup>

É importante ainda notar que essa terceira e mais profunda leitura do aludido dispositivo constitucional não se contrapõe às duas anteriores, mas expande os horizontes do conceito do direito de ação por elas delineados, isto é, o direito de acesso ao processo, do qual decorre o direito à sentença de mérito, chegando, finalmente, ao direito à tutela jurisdicional efetiva,<sup>56</sup> seja quanto ao meio (processo cercado das garantias constitucionais estabelecidas em favor dos litigantes), seja quanto ao fim (decisão o mais afinada possível com o direito objetivo e com os fatos efetivamente ocorridos no plano concreto).<sup>57</sup>

Em suma, no plano teórico, essa evolução decorre naturalmente da visão instrumentalista do processo, de tal sorte que o direito de ação garante a qualidade do processo e de seu resultado. Esse dado não fugiu à apreciação de ALVARO DE OLIVEIRA,<sup>58</sup> QUE AVERBOU:

a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também uma garantia “de resultado”, ressaltando o nexó teleológico fundamental entre o “agir em juízo” e a “tutela” do direito afirmado.

No plano técnico-processual, o resultado mais importante dessa evolução do direito de ação é a sua desvinculação do simples direito de iniciativa da parte

<sup>55</sup> *Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 95, já por nós traduzido.

<sup>56</sup> VITTORIO DENTI destaca justamente que essa concepção representa uma nova e mais avançada interpretação da garantia constitucional do direito de ação, que corre a reboque da mudança do paradigma do estado liberal e garantista-formal para o Estado social garantista-substancial (Valori costituzionali e cultura processuale..., p. 448).

<sup>57</sup> Aqui também podemos identificar a afinidade dessa terceira e mais profunda interpretação do multirreferido comando da Constituição da República, com o programa da “terceira onda de acesso à justiça”, referida por CAPPELLETTI e GARTH. De fato, as duas primeiras “ondas” (remoção de obstáculos financeiros e proteção dos interesses difusos) eram movimentos “preocupados com a representação legal” e visavam viabilizar o acesso ao processo, o qual “não se mostrou suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras ‘vantagens tangíveis’ no nível prático” (*Acesso à justiça*, p. 68-69). Assim, a “terceira onda” propõe uma ampla gama de reformas, que se preocupem com os resultados práticos da atividade processual, e compreendem, entre outros elementos, a adaptação do processo ao tipo de litígio, simplificação do direito processual e do direito material, reduzindo a formalidade processual e criando mecanismos mais efetivos para a realização concreta de direitos (*Acesso à justiça*, p. 70-73). Em suma, a preocupação da “terceira onda” desdobra-se entre o meio e o fim.

<sup>58</sup> Efetividade e tutela jurisdicional. *Ajuris*, nº 98, p. 31.

para instauração do processo, isto é, reconhecendo-se que não se esgota na propositura da demanda<sup>59</sup> (solução que, como vimos, satisfazia as duas primeiras acepções acima retratadas).

Concebido o direito de ação como o direito ao processo, de modo abstrato e descompromissado com o resultado que dele se pode obter, tem-se que o exercício dessa garantia se exaure no ato inicial do processo, pelo qual o litigante tira o Estado-juiz de sua inércia. A partir daí, o titular do direito de ação tem a garantia de que receberá alguma resposta da autoridade jurisdicional (independentemente de seu conteúdo).

De outra parte, idealizado o direito de ação como direito a uma sentença de mérito, seu exercício também acaba ligado de modo indissociável à demanda, como ato jurídico de iniciativa do processo.<sup>60</sup> É a partir da análise da demanda que o juiz verifica o preenchimento das condições da ação, as quais, como regra, se mantêm inalteradas ao longo do procedimento.

Em resumo, as duas concepções de direito de ação analisadas acima (itens 3.2.1 e 3.2.2, *supra*) estão impregnadas pela mesma identificação entre direito de ação e ato de iniciativa processual (demanda).

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO<sup>61</sup> demonstram de maneira irrefutável que não tem mais sentido atual essa concepção de que o direito de ação se esgota pela propositura da demanda, que decorre de teorias desenvolvidas na primeira metade do século XX que continuam impregnadas no art. 99 do CPC italiano.<sup>62</sup>

Por isso, esta terceira leitura do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, aqui esmiuçada, provoca a desvinculação entre “ação” e “demanda”, que passa a ser apenas um primeiro ato processual pelo qual se manifesta o direito de ação. Dessarte, esse último conceito (de demanda) ganha ainda maior importância e, por isso, a ele será reservado espaço oportunamente (item 6.2.1, *infra*).

Afinal, o direito à tutela jurisdicional efetiva não se materializa simplesmente no ato inicial do processo, mas há de compreender um sem-número de poderes que permitam que o litigante realmente participe do processo,<sup>63</sup> apresentando suas alegações de fato e de direito, produzindo provas, com o intuito de influir na

<sup>59</sup> FAZZALARI (*Istituzioni di diritto processuale*, p. 424) assevera que a ação “non si esaurisce nella solitaria facoltà del soggetto di mettere in moto il processo, ma consiste appunto [...] in una serie di facoltà, poteri e doveri, quanti la legge ne assegna al soggetto per la sua condotta, lungo tutto l’arco del processo, fino alla sentenza che accoglie o respinge la domanda”. Em sentido ainda mais completo, BEDAQUE pontua: “muito mais do que direito ou poder de iniciar o processo, ação é garantia constitucional ao modelo processual, tal como regulado na própria Constituição, informado pelo contraditório e pela ampla defesa” (*Tutela cautelar...*, cit., p. 70).

<sup>60</sup> Sobre o conceito de “demanda” nos debruçaremos no item 6.2.1, *infra*.

<sup>61</sup> *Lezioni sul processo civile*, p. 226-229.

<sup>62</sup> “Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente.”

<sup>63</sup> TROCKER (*Processo civile e costituzione*, p. 367-371) sustenta que o direito de ação não se limita ao acesso ao Poder Judiciário, mas sim ao agir perante o órgão julgador, da mesma forma que a garantia de ação não se esgota em uma posição meramente negativa (o legislador não pode impedir seu exercício, limitando o acesso

decisão judicial.<sup>64</sup> A ação concebida como “direito à sentença de mérito” resumia-se na demanda porque ela é o ato portador de poder de “ativação decisória”.<sup>65</sup>

A partir do momento em que não é mais suficiente o direito ao processo *tout court*, sendo garantido o acesso ao “giusto processo”,<sup>66</sup> a garantia de ação não assegura apenas um meio, mas igualmente um resultado, e passa a ser tratada como uma “situação subjetiva composta e continuada”,<sup>67</sup> compreendendo poderes de iniciativa e impulso.

Nas palavras de DINAMARCO,<sup>68</sup> o direito de ação engloba, portanto, “a gama de poderes e faculdades que tem o autor desde antes da instauração do processo e até que proferido o provimento final”. O mestre ainda completa: “[s]eria de muito pouco significado a própria garantia constitucional e ficaria esvaziada de conteúdo se se reduzisse ao poder de iniciativa”. Trilhando caminho similar, CASSIO SCARPINELLA BUENO<sup>69</sup> ressalta que

[n]ão há mais espaço para entender o “direito de ação”, ou, simplesmente, a “ação” como a mera ruptura da inércia da jurisdição, quando o tema é inserido em seu devido contexto, do “modelo constitucional do direito processual civil”. Muito mais do que isto, é importante entendê-lo e associá-lo com o próprio agir, durante todo o processo, para a obtenção da tutela jurisdicional e de seus efeitos concretos no plano material. O “direito de ação”, nestas condições, deve ser entendido como o direito subjetivo público exercitável contra o Estado-juiz ao longo de todo o processo como forma de garantir àquele que o exerce a prestação da tutela jurisdicional de acordo com um processo “devido”, assim entendido o processo em que

ao Estado-juiz), mas é dotado de um elemento positivo que floresce em um feixe de poderes destinados a obter um pronunciamento favorável, mediante efetiva participação em todo o curso do processo.

<sup>64</sup> Aliás, essa ideia de que o direito de ação compreenderia um feixe de poderes está implícita na doutrina (praticamente unânime) que se propôs a definir a natureza dos recursos, como desdobramento do direito de ação. Assim, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 5, p. 8) recentemente apontou que “os recursos representam prova segura do acerto da percepção de que o direito de ação e o direito de defesa ensejam verdadeiros desdobramentos durante o processo. Os recursos são, assim, direito subjetivo público exercitado em face do Estado-juiz com vistas à revisão, em sentido amplo, de uma dada decisão jurisdicional”. No mesmo sentido, ARAKEN DE ASSIS (*Manual dos recursos*, p. 35) reconhece o “poder de recorrer como simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo”.

<sup>65</sup> Nas palavras de COMOGGIO, FERRI e TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 228).

<sup>66</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>67</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>68</sup> *Execução civil*, p. 352. Em outra obra, DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 283) assim afirma: “não só exerce a ação quem mediante a demanda inicial dá causa à instauração do processo, mas também o autor que responde às preliminares arguidas pelo réu, que junta documentos no curso do processo, que recorre etc., ou o exequente que pede reforço de penhora, que impugna a avaliação, que pleiteia adjudicação do bem penhorado. E uma palavra, a ação é um poder sim, mas um poder que se desdobra em uma infinidade de poderes coordenados à provocação do ato final do processo (sentença de mérito, no processo de conhecimento; ato de entrega do bem, na execução forçada)”.

<sup>69</sup> *Curso...*, cit., v. 1, p. 334.

se assegurem todos os direitos assegurados pelos princípios constitucionais do processo civil.<sup>70</sup>

Essa nova e (enormemente ampliativa) feição dada ao direito de ação (descolada do simples ato de iniciativa processual e compreensiva de uma gama de direitos que entram em cena durante todo o processo) traz, por sua vez, outras duas importantes consequências.

A primeira delas é *aproximar ainda mais o direito de ação do direito de defesa*, eis que este último (também garante meios ao réu para influir na decisão judicial, com intuito de obter para si pronunciamento favorável (efetivo, tempestivo e adequado). Leva-se em conta que o réu, igualmente, pode obter tutela jurisdicional por meio do processo instaurado pelo autor com esse mesmo fim. Esse aspecto evidentemente nos interessa em especial e merecerá mais atenção adiante.

A segunda decorrência é o reconhecimento – anotado por DINAMARCO<sup>71</sup> e YARSELL<sup>72</sup> – que ao *vencido* também se outorga tutela jurisdicional, pois também ele exerceu uma série de poderes com o intuito de influir na decisão judicial.

Essa tutela não é “plena”, e sim “de menor intensidade”,<sup>73</sup> e viria sob diversas formas, desde a predisposição de *meios* para o cidadão defender seus direitos,<sup>74</sup> a proteção consistente em “não restar sacrificado além dos limites do justo e do

<sup>70</sup> Curioso é notar que LIEBMAN já havia reconhecido, incidentalmente, que o direito de ação seria “diritto d’iniziativa e d’impulso” (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 135), mas não desenvolveu com profundidade essa ideia. O mesmo se diga da obra de ALFREDO ROCCO (*La sentenza civil*, cit., p. 135), que afirmou que o direito de ação engloba “todas las facultades que corresponden a las partes en el procedimiento y el ejercicio de aquel derecho como comprendiendo todos los actos procesales de las partes”. Hoje, porém, a doutrina italiana reconhece que a ação se desdobra em “una sequenza di posizioni”, como afirma FAZZALARI (*Azione civile (teoria generale e diritto processuale*, cit., p. 31)). Na nossa doutrina contemporânea, vide, v. g., ALVARO DE OLIVEIRA (Efetividade é tutela jurisdicional, cit.); MARINONI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 216-219, com rica referência a ordenamentos estrangeiros); GABRIEL PINTAÚDE (Tutela jurisdicional (no confronto doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovídio Baptista da Silva e no pensamento de Flávio Luiz Yarshell). In: FÁBIO CARDOSO MACHADO; e GUILHERME RIZZO AMARAL (Org.), *Polêmicas sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, p. 276-277), entre outros.

<sup>71</sup> Tutela jurisdicional, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 814.

<sup>72</sup> *Tutela jurisdicional*, p. 32.

<sup>73</sup> YARSELL diz que “o Estado também presta *tutela jurisdicional ao vencido*, embora de forma diversa daquela prestada ao vencedor” (*Tutela jurisdicional*, p. 35).

<sup>74</sup> Ainda YARSELL averba que “o próprio devido processo legal – independentemente de quem vença – é forma de tutela” (idem, p. 32). Para chegar a essa conclusão, o autor (idem, p. 29-31) principia com a ideia de que a tutela jurisdicional “é prestada em favor de quem tem razão”. Todavia, adiante o próprio autor reconhece que “poder-se-ia dizer tratar-se de conceito sincrético ou, quando menos, calcado na premissa de ação como direito concreto, isto é, como direito a um provimento favorável”. O meio de resolver esse “impasse” está na ampliação da ideia de tutela jurisdicional para alcançar “igualmente os *meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado*” (*rectius*, o proferimento de sentença favorável – grifo nosso). Assim, explicam-se os direitos exercidos por autor ou pelo réu que saíram vencidos. A eles, de certo modo, foi outorgada tutela jurisdicional, apesar do resultado desfavorável, pois lhes foram disponibilizados os meios para tentar influir na decisão judicial, sob os princípios e garantias do *due process of law*.

razoável”<sup>75</sup> (o que inspiraria, por exemplo, as regras atinentes a honorários sucumbenciais, CPC, art. 20, §§ 3º e 5º), ou ainda em razão do *resultado* do processo (pois, embora desfavorável, o desfecho serve ao menos para eliminar do mundo jurídico a incerteza sobre os direitos em disputa). Finalmente, durante a execução do julgado (se houver), o vencido continua a merecer proteção jurisdicional (princípio que inspira justamente o art. 620 do CPC).

Tem relevantes consequências teóricas a adoção (aqui manifestada) da distinção entre a tutela jurisdicional *plena* (outorgada ao litigante vencedor) e a tutela jurisdicional *limitada* (que o Estado-juiz presta ao vencido). Embora a primeira seja o “resultado desejado” da atividade jurisdicional (palavras de CASSIO SCARPINELLA BUENO),<sup>76</sup> esse resultado sobrevirá em processo no qual todas as partes receberam igual tratamento, e puderam agir com a finalidade de influir na decisão do julgador. Nessas atividades parece-nos haver efetiva tutela jurisdicional, ainda que em menor intensidade. Não podemos aceitar que essa atividade desempenhada ao longo do processo se denomine apenas “direito à administração da Justiça” (para usar expressão de BOTELHO DE MESQUITA, de tons fortemente concretistas).<sup>77-78</sup>

O “feixe de poderes” exercido pelas duas partes no curso do processo é o mesmo, bem antes de saber quem será vencedor e quem será vencido. Não nos parece fazer sentido que, após o resultado final, se distinga a tutela outorgada a um e a outro durante o curso do processo.<sup>79</sup>

Essa discussão traz indisfarçáveis cores da disputa entre as teorias abstrata e concreta. A primeira centrava-se sobre o meio (o processo), e a segunda sobre o seu resultado (a sentença favorável). Nossa proposta é considerar que haja tutela jurisdicional nesses dois quadrantes (meio e fim), embora seja bem mais intensa aquela outorgada ao vencedor. Eis aí o conceito de *tutela jurisdicional* acolhido pelo presente trabalho.

### 3.2.4 Direito de ação como direito à efetiva satisfação do direito material reclamado

Um último (e mais recente) desdobramento do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal resulta da constatação de que a tutela jurisdicional plena não pode se

<sup>75</sup> DINAMARCO (Tutela jurisdicional, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 815).

<sup>76</sup> *Curso...*, cit., v. 1, p. 330, destaca do original.

<sup>77</sup> *Da ação civil*, p. 94.

<sup>78</sup> Mais recentemente, THOMAZ HENRIQUE JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA, propôs designar o mesmo fenômeno sob a expressão *tutela jurídica do direito de participar do processo* (*O direito fundamental à tutela jurisdicional*, p. 69-72).

<sup>79</sup> Aqui, vem bem a calhar a crítica de Rocco à teoria concreta da ação, no sentido de que o direito de ação não se pode confundir com o direito à sentença favorável a qual surge “en un momento que el titular no puede conocer; y [...] cuando es conocido ya ha sido satisfecho” (*La sentencia civil*, cit., p. 139).

esgotar simplesmente no reconhecimento do direito a uma das partes pela decisão de mérito, ainda que esta sobrevenha tempestivamente em processo pautado em todos os cânones constitucionais. Isso porque nem sempre o comando nela contido se realiza de imediato, de modo a cumprir o que determina o direito material reconhecido pelo juiz.

Nesse passo, reconhece-se que a tutela jurisdicional só será completa se, quando necessário, compreender a realização prática do direito reconhecido judicialmente, com a satisfação do seu titular no plano concreto.<sup>80</sup> Somente aí é que o processo cumpre inteiramente suas funções instrumentais de pacificar os litigantes e afirmar sobre eles a soberania estatal. A sentença, em si, no mais das vezes, é insuficiente para satisfazer o titular do direito nela reconhecido, reclamando outras atividades estatais para que o seu comando abstrato surta efeitos concretos.<sup>81</sup>

Nessa linha de raciocínio, TEORI ALBINO ZAVASCKI observa, a nosso ver com toda a razão, que o termo *apreciação* contido na redação do art. 5º, XXXV, da Constituição deve ser interpretado de modo amplíssimo, “comportando toda a espécie de atividade jurisdicional necessária e destinada a dar concretude e efetividade ao Estado de Direito”.<sup>82</sup> Adiante, o Ministro sintetiza: “[d]ireito de ação é, pois, também, direito à execução”.<sup>83</sup> Esses aspectos reforçam ainda mais a ideia de que a ação não pode ser identificada apenas como o ato de provocação inicial do Estado-juiz, conforme realça CASSIO SCARPINELLA BUENO:

[n]ão há mais espaço para confundir “tutela jurisdicional” com “sentença”, mesmo que “sentença de mérito” [...] enquanto não prestada a “tutela

<sup>80</sup> DINAMARCO ensina que “tutela jurisdicional plena é aquela consistente em outorgar ao sujeito o *bem da vida* em razão do qual o processo foi instaurado” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 296). Em sentido similar, BOTELHO DE MESQUITA, embora partidário de corrente completamente diversa acerca do direito de ação, leciona que o “ponto máximo de aproveitamento da atividade jurisdicional é, segundo nos parece, o que se observa quando uma ação constitutiva é julgada procedente ou quando chega ao fim uma execução de sentença, havendo aí uma transformação do mundo (dos direitos ou dos fatos), por obra dos órgãos jurisdicionais. É nesta atividade transformadora do universo humano que espelnde, em toda a sua magnitude, a função jurisdicional” (*Da ação civil*, p. 75). HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*, p. 217) faz também essa mesma colocação: “[o] credor, quando se viu envolvido no litígio, teve um *interesse violado*. Ao bater às portas da Justiça, seu propósito nunca foi, na conjuntura em que se encontrava, o de obter uma simples definição da legitimidade de seu interesse contestado”. Para encerrar, não é demasiado recorrer à precisa e recente síntese de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART (*Curso de processo civil*, v. 3, p. 31): “[q]uem admite, a partir da visão exclusivamente processual, que a condenação é tutela jurisdicional, é obrigado a supor que a condenação basta para satisfazer o que se procura através da ação, sabido que a ação, como é inegável, deve proporcionar tutela jurisdicional”.

<sup>81</sup> Curioso notar que essa ideia de que o processo não pode se considerar (sempre) terminado apenas com a sentença de mérito, mas sim (quando for o caso) com a efetiva entrega do bem da vida ao litigante vitorioso, estava consagrada no texto do CPC de 1939, cujo art. 196 enunciava: “[a] instância começará pela citação inicial válida e terminará por sua absolvição ou cessação ou pela execução da sentença”.

<sup>82</sup> Defesas do executado, *A nova execução de títulos judicial* – comentários à Lei 11.232.2005, PIERPAOLO BOTTINI e SÉRGIO RENAULT (Coord.), p. 129.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 130.



jurisdicional”, as partes [...] poderão e deverão praticar, ao longo do processo e consoante cada tipo de *procedimento*, uma série de atos destinados àquele objetivo. Todos estes atos que, analisados nesta perspectiva, apresentam-se como *meios* de um ato-fim maior (a prestação da tutela jurisdicional), todavia, não podem e não devem ser entendidos como novas ações.

Com efeito, sendo a ação um direito que se desdobra em um conjunto de poderes e faculdades exercitáveis ao longo do procedimento, cujo objetivo último é a outorga da tutela jurisdicional plena, e sendo essa a efetiva satisfação do direito material no plano real de modo efetivo, adequado e tempestivo, a “ação de conhecimento”, a “ação de execução” e a “ação cautelar” não seriam nada mais que poderes componentes do amplo feixe que constitui um *único e verdadeiro direito de ação*.<sup>84</sup>

Essa tomada de posição importa clara ruptura com a doutrina tradicional, primeiramente porque acarreta a supressão da distinção entre os três “tipos” de ação e de processo (conhecimento, execução e cautelar) que constituiu premissa metodológica da própria estruturação do nosso Código de Processo Civil de 1973 (o qual dedicou seus três primeiros e mais importantes Livros para cada uma dessas modalidades, nessa ordem).

Embora o Capítulo 1, *supra*, tenha anunciado que, por razões de ordem metodológica, deixaríamos de lado a análise da posição do réu no cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial, convém aqui examinar brevemente alguns aspectos que não gravitam na órbita do chamado “processo de conhecimento”, com o mero intuito de melhor situar o direito de ação em nosso ordenamento jurídico atual.

Feita essa ressalva, começando pela supressão da autonomia entre ação/processo de conhecimento e de execução, trata-se de evolução que rompe não só com a própria estrutura original do sistema do CPC de 1973, como se disse, mas com secular doutrina processual produzida no Brasil e no exterior.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Como lembra CASSIO SCARPINELLA BUENO, de certo modo é exatamente isso o que preceitua o art. 2º, nº 1, do vigente Código de Processo Civil português: “1. A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, *bem como a possibilidade de a fazer executar*” (grifo nosso).

<sup>85</sup> Na doutrina estrangeira, convém lembrar a recorrente lição de CARNELUTTI (*Diritto e processo*, p. 283-284), para quem o processo de conhecimento “*trasforma il fatto in diritto*” e o de execução “*trasforma il diritto in fatto*” (destaques do original). LIEBMAN, durante o período em que lecionou em terras brasileiras, deixou firmado seu pensamento na obra *Processo de execução* (p. 31), e, para realçar a diferença entre as atividades jurisdicionais cognitiva e executiva, conclui ser “natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos, construídos sobre princípios e normas diferentes, para obtenção de finalidades muito diversas”. Seguindo a mesma linha, DINAMARCO sintetiza o seu pensamento: “[s]e a ação é o poder de provocar o exercício da função jurisdicional, estimulando o órgão, passo a passo, até a prolação do provimento final, certamente extingue-se a ação cognitiva no momento em que passa em julgado a sentença condenatória; acolhida a demanda do autor com julgamento do mérito, diz o Código expressamente, o processo se extingue; findo o processo, acabam também os poderes de exigir a prática dos atos jurisdicionais do respectivo procedimento. Para que tenha vida outro

A análise do sistema infraconstitucional há anos sinaliza a superação dessa dicotomia. Em 1994, a reforma do art. 461 do CPC “unificou” a cognição e a execução de obrigações de fazer e não fazer num único processo, novidade que a Lei 10.444/2002 cuidou de estender aos casos de execução de obrigações de dar coisa certa, ao introduzir no Código o art. 461-A. Completando esse ciclo,<sup>86</sup> iniciado mais de dez anos antes, a Lei 11.232/2005 suprimiu a divisão entre processo de conhecimento e de execução para as obrigações de pagar quantia.<sup>87</sup> Em todos esses casos, passou a existir o que se convencionou chamar de “processo sincrético”, que congrega atividades cognitivas e executivas,<sup>88</sup> subsistindo a dicotomia de processos apenas em casos isolados e excepcionais.<sup>89</sup> Tem-se aí o desaparecimento de um dos indícios levantados pela doutrina tradicional para sustentar essa recí-

processo, ainda que referente” (*Execução civil*, p. 125). É quase ocioso citar outros autores que comungam da mesma opinião, mas apenas à guisa de exemplo não é demais invocar os autorizados ensinamentos de HUMBERTO THEODORO JR. (*Processo de execução*, p. 45-48) e de BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 185-186).

<sup>86</sup> ATHOS GUSMÃO CARNEIRO destaca que a unificação de cognição e execução foi apenas coroada pela Lei 11.232/2005, pois já vigorava para outras execuções que não aquelas por quantia certa (*Cumprimento da sentença civil*, p. 22-23). No mesmo sentido, ZAVASCKI (*Defesas do executado*, cit., p. 131).

<sup>87</sup> Para que essa novidade pudesse ser melhor implementada, o sistema exigiu alguns outros ajustes, já bem conhecidos e comentados: (a) reformou-se o conceito de sentença (CPC, art. 162, § 1º), para que deixasse de marcar o fim do processo, de tal sorte que, quando necessário, a satisfação da obrigação reconhecida por ela seja perseguida na *mesma relação processual*; (b) modificaram-se os arts. 269 e 463 (para que não se repute mais “cumprido e acabado o ofício jurisdicional”, nem mais “extinto” o processo, com a prolação da sentença de mérito); (c) finalmente, excluiu-se a citação para início das fases de liquidação e de cumprimento (CPC, art. 475-A, § 1º, e art. 475-J), exceto quando não houver prévia fase cognitiva perante o juízo da execução (CPC, art. 475-N, parágrafo único, isto é, nos casos da execução de sentença arbitral, sentença estrangeira e sentença penal condenatória).

<sup>88</sup> Todavia, mesmo antes dessas novidades legislativas, HUMBERTO THEODORO JR. havia pontuado (*O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*, p. 221-222): “[s]em embargo de, na maioria dos países de tradição romanística, estar o ordenamento jurídico estabelecido de forma a consagrar, objetivamente, a separação e autonomia entre o procedimento de cognição e o de execução de sentença, vozes abalizadas se erguem em defesa da unidade da jurisdição e contra o artificialismo do regime dominante. [...] Hoje é verdade que ninguém contesta que o conteúdo da jurisdição não se limita à atividade cognitiva, mas compreende também a atividade executiva. ‘Conocimiento y declaración sin ejecución’ – proclama Couture – ‘es academia y no justicia’.”

<sup>89</sup> Continua a existir a *execução de título judicial autônoma* contra a Fazenda Pública (CPC, arts. 730-731), e tendo por objeto sentença estrangeira, sentença arbitral e sentença penal condenatória (da qual constem valores de dano líquidos), bem como acordo extrajudicial homologado judicialmente (CPC, art. 475-N, II, IV, V, VI), nas quais não se cogita de prévia fase de conhecimento perante o juízo que processará os atos executivos.

proca autonomia entre as “ações”.<sup>90</sup> Desse modo, o que se costuma chamar “ação de execução” é apenas aspecto do único e uno direito de ação.<sup>91</sup>

De outro lado, a própria generalização da antecipação de tutela (CPC, art. 273), por obra da Lei 8.952/1994, sinalizava a quebra da autonomia tanto da ação-processo de execução, quanto da ação-processo cautelar.

Essa revolucionária inovação pôs a nu, de início, que atividades cognitivas e executivas podem se mesclar no processo,<sup>92</sup> de tal sorte que o processo de conhe-

<sup>90</sup> Sob essa perspectiva revisionista, poderíamos, com as vênias devidas, rejeitar os outros “indícios” da palada autonomia entre ação de conhecimento e ação de execução destacados por DINAMARCO (*Execução civil*, p. 125), cujos mais importantes são os seguintes: (a) a existência da execução de título extrajudicial e da sentença penal condenatória (sem prévio processo de conhecimento); (b) a possibilidade de discrepância entre os sujeitos do processo de conhecimento e do processo de execução (que poderia ser movido contra o fiador judicial ou contra responsável patrimonial não obrigado); e (c) o lapso prescricional autônomo para a execução (confirmado pelo STF há décadas na Súmula 150: “Prescreve a execução no mesmo prazo que a ação”). Quanto ao primeiro desses indícios (“a”), poderíamos reconhecer que a execução de título extrajudicial, após a reforma, ficaria reduzida a um procedimento especial (aliás, especialíssimo), que permitiria atos executivos desde logo (como se fosse uma “tutela antecipada *ope legis*”), em que se limitaria inicialmente a cognição judicial (apenas à existência dos requisitos do título executivo, de liquidez, certeza e exigibilidade) e se aplicaria a técnica de inversão do contraditório, comum em procedimentos especiais em geral e no processo monitorio em especial. Por essa “técnica” processual, se o réu não se manifestar, não haverá qualquer outra cognição judicial (além daquela superficialmente realizada quando do recebimento da peça inicial), e o processo resultará na satisfação do autor sem que haja expresso e formal reconhecimento do seu direito. Eis aqui o tal “desfecho único” a que se refere DINAMARCO (*Exceção civil*, p. 151-152) e a doutrina ainda não completamente desvencilhada da ideia da autonomia da execução, como v. g. MARCELO ABELHA (*Manual de execução civil*, p. 51 ss). Rompendo com a ideia do desfecho único, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 3, p. 53-54) destaca justamente a semelhança dos incisos II e III do art. 794 do CPC com os incisos III e V do art. 269 do mesmo diploma. Do mesmo modo, a execução da sentença penal condenatória representaria processo com cognição judicial limitada apenas à apuração da existência e extensão do dano decorrente do ilícito penal (em sede de liquidação por artigos), restando excluídas da análise do juízo cível questões relativas à existência ou não do ilícito. Quanto ao segundo aspecto destacado (“b”), a eventual discrepância entre as partes na fase de conhecimento e na fase de execução também não indicaria necessariamente a autonomia das ações, já que por ato sucessório *inter vivos* ou *mortis causa* pode haver a modificação das partes durante o curso do processo (CPC, arts. 42 e 43), assim como por força da nomeação à autoria (CPC, arts. 62-69). Finalmente, quanto ao terceiro indício realçado (“c”) basta verificar que é reconhecida a chamada “prescrição intercorrente”, no seio da própria execução. Desse modo, a prescrição da “execução” nada mais seria do que a “prescrição intercorrente”, cujo lapso temporal se contaria após o fim das fases de conhecimento ou de liquidação de sentença, em que o princípio do impulso oficial (CPC, arts. 2º e 262) é excepcionado, exigindo-se o impulso pelas partes (CPC, arts. 475-A, § 1º, 475-B, § 1º, e 475-J, *caput*, §§ 3º e 5º). Não há, enfim, duas pretensões, mas apenas uma que deve ser exercida ao longo de todo o processo sincrético, sob pena de se considerar que o transcurso do tempo e a desídia do interessado em obter o cumprimento da sentença condenatória permita que o prazo prescricional, que fora interrompido pelo ajuizamento da demanda inicial (CC, art. 202, I), volte a fluir do último ato praticado pelo interessado (CC, art. 202, parágrafo único).

<sup>91</sup> Apesar de convencidos do acerto de tal assertiva, reafirmamos o compromisso com o corte metodológico (anunciado no capítulo introdutório do trabalho), de não analisar a posição do executado, por todas as razões naquele ensejo anunciadas.

<sup>92</sup> BARBOSA MOREIRA, muito antes do advento da “tutela antecipada” (CPC, art. 273) já havia alertado que a divisão “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar” não representa “separação em compartimentos estanques”, dado que, ao ver do autor, “nem todos os processos se apresentam de forma quimicamente pura. Não raro, encontramos processos de conhecimento, ou predominantemente de conhecimento, com aspectos executivos e também com aspectos cautelares” (A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, nº 74, p. 127).

cimento poderia abrigar atividades para realização concreta de um provimento antecipatório de tutela (sem que haja autônoma ação de execução).<sup>93</sup>

A reforma também abalou seriamente a autonomia do processo cautelar (que, igualmente, conta com fervorosos defensores, estrangeiros e brasileiros), o que gerou enormes dúvidas práticas para definir suas fronteiras com as da antecipação de tutela. Daí por que foi necessária a introdução do § 7º no art. 273 do CPC, pela Lei 10.444/2002, para instituir a fungibilidade entre as duas técnicas.<sup>94</sup>

O que merece ser posto em relevo é a natureza das atividades jurisdicionais realizadas<sup>95</sup> (cognitiva, executiva e acautelatória), que se mesclam e se completam, não havendo razão nenhuma para separá-las em processos autônomos,<sup>96</sup> ou nelas reconhecer exercício de ações distintas.<sup>97</sup>

Essa breve digressão reforça a constatação de que o conceito de ação é hoje concebido como *um feixe de poderes, que engloba o direito à sentença de mérito, à satisfação da obrigação por ela reconhecida e de antecipar as atividades tendentes à sua satisfação, incluindo todas as atividades necessárias para que tais objetivos sejam atingidos.*

<sup>93</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 105) manifestou-se exatamente nesse sentido: “[a] inovação do art. 273 a um só tempo desestabilizou a pureza e a autonomia procedimental do processo de conhecimento e do processo de execução. Em lugar de uma *actio* que fosse de pura cognição ou de uma *actio iudicati* que fosse de pura realização forçada de um direito adrede acertado, instituiu-se um procedimento híbrido que numá só relação processual procedia às duas atividades jurisdicionais”. Já LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA (*Breves comentários à nova sistemática processual civil*, v. 2, p. 143) pontuam que a existência da ação/processo autônomo de execução e a execução da tutela antecipada “sincretizada” no “processo” de conhecimento representavam “contrassenso”, eliminado em boa hora pela Lei 11.232/2005.

<sup>94</sup> A fungibilidade sobressai ainda mais poderosa se considerarmos que o art. 273, § 7º, do CPC seria de via de “mão-dupla” (como sustenta, v. g., DINAMARCO, *A reforma da reforma*, p. 92). A partir daí, não é difícil reconhecer como gênero a *tutela de urgência*, na linha do que BEDAQUE já defendia em sua obra *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência, muito antes do advento da Lei 10.444/2002.

<sup>95</sup> CRISANTO MANDRIOLI (*Corso di diritto processuale civile*, v. 1, p. 7-24) destaca justamente que a *atividade jurisdicional* pode ser definida segundo sua *função* (atuando nos casos em que já houve ou não lesão a direito, respectivamente em via secundária/substitutiva e por meio de constituição necessária ou simples declaração) e segundo sua *estrutura* (cognitiva, executiva e cautelar).

<sup>96</sup> CASSIO SCARPINELLA BUENO sintetiza: “[c]omo, para este *Curso*, ‘processo’ é o método (impositivo) de manifestação do Estado em suas variadas funções [...] pouco importa a específica finalidade da atuação jurisdicional, se voltado a ‘declarar’ o titular de um direito afirmado lesionado ou ameaçado (‘processo de conhecimento’), se voltado a realizar concretamente um direito tal qual reconhecido em título executivo (‘processo de execução’), ou se voltado a criar, de alguma forma, condições de salvaguarda para fruição oportuna, mesmo que imediata, de um direito que aparenta poder usufruir (‘processo cautelar’). O ‘processo’ não comporta tais distinções” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 379). No mesmo sentido, BEDAQUE (*Efetividade do processo...*, cit., p. 55): “parece que a tendência é subsistir apenas um processo, em que seriam admissíveis todas as formas de tutela, com as respectivas atividades próprias de cada uma delas”.

<sup>97</sup> Mais uma vez, impende invocar o pensamento de CASSIO SCARPINELLA BUENO: “não há ‘ações variáveis em cada uma dessas classes. O que há, propriamente, é *tutela jurisdicional*: tutela jurisdicional que faz as vezes do que tradicionalmente foi designado por ‘conhecimento’ (e suas variantes, declaração, constituição e condenação), ‘execução’ e ‘cautelar’” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 341).

### 3.3 Bases constitucionais do direito de defesa

A base constitucional para o direito de defesa no processo civil normalmente é identificada no inciso IV do art. 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Muitos autores simplesmente negam a existência de diferenças entre contraditório e ampla defesa;<sup>98</sup> outros, diferentemente, defendem que esse dispositivo enuncia duas diversas garantias constitucionais, mas nem sempre conseguem traçar com clareza as fronteiras entre uma e outra. Veja-se, por exemplo, como ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI<sup>99</sup> definem o direito à *ampla defesa*, com base na análise que NICOLÒ TROCKER fez das garantias constitucionais do processo civil na República Federal da Alemanha:

a concepção moderna do denominado *rechtliches Gehör*, isto é, da garantia de ampla defesa, seja qual for a natureza do objeto do processo, compreende: a) o direito de ser informado; b) *bilateralidade da audiência (contraditoriedade)*; e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (grifos nossos).

Nessa definição se incluiria, em especial, o “direito de ser informado do aforamento da ação, de sorte a conhecer o acionado o teor da postulação e poder preparar sua defesa”.<sup>100</sup> Adiante, os mesmos autores propõem-se a demarcar o direito ao *contraditório*, desta vez tomando de empréstimo a síntese de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA:

como a “*ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los*”, tornando-se, como visto, imprescindível a *comunicação explícita da acusação ou da peça exordial da ação civil*, ao acusado ou ao demandado, desde o início do processo, para que lhe seja assegurada, com a possibilidade de contrariá-la frontalmente, ampla defesa.<sup>101</sup>

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO também tratam os dois direitos enunciados no art. 5º, IV, da Constituição quase sem nenhuma distinção, ao afirmarem que a ampla defesa é viabilizada pelo contraditório e “com este mantém íntima relação”, e de que de ambos decorre “a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário”.

<sup>98</sup> Como e. g. AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 1, p. 348) e BEDAQUE (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 46).

<sup>99</sup> *Constituição de 1988 e processo*, p. 61.

<sup>100</sup> *Idem*, p. 62-63.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 66-67.

Outros autores – como RUI PORTANOVA – pretendem distinguir as duas garantias constitucionais de modo a que ambas se completem:

[o] princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega.<sup>102</sup>

Todavia, em outra passagem, o mesmo autor define “princípio do contraditório” não só em torno da necessidade de ciência dos atos processuais, mas igualmente como o direito do litigante de reagir: “[é] a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los com alegações e provas”.<sup>103</sup>

É evidente, em todas essas lições, a ausência de clara separação entre as duas garantias, pela presença dos mesmos traços em ambas.

Solução bastante interessante é proposta por NELSON NERY JR., para quem o direito de ação (CF, art. 5º, XXXV) está contraposto ao direito à ampla defesa (CF, art. 5º, IV), e que o exercício de ambos viria informado pelo princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV).<sup>104</sup> Ou seja, o contraditório é garantia que socorre a ambos os litigantes, e não apenas ao réu. De certa forma, essa última opinião é sufragada por MARINONI, para quem:

[d]iante da dicção do art. 5º, LV, do CF, seria possível pensar que o contraditório e ampla defesa são conceitos interligados, isto é, que se direcionam um contra o outro e se completam mutuamente. Mas não é bem assim. O contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação. [...] É possível dizer que o contraditório exterioriza a defesa, ou que a defesa é o fundamento do contraditório. Porém, tais conceitos, ainda que corretos, são incompletos, uma vez que o *direito de ação também necessita do contraditório*<sup>105</sup> (grifos nossos).

Assim, autor e réu podem articular suas razões de fato e de direito e produzir suas provas com oportunidades idênticas (o que já decorre do princípio da isonomia, *ex vi* do art. 5º, *caput*, da Constituição),<sup>106</sup> devendo-lhes ser franqueada

<sup>102</sup> *Princípios do processo civil*, p. 125-126.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 160-161.

<sup>104</sup> “[O] texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório” (*Princípios...*, cit., p. 135).

<sup>105</sup> *Curso...*, cit., v. 1, p. 313.

<sup>106</sup> A aproximação entre os princípios do contraditório e da isonomia é recorrente na doutrina. A propósito, confira-se COLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 186) e PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 215), e, entre nós, NERY JR. (*Princípios...*, cit., p. 151-152), RUI PORTANOVA (*Princípios...*, cit., p. 163-164) e PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON (*Garantia do tratamento paritário das partes*. In: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 102).

comunicação dos atos processuais (o que já é consequência natural da garantia constitucional à publicidade) e assegurada a possibilidade de reação respectiva.<sup>107</sup> Assim o direito ao contraditório sintetiza outras garantias, se assentando no binômio “informação e reação”, com aplicação tanto ao autor quanto ao réu.<sup>108</sup>

Essa construção também sofreu atualização,<sup>109</sup> de modo que o juiz passou a ser também sujeito do contraditório. Esse avanço se manifesta de três modos principais:<sup>110</sup> (a) o seu poder de direção do processo (inspirado pelo princípio do impulso oficial, com aplicação quase absoluta); (b) o exercício de iniciativa probatória; e finalmente (c) pelo “diálogo” entre o juiz e as partes, de modo que é dever daquele propor à prévia discussão destas a solução de questões cognoscíveis de ofício,<sup>111</sup> o que está expressamente consagrado em algumas legislações estrangeiras.<sup>112</sup> Esse último aspecto sobressai como o mais inovador, vindo inspirado pelo que se convencionou chamar de “colaboração”<sup>113</sup> ou “cooperação”.<sup>114</sup>

<sup>107</sup> Confere-se ao litigante a possibilidade de reagir, mas não o dever de assim proceder, pois, via de regra, o processo se constrói sobre a noção de *onus*, podendo o litigante optar por não reagir e arcar com as consequências negativas de sua omissão. O estudo profundo do conceito de *onus* nos ocupou no trabalho *Preclusão processual civil*, p. 97-102.

<sup>108</sup> Assim, confira-se a monografia de R. IVES BRAGHITTONI (*O princípio do contraditório no processo*, p. 11-12 e 94-101), com ampla referência doutrinária.

<sup>109</sup> Expressão usada por SCARPINELLA BUENO (*Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 55).

<sup>110</sup> Como sintetiza DINAMARCO (*O princípio do contraditório e sua dupla destinação, Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 124), ensinando que “[a] garantia do contraditório, imposta pela Constituição [...] significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, num direito das partes e deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”.

<sup>111</sup> Sobre essa perspectiva mais atual do princípio do contraditório, sobre a qual não nos interessa abordar em sua inteireza, confirmam-se, na doutrina estrangeira, TROCKER (*Processo civile e costituzione*, p. 387-389), VITTORIO DENTI (*Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio, Dall'azione al giudicato*, p. 46-63) e EDOARDO F. RICCI (*Princípio do contraditório e questões que o juiz pode conhecer de ofício, Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 495-499, com referência à legislação italiana, alemã e francesa). Entre nós, confira-se também DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 220-224), CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Garantia do contraditório*. In: CRUZ E TUCCI (Coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 132-150), CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 109-112) e FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA (*Governança judicial: modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais*, 2008, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008).

<sup>112</sup> V. g., o art. 16.3 do CPC francês e o § 139 da ZPO alemã. Como lembra ESTÊVÃO MALLET, no nosso ordenamento, o diálogo prévio é textualmente imposto, apenas, pelo art. 384 do Código de Processo Penal, que impõe ao juiz propor à prévia discussão de acusação e acusado a “possibilidade de nova definição jurídica do fato”.

<sup>113</sup> O tema tem recebido atenção há algum tempo, especialmente na doutrina italiana. Cite-se, como exemplo, um artigo mais antigo (EDOARDO GRASSO, *La collaborazione nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, p. 580-609, 1966) e outro mais recente (VELLANI, *La collaborazione...*, cit., p. 979 ss).

<sup>114</sup> Esse segundo termo é preferido pela doutrina portuguesa (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, p. 163-168), mormente porque usado textualmente pelo art. 266 do CPC daquele país: “artigo 266º (Princípio da cooperação) 1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários

Eis os contornos principais das garantias ao contraditório e à ampla defesa.

### 3.4 Conclusão parcial: imissão do direito de ação e de defesa na Constituição Federal, a partir da evolução do conceito de tutela jurisdicional

Da análise até aqui realizada, permite-se verificar inegável esmaecimento das fronteiras entre o direito de ação (CF, art. 5º, XXXV) e o direito à ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

De início, veja-se que a identificação do direito de ação como *direito ao processo* (primeira acepção de que nos ocupamos no item 3.2.1, *supra*) desconsidera que o réu deve obrigatoriamente ser chamado a participar da relação processual para que ela seja válida, justamente porque ele também tem direito ao processo. Ou seja, *o direito de defesa também se manifesta como direito ao processo*,<sup>115</sup> com a diferença de que seu exercício é dependente do prévio ajuizamento da ação.<sup>116</sup>

A superação do direito de ação como mero direito ao processo (independentemente do seu resultado) e sua conceituação como *direito à tutela jurisdicional*, outorgada pela *sentença de mérito* (ideia que já era defendida por LIEBMAN), representa outro golpe na separação entre essas garantias (ação e defesa). Segundo essa concepção – que nos ocupou o item 3.2.2, *supra* –, a tutela jurisdicional é outorgada pela *sentença de mérito*, que pode ser favorável tanto ao autor quanto ao réu, de tal sorte que não faz sentido limitar o exercício do direito de ação ao primeiro. Ao réu é dada a mesma chance de influir na decisão do juiz, para que ela lhe seja favorável. Sob essa perspectiva, a contestação também haveria de ser considerada como exercício do direito de ação, pois também por intermédio dela o réu reclama do Estado o proferimento de sentença que reconheça ter ele, réu,

judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 519º. 4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de *onus* ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

<sup>115</sup> Essa conclusão é fruto de profunda análise de JOAN PICÓ I JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, p. 41 ss).

<sup>116</sup> Pese tal diferença quanto ao momento do exercício do direito de ação e de defesa, ambos estão indissociavelmente ligados à categoria dos *onus processuais*, pois encerram imperativos de próprio interesse. De outro lado, não se pode negar a viabilidade da proposta de BRUNO SIVEIRA DE OLIVEIRA (*Conexidade e efetividade processual*, p. 367 ss) no sentido de que a omissão do réu em arguir defesa não prejudicará a possibilidade de suscitar a mesma matéria por meio de demanda autônoma, a ser eventualmente reunida por conexão, quando ainda possível, com a demanda em que não foi apresentada a defesa. Sobre o tema, tornaremos no item 10.8.2, *infra*.



razão.<sup>117</sup> Nesse sentido, há mais de meio século, o acatado doutrinador português JOSÉ ALBERTO DOS REIS<sup>118</sup> afirmou que

o direito de defesa do réu, analisado na sua essência e na sua função, é contrapartida do direito de acção do autor; tem a mesma índole e a mesma natureza que este. Ao poder de exigir do autor – poder de provocar a actividade jurisdicional em ordem à emissão duma sentença que decida determinado conflito de interesses – corresponde poder idêntico por parte do réu, visto este ser o outro sujeito a que se refere o conflito. O direito de contradicção ou de defesa é, como o direito de acção, o poder de exigir a prestação da actividade jurisdicional para a apreciação de determinada relação jurídica. [...] A actividade processual do réu, contida no direito de defesa, tem precisamente a mesma feição que a actividade processual do autor, contida no direito de acção.

Seguindo a mesma vereda, DINAMARCO sintetiza por que o aumento da importância científica do conceito de *tutela jurisdicional* abre as portas para aproximar acção e defesa:

a afirmação da tutela de direitos como escopo do processo, tanto quanto as antigas teorias sobre a natureza jurídica da acção, no quadro metodológico de um *processo civil do autor*. Hoje vemos o sistema processual como mecanismo do qual o Estado se vale para dirimir conflitos – outorgando a tutela a quem tem direito a ela, sim, mas sem a ilusão de que o processo seja feito em prol do autor.<sup>119</sup>

O ulterior avanço do conceito de acção como direito à *tutela jurisdicional efetiva* (aspecto tratado no item 3.2.3, *supra*) conseguiu solapar outros traços distintivos entre direito de acção e de defesa. Como vimos, essa concepção do direito de acção passa a não mais se identificar com o ato de iniciativa do processo, passando a se desdobrar num leque de poderes e faculdades exercitáveis ao longo do processo, até que o juiz outorgue tutela jurisdicional plena a quem demonstre ter razão. Ora, o réu também tem a seu dispor amplo rol de poderes e

<sup>117</sup> Essa ideia está de certa forma implícita na obra de dois processualistas igualmente influentes em terras brasileiras – CUIOVENDA e LIEBMAN – apesar de suas orientações bem distintas em torno dos institutos fundamentais do direito processual. Como vimos (itens 2.1 a 2.3, *supra*), o primeiro que reconhecia a sentença de improcedência da demanda é declaratória negativa em favor do réu, pois afirma a existência de uma vontade concreta da lei que lhe garante o bem em disputa (*Princípios...*, cit., p. 265), do mesmo modo que a improcedência da demanda declaratória negativa equivale à sentença declaratória positiva em favor do réu (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 459). O segundo reconhecia que tanto a acção como a defesa eram meios para que a parte obtivesse uma sentença favorável: “azione implica i mezzi necessari per far valere le ragioni dell’attore (così come il diritto di difesa implica i mezzi per far valere le ragioni del convenuto)” (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 134).

<sup>118</sup> *Código de Processo Civil anotado*, v. 3, p. 27.

<sup>119</sup> Tutela jurisdicional, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 800-801, destaque do original.

faculdades,<sup>120</sup> tal como o autor, inclusive por imposição dos princípios da isonomia e do contraditório, e os quais são exercitáveis com a exata mesma finalidade de obter tutela jurisdicional, como vimos acima.<sup>121</sup> NICOLÒ TROCKER<sup>122</sup> chegou a essa mesma conclusão:

à enunciação do direito geral de acção – entendido não apenas como direito de acesso aos órgãos jurisdicionais para tutela dos próprios direitos e interesses, mas como direito que se manifesta durante todo o curso do processo em uma série de garantias processuais, seja do autor, seja do réu – está implícito o reconhecimento do direito de defesa, o qual em verdade é um aspecto integrante do próprio direito de acção.

No mesmo sentido, COMOGLIO<sup>123</sup> averbou que

se o denominador comum entre as actividades constitucionalmente relevantes da acção e da defesa consiste na *possibilidade de influir sobre o resultado do processo*, o âmbito garantístico do art. 24, 1º comma, da Constituição, necessariamente abarca qualquer expressão do poder de agir [e ainda conclui por uma] evidente convergência de conteúdo nos conceitos constitucionais de acção e defesa.

É inegável que existe, entre acção e defesa, diferença quanto à *iniciativa*, visto que ao autor cumpre a escolha quanto ao momento de exercer o direito de acção, e, quando o faz, impõe ao réu o ônus de se defender.<sup>124</sup> Essa diferença entre acção

<sup>120</sup> Nesse exato sentido, DINAMARCO averba que o direito de defesa “compõe-se [...] de uma série de faculdades e poderes de participação no processo e endereçados à defesa dos interesses de seu titular” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 280).

<sup>121</sup> De certo modo, essa ideia é compartilhada por ADA PELLEGRINI GRINOVER (Acção – II, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, p. 180), que leciona que: “o direito de acção constitucionalmente garantido se estende ao direito ao processo, assegurando às partes – e não apenas ao autor, que movimentou o mecanismo jurisdicional – o direito de fazer valer suas razões em juízo, o direito ao contraditório, o direito de defesa (dialeticamente oposto ao direito de acção), o direito, em suma, de usar dos meios necessários para poder influir sobre a razão do pedido”.

<sup>122</sup> *Processo civile e costituzione*, p. 372, por nós já traduzido o seguinte trecho original: “all’enunciazione del diritto generale di azione – inteso non solo come diritto di accesso agli organi giurisdizionali per la tutela dei proprii diritti ed interessi, ma come diritto che permane nel corso di tutto il processo e se manifesta in tutta una serie di garanzie processuali, sia dal lato dell’attore, sia del lato del convenuto – segue l’esplicito riconoscimento del principio della difesa, il quale è in realtà un aspetto integrante del diritto stesso di azione”.

<sup>123</sup> *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, p. 301 e 303-304, por nós já traduzido o seguinte trecho original: “se il comune denominatore fra le attività costituzionalmente rilevanti di azione e difesa consiste nella *possibilità di influire sull’esito del giudizio*, l’ambito garantistico dell’art. 24, 1º comma, Cost., necessariamente abbraccia qualsiasi espressione del *poter agire*”. Em outra passagem, o autor ainda completa: “*agire e difendersi* sono qualificazioni ‘relative’ di una medesima *attività processuale*, diretta a fare valere in giudizio le proprie pretese” (idem, p. 147).

<sup>124</sup> Assim entendia, na doutrina estrangeira, COUTURE (*Introdução ao estudo do processo civil* – discursos, ensaios e conferências, Tradução de Hilomar Martins de Oliveira, p. 30), o qual afirmava que “[a] diferença fundamental entre acção e exceção, entre ataque e defesa, é que o autor vai ao processo porque o deseja, ao passo que o demandado tem de ir ao litígio se bem que não o deseje”. Entre nós, FREDERICO MARQUES atinou para esse aspecto há mais de meio século: “a única diferença entre os dois direitos [acção e defesa] é de simples posição. [...] o

e defesa é incontornável, pois o autor é quem instaura o processo, ao passo que o réu, citado, tem o ônus de se defender em um processo que foi instaurado independentemente de sua vontade.

Mas isso não basta para infirmar a semelhança da natureza e da abrangência entre ação e defesa. Essa situação, própria da natureza das coisas, implica apenas que o nascimento do direito de defesa depende do exercício do direito de ação.<sup>125</sup> Mas, depois de ambos haverem nascido, devem desenvolver-se de modo praticamente igual, reduzindo-se as diferenças àquilo que constituir um *mínimo inerente* às posições assumidas na relação processual por autor e réu.<sup>126</sup>

Essa equiparação é impositiva a lume do princípio da igualdade,<sup>127</sup> de tal modo que não se poderia reconhecer que os direitos exercidos pelos litigantes no âmbito processual fossem diferentes apenas porque um deles adiantou-se em instaurar o processo, promovendo a citação do outro. A propósito, lembre-se da

objeto de ambos é a tutela jurisdicional do Estado em relação aos respectivos interesses” (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 115). Mais recentemente, no mesmo sentido, DINAMARCO (*Execução civil*, p. 353): “[o] que falta a esta (defesa) em confronto com aquela (ação), é o poder de iniciativa processual”. MANDRIOLI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 84) vai um pouco além, considerando que não se trataria de diferença de simples *posição*, mas de *função*: “[t]uttavia, non appena se scenda ad un esame più ravvicinato della posizione del convenuto, se deve subito constatare che l’uguaglianza e la simetria della sua posizione, rispetto a quella dell’attore, non può essere completa e totale, per la semplice ragione che l’attore e il convenuto non entrano nel processo nel medesimo momento e com la medesima funzione, ma in momenti almeno logicamente distinti e com funzione oifensiva l’uno e difensiva l’altro” (destaque nosso). Pelas razões aqui expostas, podemos visualizar uma diferença de posição decorrente do momento e meio pelo qual cada sujeito ingressa na relação processual, mas não de função.

<sup>125</sup> “Sem exercício da ação não há processo, e sem processo não surge o direito processual de defesa. Todavia, a defesa, quando não exercida, não torna inexistente a ação e tampouco o processo” (FREDERICO MARQUES, *Manual...*, v. 1, p. 168).

<sup>126</sup> O maior desafio que nos propusemos a encarar é justamente delimitar qual é esse *mínimo inerente*, sendo esse principalmente o fio condutor dos Capítulos 10 e 11, *infra*.

<sup>127</sup> ANNA LASSO, embora se refira especificamente ao sentido estrito de *exceção* substancial, enuncia lição que bem calha ao presente momento desta exposição: “[f]ra le due nozioni [azione ed eccezione] vi è perfetta corrispondenza, soprattutto dal punto di vista della titolarità, in capo ad attore ed eccipiente, di situazione giuridiche soggettivi, quali: diritti, facoltà, pretese, poteri di determinare mutamenti nella realtà sostanziale. L’azione e l’eccezione, operati nel sistema dei complessi rapporti fra attività di parte e funzione del giudice, sono, al contempo, espressioni di forze uguali, sotto il profilo della capacità di interagire con i rapporti giuridici, e di poteri contrastanti, sotto quello della riconducibilità ad autonome sfere di interessi. L’analogia fra i due strumenti se manifesta, innanzitutto, in ragione del riconoscimento ad entrambi di del valore di situazioni soggettivi costituzionalmente garantite” (*Le eccezioni...*, cit., p. 41). Entre nós, ADA PELLEGRINI GRINOVER não poderia ser mais enfática: “[o] direito de ação e de defesa ligam-se teleologicamente ao princípio da isonomia” (*Princípios constitucionais...*, cit., p. 25). Do mesmo modo, DINAMARCO é categórico: “[n]ão há a menor diferença entre eles no curso de um processo instaurado, o que constitui desdobramento da igualdade das partes, constitucionalmente assegurada” (*Execução civil*, p. 353). WILLIAM SANTOS FERREIRA (Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – compatibilizações processuais e materiais, *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, ARAKEN DE ASSIS [et al.] (Coord.)*, p. 544) considera da mesma forma que “[t]anto o autor como o réu podem alcançar a tutela jurisdicional” e conclui que “[o] direito de ação tem carga e relevância idênticas no Estado Democrático de Direito”.

importante advertência feita por LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI, no sentido de que “chegar primeiro ao Poder Judiciário não deve ser fonte de privilégios”.<sup>128</sup>

O que está por trás de todas essas considerações é que, sob o ponto de vista constitucional, o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo réu não é (nem pode ser) considerado de forma qualitativamente diferente do pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor, em que pesem as opiniões em contrário.<sup>129</sup>

É bem antiga a concepção de que o direito de defesa, mesmo no processo civil, tem como objetivo último prestigiar o direito fundamental à liberdade do réu, em face da ameaça representada pela demanda formulada pelo autor.<sup>130</sup> Sob a ótica da técnica processual, o objetivo último do réu, ao exercer seu direito de defesa, é no mínimo obter uma decisão judicial de cunho *declaratório*, no sentido de que a demanda do autor é infundada, não tendo ele o direito que reclamou ter. Há aí evidentemente um pedido de tutela jurisdicional.<sup>131</sup> O tema voltará a nos ocupar mais adiante (Capítulo 10, *infra*), mas já é possível registrar que não é aceitável, sob a ótica constitucional, interpretação diferente.

Por isso, à luz das garantias da isonomia e do contraditório, nada pode impedir que esse pedido de tutela jurisdicional feito pelo réu, em sede de defesa oferecida em processo já instaurado, seja exatamente idêntico àquele que poderia ser formulado por meio de demanda autônoma por ele proposta e que enseja a instauração de processo próprio. Afinal, qualquer sujeito que esteja na iminência de se tornar réu de uma demanda infundada pode, desde que demonstre interesse de agir, antecipar-se e intentar contra seu adversário demanda declaratória negativa por via autônoma (esse tema tornará a nos ocupar no item 7.4.4, *infra*). Nela, poderá suscitar as mesmas matérias e formular o mesmo pedido de proteção jurisdicional que informaria eventual defesa a demanda contra si movida. Conduz a essa consequência a amplitude da garantia de acesso à justiça contra

<sup>128</sup> *A sistematização da reconvenção no processo civil brasileiro*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 12.

<sup>129</sup> Veja-se, por exemplo, a opinião de CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 134, grifos do original): “o demandado, enquanto se limita a ser, tão somente, demandado, não formula perante o órgão jurisdicional qualquer pedido, no sentido estrito do termo, significando *provimento jurisdicional que lhe permita acesso a um determinado bem jurídico*”. No mesmo sentido, LUIS GUILHERME MARINONI (*Curso de processo civil*, v. 1, p. 308-312 e 322). Fiel à sua premissa de distinguir “tutela jurisdicional” e “tutela de direito material”, o autor paranaense sustenta que o réu, ao resistir ao pedido do autor, não formula pedido de “tutela de direito material”, mas apenas de “tutela jurisdicional que negue a tutela de direito solicitada pelo autor”. Por diversas razões, enunciadas anteriormente, não temos como concordar com essa colocação. Apesar disso, MARINONI reconhece que o direito de defesa se desdobra num conjunto de poderes exercitáveis ao longo do processo, com intuito de formar o convencimento judicial, e que vem inspirado no princípio constitucional do acesso à justiça.

<sup>130</sup> Assim sustentava COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 95 e 98, e também em *Introdução...*, cit., p. 34) e, entre nós, MARINONI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 336).

<sup>131</sup> SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 456, destaques do original) pontua com precisão que “a defesa só pode ser entendida como o direito subjetivo público de pedir, ao Estado-juiz, a ‘tutela jurisdicional’, entendida no mesmo sentido até aqui empregada: pedido de *proteção* a um direito lesionado ou ameaçado que se afirma possuir mediante o exercício da função jurisdicional”.

“ameaça a direito” (consagrada constitucionalmente, CF, art. 5º, XXXV), aliada à igualmente aberta possibilidade de ajuizamento de demanda declaratória negativa (prestigiada também em sede infraconstitucional, CPC, art. 4º).<sup>132</sup>

Para ilustrar essa afirmação com uma metáfora, podemos dizer que os dois litigantes são como os pistoleiros que se encontram, um diante do outro, para um duelo. Qualquer um pode sacar a arma antes do outro e disparar. O primeiro tiro dado instaura efetivamente o duelo, e o segundo é disparado em duelo já existente. A diferença entre os dois tiros é apenas a ordem em que foram disparados,<sup>133</sup> pois qualquer um deles, se certo, poderá eliminar o adversário.<sup>134</sup>

Nesse passo, retornamos ao ponto de origem, para afirmar que a diferença entre *ação* e *defesa*, sob esse prisma, reduz-se à iniciativa processual, o que não é suficiente para infirmar a conclusão de que *autor e réu exercem tanto o direito de ação como o de defesa, não havendo, hoje, razão para que essas garantias constitucionais continuem a ser tratadas como fenômenos diferentes*.

A ideia de que compete a qualquer das partes a *ação* é defendida por ELIO FAZZALARI,<sup>135</sup> para quem esse direito compõe-se de “uma sequência de posições, ainda que descontínua (as posições de uma parte intercalando-se à da parte contrária), que socorre a qualquer dos litigantes”. Adiante, arremata dizendo que seria “incongruente continuar a identificar apenas como ‘ação’ a série [de posições] de titularidade do autor, já que os outros ‘agem’ no processo, ‘dizem e contradizem’”. Como consequência disso, o processualista italiano afirma que “não é correta a contraposição entre ‘ação’ e ‘exceção’ como se a primeira socorresse

<sup>132</sup> Restará, então, compatibilizar a técnica processual, prevista pela legislação infraconstitucional a essa diretriz que emerge da Constituição Federal, tema que receberá a atenção nos capítulos seguintes.

<sup>133</sup> Oportuno, aqui, então, invocar o ensinamento de SARTI que corrobora integralmente nossa metáfora (Demanda giudiziale (diritto processuale civile), *Enciclopedia del diritto*, v. 13, p. 822) para quem: “[i]n realtà è un mero caso che l'attore sia attore (almeno in molte ipotesi), dipende cioè de una questione di precedenza e di prevenzione. Se si ammettesse anzi una generale azione di accertamento negativo, come in pratica spesso se cerca, a titolo di espediente processuale, di fare, se dovrebbe dire che in ogni caso il convenuto protrebbe rendersi attore, e così proporre come domanda quella che avrebbe dovuto essere la sua eccezione”.

<sup>134</sup> A metáfora carece apenas de uma precisação observada por BEDAQUE, que não anula sua pertinência, que é o fato de que no “duelo processual”, exige-se que ambos os “pistoleiros” tenham oportunidade de atirar; antes disso, nenhum poderá ser alvejado de maneira fatal. Quando muito, as medidas de cunho antecipatório representariam um ferimento grave, mas não mortal.

<sup>135</sup> *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, cit., p. 31, 39 e 40, por nós já traduzido. No mesmo sentido, em suas *Istituzioni di diritto processuale*, p. 429.

apenas ao autor e a segunda ao réu” (grifos nossos).<sup>136</sup> Em outra obra,<sup>137</sup> FAZZALARI assim completa seu pensamento: “também o autor, no curso do processo, se ‘defende’ contra as alegações e os argumentos do réu”. Do mesmo estudioso colhe-se ainda a lição de que a limitação do exercício do direito de ação ao autor “é consequência da originária confusão entre direito subjetivo e ação, pela qual tem ação quem é (ou se declara como) titular de um direito lesado”.<sup>138</sup>

Entre nós, GALENO LACERDA<sup>139</sup> considera que,

do ponto de vista processual, a distinção entre autor e réu, no processo civil de cognição, reduz-se fundamentalmente a mera questão de iniciativa. *Dos sujeitos em lide, ambos titulares da ação, será, no caso concreto, autor aquele que ajuizar em primeiro lugar a demanda que lhe compete* (grifos nossos).

Recentemente, e em sentido similar, CASSIO SCARPINELLA BUENO<sup>140</sup> reconhece que o réu exerça direito de ação, pois

o que se tem ao longo do processo, passando de uma “fase” à outra, assim, por exemplo, a “fase de cognição”, a “fase recursal” e a “fase de execução” [...], e que variará consoante as regras de cada procedimento, são posições de vantagem que devem ser ocupadas e devidamente exercitadas pelas partes. [...] A “ação”, é certo, foi exercida para romper, originariamente, a inércia da jurisdição, mas o que há, nestes casos, é uma renovação da ação, um desdobramento do seu exercício, e aqui reside o ponto de toque da questão, da mesma ação já exercida (grifos do original).

Importa notar, de todo modo, que essa constatação vem aparecendo, de modo tímido,<sup>141</sup> na doutrina produzida há décadas, mas, a despeito disso, não

<sup>136</sup> Também na doutrina italiana, reconhecendo que tocaria ao réu o exercício do direito de ação, por imposição do princípio da igualdade e do contraditório, MARCO TULLIO ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 195-196): “[l]e ragioni che giustificano questo spettare del c.d. diritto di azione al convenuto sono quelle stesse ragioni che giustificano il principio del contraddittorio (art. 101 - ex. 38 C.P.C.); e cioè la massima dell'eguaglianza delle parti, la quale importa la necessità di impedire che il processo diventi strumento di sopraffazione di un interesse a carico di un altro. Il processo, sappiamo, ha per scopo di realizzare quello fra gli interessi in conflitto che al giudice si manifesta come prevalente: il potere, che hanno le parti interessate di agire nel processo, è il mezzo migliore per raggiungere questo scopo, in quanto l'agire dell'una delle parti è rettificato e controllato dall'agire dell'altra. La potestà d'azione intanto serve al fine del processo, in quanto appunto è bilaterale”.

<sup>137</sup> *Lezioni...*, cit., v. 1, p. 32, por nós já traduzido.

<sup>138</sup> *Istituzioni di diritto processuale*, p. 426, por nós já traduzido.

<sup>139</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, t. 1, p. 31, destacamos.

<sup>140</sup> *Curso...*, cit., v. 1, p. 338.

<sup>141</sup> Além dos autores já citados no corpo deste capítulo, veja-se, por exemplo, que AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 187) lecionava que tanto o direito de ação como o de defesa “se identificam como direito à prestação jurisdicional do Estado. Direitos da mesma natureza”. CALMON DE PASSOS considera que “tudo quanto se disse quanto à natureza jurídica do direito de ação vale para explicar a natureza jurídica do direito de defesa” (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 233). VICENTE GRECO FILHO assevera em sentido similar que “[o]

se refletiu no método de análise dos institutos processuais, que continuam a ser construídos e compreendidos à luz do prisma exclusivo do autor, como procuraremos demonstrar de modo mais minudente adiante. Esse fenômeno se deve ao excessivo apego à ultrapassada ideia de *ação* como polo metodológico da ciência processual,<sup>142</sup> o que, segundo DINAMARCO,

constitui manifesta quebra da unidade sistemática que é indispensável a toda ciência [...] e quebra, também, do espírito isonômico, porque pensar na ação e deixar a defesa em segundo plano é cultivar o método do *processo civil do autor*, subliminarmente influenciado pela falsa ideia de que o processo existe para satisfazer pretensões, não para dar tutela a quem tiver razão.<sup>143</sup>

Por outro turno, afirmar que ao autor cabe o direito à *ampla defesa* abre uma nova (e interessante) perspectiva de exegese do inciso IV do art. 5º da Constituição. Sob esse prisma, o termo *defesa* (associado não só ao réu, mas também ao autor) identifica o exercício do poder de reação do autor à “ameaça ou lesão a direito” perpetrada pelo réu no plano do direito material, assim como o exercício do poder de reação do réu ao ataque do autor consubstanciado na instauração do processo, que representa igualmente uma ameaça a direito seu, operada já no plano processual.<sup>144</sup>

Exatamente assim, DINAMARCO<sup>145</sup> anota que “[o] vocábulo *defesa* não está no texto constitucional em seu sentido tradicional de direito do réu, contraposto negativo da *ação*, mas de direito de defender direitos e interesses no processo. Essa garantia dirige-se a ambas as partes, não exclusivamente ao demandado”. Reforça essa conclusão o fato de o art. 5º, IV, da Carta Constitucional vir redigido de tal forma que as garantias ao contraditório e à ampla defesa são erigidas em favor dos “litigantes”, sem limitação ao réu.

A utilização do termo *defesa* para designar exercício de direito do autor no processo civil não é de todo estranha. Basta lembrar a consagrada expressão *cerceamento de defesa*, fenômeno que pode vitimar tanto o autor como o réu e iden-

direito de defesa é, portanto, um aspecto do próprio direito de ação no que concerne ao réu, porque não há ação sem bilateralidade, sem duas partes em contraditório” (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 123). HUMBERTO THEODORO JR. reconhece que “o direito de defesa, sendo análogo ou correlato ao direito de ação, merece mesmo ser classificado como um aspecto dentro do próprio direito de ação” (*Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 77).

<sup>142</sup> Ao valorizar o direito de defesa no sentido de aproximá-lo do direito de ação, não pretendemos aqui manter o segundo como polo metodológico da ciência processual civil. Em realidade, esses dois institutos acabam esmaecidos face ao conceito de *tutela jurisdicional*, que passa a figurar no centro do sistema, absorvendo ação e defesa, que passam a ser definidos como meios para atingimento de um fim, que é a *tutela jurisdicional*.

<sup>143</sup> Das ações típicas, *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 332.

<sup>144</sup> Essa construção foi feita por ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 197).

<sup>145</sup> *Instituições...*, cit., v. 2, p. 134, nota de rodapé 23.

tifica-se com o injusto impedimento ao exercício dos poderes probatórios.<sup>146</sup> Do mesmo modo, o Código do Consumidor (Lei 8.078/1990) dedicou seu Título III à “Defesa do Consumidor em Juízo”, trazendo normas que beneficiam o consumidor tanto na qualidade de autor como na de réu.

Assim desenhado, o direito à ampla defesa é outorgado igualmente ao autor, resultando ainda mais evidente que o sistema constitucional não se contenta pura e simplesmente em franquear o acesso dos interessados ao Poder Judiciário, mas sim a possibilidade “ampla” de defender seus interesses, com “os meios e recursos a ela [defesa] inerentes”, como diz o inciso IV do art. 5º da Carta da República.

Esse enunciado traz garantia que se sobrepõe à do inciso XXXV do mesmo art. 5º da Carta Constitucional, e apresenta-lhe até algumas vantagens, como a de ser mais enfático (pois reforça que não basta garantir acesso, mas que ele deve ser “amplo”) e completo (pois deixa clara a insuficiência do direito de integrar o processo, exigindo-se exercício de “meios e recursos” durante todo o seu curso, com a finalidade última de obter tutela jurisdicional plena).

Note-se, por cautela, que a sobreposição entre *direito de ação* e de *defesa* não seria novidade, pois é fenômeno que ocorre também no tocante a outras garantias constitucionais relativas ao direito processual.

Ao longo da exposição até aqui empreendida, identificamos evidente redundância entre o direito à efetividade da tutela jurisdicional e à celeridade processual (item 3.2.3, *supra*), entre ampla defesa e contraditório e entre contraditório, isonomia e publicidade (item 3.3, *supra*). Enuncia-se expressamente mais de uma garantia para tutela do mesmo bem jurídico. A propósito, CRUZ E TUCCI notou uma “inequívoca (mas benfazeja!) redundância”.<sup>147</sup>

Mais amplamente ainda, haveríamos de entender que todas essas garantias constitucionais – à efetividade da tutela jurisdicional, à razoável duração do processo, à ampla defesa, ao contraditório, à isonomia e à publicidade, dentre muitas outras – estariam incluídas na cláusula do devido processo legal, que pode ser considerado como um “princípio-síntese”<sup>148</sup> congregador de todas as demais

<sup>146</sup> Justamente nesse sentido amplo (aplicável a ambos os litigantes) é que a expressão *cerceamento de defesa* já esteve inserida no texto da lei brasileira. O inciso II do art. 851 do CPC de 1939 previa o cabimento do agravo no auto do processo contra decisões “que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado” (grifo nosso). Não por outra razão, a jurisprudência uníssona reconhece que o autor pode sofrer “cerceamento de defesa”. Confira-se, a propósito, julgado do STJ, assim ementado: “[h]á cerceamento de defesa quando o juiz deixa de colher as provas expressamente requeridas na petição inicial e julga improcedente o pedido, justamente, por falta de provas” (3ª T., AgRg no Ag 388.759/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 25-9-2006).

<sup>147</sup> *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 105.

<sup>148</sup> Na doutrina estrangeira, defende ideia parecida com a ora enunciada VITTORIO DENTI (Valori costituzionali e cultura processuale, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 445, 1984), reportando-se ao princípio do “giusto processo” como “princípio-guida”. Assim também COUTURE (Las garantías constitucionales del proceso civil, cit., p. 40-42).



garantias constitucionais necessárias para que o processo seja justo e adequado ao desempenho de suas funções dentro do Estado democrático de Direito.<sup>149</sup>

Em suma, nada há de errado na escolha feita pelo ordenamento jurídico brasileiro em enunciar mais de uma garantia constitucional para tutelar o mesmo bem jurídico, pois indica claramente a preferência pelo excesso.<sup>150</sup> Num país como o nosso, com escassa tradição democrática, esse reforço é mais do que bem vindo.

Assim, resta assentado como premissa para os próximos capítulos deste trabalho que os incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição aplicam-se tanto ao autor como ao réu, de tal sorte que a ambos assistem os direitos de ação e de defesa, como feixes de poderes e faculdades exercitáveis ao longo de todo o processo, com intuito de obtenção de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Como consequência de todo o exposto, a distinção entre os dois sujeitos parciais do processo não pode mais ser feita com base na lição de CHIOVENDA,<sup>151</sup> que encontra substancial eco na doutrina estrangeira e brasileira, segundo a qual o autor é aquele que pede e o réu é aquele em face de quem há o pedido.<sup>152</sup> Se tanto autor como réu pedem tutela jurisdicional (e contra ambos esse pedido é dirigido), é correto acatar a tese de LIEBMAN,<sup>153</sup> cujo maior defensor entre nós é DINAMARCO, no sentido de que

[p]artes são os sujeitos interessados da relação processual, ou os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz. Dizem-se interessados porque ali estão sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos do provimento final do processo. Elas

participam dos combates inerentes a este e beneficiar-se-ão com os seus efeitos substanciais diretos ou indiretos, ou os suportarão: a tutela jurisdicional a ser concedida endereçar-se-á a uma das partes, impondo-se à outra o sacrifício de uma pretensão (parte vencedora e parte vencida).<sup>154</sup>

A adoção dessa posição se compatibiliza com esta tese à medida que repudia o réu como “aquele em face de quem é feito o pedido”.

Em conclusão, o único modo de diferenciar autor e réu é reconhecer no primeiro o litigante responsável pela quebra inicial da inércia da jurisdição, dando ensejo à instauração do processo, ao passo que o segundo é aquele que é chamado (pela citação) para integrar a relação processual já instituída.<sup>155</sup> Nesse sentido (e apenas nele) parece-nos razoável dizer que o autor “age” e o réu “reage”.<sup>156</sup>

Seguindo a mesma trilha, não se pode dizer que o autor ocupa o polo ativo da relação processual, e o réu, o passivo.<sup>157</sup> Essa assertiva – como denuncia FAZZALARI<sup>158</sup> – vem impregnada da concepção chiovendiana de ação como “direito potestativo” e ignora que autor e réu ocupam, no decorrer do processo, posições jurídicas ativas e passivas.<sup>159</sup> Também por isso é que também não podemos aceitar a concepção de que o “autor pede e o réu impede”,<sup>160</sup> visto que o exercício do

<sup>149</sup> Instituições..., cit., v. 2, p. 246. Também acolhendo essa acepção, CRUZ E TUCCI (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 34-35).

<sup>150</sup> Mal comparando a atuação dos dois litigantes com figuras da intervenção de terceiros, diríamos que a intervenção do primeiro é voluntária e a do segundo, provocada, conforme classificação bastante comum na doutrina (e.g., ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Intervenção de terceiros*, p. 55, e DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 2, p. 374).

<sup>151</sup> É exatamente nesse sentido a lição de SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 457). PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. 6, p. 17) recorre à etimologia da palavra *defender*, para afirmar que “[q]uem se defende (*de-fendere*) vai contra o que o golpeia, o empuxa (*of-fendere; fendere* = golpear). Ataque, contra-ataque”.

<sup>152</sup> Exatamente nesse sentido é a feliz definição de FERDINANDO UMBERTO DI BLASI (*Difesa (in generale)*). *Novissimo digesto italiano*, v. 3, p. 616), no sentido de que: “[s]e si considera, infine, l’azione o l’eccezione dal punto di vista formale o essenzialmente processuale, anche all’eccezione si adatta la definizione che è stata formulata per l’azione, quale potere giuridico che pone in essere la condizione per l’attuazione della legge; e a chi si affrettasse a soggiungere che l’azione é diretta alla attuazione della legge a favore dell’attore, mentre l’eccezione attua la legge a favore del convenuto, potrebbe subito e facilmente risponderci che la distinzione fra attore e convenuto concerne il momento iniziale del rapporto processuale, e che, per quanto chi agisce in giudizio abbia dato impulso al processo, tuttavia egli nel processo si trasforma da subietto attivo in subietto passivo, perchè il processo si svolge anche in suo confronto, onde può dirsi che non ad una delle parti soltanto, ma a ciascuna di esse, spetta il potere di azione”. Enunciou lição similar VITTORIO DEVI, ao afirmar que a exceção “é un potere ossia de una situazione soggettiva attiva” (*L’eccezione nel processo civile, Dall’azione al giudicato*, p. 76).

<sup>153</sup> *Istituzioni...*, cit., p. 428.

<sup>154</sup> Resgatando a distinção que já nos ocupou em trabalho anterior (*Preclusão processual civil*, p. 97-104), as posições ativas são aquelas que deixam o sujeito processual em uma posição de vantagem (pois o põem em condição de atuar da esfera jurídica alheia, ou ao menos de requerer o juiz que o faça). Essas posições de vantagem podem ser ocupadas em todas as oportunidades em que a parte se desincumbe de um *onus processual*. Já as posições passivas deixam a parte em uma situação de *desvantagem*, de *sujeição*, e estão ligadas à figura dos *deveres processuais*.

<sup>155</sup> CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 234), HUMBERTO TIRODORO JR. (*Curso...*, cit., v. 1, p. 77), ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, t. 3, p. 414), ARAKEN DE ASSIS (*Procedimento sumário*, p. 95), entre muitos outros.

<sup>149</sup> Há que citar, ainda, ADA PELLEGRINI GRINOVER: “não basta afirmar a constitucionalização do direito de ação, para que se assegurem ao indivíduo os meios para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido. É necessário que, por direito de ação, direito ao processo, não se entenda a simples ordenação de atos, através de qualquer procedimento, mas sim o ‘devido processo legal’ [...]. O princípio da proteção judiciária, assim entendido, substitui, no processo civil, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (*Os princípios constitucionais...*, cit., p. 18-19). Mais recentemente, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 105) leciona que: “[o] princípio do devido processo legal, neste contexto, deve ser entendido como o princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante em que o Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente”.

<sup>150</sup> Mais uma vez, nesse sentido, é a constatação de SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 105).

<sup>151</sup> “[P]arte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação de uma vontade concreta da lei, e aquele em face de quem esta atuação é demandada” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 234).

<sup>152</sup> Na doutrina italiana, confira-se MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 177 ss). Essa teoria também encontra eco na doutrina brasileira, v.g., AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 1, p. 159), FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 1, p. 174 e 249), VICENTE GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 1, p. 88 e 92) e SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 435). ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Intervenção de terceiros*, p. 4) traz uma sutil diferenciação a essa teoria, sem alterar-lhe a substância: “[q]uem demanda torna-se o autor; aquele ‘contra quem’ (quando houver uma efetiva oposição de interesses) ou ‘perante quem’ (quando tal oposição não existir) tal situação é demandada será o réu”.

<sup>153</sup> “[S]ão partes no processo os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, ou seja: os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir seu julgamento” (*Manual...*, cit., v. 1, p. 123).

contraditório permite que ambos, como sujeitos da relação processual, *peçam e impeçam*.

De todo modo, cumpre-nos assentar, antes de prosseguir, que, apesar das conclusões aqui atingidas, *preferimos para fins exclusivamente didáticos continuar a chamar de ação e defesa as posições, respectivamente, do autor (aquele que inicia o processo) e do réu (aquele que é chamado a comparecer ao processo)*,<sup>161</sup> em respeito à tradição terminológica longamente consagrada pelo direito positivo, doutrina e jurisprudência.

### 3.5 Aplicação imediata das garantias constitucionais de ação e defesa no sistema processual infraconstitucional

As conclusões atingidas no item anterior sobre as garantias constitucionais de ação e de defesa não se resumem a vagas diretrizes teóricas, sem nenhuma aplicação prática. Consideradas essas garantias como *direitos fundamentais*, importa lembrar que, nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, são imediatamente aplicáveis,<sup>162</sup> prescindido de normas que as regulamentem.

No plano processual, a moderna leitura das garantias de ação e de defesa impõe que todos os institutos regrados pela legislação infraconstitucional sejam moldados tendo em vista que autor e réu devem dispor de iguais meios para obter tutela jurisdicional efetiva, que é necessariamente outorgada por meio do devido processo legal.

A propósito, a lição enunciada por COUTURE<sup>163</sup> há mais de meio século permanece inteiramente atual: “da Constituição à lei deve haver um processo de desenvolvimento sistemático”, especialmente porque “a lei deve ser fiel intérprete dos princípios da Constituição”, de modo que “o espírito dessa seja trasladada àquela, que deve inspirar-se nas valorações empreendidas pelo constituinte”. Nessa linha, CASSIO SCARPINELLA BUENO assentou que

[e]studar o direito processual civil *na e da* Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo *passivo*, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos

<sup>161</sup> Aqui, e guardadas as ressalvas decorrentes da exposição feita neste capítulo, avalizamos a opinião de CALMON DE PASSOS, para quem “[n]ada impede que o sujeito passivo da relação de direito material se faça autor, tomando a iniciativa do processo, como nada impede que ocorra o inverso. Tenha sido a ação proposta pelo sujeito ativo da relação jurídica material, tenha sido ela proposta pelo sujeito passivo, o que primeiro exerceu o direito à tutela exercita-o mediante o chamado direito de ação, e o que assumiu a posição de demandado igualmente o exercita sob a forma de defesa. Sua pretensão à tutela jurídica, nesse passo, assume o aspecto do exercício do direito de defesa, não o de ação, por ter-lhe faltado a iniciativa” (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 233).

<sup>162</sup> Trata-se essa de característica desses direitos, como leciona JOAN PICÓ I JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, p. 24) e, na doutrina nacional, OSCAR VILHENA VIEIRA (*Direitos fundamentais*, p. 87 ss).

<sup>163</sup> *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 20, por nós já traduzido.

e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido *ativo* de *aplicar* as diretrizes constitucionais na *construção* do direito processual civil, realizando *pelo e no* processo, isto é, *pelo e no* exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos.<sup>164</sup>

De todas as conclusões extraídas a partir do exame das garantias constitucionais de ação e defesa a que mais importa para análise das normas infraconstitucionais é a de que autor e réu, ao postularem no processo, pedem ao Estado-juiz que lhes outorgue tutela jurisdicional.

Essa premissa interfere de modo marcante na interpretação de diversas normas do sistema, cuja premissa original era a de que apenas o autor busca a obtenção da tutela jurisdicional, e o réu se limitaria, em princípio, a resistir.

Como vimos, essa concepção – a que DINAMARCO tem chamado de “processo civil do autor” –<sup>165</sup> está impregnada de uma ultrapassada concepção privatista do processo, como mero meio público de satisfação de pretensões privadas insatisfeitas no plano material, e não como instrumento de pacificação social, afirmação de soberania estatal e aplicação do direito objetivo.

Assim, cumpre-nos analisar as regras do Código de Processo Civil no tocante à posição do réu no processo, à luz das premissas aqui assentadas. Para tanto, mostra-se necessário analisar as regras erigidas pelo sistema positivo infraconstitucional para reger a técnica do exercício do direito de defesa. Esse é o tema que ocupa o próximo capítulo.

<sup>164</sup> O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações, *Revista de Processo*, nº 161, p. 262, destaques do original.

<sup>165</sup> *Instituições...*, cit., v. 2, p. 294.

## 4

## Panorama do Direito de Defesa no Plano Infraconstitucional

### 4.1 Aspectos formais do exercício do direito de defesa

A principal referência normativa infraconstitucional acerca da posição do réu no processo civil está no art. 297 do CPC, inserido no capítulo denominado “Da resposta do réu”.<sup>1</sup> Dentro dessa categoria, estão abrangidas, segundo a redação expressa do dispositivo, três espécies: a contestação, a reconvenção e as exceções, a serem apresentadas, todas, no prazo de 15 dias.<sup>2</sup>

A primeira dessas formas de resposta – a contestação – é repositório da matéria de defesa propriamente dita, segundo dispõe o art. 300 do CPC (“Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa [...]”). É esse o meio principal pelo qual o réu se opõe à demanda do autor, pleiteando a sua rejeição (sem ou com resolução do mérito), o que compreende as “questões preliminares” listadas no art. 301 (questões relativas ao processo e às condições da ação), e a “defesa de

<sup>1</sup> Trata-se de dispositivo inserto no Livro I do CPC, destinado a estabelecer normativa geral, aplicável ao procedimento comum ordinário e, subsidiariamente, ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais (CPC, art. 272, parágrafo único), bem como, no que couber, à execução de título extrajudicial (CPC, art. 598) e ao cumprimento de sentença (CPC, art. 475-R c.c. o art. 598). Essa subsidiariedade autoriza que a exposição seja conduzida tendo como parâmetro justamente o procedimento comum ordinário, que, como ensina FAZZALARI (*Lezioni di diritto processuale civile*, v. 1, p. 2), é o “arquetipo” do “processo de conhecimento”. Far-se-á, quando necessário, menção ao procedimento sumário e a alguns procedimentos especiais. A execução de título extrajudicial e ao cumprimento de sentença ficarão de fora de nossas preocupações, conforme anunciado na introdução.

<sup>2</sup> Lembre-se que, no procedimento sumário, a contestação deve ser apresentada na “audiência de conciliação”, a ser designada depois de, no mínimo, dez dias da citação (CPC, art. 277). Juntamente à contestação, será apresentado o *pedido contraposto* (CPC, art. 278, § 1º), que é modalidade de reconvenção com âmbito limitado de cognição judicial ao mesmo episódio da vida descrito pela demanda do autor (vide item 9.2, *infra*). Há procedimentos especiais que alteram esse prazo, por exemplo, a ação de depósito ou de prestação de contas (em ambos os casos, o prazo é cinco dias – CPC, arts. 902, I, e 915, respectivamente), a ação de demarcação (20 dias – CPC, art. 954), a ação popular (20 dias – Lei 4.717/65, art. 7º, IV) etc.

mérito” propriamente dita, repousando sobre “razões de fato e de direito” (como reza o art. 300).

O segundo tipo de resposta a que se refere o art. 297 é a *reconvenção*, reconhecida pela doutrina tradicional não como um meio de defesa, mas sim de contra-ataque,<sup>3</sup> o que justifica a opção do legislador de 1973 em denominar o capítulo iniciado com o art. 297 com o termo *resposta*,<sup>4</sup> e não *defesa*.<sup>5</sup>

À luz das considerações traçadas no Capítulo 3, *supra*, que delineou o conteúdo do direito de defesa a partir do texto constitucional, não nos parece relevante distinguir “defesa” e “resposta”, por considerarmos que a defesa também se desdobra em posições jurídicas ativas (de ataque do autor ao réu). Isso justifica que usemos indistintamente os termos *resposta* e *defesas*, como se sinônimos fossem.

Por fim, o termo *exceções* vem empregado no dispositivo em uma acepção bastante restrita<sup>6</sup> referindo-se *exclusivamente* aos incidentes pelos quais, segundo o art. 304 do CPC, “qualquer das partes” pode alegar a incompetência relativa do juízo, o impedimento e a suspeição do juiz.

A análise conjunta desses dois dispositivos (CPC, arts. 297 e 304) revela algumas incongruências. De fato, tanto o autor como o réu têm plena possibilidade de arguir o impedimento e a suspeição do magistrado<sup>7</sup> a qualquer tempo, no prazo de 15 dias contados da descoberta do fato (CPC, art. 305). Ademais, diferentemente do que prescreve o art. 304 da lei processual, a incompetência relativa não pode ser suscitada por “qualquer das partes”, mas apenas pelo réu.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Assim entende a generalidade dos doutrinadores brasileiros, conforme listado no item 9.1, *infra*.

<sup>4</sup> Essa constatação foi feita por muitos estudiosos, como ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Direito processual civil*, p. 10), BARBOSA MOREIRA (*A resposta do réu no sistema do Código de Processo Civil, Revista de Processo*, nº 2, p. 250), PINTO FERREIRA (*Da resposta do réu*, p. 1) e FORNACIARI JR. (*Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*, p. 14).

<sup>5</sup> Se, por um lado, o título do Capítulo II do Título VIII do Livro I do Código, ao usar a expressão *resposta do réu*, denota cuidado do legislador em ressaltar que o réu, citado, não se limita à defesa, por outro lado em muitas outras passagens essa reserva não foi observada. Com efeito, os arts. 64, 213, 225 do CPC, entre outros, falam em “prazo para a defesa” no lugar de “prazo para a resposta”. DINAMARCO ainda pontua que “a reação [do réu] possível segundo a lei, ou resposta, não tem necessariamente a feição de defesa, mas também não é sempre um contra-ataque” (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 445). Assim, o jurista cataloga os meios de resposta do réu entre os defensivos (contestação, exceções, nomeação à autoria, impugnação ao valor da causa e arguição de falsidade documental) e os não defensivos (reconvenção, denunciação à lide e o chamamento ao processo).

<sup>6</sup> É corrente o entendimento de que o CPC, ao usar o termo *exceções*, refere-se exclusivamente a “exceções rituais”, pelas quais se alegam a incompetência relativa, impedimento e suspeição. Nesse sentido, v. g., DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 477) e ANTÔNIO CARLOS MARCATO (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 943). O tema tornará a nos ocupar no item 7.2, *infra*.

<sup>7</sup> Assim, na esteira da doutrina esmagadoramente dominante, e apenas à guisa de exemplo, BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 41) e VICENTE GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 131).

<sup>8</sup> Ao autor cabe escolher o foro no ato de propositura da demanda, e ao fazê-lo não pode apresentar exceção de incompetência relativa, por força da *preclusão lógica*, a qual “se dá quando a parte perde a possibilidade de praticar determinado ato, se anteriormente houver praticado algum outro com ele incompatível” (vide o nosso *Preclusão processual civil*, p. 148). BARBOSA MOREIRA (*A resposta do réu...*, cit., p. 255) investigou a possibilidade de o juízo tornar-se relativamente incompetente *no curso do processo* (o que ensinaria a apresentação da exceção pelo autor). Todavia, forte no comando do art. 87 do CPC, o autor descarta essa hipótese, reconhecendo que

De qualquer modo, é certo que as posturas de defesa do réu não se esgotam nesse elenco do art. 297 do CPC. CASSIO SCARPINELLA BUENO afirma justamente que o dispositivo “é insuficiente para albergar todos os comportamentos que o réu pode assumir”.<sup>9</sup> O processualista relaciona outros dez meios de resposta do réu: pedir declaração incidente (CPC, arts. 5º e 470), pedir desmembramento do litisconsórcio multitudinário (CPC, art. 46, parágrafo único), provocar três tipos de intervenção de terceiros (nomear à autoria, denunciar à lide e chamar ao processo), impugnar o valor da causa (CPC, art. 261), apresentar incidente de falsidade documental (CPC, art. 390 ss), pedir exibição de documento ou coisa (CPC, art. 355 ss) e requerer o benefício da gratuidade de justiça ou impugnar aquele que tenha sido deferido ao autor (Lei 1.060/1950, art. 4º, § 2º e art. 6º). Desse extenso rol escapou apenas o pedido contraposto, que é modalidade de reconvenção simplificada para o rito sumário e dos Juizados Especiais (CPC, art. 278, § 1º, e Lei 9.099/1995, art. 31), tema que será oportunamente tratado (item 9.2, *infra*).

Além desses meios de resposta, SCARPINELLA BUENO<sup>10</sup> ainda lembra que ao réu se facultam ainda duas posturas que não se consideram propriamente como respostas, isto é, a completa omissão (que importará em revelia, salvo nas exceções previstas no art. 320 do CPC) e o reconhecimento jurídico do pedido, nos casos em que o direito objeto do litígio for disponível (CPC, art. 269, II).

Desde logo importa observar que alguns desses instrumentos não são privativos do réu, tal como vimos acima ser o caso das exceções de impedimento e suspeição. Também o autor pode pedir a declaração incidente (como deixa claro o art. 325 do CPC), denunciar à lide (como expressamente previsto pelo art. 71 do CPC, situação que acarreta cumulação subsidiária de pedidos contra réus diferentes, na própria peça inicial, conforme art. 289, CPC),<sup>11</sup> apresentar incidente de falsidade documental (rezando o art. 390 que o autor deve fazê-lo no prazo de dez dias da sua intimação dando conhecimento da juntada do documento aos autos), assim como requerer para si o benefício da gratuidade de justiça e impugnar aquele que tiver sido concedido ao réu.

O fato de esses atos processuais poderem ser praticados pelo autor retira-lhes a característica de meio de defesa,<sup>12</sup> exigindo que sejam estudados como *meios de atuação processual de ambas as partes*, sob pena de comprometer a correta compreensão dos institutos.

pode sobrevir no curso do processo apenas a incompetência absoluta do juízo (por exemplo, no caso da intervenção da União Federal em processo que tramita perante juízo estadual).

<sup>9</sup> *Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 136. DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 522) faz constatação similar, mas arrola uma quantidade menor de meios de resposta não abrangidos no art. 297 do CPC, limitando-se à impugnação ao valor da causa, às modalidades de intervenção de terceiros provocadas pela parte e à arguição de falsidade documental.

<sup>10</sup> *Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 136.

<sup>11</sup> Na esteira da doutrina largamente dominante a esse respeito, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 172).

<sup>12</sup> Nesse sentido, FORNACIARI JR. (*Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*, p. 14).

Em acréscimo, vê-se que essa multiplicidade de meios e formas de resposta do réu não esmaece o fato de que a contestação é a peça defensiva por excelência. O Código desmembrou algumas defesas de cunho processual para serem apresentadas separadamente, mas todas as demais continuam reservadas à contestação (que ainda abriga as defesas de mérito).

Há ainda meios de defesa que, embora contem com regime próprio, *devem* ser suscitadas no bojo da contestação, como ocorre com o pedido contraposto, bem como o incidente de falsidade documental, a teor da letra expressa do art. 390 do CPC (exceto se o incidente for apresentado após encerrada a instrução, conforme o art. 393).

Outras modalidades de defesa *podem* ser incluídas no corpo da contestação ou ser apresentadas prévia e apartadamente dela, para que o réu desfrute da aptidão de tais meios em suspender a fluência do processo ou ao menos do prazo para as demais respostas. Referimo-nos aqui aos casos do pedido de desmembramento do litisconsórcio (CPC, art. 46, parágrafo único, *in fine*), de nomeação à autoria (CPC, art. 64), de denunciação da lide (CPC, arts. 71 e 72) e de chamamento ao processo (CPC, arts. 78 e 79).

Ainda do ponto de vista formal, o CPC estabelece que algumas defesas sejam apresentadas separadamente da contestação. É o caso da reconvenção (embora autuada nos mesmos autos que a contestação) e de uma série de defesas processuais que recebem autuação em separado, como é o caso da impugnação ao valor da causa, do pedido de gratuidade de justiça, da impugnação à gratuidade deferida à parte adversa e das exceções de incompetência, suspeição e impedimento.

A formação de incidente em autos próprios (ainda que apensados aos principais) justificar-se-ia para permitir a racionalização do procedimento, reservando a autos especiais questões incidentais e deixando para os autos principais as discussões em torno do fundo do litígio.<sup>13</sup>

Todavia, o emprego dessa técnica, mediante formação de procedimentos incidentais, deve ser limitado, mormente porque as questões incidentais, como regra, permitem solução rápida, que pode perfeitamente ser tomada sem nenhum desvio no curso do processo e sem formação de autos próprios.<sup>14</sup>

À vista de tal constatação, a doutrina e a jurisprudência cada vez mais se mostram tolerantes em relação ao desrespeito dessas formalidades, autorizando que tais defesas do réu sejam apresentadas em uma *única peça* (a contestação).

<sup>13</sup> DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 467) leciona que, “a rigor da lógica, seria natural que se processassem em apartado todos os incidentes que não ocasionam a suspensão do procedimento principal, para que ambos pudessem fluir independentemente, sem tumultos”.

<sup>14</sup> ANTONIO SCARANCE FERNANDES (*Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 172), após examinar a técnica dos “procedimentos incidentais” concluiu que, “como a maioria das questões incidentais não são de grande importância, devem ser resolvidas de forma muito rápida com pequenos acréscimos de atos processuais, normalmente necessários somente a garantir a observância do princípio do contraditório e para possibilitar a pronta decisão judicial”. Com base nisso, adiante, o estudioso sinaliza a tendência de mitigação de procedimentos incidentais.



Essa flexibilização é marcante no tocante à alegação de incompetência (tanto absoluta quanto relativa), de modo que a jurisprudência<sup>15</sup> e a doutrina<sup>16</sup> aceitam a alegação da primeira sob a forma da exceção e da segunda no corpo da contestação. Aliás, notadamente no procedimento sumário, admite-se que a incompetência relativa seja alegada no corpo da contestação apresentada em audiência,<sup>17</sup> para apreciação juntamente com as demais “questões preliminares”, na forma do art. 277, § 4º, do CPC,<sup>18</sup> técnica similar à adotada no rito do Juizado Especial Cível estadual.<sup>19</sup>

A mesma flexibilização formal se aplica no tocante à reconvenção,<sup>20</sup> que tem se tolerado seja apresentada no próprio corpo da contestação. O espírito que norteia essa solução é o mesmo que afasta a revelia para o réu que se limita a apresentar formalmente a *reconvenção*, a qual é perfeitamente suficiente para tornar controvertida a versão fática narrada pelo autor.<sup>21</sup>

Também não enxergamos prejuízo nenhum pelo fato de determinadas defesas serem incluídas na peça contestatória, a despeito da disposição em contrário

<sup>15</sup> A jurisprudência atual tem se consolidado, no sentido de que não há irregularidade alguma se a incompetência relativa for arguida no corpo da contestação (no STJ, veja-se, v. g.: REsp 885.960/CE, 2ª T.; AgRg no REsp 363395/AL, 1ª T.; REsp 169176/DF, 2ª Seção; REsp 293042/SP, 4ª T.). Do mesmo modo, admite-se que a exceção ritual verse incompetência absoluta (à guisa de exemplo, confira-se no TJSP, veja-se AI 94.810-4, rel. Des. César Peluso, j. 10-11-1998; no TRF 3ª Região, AI 89030114728, rel. Juiz Silveira Bueno, j. 2-5-1990).

<sup>16</sup> Assim, entre outros, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 477), NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 514, nota 3 ao art. 113) e CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, p. 157-158).

<sup>17</sup> Assim já decidiu o STJ a respeito: “[n]o procedimento sumário, a exceção de incompetência deve ser oposta no corpo da própria contestação, em peça única” (REsp 432524/MA, 3ª T., Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 28-10-2004). A doutrina concorda com esse aspecto (citando-se, apenas à guisa de exemplo, BERNUDES, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 45).

<sup>18</sup> Inclui-se nessa disposição, expressamente, a impugnação ao valor da causa que, por isso, não é apresentada em apartado, mas sim no corpo da contestação (assim entende a doutrina, citando-se como exemplo FERNACIARI JR., *A reforma processual civil*, p. 52).

<sup>19</sup> Vide, v. g., JOEL DIAS FIGUEIRA JR. (*Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, p. 222).

<sup>20</sup> Vide, v. g., DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 447) e LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção no processo civil brasileiro*, cit., p. 44-45, com riquíssima referência doutrinária e jurisprudencial, que seria ocioso reproduzir). Para ilustrar, citemos um acórdão do STJ particularmente enfático: “Embora oferecidas em peça única, a contestação e a reconvenção foram completamente separadas dentro do corpo da petição, podendo as duas ser distinguidas *ictu oculi*. Sendo assim, tal circunstância deve ser considerada mera irregularidade, não se erigindo em nulidade processual” (REsp 549.587/PE, 5ª T., Rel. Ministro Felix Fischer, j. 23-3-2004). Essa solução de fusão das duas respostas (contestação e reconvenção) em única peça prevalecia no CPC de 1939 (art. 190, *in fine*: “A reconvenção será formulada com a contestação”) e, provavelmente por influência desse dispositivo, a jurisprudência produziu logo depois do início de vigência do CPC de 1973 considerava dispensável a apresentação em peças distintas (vide resenha feita por CRUZ e TUCCI, *Da reconvenção*, p. 60-61, nota 63). A mesma solução formal é prestigiada em diversos ordenamentos estrangeiros, como o italiano (CPC, art. 167), espanhol (LEC, art. 406.3) e argentino (art. 357 do CPC nacional). No CPC português, o art. 501 não é inteiramente claro a respeito, mas a doutrina entende que há uma única peça para defesa e reconvenção, embora seja necessário distingui-las claramente entre si (vide, v. g., ANTUNES VARELA, BEZERRA e NORA, *Manual de processo civil*, p. 323, e MACHADO e PIMENTA, *O novo processo civil*, p. 144).

<sup>21</sup> Assim entendem, v. g., DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 531-532) e UMBERTO BRESOLIN (*Revelia e seus efeitos*, p. 76-77), embora haja vozes discordantes (como a de RITA GIANESINI, *Da revelia...*, cit., p. 79).

da lei processual, como a impugnação ao valor da causa, o pedido de gratuidade de justiça e a impugnação à concessão da gratuidade conferida à parte adversa.<sup>22</sup>

Apenas no tocante às exceções de impedimento e suspeição poder-se-ia vislumbrar algum prejuízo advindo da apresentação conjunta com a contestação, visto que o seu procedimento, em caso de rejeição da alegação pelo juiz acoimado de impedido ou suspeito, exige autuação em separado para remessa à instância superior (CPC, art. 313). Mas a irregularidade, nesse particular, seria sanada de modo muito simples, bastando a extração de cópia da contestação (com a alegação de impedimento ou suspeição) e envio à superior instância.

A formação de autos para processamento de determinadas defesas do réu revela-se, enfim, *formalidade não essencial*,<sup>23</sup> cuja falta não pode ensejar inadmissibilidade da resposta, tampouco qualquer nulidade processual. BEDAQUE chega a dizer de modo ainda mais enfático que essas são “formas desnecessárias e inúteis”.<sup>24</sup>

Tem-se aí injustificável tributo pago pelo nosso direito positivo a ordenamentos passados, e não fruto de escolha consciente do legislador, quando da elaboração do CPC vigente.<sup>25</sup> E a maior prova disso é que matérias muito similares recebem tratamento distinto. Veja-se, por exemplo, que o réu impugna o valor da causa por meio de peça apartada da contestação (CPC, art. 261), e é nesse apenso que o juiz poderá reconhecer o equívoco da petição inicial e determinar ao autor a complementação do recolhimento da taxa judiciária. Todavia, caso o autor tenha atribuído o valor correto à causa, mas haja inexistência ou insuficiência da taxa judiciária recolhida, a matéria será alegada na contestação (CPC, art. 301, XI), e a correção poderá ser determinada nos próprios autos principais. Ou seja, esse incidente em particular desponta como formalidade de todo injustificável.

A esses argumentos acresça-se o de que algumas dessas defesas processuais – em especial a impugnação ao valor da causa e à gratuidade de justiça – versam matérias cujo controle pode ser feito de ofício.<sup>26</sup> Por tudo isso, o descumprimento

<sup>22</sup> Quanto à impugnação ao valor da causa, também há predominante entendimento do STJ: “Impugnação ao valor da causa. Art. 261 do CPC. Alegação em preliminar de contestação. Possibilidade” (REsp 782.695/SE, 2ª T., Rel. Ministro Castro Meira, j. 6-12-2005). No mesmo sentido: REsp 256.157/SP, 3ª T., Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 5-3-2002. Sobre a impugnação à gratuidade de justiça, RSTJ 173/255 (3ª T.).

<sup>23</sup> Não é ocioso lembrar que essa distinção entre formalidades processuais *essenciais* e *não essenciais* é bem difundida em nossa doutrina. CARNELUTTI já a reconhecia, com base na divisão entre normas formais *meramente úteis*, e outras *necessárias* (*Sistema...*, cit., v. 3, p. 237 ss). Na doutrina pátria, no mesmo sentido, DALL'AGNOL JR. (Para um conceito de irregularidade processual, *Saneamento do processo*: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda, p. 84) e o nosso Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no novo Código Civil e no direito processual civil. *Impactos processuais do direito civil*. CASSIO SCARPINELLA BUENO (Coord.), p. 193 ss).

<sup>24</sup> *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 416.

<sup>25</sup> SALVADOR DA COSTA (*Os incidentes da instância*, p. 9-14), ao analisar a estrutura dos “incidentes da instância” do processo civil português, também denuncia a sua heterogeneidade.

<sup>26</sup> THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA e LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 375, nota 9 ao art. 261 do CPC, indica acórdãos do STJ em que se assentou

de tal formalidade pelo réu jamais poderia isentar o juízo de conhecer das questões suscitadas.<sup>27</sup>

Na mesma esteira, mostra-se irrelevante que as diversas formas de defesa do réu sejam “rotuladas” com as denominações que a lei lhes dá. Isso porque há dois milênios<sup>28</sup> tem-se reconhecido que não importa o *nomen iuris* que se dê à demanda,<sup>29</sup> como, aliás, a qualquer ato processual, por exemplo, o recurso.<sup>30</sup> Afinal, o juiz também conhece as leis do processo (*iura novit curia*), de tal sorte que a falta de identificação da resposta com a sua matriz legal não impede que o juiz reconheça, por exemplo, verdadeira demanda reconvençional ou declaratória incidental.<sup>31</sup>

Por tudo isso é que se demonstra que o critério meramente formal para apresentação das variadas formas de resposta do réu não se apresenta relevante.

Pode-se afirmar que, rigorosamente, não há problema em que todos os comportamentos previstos na lei processual civil para o réu sejam instrumentalizados em uma única peça, e que não se lhes atribua nenhuma das denominações conferidas pelo texto legal.

a possibilidade de alteração de ofício do valor da causa quando o autor o atribui artificialmente para deslocar competência, alterar o procedimento ou o rito recursal. Em acréscimo aos julgados lá referidos: REsp 784.857/SP, 4ª T., Rel. Ministro Jorge Scartezini, j. 18-5-2006, e REsp 572.536/PR, 2ª T., Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 5-5-2005. Sobre o controle de ofício do cabimento dos benefícios da gratuidade de justiça: AgRg no Ag 925.756/RJ, 4ª T., Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 19-2-2008, e REsp 649.579/RS, 2ª T., Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 21-9-2004, embora se reconheça que o juiz não pode, de ofício, deferir o benefício (STJ, 6ª T., REsp 111.616/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 28-9-1999).

<sup>27</sup> Em nosso *Preclusão processual civil* (p. 251-252) pusemos em destaque o anacronismo de atribuir ao réu o ônus de impugnar o valor da causa sob forma e prazo preclusivo, se a questão deve ser controlada de ofício, seja porque o valor da causa não raro serve como parâmetro para recolhimento da taxa judiciária, seja porque serve de baliza para fixação da competência, seja finalmente porque também ao réu pode interessar que o valor da causa seja baixo, pois sobre ele são calculadas penas no curso do processo, assim como frequentemente serve o valor da causa de base para cálculo do preparo de apelação.

<sup>28</sup> CRUZ E TUCCI (A causa petendi..., cit., p. 44) registra Constituição romana emitida por Diocleciano e Maximiano, de 290 d. C., recolhida no Código justiniano (2.10.1), que assentou justamente ser dispensável que o autor atribuisse um *nomen iuris* à ação proposta, justamente como decorrência da máxima *iura novit curia*. A mesma diretriz foi prestigiada pelos glosadores e comentadores, na Baixa Idade Média, e acolhida expressamente pelo direito canônico de então (idem, p. 54-55).

<sup>29</sup> Ainda hoje a mesma diretriz continua prestigiada na jurisprudência, cumprindo mencionar dois acórdãos do STJ (um mais antigo, outro mais recente) nesse sentido: “O nome com o qual se rotula a causa e sem relevância para a ciência processual” (REsp 7591/SP, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26-11-1991) e “A natureza da tutela jurisdicional não está vinculada à nomeação dada pelo autor à ação, e sim ao pedido” (REsp 198144/MT, 4ª T., Rel. Ministro Barros Monteiro, j. 19-5-2005).

<sup>30</sup> O mesmo fenômeno ocorre quando se trata de recursos. Veja, a propósito, interessante julgado do STJ: “O recurso de apelação interposto contra acórdão denegatório da segurança em Segunda Instância pode ser recebido como recurso ordinário diante do princípio da fungibilidade recursal, uma vez que sua denominação errônea em nada prejudica a análise da matéria controvertida” (RMS 23.173/AM, 2ª T., Rel. Ministro Humberto Martins, j. 10-4-2007).

<sup>31</sup> A seguinte assertiva de CRUZ E TUCCI (A causa petendi..., cit., p. 132) aplica-se igualmente ao direito processual, já que o juiz também tem o dever de conhecer e de aplicar de ofício: “[o] juiz tem o dever de examinar os fatos que lhe são submetidos à luz de todo o ordenamento jurídico, ainda que determinada norma não tenha sido expressamente invocada pelas partes” (grifo nosso).

## 4.2 Conteúdo da defesa: defesa processual e defesa de mérito

É corrente, na doutrina brasileira, a ideia de que o conteúdo das respostas do réu se desdobra, tal como o objeto da cognição judicial, em um *trinômio*<sup>32</sup> de pontos,<sup>33</sup> isto é, aqueles relativos ao processo, à ação e ao mérito.<sup>34</sup>

O ordenamento processual pátrio, por ter adotado expressamente a teoria de LIEBMAN sobre as condições da ação, acaba afastando-se dos sistemas estrangeiros, que limitam o objeto da cognição judicial (e, conseqüentemente, as respostas do réu) a um *binômio* de pontos: aqueles concernentes ao mérito e aqueles relativos aos “pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito”,<sup>35</sup> que reúnem matérias de cunho “preliminar”<sup>36</sup> ao mérito.

Essa distinção dicotômica foi feita pioneiramente pela conhecidíssima obra de OSKAR VON BÜLOW<sup>37</sup> e, bem depois, desenvolvida por CARNELUTTI,<sup>38</sup> que separava as *questioni di merito* (que se referem à *lide*, ou à *res iudicanda*) e as *questioni d'ordine* (que se referem ao processo e devem ser resolvidas antes das questões de mérito, *incidentalmente* no curso do processo e, não por outra razão, também chamadas *questioni incidentali*).

<sup>32</sup> Costuma ser lembrada a posição (isolada) de CELSO NEVES, para quem haveria um *quadrinômio* de questões, incluindo a demanda como um *suposto processual*, destacado dos demais pressupostos processuais (*Estrutura fundamental do processo civil*, p. 189 ss).

<sup>33</sup> A doutrina, com inspiração em CARNELUTTI, costuma definir “ponto” como o núcleo do conceito de “questão”. Apresentada uma alegação por uma parte (não importando seu conteúdo) há um ponto, o qual, tornado controvertido, transforma-se em uma questão (a propósito, veja-se, ainda, MENESTRINA, *Pregiudiziale nel processo civile*, p. 15 ss). Em uma acepção mais ampliada (e a nosso ver mais adequada), para que o ponto se transformasse em questão, não há necessidade de que haja, exatamente, controvérsia entre as partes, mas apenas que pare sobre o tema *dúvida* (nesse sentido manifestou-se FAZZALARI, *Lezioni...*, cit., v. 1, p. 39, e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Incidente processual...*, cit., p. 50, com a nossa adesão em *Preclusão processual civil*, p. 187-188). DINAMARCO (O conceito de mérito em processo civil, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. 1, p. 240) reconhece que o ponto converte-se em questão mesmo em face da incontrovérsia, pela possibilidade de o juiz torná-lo duvidoso, ainda que de ofício.

<sup>34</sup> Essa divisão, como se sabe, é explicada de modo minudente por KAZUO WATANABE, em sua influente obra *Da cognição no processo civil*, e é objeto de constatação corrente na doutrina, citando-se, apenas para exemplificar, BARBOSA MOREIRA (A resposta do réu..., cit., p. 249), VICENTE GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 124) e DINAMARCO (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., p. 258).

<sup>35</sup> Fiéis à nossa premissa de que há tutela jurisdicional mesmo quando o processo é extinto sem resolução do mérito (item 3.2.2, *supra*), preferimos descartar a expressão *pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional*, que é preferida por muitos doutrinadores de expressão, como v. g. BUZAD (*Agravo de petição*, p. 115 ss), FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 128), DINAMARCO (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., p. 256) e BEDAQUE (Pressupostos processuais e condições da ação, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 35, p. 183-211), entre outros.

<sup>36</sup> Questões preliminares são definidas por BARBOSA MOREIRA como “aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, Tese (Livre-docência de Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 27).

<sup>37</sup> *Di Lehevon den Proceßinreden und die Proceßvoraussetzungen* (La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein).

<sup>38</sup> *Diritto e processo*, p. 191-192.

Mesmo para aqueles que não aceitam a ideia de *lide* como o objeto do processo, esse raciocínio é plenamente acatado, dividindo-se as questões *formais* ou *de rito* das questões *substanciais* atinentes à *res in iudicium deducta*.<sup>39</sup> De certo modo, os arts. 267 e 269 do CPC consagram essa construção, ao separar as sentenças que resolvem o mérito daquelas inaptas a fazê-lo.<sup>40-41</sup>

Para os objetivos traçados, é plenamente satisfatório raciocinar com base no binômio, de modo que trataremos conjuntamente, sob a rubrica “defesa processual”, as respostas do réu concernentes à ação e ao processo (embora reconheçamos as enormes dificuldades em catalogar as condições da ação, em face das diferentes teorias criadas para explicá-las).<sup>42</sup> Do mesmo modo, a delimitação da segunda categoria, “defesa de mérito”, também suscita enormes dúvidas na doutrina e não raro comporta subdivisões internas, como aquela entre *questões de mérito* e *mérito* propriamente dito.<sup>43</sup>

Em resumo, sem desconhecer os tormentosos problemas que se escondem sob essa classificação, a divisão dicotômica aqui proposta presta-se a fins didáticos, facilitando a análise dos institutos.

<sup>39</sup> V. g., FAZZIARI (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 32) e DINAMARCO (O conceito de mérito..., cit., p. 241).

<sup>40</sup> A distinção entre juízo de admissibilidade e de mérito tem outras aplicações, em particular no campo dos recursos, com sentido bem diverso daquele empregado relativamente à demanda. O CPC em diversas passagens usa a expressão *mérito do recurso* (arts. 543, § 3º, 544, § 3º, 560, 561 etc.), querendo designar o objeto da pretensão do recorrente de reforma ou anulação da decisão recorrida, sem considerar se o recurso versa sobre questões atinentes exclusivamente aos “pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito” ou sobre o mérito propriamente dito. A respeito confira-se DINAMARCO (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., p. 261-262).

<sup>41</sup> Em realidade, a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito não é própria do direito processual, mas pertence à teoria geral do direito, conforme lecionou FREDIE DIDIER JR. (*Pressupostos processuais e condições da ação*, p. 11 ss).

<sup>42</sup> De fato, na doutrina italiana há autores que assimilam as condições da ação ao mérito (como CHIOVENDA, *Principii...*, p. 134), assim como esse entendimento é largamente aceito na Alemanha (como anota DINAMARCO, O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., p. 269). No CPC português, a ilegitimidade é arrolada como pressuposto processual (art. 494), mas a falta de interesse processual pela ausência do implemento do termo ou condição a que está sujeito o objeto do pedido é considerada defesa substancial, que dá ensejo à extinção do processo com exame de mérito, fazendo-se reserva para o futuro da possibilidade de repropositura da mesma demanda (art. 673). Para ampla análise e crítica da doutrina brasileira a respeito, vejam-se WATANABE (*Da cognição...*, cit., p. 76 ss), BEDAQUE (*Efetividade do processo...*, cit., p. 230 ss) e SUSANA HENRIQUES DA COSTA (*Condições da ação*, p. 76-109).

<sup>43</sup> DINAMARCO (O conceito de mérito em processo civil, *Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 233 ss) e WATANABE (*Da cognição...*, cit., p. 106).

## Defesa Processual

### 5.1 Defesa processual e cognoscibilidade de ofício

A mais importante matriz normativa para identificação das defesas processuais é o art. 301 do CPC, que prescreve que “[c]ompete-lhe [ao réu], porém, antes de discutir o mérito, alegar” as seguintes matérias: inexistência ou nulidade da citação (inc. I), incompetência absoluta (inc. II), inépcia da petição inicial (inc. III), preempção (inc. IV), litispendência (inc. V), coisa julgada (inc. VI), conexão (inc. VII), incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização (inc. VIII), convenção de arbitragem (inc. IX), carência de ação (inc. X), falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar (inc. XI). O dispositivo trata conjuntamente a defesa quanto à ação (inc. X) e quanto ao processo (demais incisos), reforçando a nossa premissa de tratá-las em conjunto sob a ampla categoria “defesas processuais”.

Salta aos olhos que o rol do art. 301 do CPC não é exaustivo, deixando de fora outras defesas processuais, tais como a “continência” (CPC, art. 105), ou ainda a ocorrência de fatos aptos a suspender o processo (CPC, art. 265), entre outros.

De qualquer sorte, fato é que as defesas processuais são, como regra, cognoscíveis de ofício, por expressa previsão do art. 267, § 3º, do CPC, combinado com o art. 301, § 4º, do mesmo diploma.

No tocante às três condições da ação – enumeradas pelo inc. VI do art. 267 do CPC: “a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” –, não há dúvida a respeito, pois o § 3º, conjugado com o inciso VI desse mesmo dispositivo, é suficientemente claro a respeito.

Contudo, quanto às matérias relativas ao processo, essa ideia não é tão clara assim, dado que o aludido § 3º do art. 267 estabelece o controle *ex officio* sobre os “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, bem como sobre a litispendência, a coisa julgada e a perempção (CPC, art. 267, IV e V), ao passo que o § 4º do art. 301 prescreve ser passível de conhecimento de ofício o rol não exaustivo de matérias constantes de seus incisos I a XI, à exceção do “compromisso arbitral” (inc. IX).<sup>1</sup>

A leitura conjunta do § 3º do art. 267 e do § 4º do art. 301 do CPC remete, então, à seguinte dúvida: há questões processuais que não se encaixam nos incisos do art. 301 do CPC nem na categoria de “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” (art. 267, IV)? Ou seja: há matéria processual que não seja cognoscível de ofício?

Em outro trabalho<sup>2</sup> tivemos ensejo de reconhecer que são altamente equívocos os conceitos de “pressupostos processuais”, em geral, e de “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, em particular.

Então, para os fins aqui colimados, podemos reconhecer que na expressão “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” constante do inc. VI do art. 267 do CPC estão compreendidos todos os requisitos de cunho processual, sejam aqueles cuja falta enseja vício exclusivamente formal (forma em sentido estrito, tempo e lugar), como aqueles que, ausentes, provocam vício processual de *fundo*<sup>3</sup> (por exemplo, a ausência de capacidade de qualquer dos litigantes). Esse conceito ampliativo é defendido precisamente por KAZUO WATANABE.<sup>4</sup>

Essa opção leva em conta, primeiramente, a dificuldade de separar os vícios processuais de fundo (atinentes à falta de pressupostos processuais propriamente ditos) dos vícios formais (que tocam exclusivamente à forma em sentido estrito, tempo e lugar dos atos processuais).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Registre-se, por oportuna, a conhecida discussão doutrinária sobre o alcance dessa ressalva. Numa primeira vista, a redação do § 4º do art. 301 conduziria à ideia de que a cláusula compromissória arbitral poderia ser conhecida *ex officio*, já que o dispositivo se limitou a excepcionar o compromisso arbitral. Contudo, considerando que uma das premissas da Lei 9.307/96 (a “lei de arbitragem”) foi equiparar os efeitos do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, pode-se entender que o legislador “cochilou” ao deixar de alterar o § 4º do art. 301 (para incluir a expressão *convenção arbitral*), tal como havia feito no inciso X (que originalmente se referia apenas a “compromisso arbitral”).

<sup>2</sup> *Preclusão processual civil*, p. 137-144.

<sup>3</sup> Expressão usada por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Nulidades da sentença*, p. 117).

<sup>4</sup> Ao definir essa categoria de questões submetidas à cognição judicial, WATANABE deixa de lado a tomada de posição acerca das várias teorias que definem os limites do conceito de *pressupostos processuais*, e acaba por aceitar que estão abrangidas nesse primeiro elemento do trinômio “todas as questões ligadas ao processo em si mesmo” (*Da cognição...*, p. 70).

<sup>5</sup> Apontamos esse problema em nosso *Preclusão processual civil*, p. 138, invocando exemplos de autores que enquadram determinados vícios numa ou outra categoria.

Ademais, os dois tipos de vício se aproximam em torno do fato de que ambos redundam na decretação de invalidade ou inadmissibilidade do ato processual (tratando-se, respectivamente, dos atos do juiz e das partes), desde que, como regra,<sup>6</sup> sejam observados os mesmos princípios do prejuízo, da finalidade, do interesse, da contaminação e do aproveitamento (CPC, arts. 243, 244, 248 e 249).

A consequência imediata dessa opção é considerar que o controle sobre a regularidade da aplicação do direito processual civil compete de modo soberano ao juiz, que fica investido do poder de apontar, de ofício, a qualquer momento, a desconformidade do processo concernente a *qualquer aspecto* do modelo típico descrito em lei.

Essa proposta hermenêutica aqui apresentada afina-se com a ideia, também defendida por nós em trabalho anterior,<sup>7</sup> no sentido de que é difícilimo enxergar normas processuais que atuem no interesse *exclusivo* ou mesmo *preponderante* dos litigantes (de modo a autorizar que haja vícios processuais cujo reconhecimento dependa de alegação pelo interessado). As normas processuais atuam, sempre, no interesse público existente em torno da solução mais rápida, justa e eficiente do litígio à luz da cláusula constitucional do devido processo legal,<sup>8</sup> ainda que indireta, mediata e derivadamente prestigiem o interesse particular do litigante.

Justamente em razão disso, excluídas as duas exceções *expressas* de matérias processuais que dependem necessariamente de alegação da parte para serem conhecidas pelo juiz – a incompetência relativa (CPC, art. 114)<sup>9</sup> e a existência de

<sup>6</sup> BEDAQUE (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 577) sustenta que “somente a incompetência absoluta impede, de forma genérica, a desconsideração da nulidade pela ausência de prejuízo”.

<sup>7</sup> Contribuição ao estudo da teoria das nulidades..., cit.

<sup>8</sup> A propósito, CALMON DE PASSOS afirma de modo enfático que: “[s]e posta no interesse do sujeito, ela (a nulidade) seria relativa. Em caso contrário, absoluta. Costumo dizer a meus alunos que pago um prêmio de vulto a quem me indicar uma atipicidade que se possa afirmar posta apenas no interesse do sujeito, em campo diverso daquele em que opera a autonomia privada. No particular do processo, principalmente, jamais identifiquei alguma, e aguardo ansiosamente que me seja revelada a primeira” (*Esboço de uma teoria das nulidades. Revista de Processo*, nº 56, p. 18). Em outro estudo posterior sobre o mesmo tema, o autor baiano arrematou: “[e] que nulidades seriam estas, insuscetíveis de decretação pelo magistrado, inexistindo provocação do interessado? Bem difícil será identificá-las. Entender-se que a nulidade somente se decretaria mediante arguição da parte equivaleria a afirmar-se que os fins particulares dos atos processuais são fins postos pela lei em favor das partes e exclusivamente em favor delas. O erro seria evidente. É possível identificarem-se tipos de comportamento regulados no processo em exclusivo benefício das partes? Temos sérias dúvidas. E se existirem (ainda não logrei um exemplo em que isso ocorresse) serão revestidos de tal excepcionalidade que deveriam merecer do legislador referência específica” (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 135).

<sup>9</sup> DINAMARCO (*Declaração ex officio da incompetência relativa?*, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. 1, p. 471-481, e *Instituições...*, cit., v. 3, p. 477) vem há tempos insistindo nessa ideia, a qual encontra, hoje, ressonância absoluta na doutrina e na jurisprudência, em especial no STJ, que editou a Súmula 33 assim redigida: “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.



convenção arbitral (CPC, art. 301, IX e § 4º)<sup>10</sup> –, a doutrina tem enormes dificuldades de suscitar outros exemplos.<sup>11</sup>

Por tais razões, embora o *caput* do art. 301 do CPC prescreva que “competem” ao réu alegar as matérias lá elencadas, rigorosamente não lhe estabelece um *onus* na aceção estrita do termo, pois não existe preclusão. Salvo as exceções já apontadas, o réu pode a qualquer momento apresentar defesas processuais, e o juiz é obrigado a considerá-las, pois, mesmo sem provocação, deveria fazê-lo. Assim, a defesa processual, uma vez alegada, a qualquer momento, provoca o exercício de um poder passível de se manifestar de ofício.

Todavia, o réu que se omite de invocar a defesa processual no primeiro momento, embora seja ela cognoscível de ofício, se sujeita à pena prescrita pela parte final do art. 267, § 3º, do CPC, de arcar com as “custas do retardamento”.<sup>12</sup> De qualquer modo, prevalece o entendimento de que essas penas só se justificam se houver malícia (conforme reconhece parte da jurisprudência).<sup>13</sup>

Afora o risco dessa sanção, o poder do réu em exercitar defesas processuais não se esgota na contestação, dado que pode ele suscitar matérias concernentes à ação e ao processo posteriormente. Apesar do rigor preclusivo do nosso sistema (CPC, arts. 300 e 302), essa alegação tardia de matérias tem pleno amparo não apenas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, mas igualmente no art. 303, II, do mesmo diploma.

Outra evidência que ratifica essa afirmação está no fato de que a defesa processual pode se assentar em “fatos supervenientes”, os quais, pela letra expressa

<sup>10</sup> Esses dois casos são exatamente os mesmos que os previstos no CPC português, cujo art. 495 dispõe serem cognoscíveis de ofício todas as “exceções dilatórias” (*rectius*, processuais), exceto a *incompetência relativa* (que como regra – art. 109 – deve ser alegada pelo réu, salvo nos casos do art. 110), e a “preterição do tribunal arbitral voluntário” (ou seja, que o autor ignore a convenção arbitral celebrada com o réu e ajuíze demanda perante o Poder Judiciário, lembrando que o art. 1.525 do mesmo diploma prevê os casos de arbitragem obrigatória, necessária).

<sup>11</sup> Mesmo quando a doutrina se atreve a dar exemplos de vício que só poderia ser reconhecido se alegado pelo interessado, não tem muito sucesso nessa empreitada. GALENO LACERDA, por exemplo, apontou que o desrespeito à ordem de bens passíveis de penhora prescrita no art. 655 do CPC seria nulidade passível de reconhecimento apenas se invocada pelo interessado (*Despacho saneador*, p. 72). A afirmação, contudo, não resiste a uma análise mais detida. O respeito à ordem do art. 655 do CPC não é matéria de interesse exclusivo ou preponderante nem do exequente, nem do executado. Se o exequente insistir que quer penhorar um imóvel (inc. IV), sendo que houve penhora de dinheiro (inc. I), não há rigorosamente amparo legal para tal pretensão. Do mesmo modo, se o oficial de justiça encontrou um bem móvel qualquer para penhorar (inc. III), o executado não pode exigir necessariamente que se substitua essa penhora por de um veículo (inc. II), mormente porque a Lei 11.382/2006 retirou-lhe a prerrogativa de nomear bens à penhora. No mais, a prevalência de “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”, atende inequivocamente ao interesse público, pois a satisfação do crédito se dá da maneira mais rápida, eficiente e menos custosa possível.

<sup>12</sup> Esse dispositivo rege a hipótese de omissão de alegação das matérias arroladas nos arts. 267, IV, V e VI, do CPC, não se confundindo com a hipótese de cabimento do art. 22 do mesmo diploma, que estabelece sanção de condenação às “custas a partir do saneamento do processo” e perda do direito de haver honorários sucumbenciais do vencido para o réu que retarda a alegação de “fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (indicando claramente que se trata de norma atinente ao mérito).

<sup>13</sup> *BoL. AASP 1016/100, RJTJESP 108/204, JTA 90/186.*

do art. 462 do CPC, são cognoscíveis de ofício.<sup>14</sup> Assim, considerando que o autor deve ostentar as condições da ação e preencher os pressupostos processuais durante todo o *iter* procedimental, a perda superveniente desses requisitos é também matéria alegável a qualquer tempo pelo réu.

Ainda na mesma linha, ao réu também compete invocar defesas processuais para atacar um ato processual do autor em si considerado, cujo acolhimento pelo juiz não importará na inadmissibilidade da demanda (com conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito – CPC, art. 267, IV ou VI), mas sim na inadmissibilidade de outro ato processual, sem repercussão na admissibilidade da demanda. Em outras palavras, as defesas processuais não se resumem àquelas aptas a impedir que o juiz conheça do mérito da demanda proposta pelo autor, mas para impedir o juiz de considerar outro ato processual, praticado posteriormente ao ajuizamento da demanda.

Em outro estudo, concluímos que

para cada ato processual em si considerado devem concorrer seus respectivos pressupostos processuais, que não se confundem com os da demanda (ato inicial do processo). Ou seja, os demais atos praticados no processo, tanto pelo autor como pelo réu, devem preencher os seus pressupostos processuais específicos, independentemente daqueles cuja falta pode importar em extinção do processo sem análise de mérito.<sup>15</sup>

No mesmo sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO pontua com precisão que

a cada novo “direito”, “dever”, “obrigação” e demais posições de vantagem a serem assumidas, a regularidade da “ação” e do “processo” deve ser aferida. Não só a “jurisdição” tem de ser gradativamente provocada, mas também o modo de atuação do Estado-juiz tem de ser, o tempo todo, válido e regular.<sup>16</sup>

Por tudo isso, vê-se que a defesa processual não se esgota na contestação, reforçando-se a conclusão do Capítulo 3, *supra*, no sentido de que o direito de defesa (tal como o de ação) desdobra-se em um feixe de poderes exercitáveis por toda a relação processual.

<sup>14</sup> Aqui convém registrar nossa concordância com a precisa colocação de EDUARDO TALAMINI, no sentido de que se a matéria originalmente não era cognoscível de ofício, não passará a sê-lo se for superveniente. O exemplo dado pelo eminente estudioso paranaense é justamente a celebração de compromisso arbitral.

<sup>15</sup> *Preclusão processual civil*, p. 144-145.

<sup>16</sup> *Curso...*, cit., v. 1, p. 349-350.



## 5.2 Defesa processual do réu e do autor (tentativa de sistematização)

Com base nas conclusões alcançadas no item anterior, é possível inferir que os objetivos do réu, ao suscitar defesa processual, se encaixam em uma das seguintes categorias: (a) evitar que o processo caminhe de modo viciado; (b) afastar (ou ao menos postergar) a apreciação sobre o mérito da demanda do autor; ou (c) afastar algum ato processual praticado pelo autor isoladamente considerado.

Exemplo enquadrável na primeira hipótese é a alegação de incompetência absoluta do juízo, de impedimento ou a suspeição do juiz (CPC, arts. 113, 134, 135 e 304 ss) e a ocorrência de conexão ou continência (CPC, arts. 103 a 106).<sup>17</sup> No segundo caso, o exemplo é a alegação de incapacidade processual ou postulatoria do autor (CPC, arts. 13 e 267, IV). No último, pense-se no exemplo da alegação de deserção da apelação ou intempestividade do rol de testemunhas apresentado pelo autor.

Sob essa ótica, a atuação processual do autor não é substancialmente diferente da atuação do autor, pois também cabe a este suscitar irregularidades processuais com as mesmas três finalidades: (a) para evitar que o processo prossiga carregando irregularidades; (b) para evitar que o juiz considere em seu julgamento a matéria de defesa alegada pelo réu; e (c) para evitar que o juiz considere algum ato processual praticado pelo réu. Aliás, os exemplos das três hipóteses são exatamente os mesmos dados acima, relativamente à atuação do réu.

### 5.2.1 Defesas processuais alegáveis apenas pelo réu ou apenas pelo autor

Em que pesem as considerações lançadas no item precedente, não se pode negar que, em razão das posições assumidas pelas partes, a gama de defesas processuais que cabem ao réu é *mais ampla* do que aquelas cabíveis ao autor, até porque ele acorreu ao Poder Judiciário, sendo certo que, *sempre*, pretende um julgamento de mérito, ao passo que *nem sempre* esse é o interesse do réu.

Veja-se, por exemplo, que o autor pode propositalmente ignorar que celebrou convenção arbitral com o réu e apresentar demanda judicial. A partir daí, não poderá o autor suscitar a existência desse impedimento para o julgamento do mérito pelo juiz estatal, por força da preclusão lógica, que traz consigo a presunção de renúncia à convenção arbitral.<sup>18</sup> Por conseguinte, apenas o réu pode invo-

<sup>17</sup> Registre-se, porém, que a inobservância da conexão ou da continência não enseja necessariamente nulidade processual.

<sup>18</sup> Exatamente assim se compreende o dispositivo similar do CPC português (art. 495), como ensinam ANTONIO MONTAIVÃO MACHADO e PAULO PIMENTA (*O novo processo civil*, p. 151): “[q]uanto ao tribunal arbitral voluntário, o que está em causa é uma convenção celebrada pelas partes, que o autor desrespeitou. Dado o carácter de convenção, entendeu o legislador que deveria competir ao réu a opção de a fazer valer ou não, assim se respeitando a vontade das partes”.

car a convenção arbitral ao apresentar contestação (CPC, art. 301, IX). E, se não o fizer, presume-se que houve, igualmente, renúncia à convenção arbitral, ficando a questão preclusa.

Do mesmo modo, por caber ao autor escolher o foro perante o qual ajuizará a demanda, se o juízo que receber a peça inicial for relativamente incompetente, somente o réu poderá alegar tal matéria (CPC, arts. 112, 114 e 305), eis que o autor também estará impedido de fazê-lo pela preclusão lógica.<sup>19</sup>

Importa ainda considerar que há pressupostos processuais que se verificam apenas à luz da demanda do autor, e uma única vez. Mesmo que haja uma ulterior demanda do réu no mesmo processo, os mesmos pressupostos de admissibilidade do válido julgamento de mérito se aplicarão a ambas as demandas (do autor e do réu) concomitantemente (destaque-se aqui em particular a competência do juízo e a imparcialidade do magistrado).<sup>20</sup>

Também competirá apenas ao réu alegar (exceto nos casos em que assumir a condição de demandante) a falta de recolhimento de custas (em princípio exigíveis apenas do autor) ou prestação de caução (que o art. 835 do CPC eximiu o réu de prestar).

Haverá também diferença no tocante à falta das condições da ação, à preempção, à litispendência e à coisa julgada. Esses pressupostos negativos estão indissociavelmente ligados à ideia de *demanda*, como revelam os arts. 267, VI, 268 e 301, §§ 1º e 2º, do CPC, só sendo alegáveis pelo autor quando o réu formular demanda contraposta à do autor. Como o tema nos ocupará profundamente adiante (item 10.9.3, *infra*), deixamos de nos deter nesse particular aspecto.

Esse rol (não exaustivo) de matérias passíveis de alegação apenas pelo réu naturalmente prende-se à observação do que ordinariamente acontece. Em caráter excepcional, cada parte poderá invocar defesas processuais que prejudicam sua própria posição dentro do processo.

Não vemos qualquer obstáculo para que o autor, a despeito do silêncio do art. 214 do CPC, alegue o vício de citação do réu, por ostentar pleno interesse em evitar nulidade e consequente retrocesso na marcha processual.

Da mesma forma, qualquer causa superveniente que implique a perda do interesse de agir, pode perfeitamente ser levada ao julgador pelo próprio autor.

Finalmente, em tese seria possível imaginar que o autor invocasse a falta de qualquer das condições da ação para sua demanda, ou a preempção, litispendência ou coisa julgada que impeçam seu julgamento de mérito. Embora extrema, a hipótese encerra fenômeno bem conhecido, pelo qual o litigante provoca exercí-

<sup>19</sup> O autor não poderia alegar a incompetência relativa nem mesmo quanto às demandas do réu (reconvenção, declaratória incidental etc.), pois o art. 109 do CPC define que a competência para elas é a mesma do juiz da demanda inicial.

<sup>20</sup> Essa é a constatação de ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 56-58).

cio de um poder que o juiz poderá exercer de ofício. Nesse último caso, o autor não escaparia às penas pelo mau uso do processo, previstas no art. 18 do CPC.

### 5.2.2 Falta de pressupostos processuais subjetivos

Afora essas matérias – que somente ao autor ou somente ao réu compete alegar –, rigorosamente as demais podem ser invocadas tanto por um como por outro.

Veja-se, por exemplo, que a qualquer das partes pode faltar pressuposto processual subjetivo, visto que tanto autor como réu devem ostentar de igual maneira capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória.<sup>21</sup> Constatado o vício, é igual o modo de autor ou réu alegá-lo, assim como é idêntico o modo para o juiz reconhecê-lo.

No polo ativo ou passivo, a pessoa jurídica não representada por seu administrador, o incapaz desacompanhado de seu pai, tutor ou curador ou o próprio litigante que pratica ato processual sem advogado serão igualmente intimados a sanar o vício nos termos do art. 13 do CPC. Haverá, sim, diferença quanto às consequências da omissão de autor ou réu em corrigir tais vícios.

Para o autor, a consequência prescrita na lei para essa situação é a *inadmissibilidade da demanda*, que implica a *extinção do processo sem resolução de mérito* (CPC, art. 267, IV).<sup>22</sup> Já a omissão do réu, de seu lado, implica a *inadmissibilidade da contestação*, cujo efeito, como regra,<sup>23</sup> é a revelia (CPC, arts. 13, II, e 319).

A omissão do réu não conduz ao mesmo resultado da omissão do autor (extinção do processo sem exame de mérito) porque a inadmissibilidade da contestação não impede o processo de prosseguir.

Isso decorre inevitavelmente da divisão dos papéis entre os litigantes e do princípio da inércia da jurisdição; a demanda do autor é imprescindível para que o processo seja instaurado e se desenvolva regularmente, e em razão disso mui-

tos a consideram como um *pressuposto processual de existência*.<sup>24</sup> Por outro lado, o sistema sempre se contentou em apenas *oportunizar* a apresentação de defesa, mediante a válida citação do réu. A omissão desse último em exercitar o direito de defesa (no prazo e forma da lei) autoriza que o processo caminhe de modo perfeitamente válido até o final.<sup>25</sup>

Mas as diferenças quanto às consequências do vício dos pressupostos processuais subjetivos de autor e réu se resumem aos atos pelos quais eles se apresentam pela primeira vez no cenário processual, ou seja, petição inicial e contestação, respectivamente. É necessário que ambos continuem a ostentar capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória durante toda a relação jurídica processual e em cada ato em si considerado.

Enquanto a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo provam-se uma única vez (na petição inicial e na contestação),<sup>26</sup> a capacidade postulatória deve existir em cada ato processual individualmente considerado (ou seja, o litigante – autor ou réu – deve ser, sempre, representado na prática de atos processuais por advogado legalmente habilitado e formalmente investido de poderes).

Assim, não importa que a parte tenha sido representada por advogado regularmente constituído ao propor ou contestar a demanda inicial, pois, ao formular pedido de produção de provas ou interpor recurso, também o deverá ser. A omissão do sujeito processual em corrigir o vício de sua representação no prazo assinado pelo magistrado (CPC, art. 13)<sup>27</sup> acarreta a *inadmissibilidade* do ato processual individualmente considerado, tendo sido praticado por autor ou réu, pouco importa, pois o efeito para o caminhar do procedimento é o mesmo.

Em vez de faltar capacidade postulatória para *um ato processual específico* (o que implicará, se não corrigido o vício, sua inadmissibilidade, sem prejuízo para o restante do processo), pode ocorrer que o litigante fique desprovido de advogado no curso do procedimento, *por renúncia* ou *morte*. Por uma razão de isonomia

<sup>21</sup> Acatando essa “tríplice capacidade”, e. g., DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 115).

<sup>22</sup> Em razão do aqui exposto, parece-nos que o art. 13, I, do CPC tem redação duplamente equivocada. Como já tivemos a oportunidade de observar (*Contribuição ao estudo do sistema de invalidades...*, cit., nota 40), a regularidade da representação processual do autor é considerada pressuposto de desenvolvimento regular do processo, cuja falta enseja a extinção sem exame de mérito, ou seja, a inadmissibilidade da demanda, e não nulidade do processo (nesse sentido, confira-se NERY JR. e ROSA NERY, *Código...*, cit., p. 282-283, notas 1 e 8 ao art. 13, com farta referência jurisprudencial).

<sup>23</sup> Nem sempre a ausência ou a inadmissibilidade da contestação gerará os efeitos da revelia, como ressalva o art. 320 do CPC. É exatamente o que ocorre, v. g., no caso do incapaz, que se apresenta para contestar demanda sem seu representante legal e este, mesmo depois de intimado, não sana o vício. A contestação será inadmissível, mas isso não significa que se apliquem os efeitos da revelia, já que o art. 320, II, do CPC os exclui para os incapazes (assim interpreta CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 444).

<sup>24</sup> Nesse sentido, espelhando doutrina majoritária entre nós, JOSÉ MARIA TESHEINER (*Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, p. 32 e 47-48) e CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 395-397). Contra, reconhecendo que o processo desprovido de demanda do autor existe, embora carregando vício grave, BEDAQUE (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 211-214).

<sup>25</sup> Essa constatação foi feita por RENZO BOLAFFI há mais de meio século (*Le eccezioni nel diritto sostanziale* p. 24), no sentido de que a defesa é útil para que o juiz possa compor o litígio da maneira mais justa, mas não indispensável para a validade do processo e para proferimento da sentença. No mesmo sentido, manifestaram-se o italiano FAZZALARI (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 29), os espanhóis MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, p. 214) e o português ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 29).

<sup>26</sup> É excepcionalíssima a perda superveniente desses pressupostos, não merecendo atenção tal situação.

<sup>27</sup> Oportuno lembrar que o STJ (de maneira a nosso ver equivocada) considera impossível aplicar esse dispositivo em sede de recurso especial, conforme restou afirmado pela Súmula 115: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.”

entre os litigantes, as consequências devem ser as mesmas tratando-se de autor e réu.<sup>28</sup>

Caso qualquer das partes deixe de constituir novo advogado em substituição àquele que tenha renunciado aos poderes para patrociná-lo (CPC, art. 44), passará a não mais receber intimações acerca do andamento do feito<sup>29</sup> (tal como ocorre relativamente ao réu que não contestou e, além disso, não constituiu advogado – CPC, art. 322).<sup>30</sup>

Parece-nos não haver razão para a extinção do processo sem exame de mérito se essa omissão de constituir advogado for do autor, por não se configurar o *abandono* (CPC, art. 267, III e § 1º) e muito menos por *falta de pressuposto processual* (CPC, art. 267, IV). A demanda está proposta e pode perfeitamente ser julgada.<sup>31</sup>

Há várias razões para sustentar esse entendimento. Primeiro, o processo começa por iniciativa do autor, mas prossegue por impulso oficial (CPC, arts. 2º e 262). Segundo, a não constituição de um advogado não representa omissão do

<sup>28</sup> Assim também defende ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 52-53).

<sup>29</sup> Assim lecionam NELSON NERY JR. e ROSA NERY (*Código...*, cit. p. 408): “Contumácia. Caso a parte que revogou expressamente mandato judicial, não nomeie, no mesmo ato, outro advogado, conforme determina o CPC 44, caracterizar-se-á sua contumácia, correndo contra ela os prazos judiciais como se fosse revel”. Os autores ainda invocam em apoio julgado publicado em RT 601/164. No mesmo sentido já se pronunciou o TJRS, a nosso ver coberto de razão: “Revogado pela parte o mandato outorgado ao seu procurador, no mesmo ato deve constituir outro que assuma o patrocínio da causa, sob pena de caracterizar-se a contumácia (art. 44 do CPC). Não nomeado outro procurador, contra a parte correm os prazos como se fosse revel, o que autoriza a reabertura do prazo recursal, pois agravo desprovido” (AI nº 70018534800, 7ª Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, j. 1º-3-2007). Contra, BEDAQUE (*Código de Processo Civil interpretado*, ANTÔNIO CARLOS MARCATO (Coord.), p. 114).

<sup>30</sup> Pelas mesmas razões aqui expostas, não podemos concordar com a posição de MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários...*, cit., p. 378-379) e NERY JR.-ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 628), no sentido de que após 30 dias de trâmite processual, sem intimação do autor, o processo se extingue. Ou o processo pode caminhar independentemente de intimação do autor, ou ele se omite da prática de diligência sem a qual o processo não pode ter curso. Somente nesse segundo caso – que é bem raro, como apontou há tempos ARAÚJO CINTRA (*Abandono da causa no novo Código de Processo Civil. Revista Forense*, nº 254, p. 171) é que se cogitaria de extinção por abandono do autor (CPC, art. 267, III). Esse tema voltará a ser examinado, em maior profundidade, no item 10.12, *supra*.

<sup>31</sup> É desse modo que o STJ vem enfrentando a questão: “Advogado – Renúncia ao mandato – consequência – decorrido o prazo de dez dias, após a renúncia do mandato, devidamente notificada ao constituinte, o processo prosseguirá, correndo os prazos independentemente de intimação, se novo procurador não for constituído. Não se invalidam os atos anteriormente praticados” (REsp 61.839/RJ, 3ª T., Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 11-3-1996). No mesmo sentido: REsp 557.339/DE, 3ª T., Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29-6-2004). Trata-se de solução também prestigiada no sistema espanhol. Como ensinam MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 205-206). No procedimento ordinário, o autor, após ter ajuizado a demanda, dela se “ausenta”, poderá sofrer consequências atinentes à deficiência da prova de suas alegações, mas a demanda já proposta prossegue, pois o juiz tem todas as condições de julgá-la. Ressalvase, contudo, que o art. 424.3 e 4 da LEC espanhola (aplicável ao juízo ordinário) e o art. 442 do mesmo diploma (relativo ao juízo verbal) sancionam a omissão do autor e de seu procurador em comparecerem à audiência com a rejeição da demanda sem exame de mérito. Os processualistas espanhóis referidos nesta nota atribuem essas normas a uma valorização da audiência. A mesma solução se aplica no nosso Juizado Especial Cível estadual (conforme o art. 51, I, da Lei 9.099/1995), a qual, pelas razões acima desfiladas, entendemos inadequada, pois desprestigia inteiramente a posição do réu (JORGE ALBERTO QUADROS DE CARVALHO SILVA, *Lei dos juizados especiais cíveis anotada*, p. 155, anota a propósito que “pode o autor desistir do processo, antes da produção da resposta, sem que seja necessário o consentimento do réu, já que a sua mera ausência a qualquer das audiências acarreta de plano a extinção do feito, sem o julgamento do mérito, nos termos do inciso I deste artigo”).

autor que não pode afetar o réu,<sup>32</sup> que pode ter interesse na solução do mérito, com o proferimento de sentença em seu favor,<sup>33</sup> circunstância que inspira justamente a norma do art. 267, § 4º, do nosso CPC e, no mesmo sentido, sensibiliza diversos ordenamentos processuais.<sup>34</sup> Não se pode autorizar a burla dessa regra por meio da renúncia do procurador.<sup>35</sup> Aliás, por isso mesmo é que a jurisprudência maciça entende que o abandono do autor só enseja extinção do feito sem exame de mérito (CPC, art. 267, III) se o réu aquiescer<sup>36</sup> (tema a que retornaremos, de modo mais detido, no item 10.12, *infra*).

A mesma solução se apresenta perfeitamente viável no caso de falecimento ou incapacidade do procurador. Se isso ocorre com o advogado do réu ou do autor, a solução deveria ser o prosseguimento normal do processo. Justamente por isso é bem criticável o art. 265, § 2º, do CPC,<sup>37</sup> que estabelece que a ausência de substituição do advogado falecido do autor implica extinção do processo sem resolução de mérito, ao passo que a omissão do réu em constituir outro patrono no lugar do que morreu permite a continuidade do processo. As situações deveriam se equiparar, de modo que, se o autor deixar de ter procurador no curso do processo, não haverá impedimento para seu prosseguimento.<sup>38</sup>

Para reforçar o acerto dessa construção, é útil resgatar o conceito de *contumácia* que, segundo parte da doutrina, retrata o fenômeno da *inatividade tanto*

<sup>32</sup> Nesse sentido, BALBI (*La decadenza nel processo di cognizione*, p. 83) e o nosso *Preclusão processual civil*, p. 106.

<sup>33</sup> Trata-se de entendimento consagrado. À guisa de exemplo confira-se na doutrina italiana a opinião de SERGIO COSTA (*Eccezione, Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 259) e na doutrina alemã, LENT (*Diritto processuale civile tedesco*, tradução de Edoardo Ricci, p. 171). DINAMARCO, porém, ressalva que, “[s]e o réu pediu em preliminar a extinção do processo sem ressalvar a preferência pela improcedência da demanda, ele próprio já terá adiantado que lhe satisfaz a tutela menos intensa consistente na liberação dos vínculos que a litispendência lhe impõe. Nesse caso, não tem direito de opor-se à desistência da ação” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 141).

<sup>34</sup> A mesma norma acha-se positivada nos arts. 290 e 306.1 do CPC italiano atual, no § 271 da ZPO alemã, por exemplo. O art. 296 do CPC português diferencia a “desistência do pedido” (equivalente à “renúncia sobre a qual se funda a ação”, do art. 269, V, do CPC) da “desistência da instância” (fenômeno equivalente à “desistência da ação” prescrito no art. 267, VIII, do CPC). E tal como no nosso sistema, a primeira desistência exige concordância do réu e a segunda, não.

<sup>35</sup> Argumento dado por ARRUDA ALVIM (*Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 367) e ADROALDO FURIADO FABRÍCIO (*Extinção do processo...*, *Ensaio de direito processual*, p. 373).

<sup>36</sup> Essa tese ecoa na jurisprudência do STJ, que se cristalizou na Súmula 240 assim redigida: “[a] extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”.

<sup>37</sup> “§ 2º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz marcará, a fim de que a parte constitua novo mandatário, o prazo de 20 (vinte) dias, findo o qual extinguirá o processo sem julgamento do mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou mandará prosseguir no processo, à revelia do réu, tendo falecido o advogado deste.”

<sup>38</sup> ARAKEN DE ASSIS (Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória. *Revista Forense*, nº 354, p. 48-51) demonstrou bem a enorme confusão entre os arts. 13, 327, 2ª parte, 284, 265, § 2º, todos do CPC, bem como entre o art. 37 do CPC e o art. 5º da Lei nº 8.906/94 (estatuto da advocacia). A proposta contida no texto tenta harmonizar todos esses dispositivos.

do autor quanto do réu,<sup>39</sup> o que, de modo amplo, incluiria o fenômeno da ausência do litigante a partir de determinado momento do processo ao qual inicialmente compareceu acompanhado de advogado.<sup>40</sup>

Nosso sistema, ao focar o réu, concentrou-se apenas em um particular aspecto de sua inatividade, ou seja, a omissão em contestar, denominando-a *revelia*;<sup>41</sup> e ao tratar da posição do autor leva o problema para a configuração do abandono do processo ou da falta superveniente de pressuposto processual, ensejando, nos dois casos, a extinção sem exame de mérito (CPC, art. 267, III e IV, respectivamente).<sup>42</sup> Tem-se aqui indubitosa e descabida distinção do tratamento entre os litigantes. A inatividade de ambas as partes pode ser total ou parcial, inicial ou superveniente e, em todo caso, deve receber tratamento igual.<sup>43</sup>

### 5.2.3 Inépcia da petição inicial e da resposta do réu

Nosso raciocínio de aproximar a defesa processual do réu daquela feita também pelo autor não se esgota no campo dos pressupostos processuais subjetivos.

Seguindo a mesma linha de pensamento, podemos enxergar que, tal como a petição inicial (CPC, arts. 295, parágrafo único, e 301, III), também a contestação pode ser *inepta*, ainda que se cerque de formalidades bem menos complexas em relação àquelas da peça inicial.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Essa conceituação é mais comum na doutrina estrangeira, como se infere da monografia de GIANNONZI (*La contumácia nel processo civile*, p. 110) e SARTI (*Diritto processuale civile*, p. 323). Entre os estudiosos brasileiros, acolhendo o termo, com significado pelo menos muito próximo a esse, CALMON DE PASSOS (*Da revelia do demandado*, p. 9), BARBOSA MOREIRA (*A revelia no direito alemão e a reforma do processo civil brasileiro. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, p. 135) e ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*A contumácia no processo civil brasileiro*, p. 118 ss).

<sup>40</sup> Esse conceito amplo é aceito pelo art. 59 do CPC nacional argentino, que caracteriza a “rebelia” (tanto do autor como do réu) como o não comparecimento ou o abandono do processo no qual houve comparecimento. Na nossa doutrina, à margem de dispositivo legal desse jaez, acata o conceito amplo de contumácia MARIA LÚCIA MEDEIROS (*A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*, p. 48-49). CALMON DE PASSOS (*Da revelia do demandado*, p. 13 ss) considera desnecessário o conceito de contumácia, e entende haver revelia tanto do autor como do réu, como fenômeno ligado ao não comparecimento. Ou seja, o processualista baiano concorda que haja a ausência do litigante em processo no qual houve comparecimento prévio. ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*A contumácia no processo civil brasileiro*, p. 118 ss) registra a distinção entre a omissão absoluta de comparecimento e a ausência fruto do abandono do autor ou réu de um processo ao qual já compareceram, denominando contumácia apenas o primeiro fenômeno. UMBERTO BRESOLIN (*Revelia e seus efeitos*, p. 5-7) considera mais apropriado usar a expressão *inatividade*, por concluir que o termo *contumácia*, manejado por sistemas processuais estrangeiros, não encontra a mesma expressão no ordenamento processual brasileiro. As discordâncias desses três últimos autores é muito mais terminológica do que substancial. O que pretendemos pôr em relevo é que o efeito previsto para a revelia pelo art. 322, do CPC, é extensível ao autor em caso de sua ausência, consubstanciada no desaparecimento de sua capacidade postulatória.

<sup>41</sup> ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*A contumácia no processo civil brasileiro*, p. 121-122) denuncia que o processo civil português e o espanhol também se ressentiam do mesmo problema.

<sup>42</sup> O tema nos ocupará com maior profundidade no item 10.12, *infra*.

<sup>43</sup> A propósito, GIANNONZI (*La contumácia nel processo civile*, p. 112 ss).

<sup>44</sup> No CPC de 1939, a semelhança da forma da peça inicial e da contestação era enunciada de modo mais evidente. O art. 180 estabelecia que “[a] contestação será formulada pelo réu em petição escrita, com os requi-

Quando à petição inicial inepta, admite-se que o autor tenha a chance de emendá-la (CPC, art. 284), sob pena de inadmissibilidade e conseqüente extinção do feito sem exame de mérito (CPC, art. 267, I). Quanto à contestação inepta, não se faculta a emenda (à falta de norma autorizadora e em face dos comandos preclusivos dos arts. 300 e 303 do CPC),<sup>45</sup> mas o resultado pode ser similar, ou seja, a *inadmissibilidade da contestação* que traz consigo a *revelia*.<sup>46</sup> Se essa inadmissibilidade for parcial, abre-se caminho para a aplicação do art. 273, § 6º, do CPC,<sup>47</sup> cuja técnica, aliás, é igual à do art. 330, II, do mesmo diploma.<sup>48</sup>

Isso ocorrerá, por exemplo, se a contestação tergiversa e não ataca as alegações e fundamentos da demanda inicial<sup>49</sup> ou, pior, é feita por “negativa geral” fora dos casos autorizados pelo art. 302, parágrafo único, do CPC.<sup>50</sup> Nessas situações, tem-se ato processual rigorosamente *inepto* e, conseqüentemente, *inadmissível*, em razão do descumprimento do “ônus da impugnação especificada” (CPC, art.

sitos dos nºs III e V do artigo 158 e os do artigo 159”, ou seja: “art. 158. A ação terá início por petição escrita, na qual, delimitados os termos do seu objeto, serão indicados: [...] III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa; IV – o pedido, com as suas especificações; V – os meios de prova com que o autor pretende demonstrar verdade do alegado” e “art. 159. A petição inicial será instruída com os documentos em que o autor fundar o pedido”. No atual CPC, faltam normas nesse sentido, mas a doutrina entende que a contestação deve observar, no que couber, o que reza o art. 282 (BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, p. 39). Algumas informações serão desnecessárias, como as relativas à qualificação das partes (inc. II) já presentes na peça inicial, e outras a rigor não se aplicam, como o requerimento para citação (inc. VII). Legislações estrangeiras comumente estabelecem que a defesa assumida a forma similar à da petição inicial (art. 405 da LEC espanhola, art. 354.3 do CPC da Província de Buenos Aires e art. 356.3 do CPC nacional argentino).

<sup>45</sup> Demos explicação para essa diferença de tratamento em nosso *Preclusão processual civil* (p. 282-283): “[s]eja como for, o conteúdo dessa fase ‘pré-citação’ (que, segundo a teoria tradicional, faz parte da fase postulatória, como veremos adiante) tem contornos diversos daquela que se instala posteriormente ao ato citatório; naquela é muito mais marcante o princípio dispositivo, facultando-se ao autor não só emendar a petição inicial quando determinado (art. 284 do CPC), como também alterar livremente o pedido e a causa de pedir (art. 294), e desistir da ação, independentemente da aquiescência do réu (art. 267, § 4º). Depois da citação, nenhum desses atos é mais permitido: a alteração do pedido é vedada (exceto com a concordância do réu, mas mesmo assim somente até o saneamento do processo, a teor do art. 264, parágrafo único, do CPC) e a desistência da ação depende de aquiescência deste (mesmo se for ele revel, *ex vi* do art. 321 do CPC). É como se, antes da citação, a relação jurídica entre particular e Estado fosse *menos pública* que após a citação (com o perdão da expressão inadequada, mas ilustrativa), de tal sorte que tanto o regime de preclusões quanto o rigor do controle quanto à forma dos atos processuais se tornam mais flexíveis”.

<sup>46</sup> Assim entendeu CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 459). Diferentemente, para CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 263): “[n]ão poderá haver indeferimento da contestação se esta apresentar-se destituída de lógica (art. 295, parágrafo único, II) ou nela houver formulado o réu requerimentos incompatíveis entre si (idem, inciso IV)”.

<sup>47</sup> Aqui também SCARPINELLA BUENO (idem, *ibidem*).

<sup>48</sup> Conforme leciona, há anos, MARINONI (*Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*, p. 99 ss).

<sup>49</sup> ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 23) trata da hipótese da “defesa inútil”, inábil a tornar os fatos controversos, quando baseada em “fatos impertinentes” (que não dizem respeito ao litígio) e “fatos irrelevantes” (que não exercem influência sobre o julgamento).

<sup>50</sup> DINAMARCO (Ônus de contestar e o efeito da revelia, *Revista de Processo*, nº 41, p. 188) é um dos que trata conjuntamente dos efeitos da completa falta de contestação e da contestação por negativa geral fora dos casos autorizados pela lei.



302, *caput*).<sup>51</sup> Assim, apesar de ter havido, formalmente, a apresentação de contestação, o ato é inadmissível e não impede a caracterização da revelia,<sup>52</sup> em face da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor e não contrastados pelo réu de forma especificada (CPC, arts. 302, 319 e 334, II e III).<sup>53</sup>

Ao alegar a inépcia da contestação (e sua conseqüente inadmissibilidade que acarreta revelia) e requerer o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, II), o autor age com objetivo similar ao do réu que, na contestação, alega a inépcia da petição inicial. Os efeitos do acolhimento da alegação são, contudo, um tanto diferentes, o que decorre da posição das partes assumidas na relação processual.

#### 5.2.4 Conclusão parcial: aproximação entre a atuação do autor e do réu

Depois dessa breve e não exaustiva investigação, a principal conclusão que se tira é a de que a tutela jurisdicional outorgada ao réu, pelo exercício do direito de defesa consistente na arguição de questões atinentes à ação e ao processo (defesa processual), é substancialmente igual àquela outorgada ao autor, a quem também compete invocar questões dessa mesma natureza.

Apenas em razão da natureza das posições assumidas é que o âmbito de matérias alegáveis pelo autor é consideravelmente menor e as conseqüências advindas do reconhecimento das invalidades para autor e réu são, em alguns casos, diversas.

Creemos ter dado, aqui, um dos primeiros passos em direção à construção de um método de análise da posição do réu, de modo a nivelá-la em relação à do autor, reduzindo as diferenças ao mínimo inerente à posição assumida pelas partes na relação processual.

<sup>51</sup> Técnica similar é acolhida pelo art. 405.2 da LEC espanhola, que determina que o silêncio do demandado sobre os fatos alegados pelo autor na petição inicial implica admissão tácita deles. Segundo o mesmo dispositivo, o efeito de admissão tácita é aplicado igualmente no caso de “respuestas evasivas”. O estudioso argentino ROBERTO RAÚL TORTI (*El proceso ordinario en la Provincia de Buenos Aires y en La Nación*, p. 113) destaca a dificuldade de precisar o que seria uma “respuesta evasiva”, e a qualifica como “imprecisa o reticente”. Nesse segundo caso, ocorreria na hipótese de o réu não confirmar nem negar os fatos alegados pelo autor.

<sup>52</sup> Em sentido bastante similar ao aqui defendido, posiciona-se RITA GIANESINI (*A revelia no processo civil brasileiro*, p. 80-82). MARIA LÚCIA L. C. DE MEDEIROS (*A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*, p. 51 ss) arrola diversos outros autores que comungam da mesma opinião, mas pessoalmente discorda, apegando-se à distinção entre “revelia” e “efeitos da revelia” (que, a nosso ver e com as vênias de estilo, é uma distinção em grande medida inócua, ao menos para o raciocínio desenvolvido neste momento da exposição). Enfim, registramos aqui a discordância de boa parte da doutrina (v. g., MARINONI, *Curso...*, cit., v. 1, p. 355), que distingue os efeitos da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em duas ordens: (a) quando o réu não comparece e (b) quando comparece, mas não nega fatos alegados pelo autor.

<sup>53</sup> Essa solução aqui proposta é idêntica à do art. 490.3 do CPC português, que equipara a ausência absoluta de contestação à hipótese de contestação por negativa geral, fora dos casos em que a lei a autoriza. Negando que haja revelia no caso de oferecimento de contestação inapta, UMBERTO BRESOLINI (*Revelia e seus efeitos*, p. 86 ss), embora reconheça que se aplicam os “efeitos da revelia” previstos no art. 319. Insistimos ainda uma vez: para o que nos interessa aqui, é irrelevante a questão terminológica, e sim a substância do fenômeno que, como reconhece o último monografista referido, é a mesma.

## Defesa de Mérito

### 6.1 Definição e classificação das defesas de mérito

É evidente o esforço do CPC em divisar de modo claro o exame do mérito e da regularidade do processo. Basta ver que o art. 301, *caput*, arrola as matérias a serem alegadas pelo réu “antes de discutir o mérito”, ao passo que os arts. 269 e 267 enunciam expressamente as hipóteses de julgamento com e sem resolução do mérito, respectivamente. Aliás, é com base nessa distinção que o Código estabelece normas sobre o âmbito da coisa julgada (art. 474), sobre o cabimento da ação rescisória e dos embargos infringentes (arts. 485 e 530) e sobre o âmbito devolutivo da apelação (art. 515, § 3º).

Todavia, a linha divisória entre esses dois campos da cognição judicial nem sempre é fácil de ser enxergada, havendo inúmeros pontos de dúvida, como sobre a posição das condições da ação (conforme acima já destacado) e as modalidades de intervenção de terceiros provocadas pelo réu (chamamento ao processo e nomeação à autoria, principalmente),<sup>1</sup> entre outras.

Para os nossos propósitos, mostra-se suficiente dizer que há defesa de mérito quando o réu formular resposta que, *de algum modo*, interfira no conteúdo da decisão sobre o fundo da pretensão do autor (mesmo que indiretamente). A hipó-

<sup>1</sup> Preferimos arrolar essas modalidades de intervenção de terceiros dentre as defesas de mérito, porque afetam um dos elementos da demanda proposta pelo autor (o seu polo passivo). Aliás, em particular quanto à nomeação à autoria, não é exagero dizer que se trata de intervenção de terceiros que acarreta hipótese excepcional de *aditamento* da peça inicial (com alteração do polo passivo da demanda), após seu ajuizamento e citação do réu. Não promovida pelo réu a nomeação, o destino natural do processo é a extinção do feito sem resolução do mérito por *ilegitimidade passiva* (CPC, art. 267, VI). Todavia, não desconhecemos autores que reputeem serem processuais as questões relativas à admissão ou não da intervenção de terceiros (como entendia CARNELUTTI, *Diritto e processo*, p. 191-192). A classificação prende-se aqui a fins puramente didáticos, o que ficará mais fácil de visualizar no Capítulo 11, *infra*.



tese se define por exclusão, configurando-se quando o réu não se limita a alegar vícios concernentes à ação ou ao processo (defesas processuais), cujo acolhimento importará na rejeição da pretensão sem apreciação do seu fundo, na alteração do curso do procedimento ou na inadmissibilidade de um ato processual isoladamente considerado.

Segundo essa concepção, está compreendida na defesa de mérito, primeiramente, toda a matéria cuja alegação se presta a obter a rejeição da demanda do autor com resolução do seu mérito. Isso inclui a negativa dos fatos constitutivos do direito do autor, ou da consequência jurídica por ele propugnada (*defesa direta*) e a alegação de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (*defesa indireta*, que abrange aqui duas categorias: a *exceção substancial*, que encerra matérias de mérito não passíveis de reconhecimento de ofício, e a *objeção substancial*, relativa às matérias de mérito cognoscíveis *ex officio*).<sup>2</sup>

Entretanto, o réu pode não se limitar apenas a pedir a rejeição da demanda do autor (*defesa sem sentido estrito*),<sup>3</sup> mas configurar igualmente *contra-ataque*, consubstanciado em pedido de tutela jurisdicional plena qualitativa ou quantitativamente diversa da simples rejeição da demanda do autor, hipótese configurada principal, mas não exclusivamente, com a *reconvenção*.<sup>4</sup> Esses meios de contra-ataque estão neste item arrolados como “defesas de mérito”, porque afetam, pelo menos indiretamente, a demanda do autor,<sup>5</sup> justificando-se assim a tratativa única, no segundo elemento do “binômio” acima definido.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Para melhor análise dessa dicotomia, veja-se o Capítulo 7, *infra*.

<sup>3</sup> ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 25) a qualifica de “defesa normal”.

<sup>4</sup> Conforme a longa lista de doutrinadores referidos no item 9.1, *infra*, é largamente disseminado o entendimento de que a reconvenção se caracteriza como contra-ataque do réu porque traz pedido de tutela jurisdicional plena que confere ao réu “algo mais” que a simples rejeição da demanda do autor. Além da reconvenção, deve-se arrolar o pedido contraposto (aplicável ao procedimento sumário – CPC, art. 278, § 1º, e ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis – Lei 9.099/95, art. 31), o pedido de declaração incidente (CPC, arts. 5º, 325 e 470) e o pedido de declaração de falsidade documental (CPC, art. 390 ss). Costuma-se afirmar que a contestação às chamadas *ações dúplices* teria esse mesmo efeito de contra-ataque (DINAMARCO, *O conceito de mérito...*, *Fundamentos...*, cit., p. 267). Trataremos de todas essas hipóteses conjuntamente no Capítulo 9, *infra*.

<sup>5</sup> Veja-se que o contra-ataque do réu pode ser julgado independentemente do ataque do autor (de modo que ambos possam ser acolhidos) ou entre eles pode haver uma relação de prejudicialidade (o acolhimento de um implica rejeição do outro). Em ambos os casos, o objetivo precípuo do réu é obter tutela jurisdicional plena qualitativa ou quantitativamente distinta da simples rejeição da demanda do autor. O CPC de 1939, nesse ponto, era mais claro em estabelecer que a reconvenção (que é o meio mais importante de contra-ataque) interferiria na demanda do autor: “art. 190. O réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido”. Apesar de não reproduzido no CPC vigente (cujo art. 315 tem redação um tanto diversa), reconhece-se a mesma aptidão da reconvenção. Para aprofundamento a respeito, vide item 9.1, *infra*.

<sup>6</sup> Não é difícil perceber que essa classificação de meios de defesa e contra-ataque não se coaduna propriamente com a interpretação que demos no Capítulo 3, *supra*, acerca das garantias constitucionais de ação e de defesa, dado que pressupõe que a defesa encerra posição meramente *passiva* do réu. Todavia, a construção é altamente influente na doutrina tanto brasileira quanto estrangeira, não sendo aqui ainda o momento apropriado para criticá-la, o que faremos no Capítulo 10, *infra*.

Por fim, podemos enxergar determinadas modalidades de resposta do réu que não representam nem *defesa em sentido estrito*, nem *contra-ataque* em face do autor. Referimo-nos ao pedido de citação de litisconsortes necessários (CPC, art. 47, parágrafo único),<sup>7</sup> o chamamento ao processo (CPC, arts. 77 ss), à nomeação à autoria (CPC, arts. 62 ss) e à denunciação da lide (CPC, arts. 70 ss). Nos dois primeiros casos, o réu visa aumentar o polo passivo (integrando-o de litisconsortes necessários e facultativos, respectivamente), sem nenhuma pretensão à rejeição da demanda ou à obtenção de tutela jurisdicional plena em face do autor. No segundo caso, o réu procura a alteração do polo passivo da demanda movida pelo autor (mediante sua exclusão e posterior inclusão do nomeado à autoria). No quarto e último caso, o réu-denunciante objetiva a obtenção de tutela em face do terceiro, denunciado à lide, para o caso de ser acolhida a demanda do autor. Não há pretensão à rejeição da demanda do autor (há um pedido subsidiário ao de rejeição) nem contra-ataque a ele dirigido (o alvo da denunciação é terceiro). Esses temas serão melhor tratados no item 11.3, *infra*, mas já é possível se adiantar em todos esses casos que *há influência sobre o teor da decisão de mérito*, o que explica estarem aqui catalogados.

## 6.2 Defesas de mérito que implicam e que não implicam propositura de demanda

### 6.2.1 Conceito de demanda

Outra distinção relevante é aquela feita entre as defesas do réu que assumem o caráter de *demand* (ampliando o objeto litigioso do processo) e as que não adquirem essa particular feição.

Para fazer essa classificação, é forçoso assentar o conceito de *demand*,<sup>8</sup> que é muito bem estudado na doutrina alemã (que a denomina *klage*), mas no Brasil

<sup>7</sup> Apesar de a omissão de citação de litisconsorte necessário implicar invalidade processual (não convindo aqui explorar a minúcia da espécie), preferimos catalogar o pedido do réu nesse sentido como *defesa de mérito*, porque sua análise pelo juiz, como regra, só pode se dar à luz da relação jurídica material controvertida e seu acolhimento implica alteração da demanda formulada pelo autor, com a inclusão de outros réus originalmente não alocados no polo passivo do processo. Essa última circunstância é reconhecida por DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 178), embora o autor rejeite que nesse caso haja *cúmulo ulterior de demandas*, porque a iniciativa de chamar o litisconsorte necessário faltante é determinada pelo juiz.

<sup>8</sup> Tal como ocorreu quando tratamos do conceito de ação, aqui também não nos interessam os detalhes de todos os problemas envolvidos na definição do conceito de demanda. Não nos importam diretamente, por exemplo, questões como a teoria que define a demanda como “negócio jurídico processual” e, conseqüentemente, o papel da manifestação de vontade em sua propositura. Para uma exaustiva tratativa acerca de todos esses pontos, confira-se o verbete de CLAUDIO CONSOLO (Domanda giudiziale, *Digesto delle discipline privatistiche* – sezione civile, v. 7, p. 44-110).

não é prestigiado sequer pelo GPC<sup>9</sup> (que prefere falar em “ação”<sup>10</sup> e, mesmo quando usa o termo *demanda*, o faz de modo errôneo),<sup>11</sup> tampouco pela generalidade da doutrina (que emprega em seu lugar os termos *ação* ou apenas *pedido*).<sup>12</sup>

A despeito disso, há poucas dúvidas de que *demanda* não é sinônimo de *petição inicial*,<sup>13</sup> pois o primeiro é *ato processual* e o segundo é meramente um *documento* no qual se materializa a *demanda inicial* proposta pelo autor.

Na exata mesma linha, é bem aceita a ideia de que *demanda* e *ação* são termos que não se confundem.<sup>14</sup> DINAMARCO, apoiado na doutrina dominante,<sup>15</sup> há tempos alertou que “*demanda* é o ato de quem age em juízo, postulando, enquanto que *ação* é o poder de fazê-lo, exigindo a prestação jurisdicional”.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> O vocábulo *demanda* não é, entretanto, de todo estranho na histórica do processo civil brasileiro. Como lembra MILTON PAULO DE CARVALHO (*Do pedido...*, cit., p. 65), já nas Ordenações do Reino português (Ord. Af. 3.20.1, Ord. Man. 3.15.pr e Ord. Fil. 3.20.pr) usava-se o termo *demanda*: “[t]rês pessoas são por direito necessárias em Juízo: Juiz que julga, autor que *demanda* e réu que se defende” (destacou-se).

<sup>10</sup> DINAMARCO joga luzes sobre essa situação (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., p. 246): “a palavra *demanda* não é empregada em nosso texto legal, não sendo de uso corrente na linguagem da processualística brasileira, que prefere *pedido*”. Em outro estudo, o jurista das Arcadas lamentou esse fato (*Liticonsórcio*, p. 71) demonstrando a manifesta utilidade de raciocinar diversos institutos processuais com base na concepção de *demanda*.

<sup>11</sup> Veja-se, por exemplo, que *demanda* é em alguns dispositivos usado como sinônimo de “processo” (v. g., arts. 70, III, e 593, III).

<sup>12</sup> ARAKEN DE ASSIS justifica o título de sua monografia *Cumulação de ações* afirmando que “os termos *demanda*, *pretensão*, *petitum* e *pedido*, até o presente momento, contêm ideias obscuras”. Mais recentemente, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, p. 170) rejeitou o uso promíscuo do termo *ação*, mas não empregou em nenhum momento o termo *demanda*, preferindo falar em *pedido* (“pedido de reconvenção” e “pedido declaratório incidental”).

<sup>13</sup> Na legislação de países de língua espanhola, é comum o uso do termo *demanda* como sinônimo de *petição inicial* (v. g., art. 399 da LEC espanhola, art. 254 do CPC chileno e art. 330 do CPC nacional argentino), não tendo em geral a doutrina afinado para a diferença entre o ato (*demanda*) e o documento (*petição*). Vide, a propósito, o espanhol JUAN CARLOS CABAÑAS GARCÍA (*La demanda*, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, p. 1045 ss, 2001) e o argentino MAURICIO A. OTTOLENGHI (*Demanda*, *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. 6, p. 461-490).

<sup>14</sup> O equivocado entendimento de que haveria sinonímia trouxe inúmeros inconvenientes. O problema foi denunciado por ALESSANDRO PEKELIS (*Azione* (teoria moderna), *Novissimo digesto italiano*, v. 2, p. 30), para quem: “[l]’istintiva e spontanea incertezza e varietà di uso del termine *azione* sembra contenere in nuce la varietà e la incertezza delle concezioni che, dopo un lavoro ultrascolare di elaborazione e di precisazione, si contengono tuttora il campo degli studi giuridici”.

<sup>15</sup> Essa concepção ecoa de forma ampla na doutrina estrangeira e nacional. À guisa de exemplo, confirmam-se na Itália CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 231), COLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 188), COMOGGIO (Note riepilogative..., cit., p. 471). A mesma distinção é feita na doutrina francesa (CORNU e FOYER, *Procédure civile*, p. 314): “la demande – doit être l’exercice de l’action”. No Brasil, e. g., ELIESER ROSA (*Novo dicionário de processo civil*, p. 94). Entre nós, há mais de um século, PAULA BATISTA (*Compêndio...*, cit., p. 12) assim lecionava: “[a]ção e exercício de ação exprimem noções distintas. A ação pertence ao direito civil ou comercial, conforme for a matéria de que se trate com relação à lei: o exercício da ação é *demanda* propriamente dita”. Hodiernamente, confira-se FLÁVIO YARSHHELL (*Tutela jurisdicional*, p. 58), para quem *demanda* “corresponde ao ato que se pratica quando do exercício daquele direito ou poder [de ação], isto é, o ato inaugural do processo”.

<sup>16</sup> *Liticonsórcio*, p. 71.

Do mesmo modo, *demanda* não se confunde com *pedido*, visto que esse é um dos elementos da *demanda*, ao lado das *partes* e *causa de pedir*,<sup>17</sup> consagrando-se aqui fórmula milenar.<sup>18</sup>

Assim, a *demanda* seria o primeiro e mais importante ato do processo, sem o qual não ocorre sua instauração, embora se reconheça uma acepção mais ampla do termo –<sup>19</sup> todo requerimento ou postulação do sujeito processual ao longo do processo, independentemente do seu objeto –, a qual preferimos descartar, com apoio em sólidos argumentos doutrinários.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> No mesmo sentido, na doutrina italiana, SERGIO COSTA (*Domanda giudiziale*, *Novissimo digesto italiano*, v. 6, p. 163), GIANNOZZI (*La modificazione della domanda nel processo civile*, p. 4-5), CERINO CANOVA (*La domanda giudiziale*, *Commentario del Codice di Procedura Civile*, ENRICO ALLORIO (Org.), v. 2, p. 7-9) e PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 214), e espanhola, como a de MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 120) e TAPIA FERNÁNDEZ (*El objeto del proceso*. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada, p. 17-18). Vejam-se ainda as lições do uruguaio VESCOVI (*Modificación de la demanda*, *Revista de Proceso*, nº 30, p. 208) e dos brasileiros DINAMARCO (*Liticonsórcio*, p. 72) e FLÁVIO YARSHHELL (*Tutela jurisdiccional*, p. 60), entre muitos outros.

<sup>18</sup> A propósito da origem da identificação da *demanda* à luz dessa tríade de elementos, desde o direito romano arcaico, CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 30 ss). Não nos escapa à atenção que o critério dos *tria eaden* é insuficiente para a individuação das *demandas*, mas CRUZ E TUCCI o considera como uma “boa hipótese de trabalho” (idem, p. 129), merecendo por isso ser considerada aqui. BOTELHO DE MESQUITA (*A causa petendi* nas ações reivindicatórias, *Teses estudos e pareceres de processo civil*, v. 1, p. 139) considera que essa tríplice identidade decorre da “essência” do fenômeno.

<sup>19</sup> Na doutrina italiana, aventa essa acepção ampla CONSOLO (*Domanda giudiziale...*, cit., p. 48). Entre nós, DINAMARCO também cogita essa conceituação: “[d]emanda, por antonomásia, é o ato de iniciativa do processo [...]. Mas o vocábulo tem maior amplitude. O verbo *demandar* significa pedir, postular. O procedimento todo é um suceder de postulações de ambas as partes (*demandas*) [...] às quais o juiz vai dando solução nos momentos adequados. Por isso, rigorosamente *demanda* não é sinônimo de *demanda inicial*. Há *demandas* incidentes no processo – e são tantas! – de iniciativa do próprio autor, do réu, do terceiro que interveio e dos próprios auxiliares da justiça”. Adiante, o autor completa: “[a]s *demandas* deduzidas no curso do processo por qualquer das partes são *incidentais* a ele, porque recaem sobre o processo já formulado e não têm o efeito de dar formação a processo algum – elas não são *demandas* iniciais. Outras *demandas* incidentes sobrevêm à contestação, formulada por ambas as partes. Muitas vezes referem-se exclusivamente ao processo e não ao *meritum causae*, como aquelas relacionadas com a prova” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 132-133).

<sup>20</sup> Prevalece a ideia de que *demanda* é o ato de postulação que encerra uma pretensão processual, informada por seus três elementos: partes, pedido e causa de pedir, tendo como objetivo um bem da vida disputado entre as partes no plano material (assim, e. g., Ovídio BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. 1, p. 157, e MILTON PAULO DE CARVALHO, *Do pedido no processo civil*, p. 78). Sob essa ótica, a *demanda* seria o primeiro (e mais importante) ato decorrente do exercício do direito de ação (cfr., ainda, PROTO PISANI, *Lezioni...*, cit., p. 214, e DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 2, p. 110). Proposta a *demanda*, o direito de ação passaria a se desdobrar em um feixe de poderes exercitável ao longo do processo, sem que com isso se caracterizassem novas *demandas*. Aqui se incluem, exemplificativamente, os pedidos de produção de provas, a interposição de recursos e todos os atos atinentes à execução, que não trariam uma *nova demanda*, constituindo atos necessários a obter a tutela jurisdiccional plena antes já requerida pela *demanda* proposta (na linha das considerações contidas no item 3.2.4, *supra*). GRASSO (*La pronuncia d’ufficio*, p. 34), a propósito propõe que “[l]a *domanda* è *species* di un *genus* (che può convenzionalmente denominarsi *stanza*)”. Nessa mesma linha, DENTI (*Eccezione...*, cit., p. 77) rejeita a possibilidade de existir uma “*domanda processuale*”. Vide ainda, no mesmo sentido, CONSOLO (*Domanda giudiziale*, cit., p. 47).

### 6.2.2 Demandas propostas pelo réu

Também se reconhece, com alguma naturalidade, que o réu pode intentar demandas contra o autor no mesmo processo por ele instaurado, a ponto de DINAMARCO registrar que “[e]ntre os italianos é tão natural o reconhecimento da existência de demandas propostas pelo réu que, quando é preciso evitar dúvidas, eles dizem *domanda attrice*, ou seja, demanda do autor”.<sup>21</sup> Por conta disso, é forçoso abandonar a concepção de que *autor* e *demandante* seriam sinônimos.

Segundo a doutrina, há demanda do réu dentro do mesmo processo instaurado pelo autor nas seguintes hipóteses: (a) quando oferecida a reconvenção; (b) quando apresentado o pedido de declaração incidente; (c) o pedido de declaração de falsidade documental; (d) quando proposta a denúncia da lide;<sup>22</sup> e (e) quando formulado o pedido contraposto (embora não haja absoluto consenso quanto a essa última hipótese, conforme ficará claro no item 9.4, *infra*).

Nesses casos, reconhece-se verdadeira e autônoma pretensão processual do réu, provocando a ampliação do objeto litigioso do processo. Fora dessas hipóteses, a resposta do réu não constituiria demanda, por não haver pretensão nova, mas simples resistência à pretensão do autor.<sup>23</sup> Em suma, “[t]oda demanda é uma forma de ataque”, sintetiza COUTURE.<sup>24</sup>

A ideia fundamental que permeia essa distinção, acolhida de modo quase unânime pela doutrina, está no fato de que, nos cinco exemplos dados de respostas do réu configuradas como demanda,<sup>25</sup> o réu age como autor,<sup>26</sup> pois exerce

<sup>21</sup> *Instituições...*, cit., v. 2, p. 133. Roborando a afirmação de DINAMARCO, CONSOLO (Domanda giudiziale, cit., p. 51) rejeita enfaticamente a existência de “biunivocità tra domanda giudiziale e atto iniziale del procedimento”.

<sup>22</sup> Lista bastante similar é feita por DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 103-104). No entanto, o autor acrescenta ao rol de demandas do réu o *chamamento ao processo*, afirmando sua aptidão em ampliar o objeto do processo (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 447). Ousamos discordar, já que o réu não exerce pretensão contra ninguém, não pede nada diretamente para si. Há mero pedido para modificar a demanda que foi proposta pelo autor (acrescentando outros litisconsortes passivos). Fenômeno similar ocorre quanto ao pedido de citação de litisconsorte necessário e à nomeação à autoria, em que não há demanda do réu contra o autor, mas sim mero pedido para *modificar a demanda* que foi proposta pelo autor (acrescentando ou substituindo réu(s)). O tema retornará ao centro de nossa atenção no item 11.3, *infra*.

<sup>23</sup> Assim entendem, na doutrina espanhola, SAMPOS SALGADO (*Reconvencción*, p. 6), na doutrina italiana, ALBERTO ROMANO (*Lezione di accertamento negativo*, p. 7), na doutrina portuguesa, MIGUEL MESQUITA (*Reconvenção e exceção no processo civil*, p. 10-11) e, entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 148 e 152), AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 2, p. 187), FORNACIARI JR. (*Da reconvenção...*, p. 23 ss) e DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES (Contra-ataque do réu: indevida confusão entre as diferentes espécies (reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice), *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 9, p. 25).

<sup>24</sup> *Introdução...*, cit., p. 29.

<sup>25</sup> YARSHILL (*Ação rescisória*, p. 185) acrescenta a esse rol o pedido de exibição de documento ou coisa em face de terceiro. Sobre o tema, vide item 11.3, *infra*.

<sup>26</sup> Entre os autores brasileiros, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 133).

*direito de ação*,<sup>27</sup> veiculando pretensão que poderia ser deduzida por meio de processo autônomo,<sup>28</sup> mas, como não o foi, provoca a *cumulação de demandas*<sup>29</sup> no mesmo processo instaurado por iniciativa do autor, ampliando seu objeto litigioso.<sup>30</sup>

Pelas razões declinadas no Capítulo 3, *supra*, não há como reconhecer que, apenas quando ajuíza demanda, o réu exerce o direito de ação, pois esse poder se desdobra em um feixe de posições jurídicas exercitáveis ao longo do procedimento, por ambas as partes. Mesmo os estudiosos que não incorrem nessa imprecisão terminológica acreditam que a defesa em sentido estrito *não* constitui *demandado do réu* e, por isso, não amplia o objeto litigioso do processo.

Isso é válido tanto quando a defesa é direta (baseada na negativa dos fatos constitutivos ou de suas consequências jurídicas pretendidas na peça inicial),<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Quanto à natureza da reconvenção, vide item 9.1, *infra*; do pedido contraposto, item 9.2, *infra*; da demanda declaratória incidental e do incidente de falsidade documental, item 9.4, *infra*.

<sup>28</sup> A ressalva quanto a essa regra concerne à denúncia da lide em razão da evicção (CPC, art. 70, I), visto que por disposição do direito material (CPC, art. 456) é obrigatória, sob pena de o evicto perder os direitos que resultam da evicção. Não existe, nessa hipótese, possibilidade de dedução por via autônoma.

<sup>29</sup> Tratando das situações descritas sob a mesma ótica da cumulação de demandas, e, g., FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 55 ss), BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 91 ss) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 130). GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 35-36) destaca a cumulação de demandas no processo italiano, considerando em particular a declaração incidente e a reconvenção.

<sup>30</sup> A respeito, veja-se FAZZALARI (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 29) e MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 214).

<sup>31</sup> LIEBMAN (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 149-150): “il processo deve però svolgersi in contraddittorio e il convenuto nel proporre la sua difesa, può a volta ampliare la materia che dovrà formare oggetto della cognizione del giudice. Se il convenuto nega il fatto costitutivo che l'attore ha posto a fondamento della domanda, o nega le conseguenze giuridiche che l'attore pretende ricavare, il suo contegno non esce dai limiti di una genérica attività difensiva, che non sposta i termini della controversia”. FABBRINI (L'eccezione di mérito nello svolgimento del processo di cognizione, *Scritti giuridici*, v. 1, p. 339) também leciona que a defesa direta de mérito traz consequências “modestas”, porque “le stesse rimangono le norme giuridiche da applicare, e gli stessi rimangono anche i fatti da accertare nella loro esistenza storica”. BONA CIACCIA CAVALLARI (*La contestazione nel processo civile*, v. 1, p. 91) segue a mesma linha: “semplice negazione non ha un proprio autonomo contenuto: la richiesta di rigetto della domanda che trae motivo dall'inesistenza del fatto affermato o dalla sua idoneità a produrre gli effetti voluti non introduce un tema di contrasto diverso da quello adottato con la domanda”. Veja-se ainda, entre os italianos, GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 246) e COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 269). Na doutrina espanhola, comungam do mesmo pensamento MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 214). Os processualistas portugueses ANTÔNIO MONTALVÃO MACIADO e PAULO PIMENTA (*O novo processo civil*, p. 144-146) também consideram que a defesa direta (“defesa por impugnação”) não altera o objeto da cognição judicial, nem o objeto do processo. Na nossa doutrina, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 115) pontua que “o réu, *contestando* ou *excepcionando*, *alegando* ou *requerendo*, apenas está trazendo a juízo sua resistência à pretensão do autor. [...] É em torno do pedido que gravita o litígio. Dele deriva o sentido dialético do processo e os limites de seu conteúdo. A reação do réu o mantém substancialmente inalterado para o efeito da delimitação da *res in iudicium deducta*”. AMARAL SANTOS (*Da reconvenção...*, cit., p. 65) também é firme em torno da questão: “[d]entro do quadro desse sistema de defesa, não tem o réu outro propósito senão o de obter do órgão judicante uma sentença que lhe seja favorável, que rejeite ou afaste a pretensão do autor. Nesse intento, os atos do réu, quaisquer que sejam as suas deduções defensivas, versam exclusivamente sobre o *thema decidendum*, nada além deste”. MILTON PAULO DE CARVALHO acrescenta que “a pretensão processual, ou pedido, é o que constitui o mérito da causa, sendo para esse efeito sem consequências a atitude do réu” (*Do pedido no processo civil*, p. 123). Confira-se também, no mesmo sentido, ARRUDA ALVIM (*Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 263).

seja também quando indireta (lastreada na invocação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do autor,<sup>32</sup> incluída aí a “exceção substancial”).<sup>33</sup> Ainda segundo a maior parte dos estudiosos, a defesa tem, quando muito, aptidão de aumentar o objeto de cognição do juiz.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Nesse sentido, v. g., CHIOVENDA, em um dos primeiros estudos a respeito da exceção substancial (Sulla “eccezione”, *Saggi...*, v. 1, cit., p. 151), afirma que o réu, ao opor a exceção, pede “algo a mais ou diferente do que a simples rejeição da demanda”, mas não altera os seus limites originais (idem, p. 147). Em obra editada posteriormente assentou, mais incisivamente, que “a exceção tem por definição os mesmos limites da ação” (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 481). SERGIO COSTA (Eccezione, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 260), para o qual a exceção “non sposta nè allarga il tema della controversia, poichè il convenuto chiede soltanto il rigetto della domanda, anche quando l’eccezione há il fondamento in un suo diritto”. CILSO EDOARDO BALBI e GIUSEPPE TARZIA (Riconvenzione (diritto processuale civile), *Enciclopedia del diritto*, v. 40, p. 668): “[c]on l’eccezione si rimane nei limiti della domanda attrice, in quanto si tratta di un’attività diretta a paralizzare la domanda proposta dall’attore senza che venga ampliato il *thema decidendum*”. Ainda na doutrina peninsular, BELLAVITIS (*L’identificazione delle azioni*, p. 168), HEINITZ (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 215-229), FABBRINI (Eccezione di mérito..., cit., p. 403), MARIO DINI (*La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, p. 54-55), ENZO VULLO (*La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, p. 90-91) e LOCATELLI (*L’accertamento incidentale ex lege: profili*, p. 28-29); e na processualística espanhola, MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 212) e TAPIA FERNÁNDEZ (*El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 32-38). Já na doutrina pátria, PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 189) afirmava que “[a] exceção nada pede a mais, ou de novo, apenas restringe, na matéria, no espaço, ou no tempo, o pedido do autor”.

<sup>33</sup> Nesse campo, registram-se opiniões discordantes na doutrina italiana. CARNELUTTI entendia que apenas a exceção (isto é, a defesa indireta baseada na alegação de fatos novos que, segundo diferentes preceitos jurídicos, obstassem o direito reclamado pelo autor) é que ampliaria o objeto da lide e, consequentemente, do processo (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 34). No mesmo sentido, e de forma mais clara, em outra obra (*Direito e processo*, p. 177) afirmou que “la domanda del convenuto, quando si fonda sull’eccezione anzi che semplicemente sula difesa, determina un allargamento dell’area del processo, poichè, per quanto sempre in ordine della pretesa dell’attore, estende il giudizio a fatti e fattispecie non compresi nella domanda dell’attore medesimo”. CAPPELLETTI entende que o fato de a exceção poder constituir objeto de um processo autônomo excluiria a possibilidade de que sua apresentação não ampliasse o objeto litigioso do processo (Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, p. 1614). Em outro estudo, CAPPELLETTI (Eccezione come contraddiritto del convenuto, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 268, 1961) anota que “non riesco a vedere come l’eccezione in senso proprio non possa farsi corrispondente, sul piano della dinamica giuridica, ossia della teoria degli atti, alla figura della domanda”. No mesmo sentido posiciona-se SATTI (Domanda giudiziale..., cit., p. 822). Também na doutrina portuguesa ouvem-se vozes minoritárias nesse sentido. ANTUNES VARELA, BEZERRA e NORA (*Manual...*, cit., p. 297) consideram que as exceções podem ampliar o objeto do processo, como nos casos de erro, dolo, coação, alegados como defesa a uma demanda de cobrança baseada em contrato. Aliás, segundo os mesmos autores (idem, p. 323), a nulidade do contrato sobre o qual se funda a demanda do autor não pode ser objeto de reconvenção porque “a pretensão deduzida pelo réu (contra o autor) não passa de uma pura consequência da exceção invocada e, por conseguinte, da carência de fundamento da pretensão do autor”. Em sentido similar, ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., p. 40).

<sup>34</sup> Muitos autores tendem a reconhecer que apenas a defesa indireta é apta a ampliar o objeto da cognição judicial e que a defesa direta não teria tal aptidão. Para CHIOVENDA, a exceção substancial amplia “a matéria lógica da cognição do juiz” (*Instituições...*, cit., p. 483). No mesmo sentido, RENZO BOLAFFI (*Le eccezioni...*, cit., p. 42), FABBRINI (Eccezione di mérito..., cit., p. 366) e LIEBMAN (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 150), cuja lição importa ser transcrita: “[l]a proposizione d’una eccezione allarga la materia della causa, perchè introduce nella discussione fatti diversi da quelli che erano stati affermati dall’attore, pur lasciando immutati i limiti della decisione, che sono determinati soltanto delle domande delle parti”. Mais recentemente, RENATO ORIANI (Eccezione, *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile*, v. 7, p. 281) considera que essa opinião é dominante na Itália, apesar de manifestar-se contrariamente GRASSO (*La pronuncia d’ufficio*, p. 247), para quem também a defesa direta amplia o conjunto de elementos postos à apreciação judicial. Em Portugal, semelhante concepção foi acolhida por autorizada doutrina (ALBERTO DOS REIS, *Código...*, cit., v. 3, p. 24; ANTUNES VARELA, BEZERRA e NORA, *Manual de*

A doutrina tradicional também adota o entendimento de que essas mesmas matérias de defesa (direta ou indireta) poderão ampliar o objeto litigioso do processo se assumirem o caráter de demanda, o que ocorre quando suscitadas como reconvenção<sup>35</sup> ou como demanda declaratória incidental.<sup>36</sup>

*processo civil*, p. 291, e MACHADO-PIMENTA, *O novo processo civil*, p. 148-152), no sentido de que a defesa indireta (“defesa por exceção”) encerra fatos novos. No Brasil, não se considera que apenas a defesa indireta tenha essa aptidão de ampliar o objeto do conhecimento do juiz. FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 76) afirmava que a contestação (independentemente de seu conteúdo) amplia o objeto da cognição. Assim também KAZUO WATANABE (Ação dúplice, *Revista de Processo*, nº 31, p. 138-139) e FLÁVIO YARSHALL (*Tutela jurisdiccional*, p. 124), o qual acata a mesma ideia: “o réu, ao apenas se defender, não amplia o objeto do processo, mas exclusivamente o objeto do conhecimento do juiz”. No mesmo sentido, mais recentemente, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 461): “a ‘causa de resistir’ aumentará necessariamente o ‘objeto do conhecimento’ do magistrado, isto é, a matéria sobre a qual será desenvolvida a ‘cognição judicial’”.

<sup>35</sup> Novamente CHIOVENDA assenta que a pura e simples oposição da exceção substancial mantém inatacada a relação jurídica invocada pelo autor, com base na qual poderiam ser ajuizadas outras demandas. E exemplifica: quando o réu se vê diante de uma cobrança de uma prestação contratual pode apenas apresentar a exceção de contrato não cumprido (afastando apenas aquela cobrança) ou apresentar demanda reconvençional, pedindo a extinção do contrato como um todo (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 465 ss). Todavia, o autor reconhece que, quando a relação jurídica for simples, a exceção teria o efeito global sobre a relação jurídica. SERGIO COSTA (Eccezione, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 260) “può accadere que l’eccezione transcenda la sfera dell’azione, cio non è che in apparenza, ma in realtà qui l’eccezione si è trasformata in *reconvenzione*”. Assim, o inadimplemento contratual do autor pode ser oposto pelo réu como exceção (apenas para obter a rejeição da demanda) ou como reconvenção (para obter a condenação do autor ao adimplemento). Constatação similar foi feita também por GIOVANNI VERDE (*Profili del processo civile*, v. 1, p. 181-182), GRASSO (*La pronuncia d’ufficio*, p. 320), FAZZALARI (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 31) e ROMANO (*Lazione di accertamento negartivo*, p. 112). O vício de consentimento revelaria exemplo idêntico. Também reconhecem essa hipótese os espanhóis MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 209) e o português MIGUEL MESQUITA (*Reconvenção e exceção no processo civil*, p. 13). No Brasil: LUIZ ANTONIO DA COSTA CARVALHO (*Da reconvenção no processo brasileiro*, p. 27), FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 148 e 152), BARBOSA MOREIRA (A resposta do réu..., cit., p. 258) e LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção no processo civil brasileiro*, cit., p. 29), esse último de modo bem enfático: “[o]s temas objeto da contestação e da reconvenção podem até mesmo ser absolutamente coincidentes. Os mesmos fatos impeditivos ou extintivos do direito invocado pelo autor podem estar à base tanto da contestação, quanto da reconvenção. Todavia, os efeitos produzidos pela defesa e pelo contra-ataque são diferentes”. Esses aspectos serão mais bem explorados no Capítulo 10, *infra*.

<sup>36</sup> Essa ideia já era acolhida por CHIOVENDA, para quem a declaratória incidental “não amplia somente o objeto da cognição judicial, mas o objeto do processo e da coisa julgada” (*Instituições*, cit., v. 1, p. 483), sendo acolhida por ZANZUCCHI (*Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 393), BALBI e TARZIA (Riconvenzione, cit., p. 668-669), COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 240-241 e 280) e ORIANI (Eccezione..., cit., p. 283). DENTI sustenta essa íntima relação entre exceção e declaração incidental. Para ele, a exceção substancial suscita sempre uma questão prejudicial (Eccezione..., cit., p. 64). No mesmo sentido, COLESANTI (Eccezione..., cit., p. 202): “è oggi possibile delimitare con precisione la sfera delle eccezioni; essa coincide con quella delle questioni pregiudiziali”. DINAMARCO anota que, “se tiver sido movida a ação declaratória incidental, ou seja, se a questão incidental tiver se convertido em causa incidental, então as coisas são diferentes e o julgamento se faz *principaliter*, recebendo a autoridade da coisa julgada (CPC, art. 470)” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 244-245). Em sentido similar, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 403).



Entre a simples defesa (direta ou indireta) e esses meios de contra-ataque, não haveria diferença quanto ao conteúdo, mas sim quanto à forma e quanto ao pedido.<sup>37</sup> Podem elas constituir objeto de demanda ou não.<sup>38</sup>

Contudo, vimos acima que as formalidades prescritas pelo CPC no que concerne à apresentação dos diversos meios de resposta do réu podem ser consideradas “não essenciais”, assim como é irrelevante o “nome” que o réu atribua (ou não) a esses atos processuais.

Restaria, então, o *pedido* formulado pelo réu como pedra de toque para diferenciar as hipóteses de *resistência* e de *contra-ataque*. O Capítulo 10, *supra*, proporrá uma revisão dessa dicotomia.

### 6.3 Defesa de mérito e princípio dispositivo

Como visto anteriormente (item 5.1, *supra*), a doutrina atual conseguiu reunir-se em torno de razoável consenso sobre a divisão entre os poderes do juiz e das partes no tocante ao controle da regularidade do processo, reconhecendo-se que, salvo estritas exceções (acima enunciadas), o juiz tem o dever de conhecer de ofício qualquer descumprimento do modelo processual.

Todavia, essa mesma conformidade de entendimento está longe de ser obtida relativamente às defesas de mérito em geral, havendo enormes dúvidas a respeito.

A solução, aqui, não pode ser a mesma do que a aplicada às defesas processuais (cognoscibilidade de ofício como regra quase absoluta), visto que há diferentes projeções do *princípio dispositivo* entre esses dois elementos do *binômio de pontos* (processo e mérito) a que vimos nos referindo desde o início do presente capítulo. Convém determo-nos nesse ponto, ainda que brevemente.

<sup>37</sup> Ninguém demonstrou esse fenômeno melhor que PASQUALE NAPPI (La domanda proposta in via riconvenzionale, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 754-761, 1989). Desse ensaio, cumpre transcrever um trecho particularmente ilustrativo: “tutta una categoria di fatti che possono essere oggetto di allegazione da parte del convenuto, possono essere posti a fondamento di differenti attività processuali. Le medesime situazioni sostanziali possono dar luogo ad una scala di comportamenti contraddistinti da una sempre maggiore richiesta di soddisfazione dell'esigenza di tutela giurisdizionale prospettata dal soggetto convenuto: eccezioni, accertamenti incidentali, domande riconvenzionali”. Concordando com essa posição, LASSO (*Le eccezioni in senso sostanziale*, p. 240-241).

<sup>38</sup> FLÁVIO YARSHHELL (Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de “ação dúplice”. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, FLÁVIO LUIZ YARSHHELL e MAURICIO ZANOIDE DE MORAES (Coord.), p. 565) afirma que “para que o requerido possa ampliar o objeto do processo é imprescindível que ao mesmo seja lícito deduzir *pedido*, isto é, seja-lhe lícito invocar um provimento jurisdicional (*pedido imediato*) que lhe proporcione um determinado bem da vida (*pedido mediato*), provimento esse que, conforme assinalado, não seja a mera sentença de improcedência da demanda”.

Em outra oportunidade,<sup>39</sup> havíamos observado que o *princípio dispositivo* recai tanto sobre os direitos materiais em disputa como sobre os direitos processuais que tocam às partes durante o curso do processo<sup>40</sup> (o que se convencionou chamar de *princípio dispositivo material* e *princípio dispositivo processual*, respectivamente). Isso se explica porque no núcleo do *princípio dispositivo* (tanto processual como material) está a possibilidade (expressa em um *ônus*) de a parte livremente dispor dos direitos que o ordenamento lhe confere.<sup>41</sup>

A partir dessa assertiva, é necessário verificar que o incremento do ativismo judicial não exclui o *princípio dispositivo*, mas apenas sua *eficácia* dentro do processo.<sup>42</sup> Em outras palavras: a ampliação dos poderes judiciais implica a *desvinculação da iniciativa do juiz em relação às partes*,<sup>43</sup> de tal modo que, mesmo que a parte abra mão legitimamente de um direito, o juiz em determinadas circunstân-

<sup>39</sup> A difícil conceituação do que seja *princípio dispositivo* nos ocupou no nosso *Preclusão processual civil*, p. 270-275.

<sup>40</sup> Nesse sentido, na Itália, CAPPELLETTI (*La testimonianza nel regime dell'oralità*, v. 1, p. 308 ss); na Espanha, DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMENEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 60); em Portugal, ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES (*Temas da reforma do processo civil*, v. 1, p. 29 ss) e ELIZABETH FERNANDEZ (Atenuação do *princípio do dispositivo: êxito ou frustração?* *Scientia Iuridica*, nº 286, p. 283-284), e, no Brasil, CAROLINA BONADIMAN ESTEVES (*(In)disponibilidade do direito processual civil*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 106-109) e AFRÂNIO SILVA JARDIM (O *princípio dispositivo* e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno, *Revista de Processo*, nº 44, p. 166-169), malgrado as autorizadas opiniões no sentido de que a expressão deveria se reservar à *disponibilidade da relação litigiosa*, e não para a disponibilidade sobre o desenvolvimento do processo (BARBOSA MOREIRA, O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e as partes: aspectos terminológicos, *Revista de Processo*, nº 41, p. 7-14; BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 68; e JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 26).

<sup>41</sup> Na doutrina estrangeira, ETXEBERRÍA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 24); entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 117) e BEDAQUE (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 67 ss).

<sup>42</sup> MICHELE TARUFFO (*La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, p. 252) também assinala, com acuidade, que o *princípio dispositivo* pode continuar imperando mesmo se o juiz tem maiores poderes de direção do processo, haja vista que esse papel do magistrado não implica interferência na autonomia das partes. Em sentido similar, TESORIÈRE (*Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, p. 154-155) afirma que a acentuação do caráter inquisitório do processo não significa abandono do *princípio dispositivo*, mas apenas a limitação de seus efeitos relativamente ao juiz. Entre nós, a mesma ideia é acolhida por ANTONIO JANRY DALL'AGNOI JR. (O *princípio dispositivo* no pensamento de Mauro Cappelletti. *LEX: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, nº 119, p. 11-26).

<sup>43</sup> Em *Preclusão processual civil*, p. 274, acentuamos que “a evolução do ativismo do juiz não interferiu no exercício das posições jurídicas processuais das partes, de modo que o processo continua a ser iniciado por provocação delas, a quem cabe delimitar o objeto litigioso do processo (sobre o qual recairá a sentença, não podendo ela se afastar, sob pena de nulidade, *ex vi* dos arts. 128 e 460 do CPC), e continuam elas livres para dispor sobre o objeto do litígio (podendo o autor, a qualquer momento, renunciar ao direito reclamado e o réu reconhecer juridicamente o *pedido* contra si formulado), bem como podem os litigantes renunciar ao direito de praticar determinado ato processual na tutela de seus próprios interesses (ou omitir-se, ou ainda praticá-los em desacordo da forma prevista em lei, o que, em todos os casos, dá no mesmo, já que os litigantes continuam sujeitos à preclusão e, de um modo geral, ao preenchimento dos pressupostos processuais e forma em sentido amplo). A ideia de *ônus*, que é ínsita à maioria dos atos que as partes praticam no processo, traz consigo, necessariamente, a de *princípio dispositivo*. De fato, se a parte pode escolher exercer determinada atividade ou não, é porque o *princípio dispositivo* inspira essa posição jurídica por ela ocupada”.



cias pode ignorar esse fato e atuar seus poderes de ofício produzindo o mesmo resultado como se o direito tivesse sido exercido.<sup>44</sup>

Essas ideias aqui enunciadas – embora perfeitamente válidas tanto para o *princípio dispositivo material* quanto para o *princípio dispositivo processual* – não levam em conta que o ativismo do juiz no segundo terreno é sensivelmente maior, dado que as normas processuais, pertencentes ao direito público, devem ser atuadas de ofício, salvo em raras e expressas exceções, como ficou claro pelas considerações feitas no item 5.1, *supra*.

Diferentemente, a mais relevante projeção do princípio dispositivo material – o *princípio da demanda* –<sup>45</sup> implica que as partes devem trazer ao julgador os fatos e fundamentos jurídicos de suas respectivas pretensões na inicial e na contestação (CPC, arts. 282 e 300), não podendo acrescentar nada depois (CPC, arts. 264 e 294), salvo escassas exceções (CPC, arts. 303 e 462), impondo-se assim os limites que balizarão a decisão (CPC, arts. 128 e 460). O conjunto desses dispositivos reduz o ativismo judicial sensivelmente no campo do direito material, em comparação ao do direito processual.

Exatamente por isso é que, na maioria dos casos, as partes estão livres para celebrar transação, reconhecer juridicamente o pedido ou renunciar ao direito sobre o qual se funda a demanda. Essas são três situações – a primeira bilateral, as duas demais unilaterais por parte de réu e autor, respectivamente – em que o juiz fica absolutamente vinculado por atos dos litigantes, só podendo recusar-se a proferir sentença meramente homologatória (CPC, art. 269, II, III e V) caso verifique que há vício formal ou de manifestação de vontade.<sup>46</sup>

Entretanto, o fato de termos reconhecido a diferente lógica que governa a defesa processual e a defesa de mérito (no tocante à iniciativa do juiz em caso

<sup>44</sup> Exemplificamos essa situação, no trabalho já citado (Idem, p. 274-275), da seguinte forma: “[e]ssa nova ótica acerca da dinâmica dos poderes processuais do juiz implica, justamente, que este não fique dependente da iniciativa das partes, podendo se retratar quanto a uma decisão incidental equivocada e contrária a uma norma de ordem pública (especialmente de cunho processual) independentemente do recurso do litigante interessado, ou determinar de ofício as providências necessárias para que a situação litigiosa receba a mais justa decisão, mesmo que as partes tenham renunciado ao direito de pedir referidas providências, ou se omitido em fazê-lo regularmente. Pelo mesmo princípio, opera-se um alargamento das questões cognoscíveis de ofício, mesmo sem provocação da parte”.

<sup>45</sup> Assim entendemos em nosso *Preclusão processual civil*, p. 272.

<sup>46</sup> Nesse sentido, MOACIR LOBO DA COSTA (*Confissão e reconhecimento do pedido*, p. 70): “A ‘confessio in iure’, que o Código de Processo Civil acolheu com a denominação de reconhecimento do pedido, como ato processual do réu destinado a pôr termo ao processo [...]. Segundo a lição magistral de Chiovenda, reconhecimento e renúncia são atividades das partes que constituem limitação ao poder do juiz, no sentido de que elas têm em si próprias o conteúdo da sentença. O reconhecimento é a declaração do réu de que o pedido do autor é juridicamente fundado. Ocorrendo o reconhecimento do pedido, o processo se extingue, não pelo ato da parte, mas pela sentença que o juiz, em consequência, tem o dever de proferir sem mais trâmites”. Em sentido bem similar, BEDAQUE (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 94): “se os interesses em jogo forem privados, não poderá o magistrado interferir em qualquer ato praticado pela parte, no sentido de dispor de seu direito, pois o ordenamento jurídico confere a ela, com exclusividade, esse poder”.

de omissão do réu) não responde à questão fundamental: *afinal, que matérias de mérito são ou não cognoscíveis de ofício?* Qualquer tentativa de entrar nesse terreno espinhoso depende da análise do conceito de “exceção substancial” e, para isso, dedicamos o Capítulo 8, *infra*. A partir daí é que poderemos propor solução para a questão proposta no Capítulo 9, *infra*.

## 7

## Exceção e Objeção Substancial

### 7.1 Quanto à utilidade do estudo dos conceitos de exceção e objeção substancial

As conclusões alcançadas no capítulo anterior nos obrigam, agora, a analisar os conceitos de *exceção e objeção substancial*.

Para tanto, optamos por partir do primeiro, que tem raízes no direito romano clássico e se manteve em constante e ininterrupta evolução desde então. Ademais, as discussões em torno do instituto vêm ocupando há quase um século prestigiados trabalhos doutrinários<sup>1</sup> e acalorados debates científicos<sup>2</sup> (principalmente na Itália), mas jamais despertaram interesse mais profundo dos processualistas em território brasileiro.<sup>3</sup> Essa longa história de divergências e dúvidas sobre o

<sup>1</sup> Destaquem-se, aqui, os estudos empreendidos por CHIOVENDA no início do século passado, em especial os ensaios *Lazione nel sistema dei diritti* e *Sulla eccezione* (ambos recolhidos nos seus *Saggi di diritto processuale civile*). Dignas de menção, ainda, são as monografias de FELICIA ESCOBEDO (*Leccezione in senso sostanziale*, de 1927) e de RENZO BOLAFFI (*Le eccezioni nel diritto sostanziale*, de 1936), embora ambas estivessem muito preocupadas com a repercussão do instituto no plano substancial (e não processual). Ressalte-se, igualmente, a contribuição dada pelos verbetes do *Nuovo e Novissimo digesto italiano*, da *Enciclopédia del diritto* e, mais recentemente, do *Digesto delle discipline privatistiche* (os dois primeiros redigidos por SÉRGIO COSTA, seguindo fielmente a doutrina de CHIOVENDA, o segundo da lavra de VITTORIO COLESANTI, e o último de RENATO ORIANI).

<sup>2</sup> Recorde-se que a *Rivista di Diritto Processuale* trouxe diversos artigos sobre o tema, dois da lavra de MAURO CAPPELLI (Nuovi fatti giuridici ed eccezioni, de 1959, e *Leccezione come contraddiritto del convenuto*, de 1961), dois de autoria de FRANCESCO CARNELUTTI (*Un lapsus evidente?* e *Eccezione e analisi dell'esperienza*, ambos de 1960) e um de ENRICO TULLIO LIEBMAN (*Intorno ai rapporti tra azione e eccezione*, de 1960). Esses ensaios compõem uma de tantas outras polêmicas científicas célebres na doutrina italiana.

<sup>3</sup> À exceção da profunda obra de CLEANTO GUIMARÃES SIQUEIRA (intitulada *Defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*, a qual propõe discussão do tema, sob a ótica do processo civil, com profundidade monográfica), a bibliografia pátria a respeito do tema praticamente se limita a artigos científicos da lavra de estudiosos do processo civil (cuja limitação própria a esse tipo de publicação acaba restringindo a

conceito de exceção substancial, e a carência de estudos profundos na literatura pátria sobre o tema, nos estimula ainda mais a investigá-lo em detrimento do conceito de objeção substancial, o qual se extrai por exclusão.

### 7.2 Diversas acepções do termo exceção para a ciência processual civil

Tem-se no conceito de *exceção* uma clara distância entre a sua acepção na linguagem vulgar – identificado com o “desvio de uma regra geral” (Aurélio) – e na linguagem jurídica manejada pelos estudiosos do direito processual civil.

Nessa última, é comum definir *exceção*, de modo amplo, como *defesa* em geral,<sup>4</sup> emparelhado ao direito de ação (ambos caracterizados como direitos subjetivos públicos garantidos constitucionalmente),<sup>5</sup> mas em uma posição de contraposição (como decorrência lógica e necessária da *bilateralidade do processo* e do *princípio do contraditório*).<sup>6</sup>

Para melhor trato dos institutos, nossa opção, desde o início deste trabalho, foi *rejeitar* o uso do termo *exceção* nessa acepção mais ampla, o que fazemos com

investigação à relação entre ação e exceção e às diversas teorias que se formaram acerca de sua natureza jurídica). Anotem-se, a respeito, o trabalho de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Aspectos atuais do conceito de exceção substancial a partir da teoria chiovendiana, *Temas polêmicos de processo civil*, p. 1-13) e, mais recentemente, o de FREDIE DIDIER JR. (Teoria da exceção: a exceção e as exceções. *Revista de Processo*, nº 116, p. 54-66). Há ainda monografias que tratam de aspectos limitados (ou “modalidades”) do instituto na órbita do direito material, sem maior preocupação de análise do fenômeno processual (destaque-se aqui a obra de MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, de 1959).

<sup>4</sup> Essa definição abrangente é considerada amplamente pela doutrina. Entre os autores estrangeiros, destacam-se, v. g., CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 465 ss), CALAMANDREI (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 240), SARTI (*Diritto processuale civile*, p. 175), SÉRGIO COSTA (*Eccezione, Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 259), MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 89), RENATO ORIANI (*Eccezione, Digesto delle discipline privatistiche*, v. 7, p. 262-263), MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, p. 209), JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Código de Processo Civil anotado*, v. 3, p. 32), COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 90) e HUGO ALSINA (*Defensas y excepciones. Studi in onore di Enrico Redenti*, p. 106). Entre nós, do mais antigo ao mais recente, JOÃO BONUMÁ (*Direito processual civil*, v. 2, p. 246), AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 189), JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 1, p. 171), SERPA LOPES (*Exceções substanciais...*, cit., p. 11), ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Direito processual civil*, p. 45), VICENTE GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 123), CRUZ E TUCCI (Aspectos atuais do conceito de “exceção substancial”..., *Temas...*, cit., p. 2), FLÁVIO LUIZ YARSHILL (*Tutela jurisdiccional*, p. 57 ss), entre outros. Para encerrar, merece transcrição a categórica síntese de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “todas as defesas são exceções” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 326).

<sup>5</sup> Esse paralelismo sobressai evidente no estudo das “teorias clássicas” sobre ação e exceção, examinadas no Capítulo 2, *supra*.

<sup>6</sup> Nesse sentido, de modo muito completo e minudente, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 288).

apoio da doutrina tanto pátria<sup>7</sup> como estrangeira.<sup>8</sup> Essa opção também se revela mais afinada com a terminologia consagrada na nossa Constituição, cujo art. 5º, LV, adota o vocábulo *defesa*, e em nenhum momento denominou *exceção* o direito genérico de oposição do réu.

Sem prejuízo dessa definição mais ampla, também se identifica *exceção* em um sentido mais estrito, como um determinado tipo de defesa,<sup>9</sup> qual seja, a *defesa indireta*, pela qual o réu não ataca o âmago da demanda do autor,<sup>10</sup> mas opõe-lhe obstáculos ao acolhimento,<sup>11</sup> impedindo definitivamente ou apenas postergando a apreciação do direito reclamado pelo autor. Segundo classificação milenar,<sup>12-13</sup> no primeiro caso, as exceções são *peremptórias* e, no segundo, *dilatórias*.

<sup>7</sup> BARBOSA MOREIRA realça os inconvenientes do uso inadequado de *exceção* como sinônimo de *defesa* (Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz, *Temas de direito processual* – 7ª série, p. 120).

<sup>8</sup> JAIME GUASP e PEDRO ARAGONESSES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 258) apregoam ser melhor falar que a atividade do réu seria genericamente *defesa* ou *oposição*.

<sup>9</sup> Essa aceção mais restrita de exceção fica clara na concisa fórmula empregada há mais de um século por PAULA BATISTA (*Compêndio de theoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*, p. 47): “toda exceção é defesa, mas nem toda defesa é exceção”.

<sup>10</sup> Por isso, a defesa indireta é denominada pela doutrina portuguesa, com termo militar, como “ataque de flanco” (ALBERTO DOS REIS, *Código...*, cit., v. 3, p. 25).

<sup>11</sup> Essa identificação da *exceção* com a defesa de caráter indireto está presente na doutrina estrangeira e nacional de maneira inteiramente pacífica. Confirmam-se as obras dos italianos CARNELUTTI (*Institutiones del proceso civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, v. 1, p. 28), GIOVANNI FABBRINI (Eccezione di mérito nello svolgimento del processo di cognizione, *Scritti giuridici*, v. 1, p. 351), ELIO FAZZALARI (Azione civile..., cit., p. 40), BONA CIACCIA CAVALLARI (*La contestazione nel processo civile*, v. 1, p. 88), CESARE CAVALLINI (Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo, p. 28) e RENATO ORIANI (Eccezione..., cit., p. 262). Registre-se ainda a concordância dos portugueses (dos mais antigos aos mais recentes) PEREIRA e SOUZA (*Primeiras linhas sobre o processo civil*, p. 96), ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 31), ANTUNES VARELA, BEZERRA e NORA (*Manual de processo civil*, p. 290), JOSÉ JOÃO BAPTISTA (*Processo civil I*, p. 393), JORGE AUGUSTO PAIS de AMARAL (*Direito processual civil*, p. 208), dos espanhóis DE LA OLIVA SANTOS e Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*Derecho procesal civil*, p. 290) e GUASP e ARAGONESSES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 283-284), do alemão FREDERICH LENT (*Diritto processuale civile tedesco*, tradução de Edoardo Ricci, p. 175) e do argentino HUGO ALSINA (Defensas y excepciones. *Studi in onore di Enrico Redenti*, p. 107), entre outros. Tradicionalmente, a literatura processual brasileira também repete essa mesma assertiva, dos estudiosos mais vetustos aos contemporâneos, tais como RAMALHO (*Praxe brasileira*, p. 335), PAULA BATISTA (*Compêndio...*, cit., p. 46), JOÃO MONTEIRO (*Teoria do processo civil*, v. 1, p. 328), AFFONSO FRAGA (*Instituições do processo civil do Brasil*, v. 2, p. 217), PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 230), FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 1, p. 171), ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Direito processual civil*, p. 47), CALMON DE PASSOS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 244), DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 326-328) e FREDIE DIDIER JR. (*Regras processuais no novo Código Civil*, p. 21).

<sup>12</sup> Essa classificação já se encontrava nas Institutas de Gaio (4.120-125) e de Justiniano (4.13.8), tendo sido referida por Ulpiano (D. 44, 1, 2, 4) e séculos depois incorporada às Ordenações do Reino Português (Ord. Af., 3.54 e 3.55; Ord. Man., 3.15.9, 3.37 e 3.38; e Ord. Fil., 3.49), continuando a seduzir a doutrina até o século XX. Para citar uns poucos e variados exemplos de estudiosos que repetem a dicotomia: na doutrina estrangeira, COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 101 ss) e ALMAGRO NOSETTE (*Derecho procesal*, t. 1, v. 2, p. 52) e, entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 117 ss) e FREDIE DIDIER JR. (Teoria da exceção..., cit., p. 63-64).

<sup>13</sup> No sistema processual português, esses termos recebem definições diversas, conforme o art. 493 do CPC daquele país: “1) As exceções são dilatórias ou peremptórias, 2) As exceções dilatórias obstam a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal, 3) As peremptórias importam a absolvição total ou parcial do pedido e consistem na invocação de factos que impede, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor”. Ou seja, para

Nessa definição mais estreita (defesa indireta), a doutrina distingue a *exceção* em três categorias.

A primeira consiste na defesa indireta *de mérito*, constituída por fundamentos que não negam o direito invocado pelo autor, mas lhe neutralizam, mediante modificação, extinção ou impedimento (fenômeno geralmente denominado *exceção substancial* ou *material*).<sup>14</sup> Para muitos, essa seria a *exceção em sentido próprio*,<sup>15</sup> que teria outra marca distintiva, qual seja, a possibilidade de alegação por via de demanda autônoma,<sup>16</sup> excluídos alguns casos em que a doutrina reconhece que isso seria inviável.<sup>17</sup>

A segunda forma (*exceções processuais*) concerne às defesas que não tocam o fundo do litígio<sup>18</sup> e incluem tanto matérias que, acolhidas, impedem o (válido) conhecimento do mérito quanto matérias que implicam modificação do curso do procedimento<sup>19</sup> (respectivamente, *exceções processuais peremptórias* e *dilatórias*, voltando a aparecer aqui a mesma distinção milenar acima aludida).

os portugueses as exceções peremptórias são as substanciais e as dilatórias são as processuais (o art. 494 traz rol meramente exemplificativo dessa categoria, incluindo a incompetência do juízo, nulidade processual, falta de personalidade ou capacidade do autor, ilegitimidade, falta de advogado, litispendência, “caso julgado” etc.). Todavia, a doutrina daquele país também acolhe a terminologia “exceções materiais e processuais” (ANTUNES VARELA-BEZERRA-NORA, *Manual...*, cit., p. 297).

<sup>14</sup> Acatando essa aceção, na doutrina estrangeira: MARCO TULLIO ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 200), LIEBMAN (*Manual...*, cit., v. 1, p. 219), SERGIO COSTA (Eccezione, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 259) e MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, p. 211). Entre os brasileiros: FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 1, p. 172), BARBOSA MOREIRA (A resposta do réu..., cit., p. 250, e *O novo processo civil brasileiro*, p. 38), DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 477), CLEANTO SIQUEIRA (A defesa..., cit., p. 267), entre outros. Ao apresentar defesa direta contra o mérito, o réu limitar-se-ia a uma *resistência* ou *contestação* (assim, entre muitos, AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas...*, cit., v. 2, p. 188-189).

<sup>15</sup> Nesse sentido, CHIOVENDA (Sulla “eccezione”, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 149), CAPPELLETTI (Nuovi fatti giuridici..., cit., p. 1611-1615), FAZZALARI (Azione civile..., cit., p. 40) e CAVALLINI (Eccezione rilevabile d'ufficio..., cit., p. 28).

<sup>16</sup> A propósito, veja-se na doutrina estrangeira CHIOVENDA (Azione, *Saggi...*, cit., v. 3, p. 8), DENTI (Eccezione nel processo civile, *Dall'azione al giudicato*, p. 66) e MANDRIOLI (Corso..., cit., v. 1, p. 92). Essa afirmação é entoadá há décadas também entre os processualistas pátrios. AFFONSO FRAGA (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 234) lecionava que “todo direito tem em si mesmo a possibilidade inerente de se fazer valer tanto por ação quanto por exceção”. No mesmo sentido LOPES DA COSTA (*Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 39). Similarmente, PONTES DE MIRANDA (Comentários..., cit., t. 4, p. 188): “[o]s direitos subjetivos e as pretensões reagem por ações e por exceções, de modo que ambas entram na classe dos atos de agressão e de defesa”. Mais recentemente, CLEANTO SIQUEIRA (A defesa..., cit., p. 248) e FREDIE DIDIER JR. (*Regras processuais no novo Código Civil*, p. 21).

<sup>17</sup> Colhemos na doutrina como exemplos o direito de retenção (como lecionou há mais de um século PAULA BATISTA, *Compêndio...*, cit., p. 48, e bem depois GALENO LACERDA, *Comentários...*, cit., v. 8, t. 3, p. 31); o *pacto de non petendo intra certum tempus* (exemplo de FELICIA ESCOBEDO, *Eccezione in senso sostanziale*, p. 66); o *beneficium excussionis* na fiança (exemplo dado na doutrina estrangeira e pátria: ANNA LASSO, *Le eccezioni in senso sostanziale*, p. 80, e SERPA LOPES, *Exceção substancial...*, cit., p. 85); a decadência e a prescrição (exemplos dados por LIEBMAN, *Manuale...*, cit., v. 1, p. 152, e CLEANTO SIQUEIRA, *A defesa...*, cit., p. 285).

<sup>18</sup> Admitindo a *exceção processual*, CHIOVENDA (*Principii...*, cit., p. 276-277), SERGIO COSTA (Eccezione, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 261), COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 101 ss), DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 328), entre outros.

<sup>19</sup> No CPC francês (arts. 70 e 71) usa-se o termo *défense* para a defesa de mérito (*au fond*) e *exception* para a defesa processual, embora a doutrina daquele país recomende que se fale *exception de procédure* para não haver

Diferentemente dessas duas acepções, como se adiantou no item 4.1, *supra*, o nosso Código de Processo Civil vigente emprega o termo *exceção* como *meio típico* de “resposta do réu” (CPC, art. 297), que enseja a instauração de incidentes processuais para a alegação específica das três matérias: a incompetência relativa do juízo (CPC, arts. 112 e 307), o impedimento (CPC, arts. 134 e 312) e a suspeição do juiz (CPC, arts. 135 e 312). Recebem, por isso, a denominação de *exceções rituais*<sup>20</sup> ou *instrumentais*<sup>21</sup> (já que pressupõem a formação de um instrumento para autuação em apartado).

A doutrina reconhece que esses incidentes não se confundem com as *exceções processuais* acima referidas, pois seu critério distintivo é a forma de apresentação, com autuação em apartado e aptidão para suspender o processo (CPC, arts. 265, III, 299 e 306).<sup>22</sup> Ou seja, são meros *procedimentos incidentais* que quebram (do ponto de vista formal) a regra da “concentração da defesa na contestação” (CPC, arts. 300, 301 e 303), ainda que sem nenhuma razão prática, técnica ou jurídica que ainda hoje justifique esse procedimento.<sup>23</sup> Assim, pese respeitável opinião contrária,<sup>24</sup> as exceções rituais se mostram técnica inteiramente ultrapassada e desnecessária.

dúvidas com o conceito (ainda acolhido pelos *civilistas* franceses, de exceção substancial). Assim CORNU-FOYER (*Procédure civile*, p. 135) e GUINCHARD-VINCENT (*Procédure civile*, p. 108).

<sup>20</sup> Nesse sentido, v. g., DINAMARCO (*Instituições...*, cit. v. 3, p. 477) e ANTÔNIO CARLOS MARCATO (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 943).

<sup>21</sup> Como PINTO FERREIRA (*Exceção – I, Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 34, p. 346) e MILTON PAULO DE CARVALHO (*Do pedido no processo civil*, p. 125).

<sup>22</sup> Exatamente nesse sentido, leciona CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 464): “[a]qui, diferentemente do que se dá com as ‘exceções em sentido estrito’, o critério distintivo adotado pela lei diz mais respeito à forma de sua arguição e à circunstância de sua apresentação em juízo ter aptidão de suspender o processo”. De modo um tanto similar, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 477).

<sup>23</sup> Crítica-se muito, e com razão, a incoerência do sistema em reservar a alegação de incompetência absoluta do juízo para a contestação, sem suspensão do curso do feito (CPC, art. 301, II), ao passo que a incompetência relativa é matéria de exceção, dotada do poder de suspender o procedimento (CPC, arts. 265, III, 299 e 306), a despeito de o vício resultante da primeira ser muito mais grave que o da segunda, conforme questionamento lançado por ALCIDES DE MENDONÇA LIMA logo que promulgado o CPC de 1973 (*Direito processual civil*, p. 59-60). O problema, contudo, é bem antigo. PEDRO BATISTA MARTINS já afirmava a desnecessidade de se manterem as *exceções rituais*, tanto que seu Anteprojeto de Código (que foi preferido em face daquele que se transformou no CPC de 1939), simplesmente as extirpava: “[d]e fato, muito ganharia o processo em simplicidade no dia em que não mais se distinguem os dois momentos da defesa – exceção e contestação – tornando-se obrigatória para o réu a alegação, numa só e única fase, de toda a matéria de defesa” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 235-236). BARBOSA MOREIRA (*As respostas do réu...*, cit., p. 251) afirmou, pouco depois da entrada em vigor do CPC de 1973, que o Brasil deveria ter seguido a tendência de vários outros ordenamentos estrangeiros que aboliram essa formalidade. CALMON DE PASSOS também há tempos averbou: “nenhuma diferença de ordem substancial entre elas, para que algumas merecessem a forma de exceção, outra a de preliminar da contestação” (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 234).

<sup>24</sup> ANTONIO CARLOS MARCATO, em sua tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (intitulada *Das exceções rituais no processo civil brasileiro: competência, impedimento e suspeição*, p. 57), defende a subsistência da utilidade das exceções rituais, apartadas da contestação, pelos seguintes motivos: (a) as matérias do art. 301 (exceto o compromisso arbitral) são objeções, enquanto as exceções de incompetência e suspeição são exceções propriamente ditas (“principalmente a primeira”); (b) haveria enormes semelhanças para aproximar o impedimento (que é objeção) da suspeição (que é exceção na estrita acepção do

De todo o exposto, resulta evidente que o termo *exceção* é polissêmico, pois tem um sentido mais amplo (como sinônimo de defesa em geral) e três sentidos mais estritos: (a) defesa indireta de mérito (*exceção substancial*); (b) defesa processual em geral (*exceção processual*); e (c) procedimento incidental para alegação de incompetência relativa, impedimento e suspeição (*exceção ritual*).<sup>25</sup>

Segundo entendimento bastante disseminado, duas dessas acepções restritivas acima referidas (“a” e “b”) trazem consigo a proibição de o juiz agir de ofício, exigindo que haja iniciativa da parte para suscitar as exceções.<sup>26-27</sup> Dessarte, a doutrina de modo geral contrapõe as *exceções às objeções*, essas, sim, cognoscíveis de ofício.<sup>28</sup> Isso valeria tanto para as defesas processuais como para as de

termo); (c) as matérias do art. 301 do CPC não reclamariam prova, ao passo que aquelas reservadas às exceções, sim. Parece-nos, com vênia devida, que nenhum desses argumentos é sustentável. Primeiramente, as *exceções rituais* também trazem matérias cognoscíveis de ofício, ao passo que o art. 301, VII, traz questão só passível de conhecimento por provocação do réu (convenção arbitral). Ademais, também as matérias do art. 301 podem reclamar prova documental, por exemplo, a litispendência, a coisa julgada e a preempção (incisos IV, V e VI), ao passo que a nulidade de citação (inciso I) pode exigir, ainda, outros tipos de prova. Ademais, o próprio autor pontua, logo na introdução de seu trabalho, que “[o] Código de Processo Civil conferiu ao vocábulo *exceção* uma conotação estritamente formal, assim denominando apenas aquelas defesas processuais que exigem, para sua arguição e julgamento, um procedimento incidente próprio (arts. 304 ss), quais sejam, as ‘exceções rituais’ de incompetência relativa, suspeição e impedimento do juiz. Esse enquadramento formal acaba gerando uma incoerência, já que o Código confere, formalmente, caráter de ‘exceção’ processual ao impedimento do juiz” (*Das exceções rituais...*, cit., p. 12-13).

<sup>25</sup> DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 328) também denunciou essa polissemia.

<sup>26</sup> A matriz normativa para esse entendimento é reconhecida na parte final do art. 128 do CPC referindo-se, também, às exceções ao estabelecer que ao juiz é “defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa *da parte*” (grifo nosso, que indica que o dispositivo não se limitou a tratar das alegações do autor).

<sup>27</sup> Assim entende de modo geral a doutrina, seja estrangeira (v. g., CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, p. 266, CALAMANDREI, *Instituciones...*, cit., v. 1, p. 240), seja brasileira (como PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 6, p. 11, FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, cit., v. 2, p. 59, e v. 3, p. 111, BARBOSA MOREIRA, *A resposta do réu...*, cit., p. 254, CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, t. 2, p. 486, CLEANTO SIQUEIRA, *A defesa...*, cit., p. 267, e FREDIE DIDIER JR., *Regras processuais no novo Código Civil*, p. 23, para ficar com alguns exemplos). Registre-se, porém, que muitos autores reconhecem que algumas modalidades de exceção seriam cognoscíveis de ofício (CHIOVENDA, *Sulla “eccezione”, Saggi...*, cit., p. 151, e *Principii...*, cit., p. 273, e LIEBMAN, *Manuale...*, cit., v. 1, p. 150) e invocam como exemplos o pagamento e a perda da coisa devida. Nesses casos, haveria exceção em sentido impróprio. Essas hipóteses receberão especial atenção adiante (Capítulo 8, *infra*).

<sup>28</sup> Atribui-se à doutrina alemã a criação dessa dicotomia entre exceção (*Ausnahme*) e objeção (*Einrede*), como se infere, por exemplo, da obra de ROSEMBERG (*Tratado de derecho procesal civil*, t. 2, p. 145 ss). PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 190) registra a utilidade da dicotomia para o nosso sistema: “[t]ambém o direito brasileiro, que usa da palavra *exceção* em todos os sentidos possíveis, com prejuízo da doutrina, tem de distinguir a objeção e a exceção”. A distinção terminológica, contudo, não resolve um dos problemas fundamentais do direito processual, que é reconhecer os limites do juiz para agir de ofício (ou seja, identificar as objeções e exceções). Nem mesmo a doutrina alemã conseguiu fazê-lo, conforme denuncia HUGO ALSINA (*Defensas y excepciones. Studi in onore di Enrico Redenti*, p. 93-94). ORIANI (*Eccezione...*, cit., p. 263) lamenta que essa terminologia não tenha sido incorporada nem na lei nem na doutrina italianas. De qualquer modo, a doutrina brasileira acata modernamente essa distinção, citando-se como exemplo BARBOSA MOREIRA (*Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz*, cit., p. 120) e YARSHALL (*Ação rescisória*, p. 111).



mérito,<sup>29</sup> de sorte que haveria quatro categorias distintas:<sup>30</sup> *objeções substanciais*<sup>31</sup> e *exceções substanciais*,<sup>32</sup> assim como *objeções processuais* e *exceções processuais* (essas últimas bem raras, como vimos no item 5.1, *supra*).

Quanto às *exceções rituais* referidas na alínea “c”, apenas a de *incompetência* ostenta esse atributo (não podendo o juiz conhecê-la *ex officio*),<sup>33</sup> visto que o impedimento e a suspeição podem (e devem) ser reconhecidos de ofício pelo magistrado<sup>34</sup> (ainda que haja, sem razão, alguma dúvida a respeito da suspeição).<sup>35</sup> É forçoso registrar que a Lei 11.280/2006, ao modificar os arts. 112 e 114 do CPC, instituiu uma possibilidade de declaração da incompetência relativa de ofício, como consequência do reconhecimento judicial de nulidade da cláusula de eleição de foro inserta em contrato de adesão.<sup>36</sup> Ou seja, nem mesmo sob o ponto

<sup>29</sup> Nesse sentido, na doutrina estrangeira, RENZO BOLAFFI (*Le eccezioni nel diritto sostanziale*, p. 37 e 41); entre os estudiosos brasileiros, confirmam-se FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 1, p. 173), ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*Direito processual civil*, p. 51, com apoio em ampla gama de doutrinadores que estudaram tanto o CPC de 1939 como o de 1973), MILTON PAULO DE CARVALHO (*Do pedido no processo civil*, p. 126), DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 326) e CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 463).

<sup>30</sup> Essa partição, em linhas gerais, foi proposta por WILLIAM SANTOS FERREIRA (Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – compatibilizações processuais e materiais, *Direito civil e processo* – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim (ARAKEN DE ASSIS [et. al.] (Coord.), p. 546).

<sup>31</sup> Trata-se de matérias de mérito cognoscíveis de ofício, tal como a prescrição (CPC, art. 219, § 5º, com redação dada pela Lei 11.280/2006) e a nulidade do negócio jurídico (CC, art. 168, parágrafo único).

<sup>32</sup> Os exemplos comumente invocados pela doutrina (como na de DINAMARCO, *Instituições...*, cit., p. 477, e de FREDIE DIDIER JR., *Pressupostos processuais e condições da ação*, p. 65) são a compensação (CC, art. 368), incapacidade relativa do agente (CC, art. 171, I), vícios resultantes de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (CC, art. 171, II), a *exceptio non adimpleti contractus* (CC, art. 476), a retenção (CC, arts. 571, parágrafo único, 578, 644, 681, 708, 742, 1.219, 1.433, I, 1.507, § 2º). Esse rol não é exaustivo e está plenamente sujeito a críticas, como se verá ao longo da exposição.

<sup>33</sup> Conforme item 5.1, *supra*.

<sup>34</sup> A possibilidade de o juiz reconhecer de ofício o impedimento e a suspeição está prevista no art. 137, parte final, do CPC, reforçado (quanto à suspeição) pelo parágrafo único do art. 136 (assim também entende DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 3, p. 477). Acresça-se que o impedimento torna, inclusive, a sentença rescindível (CPC, art. 485, II).

<sup>35</sup> Entendemos que a diferença de regimes entre a suspeição e o impedimento (no tocante à preclusão e à possibilidade de conhecimento de ofício) não se justifica. Embora seja evidente que o impedimento apoia-se em circunstâncias *objetivas* (CPC, art. 134) e a suspeição em fatos *subjativos* (CPC, art. 135), ambos, se provados e reconhecidos, afetam a parcialidade do juiz *da mesma forma*, o que justifica que ambos sejam alegáveis e cognoscíveis a qualquer tempo. Pelas mesmas razões, parece-nos inadequada a limitação imposta pelo art. 485, II, do CPC da hipótese de rescindibilidade da sentença ao impedimento (excluindo-se a suspeição).

<sup>36</sup> Note-se que não é nova essa incongruência de reservar matérias cognoscíveis de ofício para alegação via *exceção ritual*. Mesmo no CPC de 1939 havia pelo menos outras duas modalidades (de coisa julgada e litispendência) que portavam matérias sujeitas a controle judicial *ex officio*. Essa afirmação apoia-se na clássica lição de FREDERICO MARQUES, proferida há quase meio século: “as espécies catalogadas no citado art. 182 não só não esgotam as figuras das exceções processuais propriamente ditas, como ainda contêm fenômenos processuais que antes se enquadram no conceito de *objeção* que no de *exceção*. [...] o único traço comum entre aquelas formas de defesa processual que vêm enumeradas no art. 182 do Cód. de Proc. Civil é a possibilidade de serem aduzidas antes da contestação. [...] Nenhuma das exceções enumeradas no citado art. 182 contém caracteres inequívocos e absolutos de verdadeira exceção. [...] Só a incompetência relativa, portanto, é na verdade exceção processual em sentido estrito” (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 134-135). Em sentido similar, muito antes, PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 229).

de vista terminológico justificam-se as *exceções rituais*, que rigorosamente não se apresentam como exceções em sentido próprio.<sup>37</sup>

Esse breve panorama introdutório avaliza a ponderação dos estudiosos espanhóis MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR<sup>38</sup> no sentido de que o termo *exceção* “acabou por não significar nada, ao pretender significar tudo”. VITTORIO DENTI pontua, com indignação, que “não existe outra matéria na qual reine maior incerteza de enunciações”.<sup>39</sup> Outro italiano, VITTORIO COLESANTI, considera que “as investigações em torno da exceção mostram uma série ininterrupta de mal-entendidos”.<sup>40</sup> Entre nós, FREDERICO MARQUES também faz coro a essa constatação: “o conceito de exceção é um dos mais equívocos e controvertidos da ciência do direito”.<sup>41</sup>

Parece-nos que essa confusão conceitual e terminológica decorre de heranças históricas da evolução do instituto, o que nos instiga a investigar (ainda que brevemente) essas raízes.

### 7.3 Influências históricas no conceito moderno e polissêmico de exceção

O conceito moderno de *exceção* (em qualquer de suas várias acepções) carrega diversos traços do conceito romano de *exceptio*, mesmo depois de dois milênios de evolução do instituto.<sup>42</sup> É de rigor, portanto, brevíssima incursão sobre o perfil histórico do instituto, que se inicia no direito romano clássico.

O surgimento da *exceptio* está indissociavelmente ligado ao processo formular, sendo de todo desconhecido no período do processo *per legis actiones*.

Com efeito, o processo formular é considerado decorrência natural da expansão de Roma pela Europa, a qual gerou aumento das transações comerciais nas províncias, envolvendo indivíduos desprovidos de cidadania romana, a quem

<sup>37</sup> Oportuno observar que BARBOSA MOREIRA (A resposta do réu..., cit., p. 254) constatou, pouco depois do advento do CPC de 1973, que “no sistema do Código de 1973 o conceito de exceção não atingiu sua pureza total, abrangendo não só matérias somente apreciáveis mediante provocação da parte, mas também matérias das quais toca ao órgão judicial tomar conhecimento *ex officio*”.

<sup>38</sup> *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 208-209, por nós já traduzido.

<sup>39</sup> *Eccezione...*, cit., p. 64, por nós já traduzido.

<sup>40</sup> Entico Tullio Liebman e la dottrina dell'azione e dell'eccezione, *Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro*, p. 20, por nós já traduzido.

<sup>41</sup> *Instituições...*, cit., v. 3, p. 132.

<sup>42</sup> ANNA LASSO (*Le eccezione in senso sostanziale*, p. 12) pôs em destaque justamente que: “[o]ggi, il compito di provvedere ad un’ordinata sistematizzazione degli strumenti difensivi è reso arduo dalle imprecisione terminologiche, dalla tendenza a formulare enunciazioni ambigue, dalla propensione a rimanere ancorati ad una pluralità di criteri distinti e classificatori, in virtù di un *doveroso omaggio alla tradizione romanistica*” (grifo nosso).



não socorria o *ius civile* e o processo *per legis actiones* nele baseado.<sup>43</sup> Com isso, provocou-se o exercício do poder criativo dos pretores, que passaram a desenvolver mecanismos processuais alternativos às *legis actiones*, menos formalistas e mais ágeis.

Colhe-se das Institutas de Gaio (4.103-109) que a completa legalização do processo formular foi operada pela *lex Julia privatorum*, a partir da qual se delineou definitivamente a dicotomia entre o *iudicium legitimum* (que era o processo instaurado entre cidadãos romanos, em Roma ou em até uma milha de distância, regido pelo *ius civile*) e o *iudicium imperio continens* (ou seja, o processo instaurado com base no *ius honorarium*, fora das condições antes referidas, no qual o pretor tinha liberdade para conceder *actiones in factum* para dirimir casos concretos não regidos pelo *ius civile* – Gaio, Inst. 4.104).

Assim, chamado a atuar o pretor (que presidia a primeira fase do procedimento, denominada *in iure*), e concedida a *actio* reclamada pelo autor, redigia-se a fórmula, que nada mais era do que a redução escrita do programa processual, identificando-se as partes, o objeto do litígio, a *actio* reclamada pelo autor e concedida pelo pretor e a decisão que cabia ao *iudex privatus* tomar na segunda (e decisiva) fase do procedimento (denominada *apud iudicem*).<sup>44</sup> A fórmula vinha, depois, sacramentada pela *litis contestatio*, que pode ser considerada um acordo de vontades, pelo qual as partes delineavam de modo definitivo o objeto do litígio e obrigavam-se a acatar a decisão que o *iudex* nomeado proferisse.

Segundo Gaio (Inst. 4.39 a 4.48), a fórmula poderia conter até quatro partes principais: *intentio* (que trazia a indicação da relação jurídica substancial que constituía base do litígio), *demonstratio* (aplicável apenas aos raros casos em que se admitia *intentio* incerta), *adiudicatio* (que tinha lugar quando havia necessidade de atribuir o bem disputado a alguém, típica em ações de partilha, divisão e demarcação) e *condemnatio* (a qual dava o poder ao pretor em condenar o réu, sempre em pecúnia, ou absolvê-lo).

Além dessas partes reputadas principais, havia eventualmente a necessidade de inserir na fórmula outras, consideradas “adjetas” ou “acidentais”,<sup>45</sup> tais como: a *praescriptio* (que limitava a *intentio* a determinado pedido e causa de pedir para evitar identificação com processos anteriores ou reservar determinadas pretensões para processos futuros, como relata Gaio, Inst. 4.131) e a *exceptio*, que é o que justamente nos interessa aqui.

<sup>43</sup> Cf., entre outros, PUGLIESE (*Istituzioni di diritto romano*, p. 308). A doutrina também identifica na gênese do processo formular a necessidade de um processo mais ágil mesmo entre os cidadãos romanos. ANTONIO PALERMO destaca o papel criativo dos pretores peregrinos, instituídos no início da República (*Studi sulla “exceptio” nel diritto classico*, p. 21 ss).

<sup>44</sup> Cf. CRUZ E TUCCI (*A causa petendi no processo civil*, p. 36-38).

<sup>45</sup> Cf. CRUZ E TUCCI-AZEVEDO (*Lições...*, cit., p. 96-98).

A *exceptio* é instituto de criação pretoriana, podendo constar dos editos,<sup>46</sup> bem como ser criada especialmente para um particular para aplicação em um caso concreto (eram as *exceptiones in factum*, de íntimo paralelismo com as *actiones in factum* –<sup>47-48</sup> Gaio, Inst. 4.118), servindo igualmente para suprir lacunas ou corrigir iniquidades cuja observância estrita do *ius civile* poderia impor ao réu (Gaio, Inst. 4.116). Ou seja, servia como verdadeira “exceção” (no sentido vulgar do termo) a regras gerais do *ius civile*.

Inserida entre a *intentio* e a *condemnatio*, a *exceptio*, para grande parte dos autores, trazia uma *condição negativa* em relação a essa última parte da fórmula.<sup>49</sup> Expressiva parcela dos romanistas também concorda que a *exceptio* suscitava um obstáculo ao direito do autor, sem negar-lhe propriamente a existência,<sup>50</sup> por meio de um *direito autônomo* do réu.<sup>51</sup> Ou seja, tratar-se-ia de uma defesa *indireta*,<sup>52</sup> cujo acolhimento impunha a absolvição do réu. A *exceptio* impunha ao *iudex* uma dupla operação mental, de tal modo que só poderia condenar o réu se reconhecesse válido o que afirmava o autor e inválido o que alegava o réu.<sup>53</sup> Con-

<sup>46</sup> A doutrina reconhece igualmente *exceptiones* fundadas em lei ou *senatusconsulto*, mas sempre na órbita do *ius honorarium* (v. g., LUZZATTO, *Eccezione* (diritto romano). *Enciclopedia del diritto*, v. 14, p. 136).

<sup>47</sup> FELICIA ESCOBEDO (*L'eccezione...*, cit., p. 31) afirma que “la creazione di una (*actio*) viene seguita di pari passo dalla formulazione delle seconde (*exceptiones*)”.

<sup>48</sup> Com a unificação da instância, no período da *extraordinaria cognitio*, o paralelismo entre *actio* e *exceptio* se acentua ainda mais, sendo afirmado em várias passagens do Digesto. A propósito, Ulpiano (D. 44, 1, 1) sustenta que “se considera que exercita ação também ao que usa da exceção, porque o réu é autor na exceção”. Em outra passagem (D. 50, 17, 156, 1), o mesmo jurisconsulto reafirma de modo ainda mais claro esse paralelismo: “a quem se dá a ação, compete também a exceção” (traduções nossas). ANTONIO PALERMO (*Studi sulla “exceptio”...*, cit., p. 98) chega a asseverar que no fim do primeiro século do Império teria havido uma assimilação do conceito de *exceptio* pelo de *actio*. Contrariamente, há passo do jurisconsulto Paulo (D. 50, 16, 8, 1) no sentido de que “na palavra ação não se compreende a exceção”. Não obstante essa polêmica, é absolutamente assente que o *excipiente* sempre assumiu a posição do autor no que toca ao *onus probatório* da exceção, o que é reafirmado por Ulpiano (D. 22, 3, 19, pr).

<sup>49</sup> Cf. FRITZ SCHULZ (*Derecho romano clásico*, tradução de José Santa Cruz Teigeiro, p. 48) e CARLO CANNATA (*Eccezione* (diritto romano), *Novissimo digesto italiano*, v. 6, p. 346). Já para ANTONIO PALERMO (*Studi sulla “exceptio”...*, cit., p. 92), nem sempre a *exceptio* constituía uma condição negativa. Poder-se-ia falar em condição negativa quando, por exemplo, o réu invocasse uma questão que tornasse inválido o negócio sobre o qual se funda a *actio* ou um direito maior que o do autor (e. g., um direito real de usufruto em face da *rei vindicatio*). Todavia, quando se tratava amplamente de considerar um interesse não protegido pelo *ius civile*, em muitos casos a *condição* imposta pela *exceptio* não era necessariamente negativa.

<sup>50</sup> A propósito, entre os autores italianos, PUGLIESE (*Istituzioni...*, cit., p. 323-324), e entre nós, ALEXANDRE CORREIA e GAETANO SCIASCIA (*Diritto romano*, v. 1, p. 100).

<sup>51</sup> Assim leciona KASER (*Diritto privato romano*, p. 58). Contra, CHIOVENDA (Sulla “eccezione”, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 149) afirma que a *exceptio* clássica não se identificava com “um diritto del convenuto d’impugnare l’azione”, pois em seu modo de ver esta ideia “non poteva sorgere se non più tardi quando, scomparsa ogni distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*, restò con un significato affatto nuovo la contraposizione fra circostanze che agiscono *ipso iure* o *ope exceptionis*, non più fondata sulle particolarità d’un ordinamento ormai oltrepassato, ma sull’intimo rapporto tra i fatti molteplici che hanno importanza per la nascita o l’estinzione di un diritto”.

<sup>52</sup> Desse modo também entendeu ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni di diritto romano*, p. 131).

<sup>53</sup> Assim leciona PUGLIESE (*Istituzioni...*, cit., p. 324), que ainda afirma que a alegação do réu normalmente era negativa (e do autor, positiva), podendo também ocorrer o contrário.

forme ainda atesta Gaio (Inst. 4.126-129), inserida na fórmula a *exceptio*, podia o autor também excepcioná-la, por meio da *replicatio*;<sup>54</sup> dando ensejo a nova *exceptio* do réu contra ela dirigida (chamada *duplicatio*) e subsequentemente a outra *exceptio* do mesmo autor (denominada *triplicatio*).<sup>55</sup>

Gaio (Inst. 4.116a e 4.116b) fornece dois exemplos de *exceptiones* admitidas no processo formular. A primeira – a *exceptio doli* –<sup>56</sup> acudia, por exemplo, ao réu que havia se comprometido a tomar um empréstimo do autor, mas não chegou a receber o objeto do mútuo e, mesmo assim, via-se acionado a devolvê-lo. A segunda – *exceptio pacti conventi* – poderia ser invocada pelo réu nos casos em que havia combinado com o autor que determinada dívida não seria cobrada em juízo, mas o foi. Além dessas espécies de *exceptiones*, os romanistas identificam nas fontes uma infinidade de outros exemplos, como a *exceptio metus* (de coação), a *exceptio non adimpleti contractus* e a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deducta*, entre outras que ainda têm expressão para a cultura jurídica moderna.

Feito esse brevíssimo retrospecto, delineiam-se dois marcantes contornos originais das *exceptiones*, que ainda ecoam na ciência moderna.

O primeiro diz respeito à *necessidade de que fossem invocadas pelo réu*. Tomando-se como exemplo a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deducta*, a existência de um prévio processo idêntico (*de eadem re*) só poderia gerar algum efeito por provocação do réu (*ope exceptionis*), pois não era possível nem ao pretor nem ao *iudex* conhecê-la de ofício. Embora a doutrina tenha apontado situações específicas em que a *exceptio* poderia operar independentemente de alegação da parte,<sup>57</sup> essa característica permaneceu arraigada no sistema, mesmo após o fim da *ordo iudiciorum privatorum*, repercutindo até o período justinianeu, que continuava distinguindo (ainda que sob critérios distintos) matérias de defesa cognoscíveis de ofício (que agiam *ipso iure*) e outras que careciam de provocação da parte (*ope exceptionis*).<sup>58</sup>

O segundo concerne à *preclusão* do direito do réu suscitar a *exceptio* caso superada a fase *in iure*.<sup>59</sup> Afinal, a *exceptio* era parte adjeta da fórmula, e a sua ausência impedia o *iudex* de conhecê-la de ofício (já que a esse só era possível julgar de acordo com a fórmula). Apenas no caso das *exceções peremptórias* é que se cogitaria de uma alegação tardia por parte do réu, por meio da *restitutio in integrum*.<sup>60</sup> O advento do processo da *cognitio extraordinária* produziu alteração sensível nesse terreno, com o alongamento do momento de apresentação das *exceções peremptórias* até a sentença final,<sup>61</sup> ao passo que no direito justinianeu essa janela incluía o grau de apelo.<sup>62</sup>

De qualquer modo, essas características da *exceptio* do direito romano clássico estavam intrinsecamente atreladas à dualidade de juízos (fundados no *ius civile* e no *ius honorarium*), de modo que se deve dar razão aos romanistas que entendem que a criação da *exceptio* no período clássico deu-se por razões puramente pragmáticas,<sup>63</sup> que desapareceram com a supressão do processo formular.

Veja-se também que havia casos em que a *exceptio* não se destinava à mera absolvição do réu, mas dava ensejo à condenação do autor ao pagamento de quantia. O romanista ARANGIO-RUIZ<sup>64</sup> lembra o caso da *exceptio doli* oposta à *rei vindicatio*, cujo acolhimento impunha ao autor o dever de devolver ao réu a soma em dinheiro paga pela coisa objeto da disputa. De outra parte, FRITZ SCHULZ registra ainda que havia outras *condições negativas* oponíveis à *condemnatio* que nunca foram chamadas de *exceptiones*, chegando à conclusão de que existiria “impossibilidade de dar uma definição lógica de *exceptio*”.<sup>65</sup>

Mesmo que deixadas de lado, por ora, as dúvidas se a *exceptio* do direito romano clássico traria matéria *direta* ou *indireta* de defesa, há ainda outro aspecto que revela a herança que a doutrina moderna ainda carrega nesse campo de

<sup>54</sup> ESCOBEDO (*Eccezione in senso sostanziale*, p. 18-19) sustenta categoricamente, com base nas fontes, que a *replicatio* é a *exceptio* do autor dirigida à *exceptio* oposta pelo réu à *actio*.

<sup>55</sup> Consta que esse encadeamento de *exceptiones* deveu-se ao aumento da complexidade da vida negocial (CRUZ E TUCCI-AZEVEDO, *Lições...*, cit., p. 98), havendo autores que entendem que não havia limitação da *triplicatio* (v. g., HUGO ALSINA, *Defensas y excepciones. Scritti giuridici in onore di Enrico Redenti*, v. 1, p. 83).

<sup>56</sup> KASER (*Direito privado romano*, p. 59) reputa que essa era a mais importante *exceptio*, pela qual o réu poderia invocar o dolo de seu adversário tanto na celebração do negócio jurídico que constituía a base da *actio* (*dolus factum sit*), como ainda o seu dolo na própria propositura da *actio* (*dolus neque fiat*).

<sup>57</sup> Apenas muito excepcionalmente, se admitia a atuação oficiosa, como na *exceção de exercício ilícito de direito* (KASER, *Direito privado romano*, p. 202). Outro exemplo apontado é o da exceção fundada na boa-fé, oposta a uma *actio* igualmente baseada (assim, LUZZATTO, *Eccezione* (diritto romano), cit., p. 138, CANNATA *Eccezione* (diritto romano), cit., p. 347, e ESCOBEDO, *Le eccezione in senso sostanziale*, p. 6-7).

<sup>58</sup> Assim leciona CHIOVENDA (*Principii...*, cit., p. 270).

<sup>59</sup> Nesse sentido, ANTONIO PALERMO (*Studi sulla “exceptio”...*, cit., p. 87) e BOLAFFI (*Le eccezioni...*, cit., p. 50), entre outros.

<sup>60</sup> Gaio (Inst. 4.125) afirma que a omissão do réu em inserir na fórmula a *exceptio* deixaria aberta a porta, apenas, para a *restitutio in integrum*, mas apenas se provasse circunstância que impediu a alegação oportuna da *exceptio* (assim leciona CANNATA, *Eccezione* (diritto romano), cit., p. 347).

<sup>61</sup> Conforme referido por CANNATA (*Eccezione* (diritto romano), cit., p. 349).

<sup>62</sup> No resgate das fontes romanas, havido na Baixa Idade Média, esse aspecto atinente à preclusividade ou não do direito de invocar exceções despertou em particular a atenção dos glosadores e comentadores, que se propuseram a separar as matérias de defesa que poderiam ser conhecidas de ofício a qualquer tempo (porque operavam por força de lei) daquelas que exigiam provocação tempestiva da parte sob pena de preclusão (porque só podiam operar com base na vontade do réu (a propósito, VITTORIO COLESANTI (*Eccezione* (diritto processuale civile), *Enciclopedia del diritto*, v. 14, p. 175-177). A doutrina reconhece que essa distinção utilizou critérios totalmente diversos daqueles empregados pelo direito romano clássico, resultando nas expressões *exceptio facti* e *exceptio iuris*, para, respectivamente, definirem os aludidos fenômenos (Para ampla pesquisa a respeito, confira-se CHIOVENDA (*Principii...*, cit., p. 272), ESCOBEDO (*Eccezione...*, p. 26-27), BOLAFFI (*Le eccezioni...*, cit., p. 65-77) e CORFESI (*Eccezione* (dir. interm.), cit., p. 145-146).

<sup>63</sup> Como LUZZATTO (*Eccezione* (diritto romano), cit., p. 137).

<sup>64</sup> *Istituzioni di diritto romano*, p. 132.

<sup>65</sup> *Derecho romano clásico*, p. 49, tradução nossa.

estudo. Do mesmo modo que ocorria em relação ao conceito romano de *actio*,<sup>66</sup> também no tocante ao de *exceptio* era marcante a ausência de distinção entre os planos do direito material e do direito processual. Aqui é que se acha, a nosso ver, a mais profunda raiz da subsistência da utilização do termo *exceção* tanto para matérias de direito substancial como processual.

Mas isso não é tudo. Há ainda um último dado histórico relativo ao processo romano que, segundo entendemos, igualmente deixou marcas profundas nos estudos dos processualistas contemporâneos e na terminologia por eles empregada.

Alguns autores afirmam que o processo da *extraordinaria cognitio* continuou a manejar o conceito de *exceptio*, mas numa acepção diversa, em razão da supressão tanto da fórmula quanto da bipartição da instância,<sup>67</sup> confundindo-se com o direito de defesa do réu geralmente considerado<sup>68</sup> (que podia ser alegada independentemente de “autorização prévia” do magistrado). Esse amplo conceito de *exceptio* foi transmitido ao direito justinianeu e aparentemente exerce influência em época contemporânea, em que se admite *exceção* como sinônimo de *defesa*, genericamente considerada.

A evolução do conceito de exceção durante a Idade Média<sup>69</sup> (especialmente no direito canônico) também contribuiu com alguns outros ingredientes para dar-

<sup>66</sup> Segundo KASER (*Direito privado romano*, p. 57), o conceito de *actio* “oscila entre o conceito jurídico-processual de *ação* e o conceito jurídico-privado de *pretensão*, isto é, do direito (privado) que se pode fazer valer por via processual. [...] Pelo facto de este conceito central de *actio* pertencer simultaneamente ao direito privado e ao direito processual, compreende-se porque o direito ‘formal’ (*direito processual*) e o direito material (*direito privado*) constituíam para os romanos, em todas as etapas de sua evolução jurídica, uma *unidade* mais forte do que constituem hoje em dia”. Daí, adiante, conclui que “[e]sta *unidade* do Direito Privado e Direito Processual é também *interna*, sendo comum a ambas as áreas do direito certos conceitos fundamentais de Direito Romano, sobretudo o conceito central de *actio* e também o de *exceptio*” (*Direito privado romano*, p. 429, grifos, todos, do original).

<sup>67</sup> Parece-nos ter ocorrido aqui fenômeno similar ao da *litis contestatio*, visto que o processo da *extraordinaria cognitio* manteve essa mesma denominação empregada no período formular para um instituto completamente diferente. Segundo leciona MOREIRA ALVES (*Direito romano*, v. 1, p. 247), a *litis contestatio* do período da *extraordinaria cognitio* não mais possuía o efeito novatório ou consumativo que o processo formular lhe atribuía, e reduziu-se, tão somente, a um momento processual posterior à *narratio* (exposição inicial das razões do autor) e à *contradictio* (exposição das razões do réu). Nesse sentido, veja-se também CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 45).

<sup>68</sup> Assim entendem, na doutrina estrangeira, KASER (*Direito privado romano*, p. 467), SCHULZ (*Derecho romano clásico*, p. 51), CANNATA (*Eccezione (diritto romano)*, cit., p. 347) e BOLAFFI (*Le eccezioni...*, cit., p. 54); entre nós, CRUZ E TUCCI-AZEVEDO (*Lições...*, cit., p. 146). Diferentemente, FELÍCIA ESCOBEDO (*Le eccezione in senso sostanziale*, p. 3) insiste que se perdeu o critério formal-processual que identificava a *exceptio*, mas persistiu o seu caráter substancial, de defesa indireta. A mesma ideia é defendida por ALSINA (*Defensas y excepciones, Scritti giuridici in onore di Enrico Redenti*, v. 1, p. 85).

<sup>69</sup> Podemos descartar, de plano, qualquer influência do processo civil *puro* praticado pelos povos bárbaros na Alta Idade Média, pois sua conformação impedia que se falasse de exceções, nem mesmo num conceito minimamente similar ao do direito romano. O processo germânico se desenvolvia perante autoridade judiciária quase totalmente passiva, a quem cabia apenas determinar, com base em regras formais e místicas preestabelecidas, a quem incumbiria o ônus da prova e quais meios *tarifados* seriam produzidos (A propósito, confira-se CHIOVENDA (*L'idea romana nel processo civile moderno, Saggi ...*, cit., v. 3, p. 91; Romanesimo e germanesimo nel processo civile, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 199, e Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi

lhe as feições que hoje ostenta. De fato, a divisão do procedimento “ordinário” (*ordo solennis*) em fases estanques e preclusivas (denominadas *stadia*),<sup>70</sup> encerradas cada qual por sentenças apeláveis em separado, estava intimamente ligada à dedução das *exceções*, as quais se sujeitavam a uma ordem predeterminada: primeiro deviam ser alegadas as *exceções dilatórias* para, somente depois, serem opostas as *peremptórias*, juntamente com a contestação propriamente dita. O desrespeito desta ordem implicava preclusão quanto às dilatórias, ficando a salvo apenas aquelas que eventualmente tivessem sido descobertas depois.<sup>71</sup>

Essas características romano-canônicas da *exceptio* repercutem de modo marcante nas Ordenações do Reino Português,<sup>72</sup> que separavam a “negação do libelo”<sup>73</sup> das exceções, classificando essas vítimas entre *dilatórias* (Ord. Af., 3.54; Ord. Man., 3.15.9 e 3.37, e Ord. Fil., 3.49) e *peremptórias*<sup>74</sup> (Ord. Af., 3.55; Ord. Man., 3.38). Ou seja, fica clara a concepção de que as *exceções* tinham o caráter de defesa *indireta*.<sup>75</sup>

civili moderni, *Saggi...*, cit., v. 3, p. 106); e GIUSEPPE SALVIOLI (*Storia del diritto italiano*, p. 751-752). Os meios de provas normalmente consistiam em ordálias (ou os chamados juízos de Deus), duelos e testemunhos. Deste modo, a contestação do réu se limitava simplesmente a um juramento (Cf. BRUNNER-SCHWERIN, *Historia del derecho germánico*, cit., p. 25).

<sup>70</sup> A propósito, na doutrina estrangeira, EICHMANN (*Manual de derecho eclesiástico*, tradução de Gómez Piñán, v. 2, p. 342), BALBI (*La decadenza nel processo di cognizione*, p. 159) e CHIOVENDA (Sulla influenza delle idee romane, *Saggi...*, v. 3, cit., p. 115); e na doutrina pátria, MOACYR LOBO DA COSTA (O agravo no direito lusitano, *Estudos de história do processo*, p. 138) e PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, p. 112). O processo germânico já era dividido em duas fases principais: a probatória (em que se determinava a quem caberiam o ônus da prova e os meios destinados à parte para dele se desincumbir) e aquela em que a autoridade limitava-se a extrair o resultado do litígio a partir do resultado da prova (a respeito, CHIOVENDA, Sulla influenza delle idee romane, *Saggi...*, cit., v. 3, p. 106, e BUZAD, *Do agravo de petição*, p. 21). Como pontua ALVARO DE OLIVEIRA (*Do formalismo no processo civil*, p. 25), o direito canônico adotou essa divisão do processo em fases estanques, mas o fez de modo tecnicamente mais refinado, sobretudo por ter sido fortemente influenciado pelo direito romano, em particular no tocante ao regime das exceções.

<sup>71</sup> A propósito, confira-se, v. g., HUGO ALSINA (*Defensas y excepciones, Scritti giuridici in onore di Enrico Redenti*, v. 1, p. 90).

<sup>72</sup> As Ordenações do Reino Português (as Afonsinas, de 1446, as Manuelinas, de 1521, e as Filipinas, de 1603) são, como bem se sabe, retrato do direito comum, trazendo, por isso, marcante influência do direito germânico, canônico e sobretudo dos monumentos legislativos justinianeu, resgatados e estudados na Baixa Idade Média nas primeiras universidades europeias.

<sup>73</sup> Essa negativa podia ser geral (Ord. Af., 3.57.1 e 3.57.2; Ord. Man., 3.39; e Ord. Fil., 3.51).

<sup>74</sup> As exceções *peremptórias* são enunciadas (Ord. Af., 3.54.pr e 3.55.pr, 1 e 2; Ord. Man., 3.38; e Ord. Fil., 3.50) abrangendo matérias de rito (como coisa julgada e litispendência) e de fundo (como novação, compensação, transação, prescrição etc.) de forma exemplificativa, como se extrai das Manuelinas (3.55.1), que deixam aberto o conceito para incluir “[...] qualquer outra ação famosa, e bem assim quaisquer outras que concluem o autor não ter ação para demandar”.

<sup>75</sup> Como anota ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 21), (Código a distinção entre defesa direta e indireta, feita de modo textual pelas Ordenações do Reino Português, influenciou claramente o CPC português, cujo art. 487.2: reza que “[o] réu defende-se por impugnação quando contradiz os factos articulados na petição ou quando afirma que esse factos não podem produzir o efeito jurídico pretendido pelo autor; defende-se por exceção quando alega factos que obstam à apreciação do mérito da ação, ou que, servindo de causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito invocado pelo autor, determinam a improcedência total do pedido”. Como se verá adiante (item 7.3, *infra*), a nossa legislação reduziu gradativamente o campo de aplicação das exceções, a

Tal como no processo canônico, primeiramente, deveriam ser suscitadas as exceções dilatórias<sup>76</sup> (segundo a ordem prescrita, sob pena de preclusão)<sup>77</sup> e, só depois, as peremptórias, que poderiam ser alegadas mesmo depois da contestação propriamente dita.<sup>78</sup>

Em que pese a ausência de preclusão quanto ao poder do réu em alegar as peremptórias, não se outorgava poder ao juiz de conhecê-las de ofício, sem provocação da parte.<sup>79</sup>

ponto de ter desaparecido qualquer correlação desse instituto com as defesas de mérito, que são todas relegadas à contestação, sem nenhuma distinção. A única menção a respeito feita pela lei processual brasileira, acerca da diferença entre fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor, é aquela relativa à distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333).

<sup>76</sup> Perceba-se que entre as exceções dilatórias, há matérias cujo acolhimento importava na extinção do processo, por exemplo, a exceção “contra a pessoa do autor” (*rectius*, ilegitimidade). Ou seja, a dicotomia não mais se prendia (como no direito romano) tanto ao efeito do acolhimento da exceção, mas muito mais à preclusão ou não do direito de alegação por parte do excipiente.

<sup>77</sup> A ordem prescrita, sob pena de preclusão, para as dilatórias pelas Afonsinas era: (a) a exceção com respeito à pessoa do juiz (impedimento e suspeição); (b) quanto a sua “jurisdição” (competência) e (c) a dilatória de “paga”. Nas Manuelinas e Filipinas, essa sequência era um pouco diversa: (a) exceção contra a pessoa do autor (ilegitimidade); (b) contra a pessoa do procurador do autor (falta de poderes suficientes); (c) contra a pessoa do juiz (suspeição e impedimento); (d) contra a “jurisdição” do juiz (incompetência, em especial *ratione personae*); (e) por fim, “espaço na demanda”, ou “espaço na dívida” (falta de implemento da condição, ou não vencimento da dívida). A preclusão decorrente da inversão da ordem estava prescrita nas Manuelinas (3.37), mas não veio repetida pelas Filipinas (exceto a suspeição do juiz, que deveria ser ventilada antes das demais – 3.49.1), que facultavam alegação de todas as dilatórias conjuntamente, antes da contestação da lide, independentemente de ordem (3.49.2).

<sup>78</sup> As Manuelinas previam em 3.38.1 que as peremptórias deveriam ser apresentadas antes da contestação, sob pena de não se poder fazer depois. Todavia, adiante se encontra a ressalva de que, se a peremptória fosse “de tal natureza, que anulasse todo o processo”, poder-se-ia alegar a qualquer tempo, inclusive após a sentença definitiva. Diversos dispositivos demonstram que as exceções peremptórias eram alegadas pelo réu por meio dos chamados “embargos”, em diversos momentos processuais: antes da contestação (Ord. Af., 3.55.pr e 3.55.4), antes da sentença definitiva (Ord. Af., 3.55.pr, 3.55.2, 3.57.5) e mesmo após a sentença definitiva, mas antes do trânsito em julgado (Ord. Af., 3.55.3, 4 e 6). Os dois primeiros tinham natureza de meio de defesa, e apenas o último mostra caráter recursal, pois visava impugnar decisão judicial. Dependendo da natureza da exceção alegada, os embargos poderiam ter caráter *modificativo* (cujo acolhimento pode não importar na extinção do feito, como a exceção de compensação – Ord. Af., 3.55.4) ou *ofensivo* (contendo as exceções peremptórias propriamente ditas, que, reconhecidas, importavam na extinção da relação processual). As Ordenações não proibiam que o réu repetisse a mesma exceção peremptória, por meio de todos os embargos, ainda que não a tenha provado suficientemente em momento anterior (Ord. Af., 3.55.2) ou mesmo quando ela tenha sido rejeitada. Ressalva deve-se fazer aos embargos opostos após a prolação de sentença definitiva, que, segundo MOACYR LOBO DA COSTA (A origem dos embargos..., *Estudos de história do processo: recursos*, p. 171), só poderiam trazer exceções peremptórias em três circunstâncias: quando superveniente à sentença, quando for de tal natureza que anule todo o processo, ou quando fosse arguida por “cavaleiro da espada dourada”, ou rústico lavrador que morasse em local onde não houvesse letrados com quem se aconselhar (Ord. Af., 3.55.5). Nas Ordenações sucessivas, esse regramento dos embargos permanece e o remédio se ordinariza, consolidando-se como instituto tipicamente lusitano. Ocorre apenas que nas Manuelinas algumas exceções peremptórias tinham o condão de “embargar a contestação” (“sentença, transação e juramento”), e outras não (“prescrição, paga, quitação”, “e bem assim quaisquer outras que concluem o autor não ter ação para demandar”).

<sup>79</sup> De fato, apenas a algumas matérias de defesa podiam ser conhecidos *ex officio*. Nas Ordenações Afonsinas, essas questões foram reunidas sob a denominação “exceções anômalas”, que eram aquelas “de tão grande substância e poderio, que fazem o juízo todo nenhum e bem assim todos os atos que dele procedem”, e cujo acolhimento importava no reconhecimento de que a sentença é “nenhuma por direito”. O Título 56 das Ordenações

De modo geral, as Ordenações Filipinas influenciaram sobremaneira toda a legislação processual brasileira desde então, sobretudo porque, em matéria processual, vigeram com modificações esparsas até o final do século XIX.<sup>80</sup>

Em matéria de exceções, o Regulamento 737 inovou bastante em relação às Ordenações Filipinas e, firme no propósito de simplificação,<sup>81</sup> reduziu em seu art. 74 o rol de exceções a cinco, todas elas de cunho processual (*suspeição*,<sup>82</sup> *incompetência*, *coisa julgada*, *litispêndência* e *ilegitimidade*),<sup>83</sup> relegando à contestação todas as demais (arts. 75 e 77). Foram repetidas as regras de que as exceções deveriam ser opostas antes da contestação (art. 80) e que as exceções relativas ao juiz (*suspeição* e *incompetência*) deveriam ser alegadas em primeiro lugar e obrigatoriamente nessa ordem (art. 76). O texto da lei não dava atenção às exceções substanciais, muito embora se inferisse a sua distinção entre as demais matérias de defesa.<sup>84</sup> A doutrina, porém, continuava a prestigiar a distinção entre exceções

Afonsinas traz rol exemplificativo de exceções anômalas, tais como a exceção de excomunhão que poderia ser alegada contra a pessoa do autor, ou até contra o juiz (3.56.5) e a existência de procurador falso (considerada nulidade de tal ordem grave que impedia que a sentença transitasse em julgado). Compulsando-se o Livro III das Afonsinas, percebe-se que outras matérias podem ser enquadradas em tal categoria, como a regularidade da procuração em geral (3.20.10) e a validade da citação (3.20.15). A categoria das “exceções anômalas” foi suprimida nas Manuelinas e Filipinas, que reclassificaram as matérias para o rol de peremptórias.

<sup>80</sup> Mesmo depois da proclamação da independência, a legislação portuguesa permaneceu vigente, por força da lei baixada pelo Imperador D. Pedro I em 1823. Coube ao chamado Regulamento 737 (editado em 1850, subsequentemente ao Código Comercial) excluir a legislação filipina originalmente para as causas comerciais e, quarenta anos depois de sua promulgação, também para as causas cíveis (por força do Decreto 763, de 1890).

<sup>81</sup> Assim aponta PAULA BAPTISTA, para quem o intuito do legislador com essa novidade foi, sem dúvida, abreviar a duração do processo: “[c]omo o direito do réu pode ter por fim adiar somente o exercício do direito do autor, por não haver este satisfeito certas condições legais; daí veio para a prática a divisão das exceções em peremptórias e dilatórias, cumprindo-nos dizer que, para abreviar as demandas, pode a lei em certos casos mandar alegar as exceções na contestação, para que sejam conjuntamente discutidas, provadas e decididas por uma só e mesma sentença [...]” (*Compêndio...*, cit., p. 86).

<sup>82</sup> Registre-se, por oportuno, que a dicotomia entre suspeição e impedimento remonta ao direito romano, conforme afirmado por AFFONSO FRAGA (*Instituições do processo civil do Brasil*, v. 2, p. 240) com menção a passos do *Corpus iuris civilis* (C. 3, 1, 16, e D. 5, 1, 35-37). Todavia, tanto o Regulamento 737 como o Código de 1939 tratavam ambas as hipóteses conjuntamente sob a denominação única de *suspeição*. Muitos autores afirmavam o acerto dessa unificação (como PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 268, para quem “a distinção entre impedimento e motivos de suspeição é inteiramente destituída de interesse pragmático”). Outros, porém, insistiam na diferenciação das hipóteses (como FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, cit., v. 3, p. 135), que distinguia a suspeição em sentido estrito (que deveria ser alegada pela parte sob pena de preclusão), diferentemente do impedimento (que poderia ser alegado e conhecido a qualquer tempo). Essa segunda corrente triunfou no CPC de 1973 (como se infere dos arts. 134 e 135).

<sup>83</sup> Segundo PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 248), aqui se tratava indistintamente da ilegitimidade *ad causam* (“falta de identidade entre a pessoa do autor ou a do réu e aquela a quem ou contra quem a lei concede a ação”) e da ilegitimidade *ad processum* (“incapacidade do autor para estar em juízo, por si só, ou por outrem, sem as necessárias condições legais” e “falta de citação do representante legal ou do assistente do réu, quando incapaz”).

<sup>84</sup> Como no art. 249, que assim dispunha: “[n]a audiência seguinte à da citação do réu lhe serão assinados dez dias, ou para pagar, ou para dentro deles alegar por via de embargos as exceções, e defesa que lhe assistirem” (destaque nosso).



dilatórias e peremptórias<sup>85</sup> (no esteio, aliás, do art. 75 do Regulamento 737, que insistiu em mantê-la).<sup>86</sup>

Esse panorama em quase nada se alterou nos Códigos estaduais, mormente porque vergaram, em sua maioria, ao peso da tradição, repetindo normas filipinas e do Regulamento 737,<sup>87</sup> distinguindo as matérias reservadas às exceções e à contestação, as quais deveriam ser suscitadas em ordem preclusiva, com suspensão do feito.<sup>88</sup>

O CPC nacional, de 1939, limitou-se a abolir a autonomia da exceção de ilegitimidade e reservou essa matéria para alegação na contestação e solução no despacho saneador (art. 294),<sup>89</sup> mantendo a norma que estabelecia a precedência das exceções em relação à contestação e determinando que as de suspeição e incompetência deveriam suspender o feito (art. 182, *caput* e inciso I). O seu art. 4º aparentava utilizar o termo *exceção* em sentido substancial,<sup>90</sup> e o Código, de um modo geral, não dedicou maior atenção ao assunto.

É inegável que o CPC de 1973 não rompeu com a secular tradição do direito luso-brasileiro, por manter as *exceções rituais*, com a simples modificação de restringi-las ao impedimento e à suspeição do juiz e à incompetência relativa do juízo (art. 304). Foi igualmente mantida a regra de suspensão do processo em razão das exceções rituais (arts. 265, III, 299 e 306) e o Código emprega até hoje o vocábulo *exceção apenas* para designar esses incidentes processuais (arts. 297, 305 etc.).

<sup>85</sup> PEREIRA E SOUZA (*Primeiras linhas...*, cit., p. 100-119) distinguia as exceções dilatórias contra o juiz (impedimento, suspeição e incompetência), partes (legitimidade para o processo e capacidade postulatória) e ação (como libelo inepto, moratória etc.) e as exceções peremptórias em decorrência de direitos extintos (coisa julgada, transação etc.), em razão de direitos anuláveis (erro, dolo, coação etc.) e nulos. PAULA BATISTA (*Compêndio...*, cit., p. 140 ss) também separava as exceções dilatórias e peremptórias, incluindo em cada categoria as cinco modalidades que deveriam ser apresentadas antes da contestação.

<sup>86</sup> "Art. 75. As outras exceções ou dilatórias ou peremptórias constituem matéria de defesa, e serão alegadas na contestação."

<sup>87</sup> Os Códigos de São Paulo e da Bahia costumam ser destacados como os diplomas processuais mais bem acabados da época (como afirma, por exemplo, DINAMARCO, Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, *Enrico Tullio Liebman oggi*, p. 40), mas, no geral, foram redigidos com pobre rigor científico e terminológico (como destaca, por exemplo, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Introdução aos recursos cíveis*, p. 44).

<sup>88</sup> Vide o CPC/DF (arts. 117, 118, 124 e 138 ss); CPC/SP (arts. 225, 228, 246); CPC/MG (arts. 186-188); CPC/RS (arts. 163 ss) e CPC/BA (arts. 102 a 118). Merece destaque, aqui, o Código Judiciário de Santa Catarina, que reduziu o número de exceções a duas apenas (incompetência e suspeição).

<sup>89</sup> Aliás, por essa inovação o Código recebeu críticas da doutrina mais tradicional de então, como de AFFONSO FRAGA (*Instituições do processo civil do Brasil*, v. 2, p. 245, para quem "o atual Cód. de Processo, no afã de modificar pela base as noções que descansam sobre os esforços seculares da sabedoria atinentes à processualística, suprimiu da nomenclatura das exceções a da ilegitimidade das partes").

<sup>90</sup> "Art. 4º O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte." LOPES DA COSTA (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 168) propugnava que esse dispositivo referia-se às exceções substanciais.

Cotejando essa breve retrospectiva histórica do instituto da exceção com o apanhado das definições doutrinárias modernas que se dá ao instituto, verifica-se que o condicionamento histórico dos estudiosos é bem acentuado.

Em certo sentido, essa herança traz inconvenientes, a começar pela própria polissemia do termo *exceção*, o que é altamente indesejável a qualquer ciência.<sup>91</sup>

Ademais, a doutrina não sobrepujou as marcas deixadas pela construção do instituto, que se desenvolveu em um tempo em que não se separavam os planos do direito material e do direito processual, continuando os sistemas modernos impregnados por essa longínqua confusão.<sup>92</sup>

Curiosamente, a evolução do sistema processual civil positivo brasileiro prestigiou a projeção *processual* do instituto, em especial a partir do Regulamento 737 (que estabeleceu que às *exceções rituais* reservam-se questões de ordem processual),<sup>93</sup> movimento esse que foi coroado pelo CPC de 1973 (que excluiu todas as demais menções à exceção substancial do corpo do texto legal).<sup>94</sup>

Igualmente persistem as marcas do passado no desenho das características do instituto, em especial o fato de a exceção ser matéria que não pode ser conhecida *ex officio*, mas sim apenas se alegada pela parte, sob pena de preclusão, bem como se tratar de matéria indireta de defesa.

Restará, a partir de agora, revisar os elementos dogmáticos que dariam suporte a essas construções. Já é possível adiantar que todos os critérios utilizados para explicar esse fenômeno não se justificam do ponto de vista dogmático no ordenamento processual brasileiro atual.

<sup>91</sup> Essa preocupação com o apuro terminológico também nos inspirou em trabalho anterior, a propósito do instituto da preclusão (*Preclusão processual civil*, p. 92-94). E, naquela oportunidade, invocamos a lição de PONTES DE MIRANDA, para quem "[e]m ciências, só se pode desejar a ascensão à precisão matemática. [...] A linguagem vulgar pode chamar 'manga' à fruta, ao vidro do candelabro ou do candeeiro, ao braço do paletó; e dizer que B, no seu passo lento, manga, ou que dele manga A, que é zombeteiro. Em ciência, não" (*Dez anos de pareceres*, v. 8, Parecer nº 211, p. 171).

<sup>92</sup> A propósito das raízes dessa confusão no direito francês e italiano, confira-se SERPA LOPES (*Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, p. 11-15). Algumas legislações nacionais ainda hoje tratam de modo igual as exceções materiais e processuais. Veja-se que o CPC do Chile arrola como "exceções dilatórias" a incompetência, a falta de capacidade do demandante, a litispendência, a inépcia da petição inicial, o benefício de excussão (art. 303). De modo bastante similar, o CPC da nação argentina estabelece em seu art. 347 serem cabíveis as seguintes exceções: incompetência, falta de capacidade, ilegitimidade, defeito da petição inicial, transação, conciliação e renúncia, "defesas temporárias", como o benefício de inventário ou excussão, litispendência e coisa julgada (sendo apenas essas últimas duas matérias cognoscíveis de ofício).

<sup>93</sup> Essa opção do Regulamento 737 em restringir as exceções rituais a matérias de índole meramente processual influenciou da mesma forma o Código de Processo Penal, cujo art. 95 prevê o cabimento das exceções de suspeição, incompetência, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada.

<sup>94</sup> Nesse passo, parece-nos estar coberto de razão CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 464) quando afirma que "o uso do nome e do regime jurídico das exceções do art. 297 justifica-se muito mais por razões históricas, quase uma reminiscência da disciplina mais ampla que lhes dava o Código de Processo Civil de 1939 (arts. 182 a 189) e os diplomas que os antecederam (em especial o regulamento nº 737, art. 74)".



## 7.4 Revisão crítica do conceito de exceção substancial

### 7.4.1 Exceção substancial como alegação de matéria não passível de conhecimento ex officio

O primeiro critério usualmente apontado para caracterizar a exceção substancial concerne ao fato de portar matérias que o juiz não poderia conhecer de ofício, e, portanto, cuja apreciação dependeria necessariamente de alegação do interessado.

Investigar quais matérias (processuais ou materiais) o juiz pode ou não conhecer de ofício é tarefa de manifesta utilidade, pois é precisamente por esse caminho que se define a divisão de papéis entre o juiz e as partes ao longo do procedimento (em função do aumento ou diminuição do ativismo judicial e da relevância e extensão do chamado *princípio dispositivo*) e se desenha importante parte do sistema de preclusões.<sup>95</sup> Consequentemente, também se mostra útil a distinção entre *exceção* e *objeção*, que é válida tanto para o direito material quanto para o direito processual.

Todavia, trata-se essa de tarefa tão útil quanto complicada, não tendo até hoje recebido uma solução satisfatória. Cumpre fazer sucinto exame das tentativas de sistematização realizadas pela doutrina tradicional, todas tendo como base o conceito de exceção substancial.

A análise da obra de CHIOVENDA – que foi um dos primeiros autores a se dedicar ao tema com profundidade – permite afirmar sem hesitação que ele não conseguiu propor um método minimamente seguro para distinguir as situações em que o juiz poderia ou não manifestar-se de ofício sobre determinada matéria de defesa.

O primeiro método que CHIOVENDA utilizou para identificar uma matéria cuja apreciação dependeria de iniciativa da parte seria sua aptidão para constituir objeto de demanda autônoma.<sup>96</sup> Todavia, a própria obra do processualista revela o erro do método empregado, quando reconhece a ampla possibilidade de ajuizamento de demanda declaratória negativa.<sup>97</sup> A segunda tentativa de CHIOVENDA se

<sup>95</sup> Em *Preclusão processual civil*, chegamos à conclusão de que todas as matérias que o juiz pode conhecer de ofício não estão sujeitas à preclusão, de tal sorte que, mesmo à falta de recurso contra a solução de determinada questão, pode o juiz revê-la em momento subsequente do procedimento (p. 254-256). Conclusão similar foi extraída, a lume do Código de Processo Civil italiano pós-1990, por CESARE CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio...*, cit., p. 17). ORLANI (*Eccezione...*, cit., p. 266) destaca que a introdução do regime preclusivo no processo italiano (em 1973, para o processo do trabalho, e em 1990, para todo o sistema) despertou a doutrina para a importância da distinção. Antes, sob o regime de liberdade vigente desde a *Novella* do CPC italiano de 1950, mesmo as exceções em sentido estrito poderiam ser propostas a qualquer tempo, até mesmo em grau recursal, reduzindo a importância da distinção daquelas matérias cognoscíveis de ofício.

<sup>96</sup> *Instituições...*, cit., v. 1, p. 479.

<sup>97</sup> *Instituições...*, cit., v. 1, p. 461-462.

assenta sobre a distinção entre a “ação inexistente” e a “ação ineficaz”, que, além de afinada à sua (ultrapassada) concepção concretista da ação, era bem pouco compreensível, mormente porque construída à base de casuísmos.<sup>98</sup>

Diante de tudo isso, CHIOVENDA<sup>99</sup> foi compelido a reconhecer que “[n]em sempre é fácil estabelecer quando se nos depara uma exceção substancial”, pois, na maior parte das vezes, exige “sutil trabalho de interpretação”.<sup>100</sup> Os processualistas que seguiram os mesmos trilhos do mestre chegaram a resultados igualmente hesitantes.<sup>101</sup>

O palpante tema voltou ao foco na polêmica travada entre CAPPELLETTI e CARNELUTTI, na qual interveio LIEBMAN (conforme relatado no item 7.1, *supra*).

CAPPELLETTI<sup>102</sup> manifestou-se no sentido de que, exceto nos casos expressamente ressaltados em lei, os fatos impeditivos e extintivos são cognoscíveis de ofício, independentemente de afirmação do réu e que, por consequência, o juiz tem o dever de colher a prova necessária a esclarecê-la.

CARNELUTTI publicou texto<sup>103</sup> respondendo ao artigo de CAPPELLETTI baseando sua discordância na seguinte assertiva: “uma vez negado o ônus da exceção imposto à parte, fica excluído todo e qualquer limite ao poder do juiz”. Lastreado nessa premissa, o estudioso afirma que o juiz deveria ignorar o fato impeditivo ou extintivo que não foi alegado, mesmo que o reconhecer provado, prestigiando-se assim o *princípio dispositivo*, o qual se assenta sobre o brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata parium*. Do contrário, ainda segundo CARNELUTTI, o réu teria vantagens sobre o autor (violando-se o princípio do contraditório), além

<sup>98</sup> CHIOVENDA, como se sabe, era profundo conhecedor da doutrina alemã, na qual essa distinção entre a ação, pretensão e direito inexistente e ineficaz mostra-se tema merecedor de constante atenção. Para uma referência nacional a respeito, confira-se a obra de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. 6, p. 4-25), a qual, embora direcionada à análise do fenômeno na órbita do direito material, noticia a posição da doutrina tedesca a respeito. Aliás, bem aqui se vislumbra a confusão desse critério de caracterização da exceção, pois, ora se entende que ela pode ser direcionada contra o direito, ora contra a pretensão, ora se afirma que exceção, direito e pretensão podem nascer concomitantemente, ora não. No fim, qualquer raciocínio realizado nessa seara parece-nos fadado a não trazer nada de útil para operação dos institutos no campo processual.

<sup>99</sup> *Instituições...*, cit., v. 1, p. 477.

<sup>100</sup> ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 200) também usou o adjetivo “sutil” para qualificar essa investigação. FELICIA ESCOBEDO (*Eccezione...*, cit., p. 38) afirma que “è necessario, caso per caso, valendoci, sia dei principii generali del diritto, sia delle norme particolari del diritto positivo regolante quel determinato rapporto, indagarsi se trattasi di una eccezione che ha solo il potere di esercitare il convenuto, o di una negazione de diritto”.

<sup>101</sup> Seguindo exatamente o método de CHIOVENDA, manifestaram-se FELICIA ESCOBEDO (*Eccezione...*, cit., p. 38 ss), ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 31) e SÉRGIO COSTA (*Eccezione, Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 259 ss, e *Eccezione, Novissimo digesto italiano*, v. 6, p. 349 ss). MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 92) coloca a questão em termos de matérias que operam automática e não automaticamente, e que esse segundo grupo se refere às matérias que podem ser objeto de demanda autônoma, como a resolução contratual por inadimplemento e os vícios de consentimento que implicam anulabilidade. O critério da “automaticidade” revela-se mera “releitura” da distinção entre “ação inexistente” e “ação ineficaz”, mostrando-se tão frágil quanto.

<sup>102</sup> Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 1611, 1959.

<sup>103</sup> Un lapsus evidente?, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 448-449, 1960.

do que se torna sem sentido a regra de distribuição do ônus da prova.<sup>104</sup> A ideia de CARNELUTTI<sup>105</sup> é a de que o fato de o direito material ter proibido o juiz de agir de ofício em determinados casos não significa que, quando há silêncio, esteja autorizado a fazê-lo.<sup>106</sup> Essa opinião recebeu a adesão de outros doutrinadores.<sup>107</sup> CAPPELLETTI chegou a responder essas críticas em outro texto, em que reafirma suas posições externadas no primeiro ensaio, já referido.<sup>108</sup>

LIEBMAN procurou contribuir para o debate,<sup>109</sup> ponderando as duas posições contrapostas e defendendo tese intermediária. Por um lado, afirmou que o direito material é que revela se certa matéria é cognoscível *ex officio* ou apenas mediante provocação (os exemplos dessa segunda categoria estariam nos arts. 1.242, 1.460, 2.938 e 2.969 do Código Civil italiano, que tratam, respectivamente, da compensação, da *exceptio non adimpleti contractus*, da prescrição e da decadência). Por outro lado, adiante, o mesmo processualista reconhece que, na maioria dos demais casos, o juiz poderia conhecer de ofício de matérias não alegadas, *mas apenas quando as achasse provadas*.<sup>110</sup> Essa posição é também defendida por outros autores.<sup>111</sup>

A par dessas considerações, LIEBMAN se propôs a explicar as razões que levariam a reconhecer possível a apreciação de ofício ou não de determinada matéria, seguindo em linhas gerais o raciocínio de CHIOVENDA,<sup>112</sup> com o seguinte exemplo: se o juiz julga procedente a ação de cobrança de dívida já paga, profere sentença

<sup>104</sup> Fica claro que, nessa afirmação, CARNELUTTI enfoca apenas a ideia insuficiente de *ônus subjetivo da prova*, sem considerar que a prova de um fato pode ser feita por uma parte diversa daquela a quem ela (em tese) aproveitaria. Essa é uma das críticas que LIEBMAN fez a CARNELUTTI quando comentou seu ensaio, no mesmo volume da *Rivista* (Intorno ai rapporti tra azione e eccezione, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 451, 1960).

<sup>105</sup> Eccezione e analisi dell'esperienza, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 648, 1960. Trata-se, este, de um segundo ensaio sobre o tema, que foi dedicado a responder ao texto de LIEBMAN referido.

<sup>106</sup> Todavia, CARNELUTTI não se aprofunda na análise dos casos em que há norma expressa autorizando a apreciação da matéria *ex officio* (como a nulidade do contrato, a teor do art. 1.421 do Código Civil italiano, citado pelo próprio autor).

<sup>107</sup> ALSINA acolhe essa mesma ideia, propugnando que o juiz não poderia conhecer da exceção substancial mesmo que a encontrasse provada (Defensas y excepciones. *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, p. 55). Mais recentemente, na doutrina espanhola, ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (*Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, p. 36).

<sup>108</sup> Eccezione come contraddittorio del convenuto, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 273-274, 1961.

<sup>109</sup> Intorno ai rapporti..., p. 449-452.

<sup>110</sup> Lembre-se que LIEBMAN sempre relutou em aceitar a existência de poderes instrutórios do juiz, haja vista sua concepção de princípio dispositivo e a ideia de que tal iniciativa comprometeria a imparcialidade e neutralidade do juiz. A solução proposta pelo autor, em casos de processos de interesse público, estaria na atuação do Ministério Público na instrução probatória (Fundamento del principio dispositivo, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 554, 1960).

<sup>111</sup> Como RENZO BOLAFFI (*Le eccezioni...*, cit., p. 43).

<sup>112</sup> "A sentença que manda o réu pagar um débito já satisfeito é uma sentença injusta, ainda que o juiz tenha ignorado que o pagamento tinha ocorrido. Ao contrário, a sentença que condena a pagar um débito contra o qual teria sido possível opor a prescrição, mas ela não foi oposta, não é injusta, ainda que o juiz tenha verificado o transcurso do prazo prescricional" (Sulla "eccezione", *Saggi...*, cit., p. 153, por nós já traduzido).

*injusta*; mas, se a mesma dívida estava prescrita, a sentença seria *justa*.<sup>113</sup> Esse raciocínio é bem comum na doutrina.<sup>114</sup>

Todavia, parece-nos que a investigação baseada na *justiça* da decisão jurisdicional é inaceitável. A questão, aqui, não é de *justiça*, mas de *legalidade*,<sup>115</sup> a qual se resolve com base na *opção legislativa*<sup>116</sup> consistente em dar maior ou menor poder ao juiz<sup>117</sup> (isto é, autorizando-lhe conhecer de dada questão de ofício ou não).

<sup>113</sup> Intorno ai rapporti..., p. 451.

<sup>114</sup> Nesse sentido, e. g., o italiano COLESANTI (Eccezione..., cit., p. 195) e o brasileiro CALMON DE PASSOS (Exceção – II, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 34, p. 358), que ilustra seu pensamento com o seguinte exemplo: (a) se o autor reclama crédito de 100 e o réu tem contra ele crédito de 70, mas não o alega, o juiz julga procedente pelos 100 e profere uma sentença justa; (b) se o autor reclama crédito de 100 e o réu já pagou 70, mas não o alega, o juiz julga procedente pelos 100 e profere uma sentença injusta. Por isso entende que no primeiro caso tem-se matéria de exceção e no segundo, de objeção. ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 31) acolhe a mesma ideia, dando-lhe roupagem um tanto diferente. Para esse processualista, a matéria seria cognoscível de ofício quando fosse "incompatível com o direito do autor". Contrariamente, quando o acolhimento da demanda do autor não for lógica ou juridicamente incompatível com a matéria de defesa, tem-se uma exceção (o exemplo invocado pelo autor é a compensação). Discordamos desse entendimento porque a exceção sempre é incompatível com o direito do autor, é próprio de sua essência produzir, uma vez acolhida, a rejeição da demanda do autor.

<sup>115</sup> CARNELUTTI (Eccezione e analisi dell'esperienza..., cit., p. 648) compreende bem esse aspecto e critica a ideia de LIEBMAN por considerar que "la sentenza, la quale dichiara di ufficio estinto un debito per prescrizione, sia ingiusta, si protra affermare in linea morale, ma sul piano giuridico no; sul piano giuridico, la prescrizione estingue il debito come il pagamento o come la compensazione".

<sup>116</sup> Da análise da doutrina pátria e estrangeira vê-se que não existe consenso se essas normas que estabelecem a possibilidade de iniciativa do juiz ou a necessidade de provocação da parte seriam *materiais* ou *processuais* (pela primeira posição, v. g., SERPA LOPES, *Exceção substancial...*, cit., p. 97 ss, e PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 6, p. 3 ss; pela segunda, v. g., CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza...*, cit., p. 648). A questão, a rigor, não importa muito para os objetivos desta tese e, conforme aguda percepção de HUMBERTO THEODORO JR. (O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual, *Reflexos do Código Civil no direito processual*, FREDIE DIDIER JR. e RODRIGO MAZZEI (Coord.). p. 125), tem reduzida a sua relevância em um ordenamento jurídico (como o brasileiro) em que a competência legislativa em matéria de direito privado é processual civil está conferida à mesma esfera de Poder (no caso, a União, CF, art. 22, I). A despeito disso, tais normas podem ser consideradas *processuais* por estabelecerem a medida do poder de iniciativa judicial, enquadrando-se na clássica definição de COUTURE: "[o] que devemos apreender, em face de cada caso particular, é a essência processual ou não processual da Lei. Se esta, por seu conteúdo, inclina-se a descrever esse tipo tão especial de relação contínua e dinâmica que chamamos processo, revelado por uma noção de marcha que vai desde a petição inicial até a execução; se encontrarmos na Lei essa marca; se acharmos nela a descrição de como se deve realizar ou ordenar o conjunto de atos tendentes a obter uma decisão judicial suscetível de ser executada, coativamente, pelos órgãos do Estado, essa Lei será processual e como Lei processual deverá ser tratada". Essa concepção, contudo, não leva em conta uma perspectiva mais privatista, centrada sobre a análise da *renunciabilidade* de direitos que são objeto do processo, de tal modo que uma solução de consenso seria catalogar tais normas como *heterotópicas*, situando-se justamente no ponto de contato entre *direito material* e *processual*. Reconhecendo essa inter-relação, confira-se GIUSEPPE PANZA (Prescrizione, *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 16, p. 228-231), o qual, embora se refira ao caso particular de prescrição, enuncia lição aplicável a outras modalidades "tradicionais" de exceção substancial.

<sup>117</sup> Nessa linha, FABBRINI (Eccezione di merito..., cit., p. 357) observa que o tema toca um profundo problema de "scelte legislative" e exemplifica com a situação de nulidade do negócio jurídico: "[s]e il giudice può (e deve) rilevare di ufficio la nullità di un contratto – come può e deve fare nel nostro ordinamento a norma ordinamento a norma dell'art.1421 c.c. – ciò significa che l'ordinamento si preoccupa dell'effettivo rispetto dei limiti posti all'autonomia privata". No mesmo sentido, reportando-se à situação particular da prescrição, BIAGIO GRASSO (Prescrizione (dir. priv.), *Enciclopedia del diritto*, v. 35, p. 59).

Veja-se, por exemplo, que o Código Civil estabelece duas categorias de invalidade: a *nulidade* (pronunciável de ofício, CC, art. 168, parágrafo único)<sup>118</sup> e a *anulabilidade* (cuja decretação depende de pedido do interessado, CC, art. 177).

Razões políticas, técnicas ou meramente históricas,<sup>119</sup> próprias de cada sistema, explicam a escolha de classificar um tipo de vício numa ou outra categoria, que se alteram de um país a outro e ao longo do tempo.<sup>120</sup> Revela-se inviável extrair daí uma regra geral que explique as opções legislativas feitas.<sup>121</sup>

Outro emblemático exemplo refere-se à distinção entre prescrição e pagamento.<sup>122</sup> Excluídas as sutilezas de ordem teórica ou terminológica entre os dois fenômenos, em ambos os casos verifica-se a mesma força extintiva manifestada no plano processual,<sup>123</sup> de tal sorte que a demanda que tem por objeto dívida paga será rejeitada por sentença de mérito do mesmo modo que aquela que encerrar pedido sobre dívida prescrita. Apesar de catalogadas em incisos diversos do art. 269 do CPC (I e IV, respectivamente), o efeito dessas duas sentenças é

<sup>118</sup> Estendemos a mesma lógica para as cláusulas “nulas de pleno direito” a que se referem os arts. 51 e 53 do CDC, conforme entende o STJ: “[a]ntes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, que veio definir como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais abusivas (art. 51), era vedado ao juiz declarar de ofício a nulidade não requerida pela parte (art. 128 do CPC)” (REsp 90162/RS, 4ª T., Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 28-5-1996). A locução *pleno direito*, assentada em vetustas raízes históricas, sinaliza que o juiz deve atuar de ofício, como define DE PLÁCIDO E SILVA (*Vocabulário jurídico*, p. 1048): “Pleno iure’ ou pleno direito, no sentido técnico do Direito, quer exprimir, especialmente, tudo o que ocorre judicialmente por determinação legal ou em virtude de princípio jurídico, independentemente da vontade da parte interessada. É, pois, o efeito jurídico produzido *ex vi legis*. Assim é a vontade da lei que impera e a impõe sem que para o resultado jurídico obtido haja intervindo a vontade da pessoa. *Pleno iure*, de pleno direito ou *ope legis*, possuem sentidos equivalentes. E todas as expressões significam o resultado jurídico que surge automaticamente pelo evento do fato jurídico ou motivo indicado em lei, sem que se torne necessário a intervenção da parte ou da autoridade judiciária.”

<sup>119</sup> FABBRINI (*L'eccezione di merito...*, cit., p. 359) questiona que apenas razões históricas poderiam explicar, por exemplo, que, no direito italiano, a novação seja cognoscível de ofício e a compensação dependa de iniciativa da parte se em ambos os casos o efeito é o de extinguir o direito de crédito. A influência de tradições históricas também é apontada por ANNA LASSO (*Le eccezioni...*, cit., p. 85) como importante na definição de matérias cognoscíveis *ex officio* ou que operam *ope exceptiones*.

<sup>120</sup> LIEBMAN, ao anotar a tradução brasileira das *Instituições* de CHIOVENDA (v. 1, nota 7, p. 323), lembrou que a *simulação* era à época considerada causa de anulabilidade do negócio jurídico no direito brasileiro (CC/1916, art. 147, II) e de nulidade no direito italiano (CC, arts. 1.414-1.417). O novo Código Civil brasileiro, contudo, catalogou a simulação como causa de nulidade (CC/2002, art. 167). Acrescente-se a tudo isso o fato de que há zonas cinzentas entre as causas de nulidade e anulabilidade, conforme aponta, com base no direito de seu país, o italiano SARTI (*Diritto processuale civile*, p. 177).

<sup>121</sup> Conclusão também abraçada por FABBRINI (*L'eccezione...*, cit., p. 355).

<sup>122</sup> Comparação posta em relevo por GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 326).

<sup>123</sup> Mesmo a doutrina civilista adota, *cum grano salis*, a distinção entre “extinção do direito”, “da ação” e “da pretensão”. Nesse sentido, ORLANDO GOMES (*Obrigações*, p. 157) afirma que “[a] prescrição é um dos modos de extinção dos créditos. Não interessa indagar se atinge o direito de crédito ou a ação que o assegura, tormentoso problema já examinado. Certo é que a pretensão do credor perde sua virtualidade pelo decurso do tempo fixado na lei. Isso significa que não pode exercê-la, se o devedor se opuser. Extingue-se, por conseguinte, o crédito, porque cessa a responsabilidade (*obligatio*) do devedor”.

exatamente o mesmo, tal como é a imutabilidade da coisa julgada material que sobre elas recai.<sup>124</sup>

Apesar disso, historicamente e em diversos países considera-se a prescrição matéria não passível de decreto *ex officio*,<sup>125</sup> ao passo que o pagamento, não.

E muito menos aceitável é o critério baseado na identificação de quais normas seriam ou não de “ordem pública”, expressão essa tão comum quanto vazia de significado.<sup>126</sup> De fato, o direito positivo jamais se preocupou em rotular normas como de “ordem pública” ou não. Ademais, esse conceito é extremamente vago e impreciso, tendo sido por algumas vezes empregado por regimes ditatoriais para justificar supressão de direitos individuais dos cidadãos.<sup>127</sup> No mais, a doutrina afirma que não haveria coincidência absoluta entre o rol de matérias de “ordem pública” e o elenco de matérias cognoscíveis de ofício, sendo que o segundo abrangeria o primeiro, mas não se esgotaria nele.<sup>128</sup> Ou seja, esse critério é inadmissível.<sup>129</sup>

Nesse passo, não há como concordar com BUONCRISTIANI,<sup>130</sup> para quem a cognoscibilidade de ofício se deveria à natureza do fato, merecendo aplauso a lúcida

<sup>124</sup> Calha citar aqui a precisa síntese de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO: “[a] sentença que extingue o processo com base no artigo 269, IV, do CPC nada tem de particular senão o motivo da desestimação do pedido” (Extinção do processo e mérito da causa, *Ensaio de direito processual*, p. 367). Mesmo DINAMARCO, que há tempos insiste na ideia de que o art. 269 do CPC arrola hipóteses de “falsas sentenças de mérito”, reconhece que “[é] de mérito a sentença que pronuncia a prescrição [...] [s]endo esta um fato extintivo do direito, por força dela o autor já não tem o direito que pudesse ter e, portanto, sua demanda improcede”.

<sup>125</sup> Era esse o tratamento dado à espécie, há bem pouco tempo, pelo nosso direito positivo, ainda que com alguns temperamentos. De fato, antes da Lei 11.280/2006, o Código Civil permitia a cognoscibilidade de ofício em favor de menor (art. 194) e o Código de Processo Civil autorizava a decretação da prescrição de ofício quando versasse sobre direitos não patrimoniais (art. 219, § 5º), ainda que, quanto a esse último caso, sempre houvesse enormes dificuldades em apontar um exemplo, a ponto de DINAMARCO indagar: “[m]as quem será capaz de apontar um direito sem caráter patrimonial, que seja suscetível de prescrição?” (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 400). A solução para o dilema era considerar que o dispositivo permitia apenas o conhecimento *ex officio* da decadência (ainda, DINAMARCO, *idem*, v. 2, p. 94). Essas dúvidas hoje perderam completamente qualquer relevo, embora ainda se possa vislumbrar algum resíduo de utilidade quanto às demais diferenças entre decadência e prescrição, bem apontadas no clássico ensaio de AGNELO AMORIM FILHO (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência, publicado originalmente na *Revista dos Tribunais*, nº 300, p. 7 ss, de 1960, e republicado na edição nº 744, p. 725-750, de 1997), até porque acolhida por nosso direito positivo atual (CC, arts. 189-211).

<sup>126</sup> ORIANI (*Eccezione...*, cit., p. 270) considera esse critério “evanescente” (ou seja, que vai perdendo sua consistência ao longo do tempo até tornar-se completamente inútil).

<sup>127</sup> De fato, o ditador espanhol FRANCO editou em 30-7-1959 a “Ley de Orden Público”, que estipulava julgamentos sumários de atos que se consideravam atentatórios à “ordem pública”. Seguindo o mesmo caminho, a ditadura salvadorenha editou, em 1978, a “Ley de defensa y garantía del orden público”, igualmente com a finalidade de suprimir direitos civis. A versão produzida pela ditadura militar brasileira desse tipo de diploma baseava-se em outro conceito vago, que outorgava amplos poderes ao Estado em detrimento de garantias individuais, qual seja, o de “segurança nacional” (vide arts. 89-91 da Constituição Federal de 1967 e o Decreto-lei 314/1967).

<sup>128</sup> A propósito, confira-se a profunda incursão de MAURÍCIO GIANNICO nesse terreno pantanoso, com apoio nas lições de BARBOSA MOREIRA, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e outros (*A preclusão...*, cit., p. 162-175).

<sup>129</sup> Aqui, acompanhamos a conclusão de ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 30).

<sup>130</sup> *Allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*, p. 109.

constatação de ZANZUCCHI que conclui que essa difícil questão acaba sendo resolvida com base na tradição histórica, doutrinária e jurisprudencial.<sup>131</sup> Em sentido similar, GRASSO considerou que entender a lógica do legislador, em separar as matérias cognoscíveis de ofício e cognoscíveis *ope exceptionis*, “é pesquisa destinada ao insucesso”.<sup>132</sup>

Podemos então sintetizar o cerne do problema à luz de algumas considerações.

Não há nenhuma dúvida a ser resolvida nos casos em que o direito positivo estabelece expressamente a necessidade de iniciativa da parte, como, por exemplo, em nosso sistema vigente, a anulabilidade do negócio jurídico.<sup>133</sup> Da mesma forma, não existe nenhuma dificuldade quanto aos casos em que a lei determina que o juiz aja de ofício<sup>134</sup> (como a prescrição,<sup>135</sup> a decadência<sup>136</sup> e a nulidade do negócio jurídico).<sup>137</sup> Pelas razões acima desenhadas, é improdutivo questionar as razões que levam o legislador a optar por uma ou outra solução.

A incerteza existe quando a lei se omite em exigir iniciativa da parte ou permitir atuação judicial de ofício. É o que acontece na maioria dos casos, em que o direito material simplesmente não se preocupa em dispor se determinada matéria pode ou não ser conhecida de ofício. Esse aspecto não escapou à atenção de ALBERTO DOS REIS:<sup>138</sup> “a dificuldade surge quando a lei não fornece elemento algum para integração do facto numa ou noutra classe [matéria cognoscível *ex officio* e *ope exceptionis*]. O problema reveste então aspecto delicado”.<sup>139</sup>

Como se infere da resenha das opiniões a respeito, as soluções propostas podem ser classificadas em três categorias básicas: (a) a primeira é reconhecer que

<sup>131</sup> *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 200.

<sup>132</sup> *La pronuncia d'ufficio*, p. 268-269 e 326.

<sup>133</sup> Assim reza o art. 177 do Código Civil em vigor: “A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, *nem se pronuncia de ofício*; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade” (destacamos). Anteriormente à Lei 11.280/2006, incluía-se aqui a prescrição em favor do capaz, conforme art. 194, 1ª parte, do CC: “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição [...]”.

<sup>134</sup> Assim entendem CAPPELLETTI (*Eccezione come contraddiritto del convenuto*, cit., p. 269) e FABBRINI (*Eccezione...*, cit., p. 339).

<sup>135</sup> Conforme art. 219, § 5º, do CPC, com redação dada pela Lei 11.280/2006 (“O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”). Mesmo antes dessa modificação legislativa, a legislação reconhecia possível a decretação da prescrição em favor do incapaz (CC, art. 194, parte final, hoje revogado: “[o] juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, *salvo se favorecer a absolutamente incapaz*”, destacamos).

<sup>136</sup> Note-se que o art. 210 determina que “[d]eve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, *quando estabelecida por lei*”, ao passo que a leitura do art. 295, IV, do CPC indica que ele *deve* indeferir a petição inicial se reconhecer a decadência.

<sup>137</sup> O art. 168, *caput*, do CC dispõe: “[a]s nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”, e, sobretudo, seu parágrafo único: “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

<sup>138</sup> *Código...*, cit., v. 3, p. 30.

<sup>139</sup> Colocou o problema sobre essas exatas mesmas bases MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 92).

à falta de menção à necessidade de provocação da parte significa que a matéria é cognoscível de ofício (entendimento de CAPPELLETTI); (b) a segunda, no extremo oposto, é considerar que o juiz *apenas* está autorizado a conhecer de ofício quando houver norma expressa (como entende CARNELUTTI); e (c) a terceira, intermediária, consiste em verificar de modo casuístico em que casos é imprescindível a iniciativa da parte e em que situações é possível o conhecimento *ex officio* (tratamento proposto por CHIOVENDA, LIEBMAN, MANDRIOLI e ALBERTO DOS REIS, entre outros citados ao longo da exposição).

Essa terceira solução se nos apresenta incabível porque não tem bases científicas sólidas e conduz civilistas e processualistas a uma indesejável *tipificação* das exceções,<sup>140</sup> o que, além de incompatível com o atual estágio da ciência processual civil (que já abandonou a tipicidade da ação há décadas), impede o desenvolvimento de uma teoria geral.<sup>141</sup>

A tipicidade das exceções deve se reduzir à sua projeção *terminológica* e encarada como uma reminiscência histórica que repercute no dia a dia forense, facilitando o manejo de determinados institutos<sup>142</sup> (tal como sucede, hoje em dia, quando usamos expressões como “ação pauliana” ou “ação reivindicatória”).<sup>143</sup>

Por essas razões, concluímos que as opções se restringem em considerar que a regra seria a iniciativa do interessado (como CARNELUTTI) ou, no outro extremo, a atuação *ex officio* (como entendeu CAPPELLETTI). Em ambas, torna-se inútil investigar as “modalidades” de exceção à luz do direito material.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> Na doutrina italiana recente, ANNA LASSO (*Le eccezioni...*, cit., p. 69-73) rejeita a criação de um conceito imutável de exceção e propõe uma análise que leve em consideração a “dinamicità dell’ordinamento e del varegiato sistema delle fonti”, com o fim de identificar “modelli di difesa”. Entre nós, há quase meio século, SERPA LOPES (*Exceções substanciais...*, cit., passim) reputava fundamental o estudo das “espécies” de exceção. Recentemente, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., passim) propõe-se a estudar algumas exceções “principais”, separando-as de acordo com os livros do Código Civil de 1916: Parte Geral, Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito das Obrigações e Direitos Reais. Mesmo os autores que criticam a impositação tradicional do conceito de “exceção substancial” não resistem em analisar determinadas “modalidades” (como GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, p. 267 ss). Consideramos de todo errôneo esse método de análise, porquanto privatista e incompleto.

<sup>141</sup> Problema apontado pelos monografistas RENZO BOLAFFI (*Le eccezioni nel diritto sostanziale*, p. 1) e ANNA LASSO (na recentíssima obra *Le eccezione in senso sostanziale*, p. 12).

<sup>142</sup> Em linhas gerais fizeram constatação similar, no direito estrangeiro, COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 92) e, entre nós, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 328-329).

<sup>143</sup> DINAMARCO produziu importante ensaio (intitulado Das ações típicas, e recolhido nos seus *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 324-352) em que expõe que o Código Civil de 1916 “tipicizou” diversas “ações”, pois remonta a uma época em que não estavam suficientemente claras e assentadas as fronteiras entre o direito processual e o direito material. Daí conclui que essas disposições “têm a finalidade específica que as caracteriza e não se poderia jamais pensar no *numerus clausus* de uma enumeração exaustiva, pois isso seria a negação da amplitude a abrangência integral da garantia constitucional da ação” (Idem, p. 327). Adiante completa: “enquanto o desvio é meramente terminológico, não há nada a temer” (Idem, p. 335). Essas lições se aplicam, segundo cremos, de modo idêntico ao campo das matérias de defesa. A exceção substancial só porta um *contradireito* porque foi oposta à demanda do autor; se constituísse objeto de demanda autônoma seria simplesmente um *direito*. E, de todo modo, esse mesmo direito, alegável por uma via autônoma ou como matéria de defesa, merece igual tratamento processual.

<sup>144</sup> Como pontua, com acuidade, GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 324).



Não é ainda o momento de tomar partido diante dessa tormentosa questão, que será enfrentada com maior profundidade no Capítulo 8, *infra*. Por ora, é suficiente assentar a ideia de que, do ponto de vista técnico-processual, não existe diferença entre a posição do réu que suscita questão que dependia de sua provocação em relação àquele que ventila questão passível de ser conhecida de ofício. Em ambos os casos, tem-se uma atuação do réu que produz os mesmos efeitos.

*Haverá diferença apenas no caso de omissão do réu, problema que não guarda relação com a defesa em si considerada, mas sim com a possibilidade de rejeição da demanda do autor independentemente da apresentação da defesa.*<sup>145</sup>

Essa perspicaz constatação foi feita por FABBRINI,<sup>146</sup> que a ilustra com uma metáfora interessantíssima:

se eu estou participando de uma caçada, o meu fuzil não se torna mais ou menos idôneo a abater a presa se o meu companheiro está ou não igualmente armado; se ele estiver armado, e eu não disparar, poderá ser ele a acertar a presa; se ele estiver desarmado, e eu não disparar, a presa certamente fugirá.<sup>147</sup>

Em suma: *exceto no que toca ao aspecto meramente procedimental,*<sup>148</sup> *não existe maior diferença entre o poder do réu de suscitar questões releváveis de ofício e de invocar matérias que dependem de iniciativa.*<sup>149</sup>

<sup>145</sup> Esse pensamento não é unânime, visto que alguns autores reputam que "Il potere d'ufficio [...] assorbe, o meglio, esclude proprio il diritto del convenuto a postulare" (CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio...*, cit., p. 66). Parece-nos que não é bem assim. Esse poder de ofício só exclui o direito postulatório do réu nas hipóteses em que o juiz possa exercê-lo tão logo a demanda seja proposta pelo autor. Em nosso sistema, como veremos no item 8.2, *infra*, esse julgamento de mérito liminar ocorre apenas no caso de reconhecimento da prescrição e decadência (CPC, art. 219, § 5º c.c. o art. 269, IV) e na situação de processos repetitivos perante o mesmo juízo (CPC, art. 285-A). Nesses casos excepcionais, o poder de ofício *pode* excluir (ou absorver) o poder do réu, apenas quando exercido logo que recebida a peça inicial. No mais, o poder de ofício entra em cena apenas na hipótese de omissão do réu.

<sup>146</sup> *Eccezione...*, cit., p. 360-363.

<sup>147</sup> *Idem*, p. 362-363. O texto original é o seguinte: "[s]e vado a caccia, non è che il mio fucile diventi più o meno idoneo a prendere selvaggina a seconda che il mio compagno di battuta sia a sua volta armato oppure no: se è armato e io non sparo, potrà essere lui a colpire; se io non sparo e lui è disarmato, la selvaggina se ne andrà di certo; ma questo è tutto".

<sup>148</sup> A diferença fundamental que persiste entre a alegação das exceções e das objeções substanciais, do ponto de vista procedimental, está no prazo assinado para tanto: as primeiras devem constar da contestação, que é apresentada no prazo de 15 dias contado da citação (CPC, arts. 297 e 300), ao passo que as demais, como são cognoscíveis de ofício, podem ser alegadas a qualquer tempo (CPC, art. 303, II), ainda que, ao fazê-lo, a parte se sujeita às penas dos arts. 22 e 267, § 3º, *in fine*, do CPC.

<sup>149</sup> Esse aspecto não escapou da aguda percepção de CAPPELLETTI: "dal lato processuale il convenuto non esercita con l'eccezione, un diritto verso il giudice, nè maggiore nè diverso che esercita con la semplice difesa" (Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio, cit., p. 1611-1612). Curiosamente, vislumbra-se aqui um ponto de consenso entre CAPPELLETTI e CARNELUTTI, que também reconhecia que a alegação da *exceção substancial* é, do ponto de vista dinâmico, uma razão da contestação como outra qualquer (*Diritto e processo*, p. 178).

*Já do ponto de vista conceitual a diferença entre objeção e exceção é relevante primordialmente para a caracterização do poder do juiz em razão da omissão do interessado.*<sup>150</sup>

*Como consequência, não há razão para discernir a exceção substancial, como postura defensiva do réu, com base nesse critério.*

Assim, por conta de todos esses aspectos, esse primeiro critério eleito pela doutrina tradicional para caracterizar o fenômeno da *exceção substancial* mostra-se insuficiente. De qualquer modo, persiste evidente a utilidade de delimitar os poderes do juiz e da parte nesse particular, o que será objeto de perquirição detida adiante (Capítulo 8, *infra*).

#### 7.4.2 Exceção substancial como defesa indireta de mérito

Outro elemento comumente empregado para definir a exceção substancial é o fato de constituir defesa *indireta* (de modo que sua arguição não nega a pretensão do autor, mas opõe obstáculos externos ao seu conhecimento, isto é, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos).<sup>151</sup>

A primeira crítica que se pode fazer é que essa dicotomia não esgota a multiplicidade de posturas que o réu pode adotar em face da demanda do autor, que vai muito além da simples negação dos fatos constitutivos de seu direito e da arguição de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos.

De fato, a negação dos fatos constitutivos do direito do autor pode se dar por afirmação de outros fatos (negação motivada).<sup>152-153</sup> Ademais, sem prejuízo da negação dos fatos constitutivos do direito do autor, o réu pode negar as consequências jurídicas que a demanda inicial pretende<sup>154</sup> ou discordar da inter-

<sup>150</sup> Assim também entende DENTI (*Leccezione...*, cit., p. 78), no sentido de que "il criterio discriminatorio delle due ipotesi non possa essere ricercato nell'ambito della eccezione, essendo datto dalle norme che disciplinano i poteri del giudice". Para o autor, trata-se, em suma, de questão que "viene in rilievo di fronte all'esercizio del potere decisorio dell'organo giurisdizionale".

<sup>151</sup> Dentre todos os doutrinadores referidos neste capítulo, basta destacar LIEBMAN (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 150), que é incisivo a esse respeito: "[e]ccezione è la affermazione da parte del convenuto di un fatto estintivo, modificativo od impeditivo, diretta ad ottenere il rigetto dell'azione".

<sup>152</sup> Aliás, o "ônus da impugnação especificada", imposto pelo art. 302 do CPC, exige justamente que a negação seja motivada, e quanto aos fatos alegados para negativa dos fatos constitutivos do direito do autor, o ônus da prova é do réu, como lembra o italiano MICHELI (*Onere della prova*, p. 400) e o brasileiro CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 269).

<sup>153</sup> Na doutrina portuguesa (v. g., MACHADO-PIMENTA, *O novo processo civil*, p. 144-146), essa questão merece atenção, distinguindo-se a "oposição de facto" em três categorias: (a) negação absoluta dos fatos, sob alegação de serem falsos ("inexatidão absoluta" ou "negação directa"); (b) contraexposição dos mesmos fatos ("inexatidão relativa" ou "negação indirecta") e (c) a alegação de "simples desconhecimento", quando o réu diz que não sabe se o fato é real, mas não o aceita (essa última possibilidade, nos termos do art. 490.3, é autorizada apenas quanto a fatos não pessoais e de que o réu não deva ter conhecimento).

<sup>154</sup> Por isso, ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 23) considera que a defesa direta que ataca os fatos ("oposição de facto") é uma "contrariedade negativa", ao passo que a defesa direta relativa ao direito ("oposição de



pretação ou aplicação da norma jurídica ao caso concreto,<sup>155</sup> ou ainda requalificar juridicamente os fatos alegados pelo autor como constitutivos de seu direito, alterando as consequências jurídicas cabíveis à espécie.<sup>156</sup> Nesse passo, representa uma simplificação rejeitável aquela feita por FREDERICH LENT no sentido de que “a pura negação equivale a um ‘não’” e que “a exceção corresponde a um ‘sim, mas’.”<sup>157</sup>

Mas não é só por essa razão que o critério igualmente não se revela seguro, pois a divisão entre as matérias de defesa diretas e indiretas de defesa não é simples, esbarra em muitas dúvidas sobre a qualificação dos fatos em constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos,<sup>158-159</sup> mesmo que se faça a análise em concreto e à luz do direito material, e em consideração aos elementos necessários e acidentais do ato jurídico.<sup>160</sup>

direito”) representa uma “contrariedade positiva”.

<sup>155</sup> ALBERTO DOS REIS (idem, p. 24) distingue o “erro de qualificação” (os fatos invocados não se subsumem à hipótese normativa invocada pelo autor), o “erro de interpretação” (a norma invocada pelo autor não dispõe o que ele afirma dispor) e o “erro de aplicação” (os efeitos pretendidos pelo autor não estão contemplados no ordenamento jurídico).

<sup>156</sup> Novamente FABBRINI (idem, p. 352-353).

<sup>157</sup> *Diritto processuale civile tedesco*, p. 175.

<sup>158</sup> CHIOVENDA imaginou situação concreta para ilustrar essa dificuldade de estabelecer a fronteira entre os tipos de fatos com o seguinte exemplo: se o autor afirma que o réu se obrigou a dar 100, e o réu afirma tê-lo feito por pilhéria, a quem incumbirá o ônus da prova? Terá o autor de provar somente que o réu se obrigou, ou também que se obrigou a sério? Deve-se considerar como fato constitutivo do direito o falar a sério, ou como fato impeditivo o falar por pilhéria? (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 380). Na doutrina italiana viceja enorme dissenso se a validade da manifestação de vontade seria *fato constitutivo* dos direitos emergentes do negócio jurídico ou se o vício de vontade seria um *fato impeditivo* a direitos decorrentes do mesmo ato (a propósito, FABBRINI, *Leccezione...*, cit., p. 340).

<sup>159</sup> Essa dificuldade de caracterizar o que seja a matéria de defesa direta e indireta também aparece quando o foco recai sobre as defesas de caráter processual. Se o referencial adotado for o mérito do litígio, todas as defesas de cunho processual seriam *indiretas*, como entendem, por exemplo, VICENTE GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 124), DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 463) e FRÉDIE DIDIER JR. (Teoria da exceção..., cit., p. 59). Do contrário, apenas as exceções processuais dilatórias seriam indiretas (pois impõem meros obstáculos ao válido prosseguimento do processo, sem extingui-lo), enquanto as peremptórias seriam diretas (já que seu acolhimento implica a extinção do processo sem resolução do mérito, tal como preconizam, entre outros, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Direito processual civil*, p. 47, e PINTO FERREIRA, *Da resposta do réu*, p. 5). Também não traz, a nosso ver, resultados frutíferos, o raciocínio baseado na *momento* de surgimento dos respectivos fatos constitutivos e extintivos (como sugere, v. g., MARIO BELLAVITIS (*L'identificazione delle azioni*, p. 101). Dizer que a dúvida é o fato constitutivo do direito do autor e o pagamento efetuado pelo réu é o respectivo fato extintivo porque esse último sobreveio ao primeiro significa transportar para o terreno processual raciocínio que nele não cabe. Afinal, para o processo, o que importa é que o fato constitutivo exista, e não se existiu no passado; se inexistente ao momento da sentença, a demanda será julgada improcedente. HENRITZ (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 222): “L'effetto della sentenza di merito che respinge l'azione è sempre lo stesso: il giudice cioè nega che all'attore attualmente spetti il diritto fatto valere. È indifferente la ragione per cui ciò si verifica; può darsi che il diritto non sia mai esistito, o che il debito sia stato già pagato, o che non sia ancora scaduto il termine.” Apenas quanto a essa última situação, o nosso sistema considera que haja *falta de interesse processual*, que enseja a extinção do processo sem resolução do mérito.

<sup>160</sup> É para esse aspecto que insiste LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO (*O ônus da prova no direito processual civil*, passim). Vide a propósito ainda a obra do português RUY MANOEL DE FREITAS RANGEL (*O ônus da prova no processo civil*, p. 156 ss).

Pelo exposto, não deixa de ser bastante ponderável a conclusão de FABBRINI<sup>161</sup> de que um fato pode ser constitutivo de determinado direito e seu inverso, ao mesmo tempo, pode ser impeditivo ou extintivo.<sup>162</sup> Perfilhando a mesma opinião, LIEBMAN<sup>163</sup> afirma que “os fatos impeditivos são o lado negativo daquelas circunstâncias que acompanham o fato constitutivo”. GRASSO,<sup>164</sup> de maneira ainda mais clara, considera que “o fato impeditivo já faz parte dos elementos essenciais do fato jurídico, *se considerado com o sinal invertido*” (destaque do original). Essa circunstância é ainda mais fácil de identificar se considerarmos a existência de *fatos constitutivos negativos*.<sup>165</sup>

De qualquer sorte, ainda que o estudioso consiga enfrentar esse terreno moedico e perigoso, logrando encontrar fundamentos para separar as matérias de defesa direta e indireta, essa empreitada não tem maior relevância para o exercício da defesa propriamente dita.

A relevância da distinção desponta apenas na determinação da repartição do ônus da prova, a qual, por sua vez, ocorre no momento do julgamento, se e quando o juiz verifica todo o conjunto probatório existente e se vê desprovido de elementos completos para formar seu convencimento.<sup>166</sup>

A importância da separação entre matérias de defesa diretas e indiretas para a *dinâmica do processo* se reduziu de modo diretamente proporcional à diminuição da importância do ônus subjetivo da prova.<sup>167</sup> Após pôr em forma toda a sua

<sup>161</sup> *Leccezione...*, cit., p. 340.

<sup>162</sup> A alegação de *pagamento* também arrola exemplo emblemático do quanto ficou dito no corpo do texto. A doutrina o cataloga como *fato extintivo* da obrigação (pressupondo que o fato constitutivo do direito do autor, que é a dívida, exista), mas não há dificuldade em enxergá-lo como a negação de um dos fatos constitutivos do direito do autor, que é justamente o *inadimplemento* do réu. Prova disso é que, segundo os arts. 572, 580, 586, 614, III, e 618, I, todos do CPC, é ônus do exequente provar que houve o implemento do termo ou condição a que o título executivo esteja eventualmente sujeito e que houve o inadimplemento por parte do executado. Parece-nos que, guardadas as devidas diferenças entre as hipóteses de “processo de conhecimento” e de “execução”, em ambos os casos, o ônus da prova do implemento do termo ou condição a que se sujeita a dívida é do credor, ainda que sejam eles fatos impeditivos do direito de crédito. Esse ensinamento é corrente na doutrina, cumprindo aqui citar ARAKEN DE ASSIS: “o art. 614, III, atribui ao credor o ônus de provar o implemento do termo e da condição” (*Manual da execução*, p. 179).

<sup>163</sup> *Manuale...*, cit., v. 1, p. 51, por nós já traduzido.

<sup>164</sup> *La pronuncia d'ufficio*, p. 249, com nossa tradução livre.

<sup>165</sup> Essa categoria é aceita por GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 251, com amparo em vasta doutrina do seu país) e não é difícil ilustrar o raciocínio com um claríssimo exemplo: a ausência de oposição à posse é um dos fatos constitutivos para aquisição da propriedade de determinado bem pela usucapião, em qualquer de suas modalidades. A existência de uma demanda judicial ou ato apto a interromper o prazo prescricional é uma circunstância impeditiva do direito do requerente da usucapião.

<sup>166</sup> A questão tem merecido adesão dos autores modernos que se dedicaram ao tema, como o italiano GIAN ANTONIO MICHELI (*Lonere della prova*, p. 6) e o brasileiro JOÃO BATISTA LOPES (*A prova no direito processual civil*, p. 47), que patenteia de modo categórico que “a questão do ônus da prova, em verdade, só ganha relevância quando houver falta ou ineficiência dela”.

<sup>167</sup> Esse fenômeno de *encolhimento* da importância do ônus subjetivo da prova deve-se, sobretudo, a três aspectos principais: (a) o princípio da comunhão da prova; (b) os poderes instrutórios do juiz; e (c) o princípio do livre convencimento do juiz.

defesa (direta ou indireta), o réu normalmente buscará produzir todas as provas necessárias a embasar suas alegações, mesmo quando se limitou a negar a existência dos fatos constitutivos do direito do autor.<sup>168</sup> E somente no caso de não alcançar esse intento é que passará a ser preciso qualificar os fatos para fim de distribuição do ônus probatório inadimplido.

A importância das regras de distribuição do ônus da prova também se reduz quando se concebe que elas possam ser flexibilizadas, pelo que tem se convenido chamar de “carga dinâmica da prova”, feita de forma casuística, considerando-se qual dos litigantes está em melhores condições de trazer ao magistrado os elementos de convicção.<sup>169</sup>

E como se não bastasse, a sentença que julga improcedente a demanda inicial por reconhecer ausentes os fatos constitutivos do direito do autor não tem diferença em relação à sentença que reputa existentes fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, que também se encaixa como sentença de mérito prevista pelo

<sup>168</sup> Nós chegamos à mesma conclusão quando estudamos com profundidade a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (CDC, art. 6º, VIII), no sentido de que: “na prática, dificilmente as partes deixam de requerer a produção de todas as provas possíveis, de modo a reduzir a importância de se questionar se o juiz deve alertar sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova durante o curso do processo. Se as partes, espontaneamente, já realizaram todas as atividades possíveis para formação do conjunto probatório, seria inútil qualquer ‘alerta’ do magistrado para que assim procedessem. Não se cogitaria de cerceamento de defesa, pois não restaram outras provas a serem produzidas, de modo a se afastar completamente qualquer chance de anulação da sentença para reabertura da instrução” (Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII), *Revista de Processo*, nº 146, p. 61).

<sup>169</sup> A LEC espanhola em vigor, após prescrever, em seu art. 217, a regra tradicional de repartição de ônus probatório entre autor e réu (o primeiro se incumbia dos fatos constitutivos de seu direito, o segundo dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos), a excepcionou (art. 217.6) da seguinte forma: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.” Nosso sistema não contém norma similar, mas autoriza ao juiz que o juiz ordene à parte a exibição de documento (CPC, art. 355), sob pena de presumir verdadeiro o fato que se pretendia provar (CPC, art. 359), sem se importar a quem incumbia o ônus de prova. Ademais, sempre se considerou que, como regra, as partes não estariam sujeitas ao ônus de provar fatos negativos. Em suma, podemos extrair do nosso sistema que o juiz, munido de seus poderes instrutórios, poderá determinar a produção da prova à parte que estiver em melhores condições de fazê-lo (assim propõem ANTONIO JANYR DALL’AGNOL JR., *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, *Revista dos Tribunais*, nº 788, p. 92-107, e SUZANA SANTI CREMASCO, *A distribuição dinâmica do ônus probatório*, p. 69 ss).

art. 269, I, do CPC.<sup>170</sup> Não há em nosso sistema processual – exceto na seara do processo coletivo<sup>171</sup> – coisa julgada *secundum probationem*.<sup>172</sup>

Ou seja, tem-se aqui mais um critério de inequívoca inadequação para delimitação de qualquer conceito no terreno das respostas do réu à demanda do autor.

### 7.4.3 Impossibilidade de conjugação dos dois critérios anteriores

Não bastasse a inaptidão dos dois últimos critérios utilizados para identificação da exceção substancial, a conjugação deles torna impossível a tarefa de extrair os contornos do instituto.

Como vimos acima, apenas no direito romano fazia algum sentido essa associação entre matérias indiretas e não cognoscíveis de ofício, de um lado, e matérias diretas e cognoscíveis ex officio, de outro.<sup>173</sup> A verdade é que a construção romano-clássica de *exceptio* estava intimamente ligada à dualidade *ius civile* e *ius honorarium*,<sup>174</sup> sendo difícil transportar a mesma lógica para fora do sistema processual formular (até mesmo para o sistema processual romano pós-clássico,<sup>175</sup> que dirá para os sistemas processuais modernos).

<sup>170</sup> DINAMARCO, a respeito, não hesitou em afirmar que “não há utilidade alguma em distinguir sentenças que examinam apenas os fatos constitutivos e sentenças que se manifestam também sobre fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor” (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 242). Em seu apoio, o jurista invoca a lição de LIEBMAN (*Manual...*, cit., v. 1, p. 171, nota 7).

<sup>171</sup> A Lei 4.717/1965, que rege a ação popular, é expressa a respeito: “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” Também a Lei 7.437/1985 (que disciplina a ação civil pública) traz regra no mesmo sentido: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

<sup>172</sup> A conjugação dos arts. 269, I, 468, 471 e 474 exclui a coisa julgada *secundum probationem* ou *secundum eventum litis*. Ademais, as regras de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333) reforçam que o juiz pode proferir sentença sobre o mérito mesmo não estando convencido acerca dos fatos litigiosos, fazendo-o em desfavor de quem não se desincumbiu do ônus probatório (assim, JOÃO BATISTA LOPES, *A prova no direito processual civil*, p. 51, e PACÍFICO, *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 120 ss). É evidente que essa não é a solução desejável, tanto que o sistema confere ao juiz poderes instrutórios (CPC, art. 130), permite o uso de presunções comuns (CPC, art. 335) e provas atípicas (CPC, art. 332), além de em determinados casos autorizar a inversão do ônus probatório (CDC, art. 6º, VIII). Mas, se não atingida a certeza, houve cognição exauriente e a sentença proferida será de mérito, produzindo coisa julgada material tal como a sentença baseada em certeza sobre os fatos litigiosos. Assim constata TALAMINI (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 58 ss), embora proponha soluções diversas de *lege ferenda* (idem, cap. 15).

<sup>173</sup> E, mesmo que superado esse obstáculo, convém lembrar as observações feitas no item 7.3, *supra*, no sentido de que diversos romanistas levantam sérias dúvidas acerca dessa associação entre *defesa indireta* e *necessidade de provocação da parte*.

<sup>174</sup> Entendimento professado por COLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 175).

<sup>175</sup> Como realça FELICIA ESCOBEDO (*Eccezione...*, cit., p. 30).

No nosso sistema processual vigente, pode-se afirmar que não é porque a matéria é indireta que necessariamente dependerá de alegação da parte, assim como não é absolutamente certo que as matérias diretas serão necessariamente cognoscíveis de ofício.<sup>176</sup>

Diante disso, estudiosos contemporâneos são forçados a produzir soluções totalmente insatisfatórias para acomodação dos conceitos.

Na doutrina italiana, muitos autores reservam o termo *eccezione* (ou exceção em sentido próprio) apenas para as matérias de defesa que não negassem do fato constitutivo do direito do autor, mas a apresentação de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos desse mesmo direito<sup>177</sup> (as demais seriam meras defesas de mérito, ou exceções em senso impróprio). Ou seja, os autores peninsulares dão maior realce a um dos critérios (matéria direta ou indireta), de tal sorte que as exceções, em sentido próprio e impróprio, são divididas em *rilevabile d'ufficio* ou *riservate*.<sup>178</sup>

Na doutrina brasileira, é mais comum o destaque dado ao outro critério, ou seja, a possibilidade de cognição de ofício ou não, distinguindo-se as exceções das objeções.<sup>179</sup> Vê-se, portanto, que essa pluralidade de critérios torna a sistematização do instituto completamente caótica e, por isso, dogmaticamente inútil.

#### 7.4.4 Matérias objeto de exceção substancial e sua aptidão para constituírem objeto de demanda autônoma

Outro elemento costumeiramente associado ao conceito de exceção substancial é a aptidão de constituir objeto de demanda autônoma, movida pelo ex-cipiente.<sup>180</sup> Trata-se, aliás, de critério afinado com a ideia de que a exceção seria

<sup>176</sup> Por isso mesmo, discordamos de FREDIE DIDIER JR. (*Regras processuais no novo Código Civil*, p. 21) quando afirma que, “[e]nquanto a exceção substancial não discute a pretensão, a objeção a questiona, a nega. O acolhimento da objeção substancial reconhece a extinção da pretensão; o acolhimento da exceção a sua ineficácia”. Essa distinção de hipóteses não se sustenta, como vimos.

<sup>177</sup> Cf., e. g., CHIOVENDA (Sulla “eccezione”, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 149), CAPPELLETTI (Nuovi fatti giuridici..., cit., p. 1.611-1.615), FAZZALARI (Azione civile..., cit., p. 40) e CAVALLINI (Eccezione rilevabile d'ufficio..., cit., p. 28).

<sup>178</sup> Cf., e. g., CAVALLARI (La contestazione..., cit., v. 1, p. 88 ss).

<sup>179</sup> V. g., CASSIO SCARPINELLA BUENO (Curso..., cit., v. 1, p. 462-463).

<sup>180</sup> CHIOVENDA, com efeito, afirma que “a exceção pode carregar a mesma matéria da ação, ou seja, compreende o exercício de um direito (ou de uma pretensão) que poderia ter sido deduzida mesmo sem uma ação promovida em contrário e independentemente dessa, e assume o nome de exceção apenas porque proposta em contradição a uma ação previamente ajuizada por outro” (Azione, *Saggi...*, cit., v. 3, p. 8). O aspecto é posto em destaque por VITTORIO DENTI (L'eccezione..., cit., p. 66), que observa tratar-se de máxima acolhida pela jurisprudência de seu país. No mesmo sentido ainda pronunciou-se MANDRIOLI (Curso..., cit., v. 1, p. 92). Na doutrina pátria, CLEANTO SIQUEIRA (A defesa..., cit., p. 248) e FREDIE DIDIER JR., que usam argumento similar: “[b]asicamente, não se permite ao magistrado o conhecimento de ofício de exceções substanciais por serem elas espécie de contradireito do réu em face do autor. Como contradireito, pode ser objeto de demanda autônoma. Assim, violaria o princípio da demanda (arts. 128 e 460 do CPC) o magistrado que levasse em consideração exceções substanciais não alegadas pelo réu” (*Regras processuais no novo Código Civil*, p. 21).

um *contradireito* do réu exercitável em face do autor (defendida, primeiramente, por CHIOVENDA). Todavia, não se tem aqui também fonte segura para compreensão do fenômeno.

Isso porque não se pode negar, *pruima facie*, às matérias passíveis de alegação em sede de defesa a aptidão para constituir objeto de demanda própria, notadamente declaratória negativa e, excepcionalmente, positiva.<sup>181</sup>

Para tanto, exige-se primeiramente que a declaratória recaia sobre *relações jurídicas*<sup>182</sup> (conforme o mandamento do art. 4º do CPC, que excepciona em seu inciso II apenas a declaratória de fato restrita à falsidade ou autenticidade de documento).

Eis aí consequência necessária da consideração à dignidade constitucional da demanda meramente declaratória, firme no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, como meio de imunização de ameaça.<sup>183</sup> A impressão que se tem é a de que a maioria da doutrina – que nega essa amplitude à demanda meramente declaratória – ainda está apegada a paradigmas estabelecidos em um tempo em que se reputava que o poder jurisdicional deveria entrar em cena apenas em face da violação a direito subjetivo. O reconhecimento da demanda meramente declaratória representou, sem qualquer sombra de dúvida, das maiores evoluções da ciência processual civil,<sup>184</sup> mas seus efeitos não se fazem sentir ainda completa-

<sup>181</sup> Por isso que parte expressiva da doutrina civilista, apegada a um imanentismo de todo ultrapassado, tem dificuldades em justificar que as “exceções” sejam prescritíveis, diretriz hoje acolhida em nosso direito positivo (CC, art. 190). Veja-se, por exemplo, que CARPENTER (*Da prescrição*, v. 1, p. 266) enunciava o seguinte pensamento: “Efeitos da prescrição. Ela só extingue ações, não extingue exceções, salvo quando o conteúdo desta é uma ação.” Partindo-se do pressuposto de que toda exceção pode constituir objeto de “ação”, é evidente que todas as exceções são prescritíveis. Essa questão se deve ao fato de que as teorias unitaristas ou imanentistas sobre o direito de ação tinham natural dificuldade de aceitar a existência da “ação meramente declaratória”. Foi, aliás, justamente a partir daí que se desenvolveram as teorias dualistas do direito de ação, em especial a partir da já mencionada obra de WACH, *Pretensión de declaración*.

<sup>182</sup> Para os nossos propósitos, calha acolher a definição de “relação jurídica” como “relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjectivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição”, na definição de MOTA PINTO (*Teoria geral do direito civil*, p. 167), que não discrepa daquela acolhida pela doutrina majoritária. Apenas seria importante acrescentar que a relação jurídica pode dizer respeito, também, à atribuição a um sujeito de *direito potestativo*, que permite a modificação jurídica e correspondente sujeição de outrem.

<sup>183</sup> A natureza preventiva da tutela meramente declaratória é reconhecida de maneira praticamente uníssona (a título meramente exemplificativo, confira-se, da doutrina pátria mais antiga à mais recente, ESTELLITA, *Da acção declaratória...*, cit., p. 10-11, ZAVASCKI, Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados, *Revista de Processo*, nº 109, p. 51, e SCARPINELLA BUENO, *Curso...*, cit., v. 1, p. 302-303), ainda que muitos autores ressalvem que essa não é sua *única* função, mormente porque cabível (conforme autoriza o art. 4º, parágrafo único, do CPC) mesmo quando já violado o direito (aspecto particularmente realçado por TALAMINI. Sentença que reconhece obrigação como título executivo (art. 475-N, I, acrescido pela Lei 11.232/2005), *Revista jurídica*, nº 344, p. 27).

<sup>184</sup> Atribui-se ao ADOLF WACH a pioneira iniciativa de tratar da demanda meramente declaratória em sua obra *Pretensión de declaración*. Embora a doutrina repute ser essa obra a mais importante (depois da polêmica WINDSCHEID-MÜTHER) a impulsionar o surgimento das teorias dualistas do direito de ação (aspecto examinado no item 2.2, *supra*), sua relevância não se exaure aí, pois é notável a contribuição do estudioso alemão ao estudo da demanda meramente declaratória.

mente, ainda persistindo alguma (injustificável) resistência em admitir grande amplitude para esse remédio.

E não é apenas a defesa indireta que tem essa aptidão, mas igualmente a defesa direta contra a pretensão do excepto, conforme admitido pela doutrina.<sup>185</sup> Nesse passo, é destituída de qualquer sentido a assertiva de que a simples defesa direta (negativa dos fatos constitutivos do autor) visa apenas a rechaçar a demanda, ao passo que a exceção (com a afirmação de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos) importaria no reconhecimento de um direito próprio e/ou independente.<sup>186</sup> Em todas essas situações o réu se defende com essa dupla finalidade: rechaçar a demanda do autor e, ao mesmo tempo, ver reconhecido um direito seu (cujo conteúdo mínimo será a declaração de que o autor não dispõe do direito por ele reclamado).

O próprio ordenamento positivo favorece essa nossa afirmação quanto ao amplo cabimento da demanda meramente declaratória. O art. 268, parágrafo único, do CPC, a propósito da perempção, dispõe que: “[s]e o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no nº III do art. 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” (grifo nosso). Tem-se aí evidência inequívoca que o objeto da demanda pode constituir-se objeto de defesa, autorizando concluir-se que a recíproca seja verdadeira.

Do mesmo modo, o art. 745, V, do CPC, ao tratar dos embargos à execução (tradicionalmente conceituados como demanda incidental manejada pelo executado para opor-se à execução), estabelece ser-lhe lícito alegar “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”.

<sup>185</sup> Essa concepção é mais facilmente acolhida entre os processualistas estrangeiros. Relembremos a lição, já citada, de CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 58), no sentido de que o direito de o réu pedir que o Estado declare infundada a demanda do autor é “pura ação”. Rocco lecionava que “también este [o réu] tiene derecho a pretender del juez la prestación de su actividad para la declaración de la relación jurídica” (*La sentencia civil*, cit., p. 177). Em sentido bastante similar, CALAMANDREI: “[d]e este modo la acción, como actividad dirigida a presentar al juez una propuesta de providencia, no es solamente propia del actor: porque también el demandado, aun quando se limite a pedir el rechazamiento de la demanda contraria, viene, en sustancia, a solicitar del juez que pronuncie una sentencia de declaración negativa de mera certeza, esto es, una providencia diversa de la pedida por el actor, y favorable, en lugar de a éste, a él como demandado” (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 239). MARCO TULLIO ZANZUCCHI deu particular destaque a essa questão, afirmando peremptoriamente que a pura e simples defesa do réu contra a demanda do autor, baseada na negação dos fatos constitutivos de seu direito, não tem nada diferente de uma regular demanda declaratória negativa que qualquer um pode propor diante de uma ameaça de outrem que se apresente injusta (*Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 383, e *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 197). MANDRIOLI, a propósito, é ainda mais categórico: “questa domanda di rigetto costituisce anch’essa l’esercizio di un’azione, poichè, chiedendo il rigetto, il convenuto chiede l’accertamento negativo circa l’esistenza del diritto vantato dall’attore con la sua domanda” (*Corso...*, cit., v. 1, p. 86). Mais recentemente, COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 269) e, com profundidade monográfica, ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 1-70).

<sup>186</sup> Essa afirmação (a nosso ver errada) é recorrente na doutrina, tanto estrangeira, como na de SARTI (*Diritto processuale civile*, p. 49), quanto nacional, como na de SERRA LOPES (*Exceções substanciais...*, cit., p. 16).

Ademais, a existência da demanda declaratória negativa descarta o entendimento assente de que a defesa se distinguiria da ação pelo fato de o réu querer a manutenção do *status quo* anterior ao início do processo, ao passo que o autor pretende transformá-lo.<sup>187</sup> A mesma circunstância exclui também a ideia de que a simples defesa (assentada sobre a negativa dos fatos constitutivos do direito do autor ou seus efeitos) não teria conteúdo próprio.<sup>188</sup>

Ocorre-nos ainda lembrar que, em diversos casos, a legislação infraconstitucional cria procedimentos especiais em que vigora limitação das matérias que o réu pode alegar em sede de contestação,<sup>189</sup> e a doutrina reconhece que aquilo que não poderia constar da defesa pode ser objeto de demanda autônoma,<sup>190</sup> o que justificaria a constitucionalidade da limitação em face da garantia à *ampla defesa*<sup>191</sup> (a qual, aqui, claramente e mais uma vez, se mistura com a garantia de ação). Ou seja, há matérias que podem ser objeto de *demandada autônoma*, mas que não podem ser de *defesa*, mas não se verifica o contrário.

Não escapa à nossa atenção que há determinadas matérias que sempre foram consideradas como objeto de *exceção substancial* (por não serem releváveis de ofício e/ou por seu caráter indireto), mas não teriam, segundo a doutrina, aptidão para constituir objeto de demanda própria,<sup>192</sup> como o direito de retenção,<sup>193</sup> a prescrição e a decadência,<sup>194</sup> o *beneficium excussionis* (*rectius*, benefício de ordem)

<sup>187</sup> Encampano essa simplificação (errada), vejam-se, e. g., FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 76), DINAMARCO (*Litisconsórcio*, p. 18) e, recentemente, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES (Contra-ataques do réu (reconvenção, pedido contraposto e ações dúplices), *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 9, p. 24).

<sup>188</sup> Como entende GRASSO (*La pronuncia d’ufficio*, p. 245) e DE LA OLIVA SANTOS (*Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, p. 39-41). O tema retornará ao centro de nossas preocupações no item 7.4, *infra*.

<sup>189</sup> Exemplos disso não faltam: há essa limitação na “ação consignatória” (CPC, art. 896), na “ação renovatória da locação” (Lei 8.245/1991, art. 72), na “ação de busca e apreensão” de bem objeto de alienação fiduciária (art. 3º, § 2º, do Decreto-lei 911/69), na “ação de desapropriação” (art. 20 do Decreto-lei 3.365/1941), na “ação de conversão de separação em divórcio” (art. 36 da Lei 6.515/1977) etc. Essas hipóteses serão examinadas no item 11.2.2, *infra*.

<sup>190</sup> FLÁVIO YARSHALL (*Tutela jurisdiccional*, p. 126) explica esse fenômeno da seguinte forma: “[n]as hipóteses em que o legislador dita taxativamente as matérias articuláveis na defesa ele o faz com o objetivo de limitar a cognição – em extensão ou horizontalmente – levando em conta a natureza da relação material controversada, com o fito de propiciar formas de tutela mais céleres. Obviamente, os fundamentos porventura existentes e que estão excluídos do objeto do conhecimento do juiz ficam reservados para as ‘vias ordinárias’, isto é, devem ser admitidos como base para ‘ação autônoma’.”

<sup>191</sup> A interessante constatação é feita por MARINONI (*Curso...*, v. 1, p. 312-313).

<sup>192</sup> Aliás, a confusão que causa esse aspecto é tão grande que SÉRGIO COSTA (Eccezione, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 259 ss, e Eccezione, *Novissimo digesto italiano*, v. 6, p. 349 ss) aponta, entre outros, dois critérios mutuamente excludentes para identificar o caso de exceção em sentido próprio, ou seja: (a) a exceção traria matérias que também poderiam ser objeto de arguição em uma demanda autônoma; e (b) a exceção traria matérias que só poderiam ser alegadas como defesa.

<sup>193</sup> Exemplo há tempos suscitado por PAULA BATISTA (*Compêndio...*, cit., p. 48) e, bem mais recentemente, por GALENO LACERDA (*Comentários...*, cit., v. 8, t. 3, p. 31).

<sup>194</sup> Exemplo referido por LIEBMAN (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 152) e CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 285).



na fiança,<sup>195</sup> ou o *pacto de non petendo intra certum tempus*<sup>196</sup> (que nada mais é do que a inclusão de um termo ou condição suspensiva para vencimento da dívida).

A doutrina que ventila tais exemplos não pode, ao mesmo tempo, sustentar a tese de que a exceção substancial só se caracterizaria como tal quando pudesse constituir objeto de uma demanda autônoma. Há aí manifesta contradição.

Esse argumento se mostra ainda mais equivocado por não se vislumbrar, nesses exemplos dados, nenhum óbice *prima facie* para que tais matérias constituam objeto de demanda (declaratória) autônoma, cujo cabimento deve ser amplíssimo,<sup>197</sup> à luz da Constituição Federal.

O que importa é verificar se o autor da demanda que requer o reconhecimento da prescrição ou decadência, do direito de retenção, do benefício da excussão ou da existência de termo ou condição sobre a dívida ainda não exigida judicialmente ostenta *interesse processual*<sup>198</sup> para a demanda declaratória autônoma.

O interesse processual para a demanda declaratória em geral,<sup>199</sup> segundo clássica lição de CHIOVENDA,<sup>200</sup> ainda atual e amplamente aceita,<sup>201</sup> “decorre de uma situação de fato tal que o autor, sem a declaração judicial de vontade concreta da lei, sofreria um dano injusto, de modo que a declaração judicial se apresenta como o meio necessário para evitá-lo”. Para isso, mostra-se imprescindível a descrição do “fato incerto, produtor de uma incerteza jurídica e atual, e que deve ser necessária e expressamente deduzida à guisa de causa de pedir.”<sup>202</sup>

<sup>195</sup> Exemplo dado, na doutrina estrangeira, por ANNA LASSO (*Le eccezioni...*, cit., p. 80) e, entre nós, por SERPA LOPES (*Exceção substancial...*, cit., p. 85).

<sup>196</sup> Exemplo de FELICIA ESCOBEDO (*L'eccezione in senso soatanziale*, p. 66).

<sup>197</sup> Assim, v. g., SATTI (*Domanda giudiziale...*, cit., p. 822) e PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 147), que reconhece o amplo cabimento da tutela declaratória, o qual exige apenas a atenta análise do interesse processual.

<sup>198</sup> Essa circunstância não passou despercebida por FELICIA ESCOBEDO (*L'eccezione in senso soatanziale*, p. 66), mas ela considera que o interesse para alegar o *pacto de non petendo intra certum tempus* só surge com a instauração do processo cobrando a dívida objeto do pacto.

<sup>199</sup> A doutrina italiana reluta em equiparar a demanda declaratória positiva à negativa. Para registro da controvérsia a respeito, veja-se GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, p. 37-40. Não é o caso de nos aprofundarmos nesse tema, sendo suficiente consignar que a garantia constitucional de ação, inclusive quanto a “ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), elimina as dúvidas de ordem exclusivamente conceitual concernentes ao cabimento da demanda declaratória negativa de maneira geral.

<sup>200</sup> *Instituições...*, cit., v. 1, p. 226.

<sup>201</sup> Acolhendo tal diretriz, BUZARD (*A ação declaratória...*, cit., p. 124) averba que o interesse de agir para a demanda declaratória “consiste em que, sem a intervenção dos órgãos, o autor sofreria um dano”, de tal sorte que o demandante efetivamente necessite da intervenção judicial para eliminar a situação de incerteza sobre a existência ou não de determinada relação jurídica. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, na mesma linha, assevera que “[o] interesse jurídico na tutela declaratória decorre da situação de incerteza que possa afetar a posição jurídica do autor, decorrente de dúvida objetiva. Não bastam temores puramente subjetivos, inspirados em mera imaginação do autor” (*Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 160). No mesmo sentido, CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Ação declaratória principal e incidente*, p. 80) e ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Ação declaratória incidental*, p. 53).

<sup>202</sup> CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 174-175).

O interesse de agir se configurará inegável, mesmo para a alegação das matérias acima elencadas, *sempre que o titular de um direito sujeito a tais defesas puder praticar atos contra a parte adversa, causando-lhe gravame, antes que ela tenha oportunidade de argui-las.*

Excluída a hipótese da prescrição aquisitiva (usucapião) que conta até mesmo com um procedimento especial para ser declarada (CPC, arts. 941-945), é muito fácil visualizar o interesse de agir no ajuizamento de ação para declarar a ocorrência de prescrição ou decadência pelo contribuinte que sofreu autuação fiscal e teve seu nome inserido no cadastro de inadimplentes.<sup>203</sup> Soa absurdo obrigar o particular a aguardar o ajuizamento da execução fiscal para, somente aí, poder alegar essas matérias (prescrição e decadência), mormente porque o Fisco simplesmente pode omitir-se de propor essa ação, e mesmo assim manter o nome do contribuinte inscrito no cadastro de devedores. Mesmo fora desse caso evidente, a doutrina nunca teve maior dificuldade em considerar possível ao interessado ajuizar demanda declaratória de prescrição.<sup>204</sup>

O direito de retenção pode igualmente constituir objeto de demanda autônoma. Tome-se como exemplo o possuidor de boa-fé que introduziu benfeitorias necessárias e úteis no imóvel ocupado e foi notificado por quem se diz esbulhado, há menos de ano e dia requerendo a restituição do bem. Nessa hipótese, desponta evidente o interesse processual para ajuizamento de demanda que exija indenização e invoque o correspondente direito de retenção (CC, art. 1219),<sup>205</sup> a fim de evitar a ação possessória de força nova (CPC, art. 924).

Veja-se, também, o caso de dívida decorrente de compra e venda mercantil, acerca da qual foi emitida duplicata, mas as partes repactuaram o vencimento. A apresentação do título a protesto e a anotação do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito, antes do prazo avençado, autoriza que o devedor vá a juízo pleitear a declaração de que (ainda) não deve.<sup>206</sup> Na mesma situação, o fiador beneficiado pelo *beneficium excussionis* também poderia recorrer ao Judiciário,

<sup>203</sup> Aliás, a jurisprudência do STJ já se manifestou, de modo enfático, no sentido de que a demanda declaratória de inexistência de relação tributária é cabível em uma multiplicidade de situações em que haja interesse do contribuinte em ver declarada a inexistência da relação tributária: “a ação anulatória demanda um lançamento contra o qual é voltada, enquanto a demanda declaratória pode ser proposta, entre outros casos, visando declarar a inexistência de obrigação tributária; declarar a não incidência de determinado tributo; declarar a imunidade tributária; declarar isenção fiscal; declarar ocorrência de prescrição etc. Quando outorga a feição de declaratória negativa ao seu pedido, o autor não está pretendendo desconstituir o crédito tributário, mas, antecipando-se à sua constituição, requer uma sentença que afirme não ser devido determinado tributo” (REsp 766.670/RJ, 1ª T., Rel. Ministro Luiz Fux, j. 3-8-2006).

<sup>204</sup> Vide, à guisa de exemplo, PONTES DE IRANDA (*Tratado das ações*, t. 2, p. 35).

<sup>205</sup> Exatamente nesse sentido, há acórdão da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, nos autos do Agravo de Instrumento 458.362.4/1-00, relatado pelo Des. Francisco Loureiro, j. 28-9-2006.

<sup>206</sup> A jurisprudência já enfrentou situação como essa em diversas oportunidades e reconheceu a existência de interesse processual, v. g., TJSP AI 7.051.976-5, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes, j. 6-6-2006; e Ap. 996.376-8, Rel. Des. Gilberto Pinto dos Santos, j. 4-8-2005.



mediante demanda declaratória, caso o credor de seu afiançado promovesse o protesto do contrato de locação.<sup>207</sup>

Resumindo: se qualquer matéria alegável como defesa comporta dedução por via de demanda autônoma, desde que presente o interesse processual,<sup>208</sup> não é também esse o caminho adequado para se extrair a característica do instituto exceção substancial.

#### 7.4.5 Conclusão parcial: inutilidade técnica e científica do conceito de exceção substancial

Criticados os três principais critérios que a doutrina elegeu para caracterizar o fenômeno da exceção substancial (com indisfarçáveis influências do direito romano clássico), chega-se finalmente a ponto de questionar a validade ou, ao menos, a utilidade atual desse conceito.

VITTORIO COLESANTI,<sup>209</sup> com toda a razão, destacou que o instituto da exceção substancial tinha tudo para ser considerado mera categoria histórica (decorrente da dualidade entre *ius civile* e *ius honorarium* no direito romano clássico), mas apesar disso foi objeto de insistentes tentativas, ao longo da história, de construção de um conceito científico preciso. A exposição aqui empreendida procurou demonstrar que essas tentativas fracassaram.

Em face da noticiada fragilidade dos critérios cientificamente identificados para caracterizar o fenômeno, bem como da completa impossibilidade de conjugá-los, percebe-se que a utilidade do conceito de exceção substancial desaparece diante da análise mais ampla do direito de *defesa* genericamente considerado.

Como visto, a possibilidade ou não do conhecimento da matéria defensiva de ofício é questão que só ganha relevância em caso de omissão do réu. O exercício da *exceção* ou da *objeção substancial* é praticamente igual, encerrando, em ambos os casos, manifestação do direito constitucional de defesa. Na falta de alegação do réu é que se verificará se o juiz tem o poder de conhecer da matéria *ex officio*.

Do mesmo modo, concluímos que não há diferença entre a articulação da *defesa direta* e da *defesa indireta*, do ponto de vista constitucional ou técnico-processual. A classificação entre os fatos *constitutivos*, *extintivos*, *modificativos* e *impeditivos* do direito do autor (malgrado as enormes dificuldades práticas em fazê-la) se mostra realmente relevante apenas ao final do processo quando, sem possibilidade de formar seu convencimento, o juiz aplica as regras de distribuição do ônus da prova. Mais uma vez, a caracterização da exceção substancial, sob esse particular critério, apresenta-se importante em face da *omissão* do réu

<sup>207</sup> Como autorizado pela Lei Federal 9.497/1997 e pela Lei Estadual de São Paulo 10.710/2000.

<sup>208</sup> Assim disse GIANNOZZI (*La modificazione della domanda...*, cit., p. 115) já na década de 1950.

<sup>209</sup> Eccezione..., cit., p. 175.

em provar a alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Ademais, o terceiro critério, além de pairar sob grande discórdia na doutrina, mostra-se flagrantemente errado em face da ampla possibilidade de ajuizamento da demanda declaratória negativa.

Não bastasse tudo isso, os três critérios são *heterogêneos*, dado que o primeiro e o terceiro tocam mais diretamente o direito *processual* (envolvendo respectivamente a divisão de poderes entre as partes e o juiz<sup>210</sup> e o interesse de agir para a demanda declaratória), ao passo que o segundo só pode ser compreendido à luz do direito *material* (conforme concluiu a doutrina que se dedicou ao exame das regras de distribuição do ônus da prova).<sup>211</sup>

<sup>210</sup> A bem da precisão e da coerência, é melhor reiterar que o primeiro critério para definição de exceção toca mais diretamente o direito processual, mas, conforme assentado no item 7.4.1, *supra*, o direito material estabelece matérias somente cognoscíveis *ope exceptiones* porque propõe-se a estabelecer a renunciabilidade delas por parte do interessado.

<sup>211</sup> Nesse sentido, MICHELI (*Lonere della prova*, cap. 6) e PACÍFICO (*O ônus da prova no direito processual civil*, *passim*) e, especificamente quanto ao tema "exceção", GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 264).

## 8

## Poderes do Juiz Exercitáveis de Ofício para Julgar Improcedente a Demanda do Autor

### 8.1 Quanto à utilidade da investigação dos poderes oficiais do juiz para compreensão do papel do réu no processo civil

Não obstante termos procurado demonstrar a inviabilidade de êxito de qualquer tentativa de estabelecer um conceito de exceção substancial (e, por consequência, o de objeção substancial), ressaltamos ser de manifesta utilidade separar as matérias que o juiz pode conhecer de ofício daquelas em que se mostra indispensável a iniciativa da parte interessada.

Esse exame não é essencialmente diferente considerando-se a posição do autor e a do réu. As matérias cognoscíveis de ofício do juiz em princípio operam tanto em favor de um como de outro.<sup>1</sup> Afinal, ministrar tratamento diferente para a cognoscibilidade de ofício de determinadas matérias apenas em virtude do beneficiário da decisão (autor ou réu) representaria indevida quebra do tratamento paritário das partes, por nós insistentemente realçado como pressuposto fundamental da análise do direito de ação e de defesa.<sup>2</sup>

Nesse passo, seria de questionar a inclusão desse (tormentoso) tema no bojo de tese que se propõe a (re)analisar o direito de defesa e o papel do réu no processo civil brasileiro.

<sup>1</sup> Foi justamente baseado nessa premissa que GRASSO estruturou sua obra *La pronuncia d'ufficio*, dividida em duas partes: a primeira relativa à posição do autor e a segunda, do réu, concluindo-se ao final haver coincidência de posições (idem, p. 332-333).

<sup>2</sup> Optamos por deixar de lado maiores considerações sobre a possibilidade de o juiz reconhecer fatos e fundamentos jurídicos não alegados pela parte para julgar a demanda *a seu favor*. Numa primeira aproximação, o tema não se relaciona diretamente com o direito de defesa, e sim no tocante aos limites da adstrição do juiz à *causa de pedir*. De todo modo, nossa opinião a respeito emergirá do contexto geral da exposição.

Não há, porém, espaço para dúvidas acerca da pertinência dessa análise com o escopo deste trabalho.

Essa linha de investigação se justifica, em primeiro lugar, pela claríssima aproximação entre o direito de ação e de defesa, a partir da Constituição Federal. Assim, aquilo que interessa à posição do autor no processo civil interessará igualmente à do réu.

Ademais, e principalmente, a averiguação em torno do que o juiz pode ou não pode conhecer de ofício tem maior repercussão quanto às matérias que beneficiam o réu. O autor suscita as matérias que lhe são favoráveis na demanda inicial, sobrando pouco espaço para que o juiz precise conhecer de outros pontos relativos à mesma pretensão. Diferentemente, o réu pode se omitir de responder à demanda do autor, sem que com isso haja qualquer prejuízo para o prosseguimento do processo, ganhando muito maior importância a análise *ex officio* de questões que deixaram de ser alegadas pelo réu, mas que podem afastar a demanda do autor.

### 8.2 Julgamento liminar de mérito da demanda inicial

É de rigor registrar, primeiramente, que o sistema reconhece textualmente três hipóteses em que o juiz pode julgar a demanda inicial improcedente (adentrando, pois, no mérito da pretensão do autor), em caráter liminar (ou seja, sem citação do réu e abertura de oportunidade para resposta).

As duas primeiras hipóteses estão encerradas no mesmo dispositivo, o art. 269, IV, do CPC, ou seja, a decadência ou a prescrição, que são matérias cognoscíveis de ofício (CC, art. 210,<sup>3</sup> e CPC, art. 219, § 5º, com redação dada pela Lei 11.280/2006), e se acolhidas ensejam o indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, IV). Tem-se em ambos os casos verdadeira sentença de mérito,<sup>4</sup> passível de ser proferida mesmo sem nenhuma atitude do réu.

Além disso, a Lei 11.277/2006 instituiu o art. 285-A do CPC para possibilitar que o réu também seja contemplado com sentença de mérito a seu favor quando o autor mover demanda que verse matéria “unicamente de direito” e for distri-

<sup>3</sup> Ressalve-se apenas a decadência não prevista em lei que é, *a contrario sensu*, do art. 210 do CC, cognoscível apenas por provocação do interessado.

<sup>4</sup> DINAMARCO recusa-se a aceitar que a decisão que pronuncia a decadência seja verdadeira sentença de mérito, mas aceita que aquela que declara a prescrição se enquadre nessa categoria (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 258-260). Entretanto, preferimos ficar com a opinião de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (“Extinção do processo” e mérito da causa, *Ensaios de direito processual*, p. 369), o qual equipara a sentença de improcedência (CPC, art. 269, I) daquela que proclama prescrição ou decadência (CPC, art. 269, IV). Há que ressaltar, contudo, que em determinados casos a decadência atinge um determinado direito processual (*v. g.*, à impetração de mandado de segurança ou ao ajuizamento da ação rescisória). Nesses casos, a consumação do prazo decadencial implica falta de interesse processual (por inadequação da via), sendo fenômeno de todo estranho aos casos de decadência que atinja o direito material.

buída a juízo onde “já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”. Aqui também se tem clara possibilidade de proferimento de sentença a favor do réu independentemente do exercício do direito de defesa.<sup>5</sup>

Não nos convém esmiuçar aspectos dessas novidades legislativas, mormente porque elas pressupõem a inexistência de qualquer atuação do réu. Preocupamos, em muito maior grau, as hipóteses em que o processo oportuniza ao réu responder à demanda inicial, e este se abstém de fazê-lo. Aí justamente é que se cogita a entrada ou não em cena dos poderes do juiz de agir de ofício.

### 8.3 Efeitos da revelia e poderes do juiz

Fora dos casos excepcionais, acima examinados, em que a rejeição da demanda inicial (quanto ao mérito) pode ocorrer *liminarmente*, resta perquirir em que medida pode o juiz julgar a demanda do autor em favor do réu que, citado, não se defendeu e foi declarado *revel*.

Hoje se reconhece com bastante tranquilidade que, mesmo havendo revelia, pode o juiz rejeitar a demanda do autor, porquanto incabível a consequência jurídica por ele pretendida ou por não estar provado o fato constitutivo de seu direito.<sup>6</sup>

Quanto à primeira hipótese, não é ocioso lembrar que a omissão do réu em atacar as *consequências jurídicas* propaladas pelo autor em sua petição inicial é irrelevante,<sup>7</sup> pois a revelia implica presunção de veracidade de fatos, não operando efeitos sobre o direito envolvido na controvérsia, permanecendo o juiz investido do poder(-dever) de rejeitar no todo ou em parte a pretensão do autor pela falta de amparo legal.

<sup>5</sup> Essa novidade legislativa, embora instigante sob diversos aspectos, não exige tratativa especial, porque encerra situação em que o processo termina com sentença de mérito *sem qualquer atuação do réu*, em nada auxiliando no exame de sua posição no processo civil.

<sup>6</sup> GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 246) não considera haver na espécie exercício de poderes oficiais do juiz, pois a rejeição da demanda do autor, por não ter se constatado presente o fato constitutivo do seu direito, representa julgamento nos exatos e estritos limites da demanda inicial aforada. FREDERICO MARQUES (*Manual...*, v. 1, p. 168 ss) interpretou esse fenômeno da seguinte forma: “[e]sta tutela pode ser outorgada ainda que sem pedido algum do réu, o que constitui outro traço diferenciador do direito de defesa, em face do *ius actionis*, uma vez que o autor somente obterá, por meio da ação, a tutela jurisdicional que nesta pediu, e nos limites em que foi pedido”.

<sup>7</sup> À luz do CPC de seu país, mesmo anteriormente à reforma operada em 1995, ANTÔNIO MONTALVÃO MACHADO considerou que “as razões de direito que normalmente eram feitas pelas partes nos articulados jamais tiveram uma função essencial. Antes, e apenas, uma função meramente conveniente. Em todo o caso, uma função processualmente vantajosa” (*O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*, p. 72-73). FABBRINI (*Lecezione...*, cit., p. 339) também foi categórico a respeito: “[p]remesso che nella *quaestio juris*, entro i limiti della controversia sottopostagli alla domanda, il giudice, assistito dal principio *iura novit curia*, non incontra condizionamento di sorta in ragione di qualsivoglia possibile attività delle parti”. Comungando da mesma opinião, o italiano MANDRIOLI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 86).

Os estudiosos reconhecem, aqui, soberana aplicação das máximas *iura novit curia* e *da mihi factum dabu tibi ius*.<sup>8</sup> A adstricção do órgão judiciário à matéria jurídica invocada pela parte limita-se ao terreno dos remédios de estrito direito (como os recursos extraordinário, especial e a ação rescisória fundada no inc. V do art. 485 do CPC).<sup>9</sup>

Desse modo, o art. 282, III, do CPC, ao exigir que a petição inicial traga os “fundamentos jurídicos do pedido”, contenta-se com uma mera “proposta” do autor de enquadramento jurídico de sua pretensão, sem vincular o proferimento de sentença.<sup>10</sup>

Saindo do campo do direito e passando ao campo dos fatos, é de ver que o juiz tem liberdade para considerar inverídica a versão narrada pela petição inicial,<sup>11</sup> não apenas nos casos em que estão excluídos os efeitos da revelia (CPC,

<sup>8</sup> Essas máximas estão expressamente acolhidas no art. 664.1, primeira parte, do CPC português: “[o] juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito”.

<sup>9</sup> Aspecto interessante suscitado por PEDRO DINAMARCO em sua tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (*Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não cumprimento*, p. 110-112).

<sup>10</sup> Conforme amplamente reconhecido pela nossa doutrina, trata-se essa de decorrência do acolhimento, pelo sistema processual pátrio, da teoria da *substanciação*. A propósito, confira-se a gama de autores listada por CRUZ e TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 144-148, e *A motivação da sentença no processo civil*, p. 104-106) e também DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 112 e 127-128) e SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 72-73). Embora haja estudiosos brasileiros que questionam essa vertente doutrinária (como BOTELHO DE MESQUITA, no ensaio *A causa petendi nas ações reivindicatórias*, recentemente republicado na coletânea *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. 1, p. 138-155), não se duvida da aplicabilidade das máximas *iura novit curia* e *da mihi factum dabu tibi ius*. Isso porque, conforme assevera CRUZ e TUCCI, a adoção do princípio da eventualidade implica maior preponderância do fato sobre o direito (*A causa petendi...*, cit., p. 151, e a regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. *Revista do Advogado*, nº 39, p. 39-43). A jurisprudência acolhe a mesma diretriz, cumprindo invocar dois ilustrativos acórdãos do STJ: “[s]egundo esmerada doutrina, *causa petendi* é o fato ou o conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor. Não se verifica alteração da causa de pedir quando se atribui ao fato ou ao conjunto de fatos qualificação jurídica diversa da originariamente atribuída. Incumbindo ao juiz a subsunção do fato a norma, ou seja, a categorização jurídica do fato, incoorre modificação da *causa petendi* se há compatibilidade do fato descrito com a nova qualificação jurídica ou com o novo enunciado legal. Mostra-se sem vício a decisão que, após nova leitura da moldura fática, defere a proteção possessória não sob o prisma da passagem de prédio encravado mas sob o enfoque da servidão de trânsito por destinação do proprietário” (REsp 2403/RS, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28-8-1990) e “Não há julgamento *extra petita* quando a parte procura imputar ao réu uma modalidade de culpa e o julgador, diante da prova dos autos, entende caracterizada outra. Na linha de precedente do Tribunal, em nosso Direito vigora o princípio de que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes apresentem-lhe os fatos, não estando o julgador adstrito aos fundamentos legais apontados pelo autor” (REsp 233.446/RJ, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27-3-2001).

<sup>11</sup> Nesse ponto, nosso sistema processual é bem diferente dos ordenamentos de outros países, em que tal presunção não se configura como efeito imediato e necessário da revelia (salvo exceções). O art. 63 do CPC nacional argentino exige a prova dos fatos não contestados pelo revel. Já o art. 496.2 da LEC espanhola indica que não há consequência positiva alguma decorrente da revelia (apesar de o réu sujeitar-se ao ônus da impugnação especificada – art. 405.2 – o que é um contrassenso). Do art. 292.2 e 3 do CPC italiano decorre que a contumácia do réu é um comportamento “neuro” em relação à demanda do autor, sem importar admissão da alegação fática nela contida (assim, PROTO PISANI, *Lezioni...*, cit., p. 224). Como bem aponta em geral a doutrina (v. g., CALMON DE PASSOS, *Da revelia do demandado*, p. 19-48), nosso sistema seguiu o modelo tradicional germânico (muito bem descrito por CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, p. 42-52).

arts. 320<sup>12</sup> e 324), mas igualmente naquelas situações em que, à luz das *máximas da experiência*,<sup>13</sup> a narrativa do autor é absurda ou, quando menos, inverossímil.<sup>14</sup> Do mesmo modo, reconhece-se que o juiz afaste a presunção de veracidade da versão fática descrita pelo autor quando, apesar de crível, é desmentida por documentos juntados à própria peça inicial.<sup>15</sup> UMBERTO BRESOLIN,<sup>16</sup> após examinar as hipóteses de flexibilização da revelia aceitas, sintetizou-as para os casos em que os fatos narrados pelo autor são “impossíveis, improváveis, inverossímeis, contrários a fatos notórios ou à prova eventualmente existente nos autos”.

Em todas essas situações há decorrência lógica e necessária da diretriz de que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (CPC, art. 319) é relativa (*iuris tantum*).<sup>17</sup>

<sup>12</sup> O art. 320 do nosso CPC traz casos quase iguais àqueles arrolados pelo art. 485 do CPC português. Além das hipóteses descritas no aludido dispositivo, costuma-se incluir o art. 23 do Decreto-lei 3.365/1941, que descreve o procedimento da “ação de desapropriação”, em que o juiz determinará a realização de perícia para apuração do *quantum* indenizatório justo a menos que o réu concorde expressamente com o valor ofertado pelo autor. Assim decidia o extinto TFR (que a propósito editou a Súmula nº 118: “Na ação expropriatória, a revelia do expropriado não implica em aceitação do valor da oferta e, por isso, não autoriza a dispensa da avaliação”) e continua fazendo o STJ (“Para que haja a justa indenização, mostra-se imperiosa a realização da perícia, mesmo que revel o expropriado. Não deve ser aplicada a regra geral do processo civil, com a decretação da revelia e confissão sobre a matéria fática, mas a regra especial encartada na Lei Geral das Desapropriações (art. 23 do DL 3.365/41) que preconiza a realização do exame pericial” – REsp 686.901/BA, 2ª T., Rel. Ministro Castro Meira, j. 18-5-2006).

<sup>13</sup> Sobre esse aspecto, imperioso invocar a lição de AMARAL SANTOS: “[o] juiz, como homem culto e vivendo em sociedade, no encaminhar as provas, ao avaliá-las, no interpretar e aplicar o direito, no decidir, enfim, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, a que se costumou denominar máximas de experiência, ou regras de experiência, isto é, juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato, por qualquer pessoa de cultura média. Com efeito, em cada esfera social, da mais letrada à mais humilde, há uma porção de conhecimentos que, tendo passado por experiência contínua e prolongada, ou, quando não, pelo crivo da crítica coletiva, fruto da ciência, da arte, da técnica e dos fatos cotidianos, faz parte de sua *communis opinio*” (*Primeiras linhas...*, cit., v. 2, p. 337).

<sup>14</sup> ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (Fatos notórios e máximas de experiência, *Revista Forense*, nº 376, p. 3-10) aponta que regras de experiência servem para preencher as *lacunas fáticas*, sobre as quais recai a cognição judicial, suprindo-a com elementos que a instrução processual não tenha fornecido. As máximas de experiência autorizam o juiz a partir de um *indício* (*rectius*, fato conhecido, mas por si só insuficiente a acarretar consequências jurídicas pretendidas pela parte que o alegou, conforme definição de BARBOSA MOREIRA, *As presunções e a prova, Temas de direito processual* – 1ª série, p. 57) e estabelecem uma *presunção comum* para afirmar a existência de outro fato (esse sim relevante para deslinde da controvérsia), mesmo sem haver prova a respeito. Assim, do mesmo modo que as “regras de experiência” podem conduzir à formulação de “presunções comuns”, elas servem ao magistrado para desfazer a “presunção legal” emergente da revelia. Nesse sentido, com ampla referência doutrinária e jurisprudencial, MARIA LÚCIA MEDEIROS (*A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*, p. 114 ss).

<sup>15</sup> Essas hipóteses foram cogitadas por diversos autores estrangeiros, como CHIOVENDA (*Principii...*, cit., p. 266, e *Instituições...*, cit., v. 1, p. 460-463) e FABBRINI (*Eccezione...*, cit., p. 339), entre outros.

<sup>16</sup> *Revelia e seus efeitos*, p. 199.

<sup>17</sup> RITA GIANESINI traz ampla referência de autores que comungam dessa opinião (*Da revelia no processo civil brasileiro*, p. 70 ss), embora a própria autora (a nosso ver, erroneamente) avalize a tese de “presunção absoluta”. A tese da presunção relativa parece-nos ter triunfado não apenas na doutrina, mas igualmente na jurisprudência, conforme ampla referência feita por THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA e LUÍS GUILHERME AIDAR BONDOLI (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 457-458, notas 6a, 6b, 7 e 8 ao art. 319).

A concepção de que a presunção que decorre da revelia é relativa (e, por isso, pode ser excluída à luz dos demais elementos constantes dos autos) estava expressamente prevista no CPC de 1939 (art. 209)<sup>18</sup> e hoje se acha positivada para o procedimento comum sumário (CPC, art. 277, § 2º) e igualmente no Juizado Especial Cível (art. 20 da Lei 9.099/1995). A despeito de o art. 319 do CPC vigente não generalizar o mesmo preceito para todo o sistema, sua interpretação sistemática conduz exatamente a esse resultado.

Ainda que se entenda que o efeito da revelia não é uma *presunção*,<sup>19</sup> mas sim a *confissão ficta* ou *tácita* por parte do réu,<sup>20</sup> tem-se nela *mais uma prova* a ser considerada no julgamento, ao lado das demais existentes, segundo a livre valoração motivada. E essas provas a serem utilizadas podem ser aquelas que constem dos autos mesmo que trazidas pelo próprio autor, pelo princípio da “aquisição” ou da “comunhão da prova”.<sup>21</sup>

Nesse sentido, oportuna a lembrança de WILLIAM SANTOS FERREIRA<sup>22</sup> no sentido de que o art. 131 do CPC autoriza expressamente o juiz a julgar a demanda do autor com base em elementos existentes nos autos, mas não alegados.<sup>23</sup> “[o] juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, *ainda que não alegados pelas partes*; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (grifo nosso).

Essa regra reforça nossa premissa de que não têm relevância para o estudo do direito de defesa os raciocínios baseados na (difícil) distinção entre os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos

<sup>18</sup> Esse dispositivo preceituava que “[o] fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

<sup>19</sup> Como entende, por exemplo, DINAMARCO (Ônus de contestar e os efeitos da revelia, *Revista de Processo*, nº 41, p. 190), embora considere que o efeito da revelia tenha uma projeção muito similar à da presunção.

<sup>20</sup> CALMON DE PASSOS (*Da revelia do demandado*, p. 19-48 e 78-80), após longa incursão histórica, demonstra que a concepção original dos efeitos da revelia revela a ideia de confissão ficta. É desse modo que a revelia continua compreendida pelo art. 484.1 do CPC português. Mesmo o direito positivo vigente ainda mostra inclinação em reconhecer a “confissão ficta”: “Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – *se não for admissível, a seu respeito, a confissão*” (destaque é nosso). De todo modo, embora não seja tema de nossa preocupação neste livro, cabe consignar que são questionáveis quaisquer “ficcões” em matéria de processo civil, seja sobre a coisa julgada (a teoria da “ficcão de verdade” já foi descartada há muito tempo), seja em matéria de “decisão implícita” (que em outro estudo consideramos inviável: *Preclusão processual civil*, p. 206-210), seja ainda no campo dos chamados “pedidos implícitos” (que são melhor compreendidos como *efeitos legais da sentença*, conforme propõe DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 2, p. 137).

<sup>21</sup> A propósito, e. g., DINAMARCO (*Instituições...*, v. 3, p. 84-85).

<sup>22</sup> Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – compatibilizações processuais e materiais. *Direito civil e processo* – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, ARAKEN DE ASSIS [et al.] (Coord.), p. 547.

<sup>23</sup> Essa norma torna desnecessário cogitar haver na espécie “alegações implícitas” das partes (como faz CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio...*, cit., p. 65 e 96).



vos desse mesmo direito.<sup>24</sup> A natureza do fato relevante para julgamento do processo não interfere, em suma, nos poderes do juiz de considerá-lo no julgamento da demanda inicial.

A outorga de poderes ao juiz, nesse particular, visa assegurar que o processo não redunde em resultado não querido pelo ordenamento jurídico, ainda que o réu (maior interessado na rejeição da demanda do autor) tenha se omitido de produzir as alegações necessárias à salvaguarda de sua posição jurídica.

Nesse passo, o sistema deve fornecer ao juiz meios de evitar “fratura entre direito e processo, entre a realidade e o conteúdo da declaração judicial”, conforme lecionou COLESANTI,<sup>25</sup> de modo que “o acolhimento de uma demanda que se revela infundada deve ser considerada como uma hipótese aceita apenas excepcionalmente no sistema”, conclusão essa de RENATO ORIANI.<sup>26</sup>

O que é curioso é que a doutrina tem facilidade de aceitar essa solução quando se trata de algumas particulares matérias, como o *pagamento*.

CESARE CAVALLINI<sup>27</sup> explica que essa matéria deve ser considerada cognoscível de ofício nem tanto por sua particular natureza substancial, mas, sobretudo, porque há uma “exigência de salvaguardar a efetividade da tutela jurisdicional mediante o correto ‘uso’ do processo como instrumento de resolução de conflitos pela via da atuação do direito violado”. Ainda segundo CAVALLINI, o reconhecimento da ocorrência de pagamento faria coincidir o interesse privado do devedor (que pagou dívida e está sendo demandado a fazê-lo novamente) e o interesse público de “evitar o mau uso da atividade jurisdicional”.<sup>28</sup> Apesar disso, CAVALLINI afirma que, fora desse particular caso (e de outros esparsos, tratados ao longo de sua monografia), a regra é a necessidade de provocação do interessado.

Em sentido bastante similar, ANTUNES VARELA, BEZERRA e NORA alargam o mesmo raciocínio para além do pagamento, mas também para os casos de “perda da coisa devida, remissão, simulação”, porque consideram que “[q]uanto a estas [matérias], desde que os factos que lhes servem de base constem dos autos, ainda

<sup>24</sup> A doutrina aceita que o juiz deva exercer controle sobre a existência dos fatos constitutivos do direito do autor e por ele alegados, mas reluta em aceitar que os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos sejam também como regra conhecidos de ofício (nesse sentido, ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 196, CAPPELLETTI, *Eccezione come contraddittorio del convenuto*, cit., p. 269, e FABBRINI, *Eccezione...*, cit., p. 339). Posta em dúvida a possibilidade de dividir claramente as hipóteses de defesa direta e de defesa indireta (item 7.4.2, *supra*), não há como desenvolver qualquer raciocínio baseado na existência de poderes oficiais para verificar a existência dos fatos constitutivos e na necessidade de provocação para reconhecimento dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos. Como se trata de duas faces da mesma moeda, como acima asseveramos, não há razão para reconhecer diferente poder do juiz para analisar todos os fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos) a partir dos elementos constantes dos autos.

<sup>25</sup> *Eccezione...*, cit., p. 181, em tradução.

<sup>26</sup> *Eccezione...*, cit., p. 269, em tradução.

<sup>27</sup> *Eccezione rilevabile d'ufficio...*, cit., p. 68-69, por nós já traduzido.

<sup>28</sup> *Idem*, *ibidem*.

que não seja por iniciativa do réu (mas por declaração do autor ou de um dos corréus), o juiz não pode deixar de as tomar em conta”.<sup>29</sup>

As mesmas razões que embasam a cognoscibilidade de ofício do pagamento justificam a cognoscibilidade de ofício de outros fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Afinal, não é apenas nos casos listados pelos autores agora transcritos que se mostra inaceitável que o juiz *conscientemente* conceda ao autor direito que ele não possui.

Se, como vimos acima, tanto o pagamento como a prescrição excluem o direito do credor a determinada prestação, parece razoável entender que a cobrança de dívida prescrita ofende o interesse público tanto quanto a demanda por dívida já paga, mormente porque no primeiro caso frustra-se a *segurança* das relações jurídicas,<sup>30</sup> valor juridicamente tutelado e que se põe à base da existência da prescrição.<sup>31</sup> Em ambos os casos há, lado a lado, e com igual força, interesses públicos e privados carecedores de concomitante tutela.

Em resumo, esses argumentos nos conduzem à conclusão de que qualquer matéria que interfira no acolhimento ou rejeição da demanda inicial já proposta pelo autor deve, em princípio, ser levada em conta pelo juiz, ressalvados os casos em que a lei *expressamente* exija a iniciativa do interessado.<sup>32</sup>

Contudo, a doutrina em geral continua apegada à ideia de que determinadas defesas operam por força de lei, ao passo que outras operam *por vontade da parte*,<sup>33</sup> de modo que à falta de manifestação do interessado haveria renúncia

<sup>29</sup> *Manual...*, cit., p. 296.

<sup>30</sup> Esse argumento, que se apresenta irrefutável, foi dado por GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 330), convindo aqui transcrevê-lo: “Si pongano ancora a raffronto l'eccezione di pagamento e l'eccezione di prescrizione, la prima (come è generalmente ritenuto) non necessaria per la rilevazione da parte del giudice del l'avvenuta solutio. Vano si palesa qualsiasi tentativo di dimostrare che la reiterazione del pagamento offenda l'interesse pubblico (chenella specie si identifica con il generico interesse alla regolare attuazione dei rapporti giuridici) più che il pagamento di un debito, che la legge considera estinto, decorso un certo periodo di tempo, per la certezza dei rapporti, la quale sicuramente rei pubblica interest. Nè si comprende perchè solo nella rilevazione della prescrizione, e non anche in quella del pagamento, il giudice praticerebbe un'ingiustificata ingerenza nella sfera privata.”

<sup>31</sup> A lição de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. 6, p. 100) encontra justificativas jurídicas e práticas para que haja interesse público na instituição da prescrição: “[s]erve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou a destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico” (no mesmo sentido, THEODORO JR., *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, p. 162-165). Justamente por isso é que os prazos prescricionais não se alteram por acordo de vontades das partes (CC, art. 192) nem podem ser renunciados antes que se iniciem (CC, art. 191), havendo aí uma fixação temporal que atende a princípio de “ordem pública” (assim, CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 1, p. 351, e CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, *Prescrição e decadência*, p. 103). Pelo mesmo fundamento, a prescrição penal é reconhecível de ofício (CPP, art. 61 c.c. CP, art. 107, IV).

<sup>32</sup> A essa conclusão chegaram, ainda na década de 1960, CAPPELLETTI (*Nuovi fatti...*, cit., p. 1611, e *Eccezione...*, cit., p. 273-274) e GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 332 ss).

<sup>33</sup> Assim se manifestaram CHIOVENDA (*Sulla “eccezione”, Saggi...*, cit., p. 151), COLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 193), BUONCRISTIANI (*L'allegazione dei fatti...*, p. 110) e ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 33), entre outros.



tácita à invocação da matéria. Diz-se, por isso, que a alegação de algumas matérias encerra mero ato *informativo* (pois seu efeito é levar ao conhecimento do juiz determinados fatos), ao passo que outras são consideradas ato *normativo* (em que prepondera a manifestação de vontade do interessado).<sup>34</sup>

Pode-se dizer que essa explicação convém quanto às hipóteses de anulabilidade, especificadas textualmente em lei (CC, arts. 171 e 177),<sup>35</sup> à decadência convencional (CC, art. 211) e, antes da Lei 11.280/2006, à hipótese de prescrição em favor de capaz (CC, art. 194).<sup>36</sup> Nesses casos (taxativos), a lei estabelece a renunciabilidade do direito a ser invocado pelo réu, dando realce ao papel da manifestação de vontade.<sup>37</sup>

Mas, fora desse rol de hipóteses, prevalece o entendimento largamente aceito de que a vontade manifestada nos atos processuais é secundária e irrelevante para produção de efeitos no processo, os quais são prescritos pela lei processual.<sup>38</sup> Se a manifestação de vontade é irrelevante nos atos *comissivos*, com maior razão deverá sê-lo nos *omissivos*.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Nesse sentido, na doutrina italiana COLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 192) e CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio...*, cit., p. 19). Veja-se ainda a lição do argentino CLEMENTE A. DIAZ (*La exposición de los hechos de la demanda, Los hechos en el proceso civil*, AUGUSTO M. MORELLO (Org.), p. 10).

<sup>35</sup> ORIANI (*Eccezione...*, cit., p. 272) considera que haja proibição de atuação de ofício quanto à *constituição* ou a *desconstituição* de relações jurídicas, pois há aí manifestação de direito potestativo, para o qual o juiz não poderia se substituir à parte.

<sup>36</sup> Assim entendeu DINAMARCO, ao assentar antes da Lei 11.280/2006 que: “o decurso dos lapsos prescricionais instituídos em lei não é suficiente para extinguir direitos, sendo indispensável, para que isso aconteça, que a ele se acrescente a expressa manifestação da vontade do obrigado, de valer-se dessa extinção” (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 262).

<sup>37</sup> Devemos aqui registrar, de modo enfático, nossa discordância da tese de que o art. 219, § 5º, do CPC, com redação dada pela Lei 11.208/2006, daria ao juiz, *apenas*, o poder de provocar *ex officio* o réu para dizer se renuncia ou não à prescrição. Primeiro, porque o dispositivo é suficientemente explícito em dar ao juiz o poder de *pronunciar* a prescrição, e não apenas o de reconhecer de ofício a sua existência e consultar o réu se concorda ou não com sua pronúncia (como sugeriram, dentro outros, SCARPINELLA BUENO, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. 2, p. 109, e FREDIE DIDIER JR., Aspectos processuais da prescrição: conhecimento *ex officio* e alegação em qualquer fase do procedimento, *Prescrição no Código Civil* (uma análise multidisciplinar), MIRNA CIANCI (Coord.), p. 61-63). Segundo, a possibilidade de pronúncia *ex officio* não exclui por completo a renunciabilidade da prescrição. No plano extrajudicial, esse atributo persiste intacto; no plano judicial houve uma redução de sua amplitude, já que ao réu facultou-se pagar a dívida prescrita e exigida, a qual não poderá ser repetida (CC, art. 882). E essa redução do âmbito da renunciabilidade é legitimamente alcançada pela derrogação da lei anterior (CC, art. 191) pela posterior (art. 219, § 5º, do CPC, da Lei 11.280/2006). Para além daí, a resistência em reconhecer esse poder ao juiz parece-nos ser fruto de um apego injustificável a tradições longínquas, que cedem ao comando expresso da lei.

<sup>38</sup> Nesse sentido entendem, na doutrina estrangeira, REDENTI (*Profili pratici del processo civile*, p. 298) e LIEBMAN, para quem a vontade manifestada nos atos processuais é “extremamente genérica, ou seja, a simples vontade e consciência de realizar o ato”; “esse ténue elemento volitivo tem, além disso, uma importância nitidamente secundária”, “sendo irrelevante a intenção íntima do sujeito que o realiza e ficando excluída qualquer investigação destinada a perquiri-la” (*Manual...*, cit., v. 1, p. 226). Entre nós, e no mesmo sentido, CALMON DE PASSOS (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 58) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 469 ss).

<sup>39</sup> Concordando com essa afirmação, CARRATTA (*Il principio della non contestazione nel processo civile*, p. 264-265).

Mesmo os estudiosos que dão relevância para a vontade do litigante na prática dos atos processuais<sup>40</sup> o fazem para considerar a possibilidade de anulá-los por vícios de manifestação, ou para que haja a correta interpretação do conteúdo do ato postulatório da parte<sup>41</sup> ou ainda para que se analise a existência de dolo processual.<sup>42</sup> Aliás, a tese de que a alegação seria um ato portador de relevante manifestação de vontade não explica a existência de fatos implícita ou inconscientemente suscitados pela parte (por meio de documentos da causa, por exemplo)<sup>43</sup> ou, e. g., trazidos aos autos por terceiro que não seja nem possa se tornar parte do processo (testemunha ou perito).

#### 8.4 Improcedência da demanda do autor e princípio da congruência

Impende também verificar a compatibilidade de nossa proposta de compreensão da extensão dos poderes do juiz aqui enunciada com os arts. 2º,<sup>44</sup> 128<sup>45</sup> e 460,<sup>46</sup> todos do CPC.

<sup>40</sup> Desatacamos aqui PAULA COSTA E SILVA que, na doutrina portuguesa, produziu alentada monografia intitulada *Acto e processo*, justamente para combater o “dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo” (como consta do subtítulo da obra). Na doutrina argentina, CLEMENTE A. DIAZ (*La exposición de los hechos de la demanda*, cit., p. 11) propõe, com muita lucidez, que a declaração de vontade não define a afirmação dos fatos da causa, mas a primeira é pressuposto da segunda. Assim, manifesta sua simpatia à caracterização de que a exposição dos fatos é ato informativo.

<sup>41</sup> Essa é justamente a conclusão de PAULA COSTA E SILVA, ao cabo de sua exauriente tratativa (*Acto e processo*, p. 649).

<sup>42</sup> Destacando essa utilidade da análise da manifestação de vontade nos atos processuais, FAZZALARI (*Istituzioni di diritto processuale*, p. 359).

<sup>43</sup> BUONCRISTIANI (*L'allegazione dei fatti...*, p. 113), que chega a afirmar que a alegação de fatos em juízo seria um ato *negocial*, explica que haveria nesses casos uma manifestação tácita ou ficta de vontade. Para que a explicação (que já é frágil) alcançasse os fatos trazidos ao conhecimento do juiz pela testemunha, seria preciso dizer que a parte, ao arrolá-la, já sabia de antemão o resultado da prova e que a testemunha não teria dever de comparecer a juízo. A solução, além de completamente inadequada ao atual momento do direito processual, fere o nosso direito positivo (CPC, art. 412). Ademais, simplesmente não haveria nenhum modo de explicar a possibilidade de uso de fatos descobertos por meio de prova determinada de ofício ou da inspeção judicial (CPC, art. 440). GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 46) nega, a nosso ver corretamente, a existência de uma “presunção de consciência” do litigante relativamente ao fato passível de ser extraído de documento por ela trazida aos autos. MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 91), embora de certo modo apegado à importância da “alegação” como ato processual, não reconhece que haja “alegação inadvertida” ou “involuntária” por qualquer dos litigantes e, corretamente, resume o problema a se saber a extensão dos poderes do juiz para tomar em consideração fatos não alegados.

<sup>44</sup> “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”

<sup>45</sup> “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

<sup>46</sup> “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

De início, o art. 2º do CPC, ao falar de “tutela jurisdicional”, deve ser lido sob o contexto do tempo em que foi inserido em nossa legislação processual,<sup>47</sup> isto é, no sentido de que o juiz fica impedido de instaurar processo de ofício, salvo quando autorizado por lei (*nemo iudex sine actore*). Do contrário, seria uma norma morta, já que a compreensão do que é, hoje, “tutela jurisdicional” implica necessariamente que o juiz a outorgue de ofício durante todo o *iter* processual, ainda que apenas por força da correta observância da cláusula constitucional do *devido processo legal* em seu mais amplo sentido (item 3.2.3, *supra*).

Ademais, ainda que se interprete o dispositivo no sentido de que o juiz não poderá conceder nada mais, menos ou diferente do que foi pedido pelo “interessado” – função essa, de resto, muito mais bem desempenhada pelos arts. 128 e 460 do CPC –, ainda assim não há óbice à conclusão por nós aqui alcançada.

O art. 2º do CPC longe está de representar regra absoluta, pois há incontáveis casos em que a lei admite expressamente a iniciativa judicial<sup>48</sup> para prestar tutela jurisdicional plena sem pedido expresso do interessado, tudo isso em processo instaurado por “iniciativa da parte” (como manda o art. 262 da mesma lei).

Entramos aqui no campo dos “pedidos implícitos”<sup>49</sup> ou, como seria mais correto chamar, “efeitos legais” ou “anexos da sentença”,<sup>50</sup> que se produzem de ofício, independentemente de provocação do interessado. São variados os exemplos, sendo os mais recorrentes deles os seguintes: (a) condenação do sucumbente aos honorários, custas e despesas processuais (CPC, art. 20);<sup>51</sup> (b) às prestações periódicas vencidas após ajuizamento da demanda (CPC, art. 290);<sup>52</sup> (c) aos juros

<sup>47</sup> Isso ocorreu em 1973, visto que o CPC de 1939 não contava com regra similar. O dispositivo é bem similar ao art. 2.907 do CC italiano, que prevê: “[a]lla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte (Cod. Proc. Civ. 99 e seguenti) e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio (Cod. Proc. Civ. 69)” (destaques nossos).

<sup>48</sup> Como ensina FABRINI (Leccazione..., cit., p. 356), “se è pur vero che dove esiste margine per una pronuncia di ufficio su una eccezione in senso lato, si rompe lo schema, tanto spesso ricorrente, del nesso istanza-risposta tra attività delle parti e attività del giudice”. Entre nós, reforçando a compatibilidade do art. 2º do CPC e a existência de matérias cognoscíveis de ofício, BEDAQUE (*Código de Processo Civil interpretado*, ANTÔNIO CARLOS MARGATO (Coord.), p. 40).

<sup>49</sup> Assim entende MILTON PAULO DE CARVALHO (*Do pedido no processo civil*, p. 101-104).

<sup>50</sup> DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 137), a nosso ver cheio de razão, considera desnecessário criar aí uma “ficção” de pedido que não existiu. A denominação *efeitos anexos da sentença* é preferida por CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, p. 93 ss) e por VITOR MOREIRA DA FONSECA (*A congruência da tutela jurisdicional*, Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 203).

<sup>51</sup> Entende-se que o juiz está obrigado a impor *ex officio* ao vencido a condenação às verbas sucumbenciais com base em uma interpretação literal do art. 20 do CPC: “A sentença condenará o vencido [...]” (destaque nosso). A regra já estava consagrada nos arts. 63 e 64 do CPC de 1939, embora limitasse essa condenação *ex officio* para casos determinados. Para tornar mais clara a aplicação desses dispositivos do CPC de 1939, o STF editou a Súmula 256: “[é] dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil”.

<sup>52</sup> VITOR MOREIRA DA FONSECA (*A congruência...*, cit., p. 205) considera que aqui, sim, se pode falar em verdadeiro “pedido implícito”.

(CPC, art. 293); (d) à correção monetária (Lei 6.899/81);<sup>53</sup> (e) ao resultado prático correspondente à tutela específica (CDC, art. 84, § 1º, e CPC, art. 461, § 1º).<sup>54</sup>

Esses exemplos são os mais recorrentes, mas seguramente não constituem elenco *numerus clausus*,<sup>55</sup> o que mostra que, uma vez instaurado o processo, a tutela jurisdicional plena passível de ser outorgada não se limitará, absoluta e necessariamente, àquilo que foi pedido. Enfim, entre demanda e tutela (*tra il chiesto ed il pronunciato*) há incongruência *proibida* e *permitida* pelo ordenamento<sup>56</sup> (sendo a primeira regra e a segunda, exceção).<sup>57</sup>

Superado esse cômputo, veja-se ainda que nossas conclusões não encontram obstáculo no art. 128 do CPC brasileiro, o qual veda a iniciativa judicial quanto a “questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. A norma amolda-se perfeitamente à ideia aqui defendida no sentido de que, *quando a lei não exige a iniciativa da parte* (como é o caso da anulabilidade do ato jurídico – CC, arts. 171 e 177), o juiz está livre para agir de ofício.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> Diz-se que aqui não haveria quebra da congruência porque a correção monetária não representa um *plus* em relação à condenação (VITOR MOREIRA DA FONSECA, *A congruência...*, cit., p. 207).

<sup>54</sup> MARINONI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 373-374) considera que se tem aí uma atenuação da regra da adstrição do juiz ao pedido.

<sup>55</sup> Assim aponta DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 137) e BEDAQUE (Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, *Causa de pedir de pedido no processo civil* (questões polêmicas). BEDAQUE e CRUZ E TUCCI (Coord.), p. 36) citam como exemplo a condenação em alimentos em demanda com mero pedido de declaração de paternidade (art. 7º da Lei 8.560/1992). VITOR MOREIRA DA FONSECA (*A congruência...*, cit., p. 211 ss) cita outros exemplos, dos quais destacamos dois: (a) o art. 11 da Lei 4.717/1965 permite que o juiz condene de ofício o réu vencido em ação popular a ressarcir dano ao erário; (b) a jurisprudência do STF (e. g. ADI 1.896, Rel. Min. Sydney Sanches) reconheceu que a causa de pedir invocada pelo autor da ADI e a ADC não vinculam o julgamento, de tal modo que se pode apreciar a norma objeto da demanda à luz de outros dispositivos constitucionais não invocados.

<sup>56</sup> A esse propósito, cabe citar trecho da ementa da recente e didático acórdão do STJ: “3. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento *extra, infra* ou *ultra petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre as referidas matérias de ordem pública. 4. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2.035 par. ún.) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6.899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º)” (AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., j. 13-5-2008).

<sup>57</sup> Como aponta com propriedade VITOR MOREIRA DA FONSECA (*A congruência...*, cit., p. 188 ss).

<sup>58</sup> Tem-se aí uma questão de interpretação gramatical relevante. O art. 128 do CPC só vedaria a iniciativa judicial para considerar fatos não alegados se o legislador *não* tivesse usado vírgula entre “questões” e “não suscitadas”. A supressão da vírgula mudaria completamente o sentido da frase, de modo a considerar que a lei veda o conhecimento de quaisquer questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Nossa proposta exegética é muito próxima ao que consta da literalidade do art. 496 do CPC lusitano, equivalente ao art. 128 do CPC brasileiro, mas muito mais claro: “art. 496: O juiz conhece de ofício das exceções peremptórias, exceto aquelas que a lei condiciona à alegação do interessado”. Também nesse sentido, tanto

De tudo o que foi até aqui exposto, o mais importante é que o conhecimento de ofício de matérias não alegadas pelo réu, com a finalidade de afastar a demanda do autor, não pode jamais transbordar os limites desta,<sup>59</sup> seja no tocante ao pedido, seja no tocante à causa de pedir.<sup>60</sup>

Aqui é de fundamental importância considerar que a causa de pedir não abrange todos os fatos relacionados ao episódio da vida narrado na demanda, mas apenas aqueles necessários para, em tese, dar fundamento suficiente ao pedido formulado.<sup>61</sup>

GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 333-334) quanto MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 90) interpretam o art. 112 do CPC italiano (que espelha regra quase idêntica à do art. 128 do nosso diploma) no sentido de que o juiz pode conhecer de exceções em geral, *excluídas aquelas em que se exige expressamente a alegação da parte*.

<sup>59</sup> Assim entendem BEDAQUE (Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, cit., p. 47) e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 150). Para ilustrar essa afirmação, mostra-se suficiente citar dois acórdãos do STJ sobre matérias bem similares, mas que, corretamente, deram soluções opostas aos casos examinados. No primeiro, proferido em 14-6-2004 pela 3ª Turma, relator o Ministro Castro Filho, nos autos do REsp 598.200/SP, instituição financeira ajuizou demanda de reintegração de posse de bem objeto de *leasing* inadimplido. O (hoje extinto) 2ª TAC/SP entendeu, de ofício, que a cobrança antecipada de valor residual garantido descaracterizaria o *leasing* e decretou, igualmente *ex officio*, a nulidade de cláusulas contratuais. *O julgamento deu-se, legitimamente, dentro dos limites do pedido deduzido*. Já no julgamento do REsp 864.699, em 19-6-2008, a 2ª Turma do STJ, sob voto condutor do Ministro João Otávio de Noronha, enfrentou-se a situação de titular de cota de consórcio que ajuizou demanda pedindo restituição imediata de parcelas pagas à administradora quando de sua exclusão do grupo por inadimplemento (o contrato firmado estabelecia que o valor seria devolvido apenas quando findasse o grupo). Conformou-se o autor em arcar com a taxa de administração cobrada, tanto que nada pediu em relação a ela. O pedido de restituição imediata das parcelas havia sido repellido nas instâncias ordinárias, as quais, contudo, consideraram de ofício que a cláusula que estipulava a taxa de administração em 18% era ilegal, determinando que a ré devolvesse ao autor o valor a maior pago a esse título. *Corretamente, considerou o STJ que a decisão das instâncias de origem extrapolou os limites do pedido*.

<sup>60</sup> Cuida-se de diretriz longamente assentada pela doutrina, tanto estrangeira (v. g., GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, p. 41) quanto pátria (v. g., CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, cit., p. 203 ss, e DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 3, p. 281, que afirma existir nos mesmos fenômenos de julgamento *extra, ultra e citra petita* nesse terreno), como também na jurisprudência, cumprindo invocar dois julgados do STJ à guisa de exemplo: “A decisão judicial não está limitada apenas ao pedido formulado pela parte, mas também pela causa de pedir deduzida, sendo esta elemento delimitador da atividade jurisdicional na ação. Neste sentido, se o magistrado se limita ao pedido formulado, considerando, entretanto, outra causa de pedir que não aquela suscitada pela parte, estará incorrendo em decisão *extra petita*, restando configurada a nulidade da sentença, ante a ofensa ao princípio da congruência” (EDcl no MS 9315/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, 3ª S., j. 24-8-2005) e “1. A causa de pedir deduzida pela parte consiste em elemento delimitador da atividade jurisdicional. 2. Se o julgador se limita ao pedido formulado, mas considera outra causa de pedir que não aquela deduzida pela parte em momento processual oportuno, estará incorrendo em julgamento *extra petita*” (REsp 792261/DF, 2ª T., Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, j. 6-12-2005).

<sup>61</sup> Segundo a consagrada lição de CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 25), “o fato ou os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo, e que constituem a *causa de pedir*, são *exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão*. Arraijada, desde há muito, a essa concepção, a *communis opinio* da doutrina universal, inclusive de época contemporânea, patenteia, de forma pacífica, que o fato jurídico integra o núcleo central da *causa petendi*, concebido como fato ocorrido e enquadrável *sub specie iuris*” (destaques nossos). Nessa linha, para que o autor cumpra o ônus de fornecer o “fato e o fundamento jurídico do pedido” (CPC, art. 282, III) e evite o indeferimento da inicial por falta de causa de pedir ou ausência de liame lógico entre pedido e causa de pedir (CPC, art. 295, parágrafo único, I e II), será necessário que “inclua todos os fatos e circunstâncias que, segundo a lei material, desemboquem na conclusão pela existência do direito afirmado”, de tal modo que “[n]em sempre se exige, senão para melhor esclarecer e convencer, que a petição inicial se reporte a toda a história do conflito entre as partes” (palavras de DINAMARCO, Ônus de afirmar e *causa petendi*, parecer publicado

Desse modo, a cognição judicial sobre fatos não suscitados (ao menos explicitamente) pelo autor, com a finalidade de julgar a demanda por ele próprio formulada, não significa atenuação do “princípio da congruência ou adstrição” consagrado pelo art. 460 do CPC.<sup>62</sup> Trata-se, em suma, de análise judicial provocada pelo autor, e ainda nos limites de sua demanda,<sup>63</sup> de tal modo que, fixadas essas balizas, o juiz, como agente público que é, conhecerá dos fatos necessários à correta aplicação do direito objetivo e à justa pacificação do conflito descrito na peça inicial, escopos últimos do processo, como instrumento público de afirmação da soberania estatal.<sup>64</sup>

Parece-nos que o acerto de nossa proposição – no sentido de autorizar o juiz a tomar em consideração fatos não alegados pelo réu para rejeitar a demanda do autor – é particularmente visível quanto aos fatos notórios e quanto aos secundários (ou instrumentais).

Quanto aos primeiros (os notórios), lembre-se que nosso CPC expressamente os dispensa de prova (art. 334, I), o que implica igualmente a dispensa de alegação.<sup>65</sup> Aliás, o art. 514.1 do CPC português é expresso nesse sentido: “[n]ão

na *Revista Forense*, nº 341, p. 225). A lição se coaduna com aquela de PROTO PISANI, para quem “[i]l principio della domanda concerne solo il monopolio della parte (privata o pubblica) nella individuazione del diritto fatto valere in giudizio; concerne solo il diritto, non i fatti. I fatti – la allegazione al giudizio dei fatti su istanza di parte – sono coperti dal principio della domanda solo se indispensabili per l'individuazione del diritto fatto valere” (*Lezioni...*, cit., p. 208-209, destacamos). Isso significa que o juiz está livre para considerar os demais fatos não alegados pelo autor, mas ainda necessários a verificar se é verdadeira e válida a narrativa da peça inicial feita para embasar o pedido (*rectius*, a causa de pedir remota).

<sup>62</sup> Diferentemente (e a nosso ver sem razão) entendeu CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio...*, cit., p. 96), para quem o reconhecimento *ex officio* de questões não suscitadas pelas partes implica, sim, redução do âmbito do “princípio da congruência”.

<sup>63</sup> Justamente por isso ousamos discordar de CAPPELLETTI (*El principio dispositivo e sus principales manifestaciones. El proceso civil en el derecho comparado*, tradução de Santiago Sentis Melendo, p. 26), para quem as duas primeiras e principais manifestações do princípio dispositivo seriam: (a) o princípio da demanda (o juiz não pode iniciar processo de ofício e os limites da iniciativa do interessado pautam a decisão a ser proferida) e (b) o princípio da exceção (o juiz não poderia suprir a omissão do réu em alegar questões necessárias a excluir a demanda do autor). A bem da verdade, e pelas premissas aqui assentadas, não se pode reconhecer (ao menos em nosso sistema atual) esse segundo princípio. Aliás, essa conclusão de CAPPELLETTI conflita frontalmente com aquela por ele defendida nos já mencionados ensaios *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, cit., e *Eccezione come contraddittorio del convenuto*, cit.

<sup>64</sup> Impõe-se lembrar aqui a emblemática e tantas vezes repetida lição de TITO CARNACINI (*Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Studi in onore di Enrico Redenti*, v. 2, p. 697) segundo a qual: “non v'è invero strumento, per semplice che sia, il quale a sua volta non richieda qualche cosa di chi vuole adoperarlo per il conseguimento dei propri scopi”. Outra passagem relevante para compreensão do tema é colhida na obra de REMO CAPONI (*La rimessione in termini nel processo civile*, p. 69: “[l]a libera iniziativa della parte deve sottomettersi alle regole tecniche che preesistono all'uso dello strumento processo e che contemperano la realizzazione del proprio interesse, con la salvaguardia degli interessi altrui implicati nella vicenda processuale”. LIEBMAN (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 19) ainda reforçava essa mesma ideia afirmando que o processo é um meio de satisfação das próprias razões da forma legalmente prevista.

<sup>65</sup> Nesse sentido entendê, na doutrina espanhola, ETXEBERRÍA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 146). No nosso *Preclusão processual civil* (p. 187) manifestamos adesão a esse pensamento.

carecem de prova *nem de alegação* os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral” (grifos nossos).

Já os factos secundários são aqueles que não compõem o núcleo da causa de pedir (ou, como preferem alguns, a causa de pedir remota),<sup>66</sup> e não são constitutivos do direito do autor, mas servem para demonstrá-lo, reforçá-lo ou revelar seu modo de ser.<sup>67</sup> Esses factos secundários também são comumente chamados pela doutrina de *simples*,<sup>68</sup> por entender que eles não produzem efeito jurídico, mas apenas reforçam outros factos, esses, sim, jurídicos.<sup>69</sup>

Não concordamos com a denominação *factos simples*, por duas razões fundamentais. A primeira é que a denominação não nos parece em si acertada, já que mesmo esses factos secundários produzem efeitos no plano do direito, ainda que de modo indireto, quando menos na formação do convencimento judicial. Merecem, apenas por isso, o *status* de factos jurídicos. Ademais, nossa proposta interpretativa é a de que factos que poderiam produzir efeitos jurídicos sozinhos podem ser eventualmente enquadrados como “factos instrumentais” ou “secundários”, para serem levados em conta pelo julgador *ex officio* sem que com isso haja violação à regra da congruência entre decisão e os elementos objetivos da demanda, pedido e causa de pedir. Isso porque os factos secundários giram em torno

<sup>66</sup> Sobre as origens da distinção e seu significado moderno, CRUZ E TUCCI (A causa petendi..., cit., p. 58-59 e 160-164). Curiosamente, alguns autores acolhem a classificação de modo invertido, qualificando de causa de pedir próxima aos fundamentos fáticos e causa de pedir remota aos fundamentos jurídicos (DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 2, p. 126, e NERY JR.-ROSA NERY, *Código...*, cit., p. 671). Preferimos ficar com a primeira solução (também acolhida, v. g., por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso...*, cit., p. 77, e SCARPINELLA BUENO, *Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 72), conforme consta do corpo da presente exposição.

<sup>67</sup> Na precisa síntese de ANTÔNIO MONTAIVÃO MACHADO (*O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*, p. 135-136), “[o]s factos essenciais são os “integrativos da previsão da norma aplicável à pretensão” e “os factos instrumentais são os que permitem inferir a existência dos primeiros, mas que por si só não chegam para a procedência da pretensão”. Essa distinção é amplamente considerada por outros processualistas estrangeiros (como v. g. os italianos LIEBMAN, *Manuale...*, cit., v. 1, p. 173, GIAN FRANCO RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1992, p. 837, e PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*, FREDIE DIDIER JR. e EDUARDO DE FERREIRA JORDÃO (COORD.), p. 92, e o argentino JORGE W. PEYRANO, *Los hechos secundarios del proceso civil*, *Los hechos en el proceso civil*, AUGUSTO M. MORELLO (Org.), p. 95 ss) e os brasileiros (como CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, cit., p. 153-154, DALL'AGNOLI JR., *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*, cit., p. 16, e PEDRO DINAMARCO, *Ônus processuais...*, cit., p. 109 ss). Esse último autor registrou que o STJ também acolhe essa distinção, como emerge da leitura de ementa de recente acórdão: “Os factos que são essenciais para configurar o objeto do processo e que constituem a causa de pedir são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão; isto é, aqueles que são carregados de efeito pelo ordenamento jurídico. Os factos essenciais (também denominados de factos jurídicos ou principais) são particularizados por determinados acontecimentos produzidos pela dinâmica social (factos simples ou secundários), dos quais é possível extrair uma consequência jurídica” (REsp 702739/PB, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, 3ª T., j. 19-9-2006).

<sup>68</sup> E. g. CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, t. 2, p. 586), ARAKEN DE ASSIS (*Cumulação de ações*, p. 142) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 286).

<sup>69</sup> ASSIM, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 175).

da mesma órbita dos factos principais que compõem o núcleo da causa de pedir,<sup>70</sup> compondo a mesma *fattispecie* (para usar expressão tão ao gosto dos italianos).<sup>71</sup>

Esse problema também é enfrentado expressamente pelo CPC português atual, que permite ao juiz considerar de forma “oficiosa, dos factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa” (art. 264.2) e dos “factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa”<sup>72</sup> (art. 264.3).<sup>73</sup>

Também não se pode aceitar, aqui, o argumento de que o juiz está impedido de considerar factos (secundários) não alegados pelo simples motivo de estar proibido de usar seu “conhecimento privado”.<sup>74</sup> O que se veda é o uso de conhecimentos específicos sobre o litígio adquiridos pelo juiz *fora do processo*, em face do (muito provável) comprometimento de sua parcialidade (e essa vedação é extensível tanto aos factos principais como aos secundários, tanto faz).<sup>75</sup> Se o convencimento judicial é formado por meio dos elementos constantes dos autos,

<sup>70</sup> Exatamente nesse sentido pronunciou-se o doutrinador argentino JORGE W. PEYRANO (*Los hechos secundarios del proceso civil*, cit., p. 95-96). A doutrina portuguesa também reconhece há tempos que o conhecimento dos factos instrumentais (secundários) não extrapola os limites da causa de pedir da demanda do autor (ANTÔNIO MONTAIVÃO MACHADO, *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*, p. 136).

<sup>71</sup> Assim, de modo minudente, GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 154).

<sup>72</sup> É evidente que esse dispositivo pretendeu aumentar os poderes do órgão julgador. Mas, para entender inteiramente a extensão da norma, convém lembrar que a doutrina portuguesa, embora não de modo inteiramente pacífico, classifica os factos relevantes em três categorias: factos essenciais, factos instrumentais e factos complementares. Pelos primeiros entendem-se aqueles factos que integram a causa de pedir ou o fundamento da excepção; os segundos englobam os factos que indiciam os factos essenciais e que podem ser utilizados para a prova desses, e os últimos qualificam-se como aqueles que participam de uma causa de pedir ou de uma excepção complexa. Há necessidade de alegação da parte quanto aos primeiros e quanto aos últimos, embora o art. 514.2 averbe que “[t]ambém não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções”. A propósito, confira-se MACHADO-PIMENTA (*O novo processo civil*, p. 231-232) e JOSÉ LEBRE DE FREITAS (*Introdução ao processo civil*, p. 144-152).

<sup>73</sup> Quanto a esse último grupo de factos, impõe-se apenas que “a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório” (art. 264.3, *in fine*). A oportunidade para esse debate é o momento previsto pelo art. 511 do CPC lusitano para “Seleção da matéria de facto”. Trata-se de diretriz similar à prescrita pelo art. 331, § 2º, do CPC brasileiro, que impõe ao juiz na audiência preliminar a “fixação dos pontos controvertidos”, mas tratado de modo muito mais detalhado, a começar pelo próprio art. 511: “1. O juiz, ao fixar a base instrutória, selecciona a matéria de facto relevante para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, que deva considerar-se controvertida. 2. As partes podem reclamar contra a selecção da matéria de facto, incluída na base instrutória ou considerada como assente, com fundamento em deficiência, excesso ou obscuridade. 3. O despacho proferido sobre as reclamações apenas pode ser impugnado no recurso interposto da decisão final.” Críticas a essa limitação imposta pelo art. 264.3 do Código lusitano não faltam. Alguns doutrinadores consideraram a ressalva evidência de certa covardia do legislador, que deixou de extrair proveito de um aumento ainda mais efetivo do ativismo judicial (assim pronunciaram-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, *Aspectos do novo processo civil português*, *Revista de Processo*, nº 86, p. 174-184, e ELIZABETH FERNANDEZ, *Atenuação do princípio do dispositivo: êxito ou frustração?*, cit., p. 287-292).

<sup>74</sup> Assim entendia, na década de 1960, LIEBMAN (*Fundamento del principio dispositivo*, cit., p. 562) e, recentemente, sustenta BUONGRISTIANI (*L'allegazione dei fatti...*, p. 29).

<sup>75</sup> Essa advertência é feita por PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 208).



trazidos mesmo sem alegação direta e específica das partes, tem-se aqui fenômeno parecido com aquele do exercício dos poderes instrutórios judiciais, como leciona FREDERICH STEIN, em sua famosa obra *El conocimiento privado del juez*.<sup>76</sup>

Ao lado de todos os diversos argumentos até aqui desfilados, deve-se acrescentar o de que é inviável qualquer raciocínio baseado na distinção entre o *ponto de direito* (unanimemente reconhecido como sujeito ao controle de ofício, com base nas máximas *iura novit curia* e *da mihi factum dabu tibi ius*) e o *ponto de fato* (acerca da qual ainda pende, como se viu, alguma dúvida sobre o poder do juiz em conhecer *ex officio* de fatos não alegados). Isso porque essa distinção é teórica,<sup>77</sup> e não pode deixar de considerar que o ponto de direito sempre terá uma projeção sobre os fatos da causa.<sup>78</sup> Só haverá ponto exclusivamente de direito na hipótese de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

De todo modo, o que mais importa ser posto em relevo nesse momento é que o conceito de fatos secundários é suficientemente amplo para abranger os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor<sup>79</sup> (independentemente das dificuldades, já apontadas, em delimitá-los – item 7.4.2, *supra*).

Com efeito, também eles são fatos que não compõem o núcleo da causa de pedir, e o juiz pode conhecê-los de ofício quando exercer cognição sobre os fatos constitutivos do direito do autor.<sup>80</sup> Ademais, lembremos das lições acima enunciadas, no sentido de que “os fatos impeditivos são o lado negativo daquelas circunstâncias que acompanham o fato constitutivo”<sup>81</sup> e que “o fato impeditivo já

<sup>76</sup> O autor aponta que não é conhecimento privado do juiz o “saber oficial [...] adquirido en el ejercicio de la actividad oficial, es decir, el obtenido por las pruebas efectuadas en el proceso” (*El conocimiento privado del juez*, tradução de Andrés de La Oliva Santos, p. 91). Acrescente-se que as regras de experiência e os fatos notórios representam conhecimento privado do juiz aceito para uso na formação de seu convencimento, porque possuem caráter geral, não comprometendo assim a imparcialidade do magistrado (JOÃO BATISTA LOPES, *A prova no direito processual civil*, p. 69). Ademais, a consideração aos fatos notórios e o uso das regras de experiência não raro representam operações indispensáveis para análise do conjunto fático probatório (conforme ponderamos no nosso *Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova* (CDC, art. 6º, VIII), *Revista de Processo*, nº 146, p. 54).

<sup>77</sup> GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 29) reconhece que a distinção entre “juízo de fato” e “juízo de direito” é apenas conceitual, pois, no plano prático, tanto sob a posição das partes quanto sob a posição do juiz, é impossível de ser feita “per la simultaneità della genesi dell'uno e dell'altro”.

<sup>78</sup> Não por acaso, a doutrina que há tempos se debruça sobre os remédios de impugnação de estrito direito enfrenta enormes dificuldades em separar o juízo de fato e de direito. E aproveitando-se disso, os Tribunais Superiores tendem a exacerbar a largueza do juízo de fato, para reduzir a quantidade de recursos extraordinários (em sentido amplo) a serem julgados pelo mérito.

<sup>79</sup> A aproximação é feita por BUONCRISTIANI (*L'allegazione dei fatti...*, p. 105-106 e 121 ss).

<sup>80</sup> Aqui, calha transcrever a precisa lição de GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 316): “anche quando rigetta la domanda per aver rilevato una fattispecie impeditiva, modificativa od estintiva, il giudice continua ad assolvere il compito di pronunciare intorno alla rilevanza giuridica della realtà storica indicata dall'attore; ossia giudica ancora intorno all'esistenza del diritto dedotto in giudizio da quest'ultimo”.

<sup>81</sup> LIEBMAN (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 51, por nós já traduzido).

faz parte dos elementos essenciais do fato jurídico, se considerado com o sinal invertido” (destaque do original).<sup>82</sup>

Assim, por exemplo, o pagamento, a novação, a transação, a prescrição, a decadência etc. são, todos, fatos secundários em relação à demanda inicial relativa a direito quitado, novado, transigido, prescrito ou caduco. Em todos esses casos, de um modo ou de outro, o direito reclamado está extinto,<sup>83</sup> autorizando que, como regra, o juiz conheça de tais circunstâncias *ex officio*.

Exige-se um pouco mais de cuidado para reconhecer na *compensação* fato secundário em relação à demanda de cobrança de determinada prestação (apesar de ser também *fato extintivo*).<sup>84</sup> Embora com a consciência de assumir posição isolada, não temos dúvida em reconhecer que o juiz pode reconhecer a *compensação ex officio*<sup>85</sup> sempre que recair sobre dívidas decorrentes do mesmo fato principal<sup>86</sup> que constitui o núcleo da causa de pedir da demanda do autor.<sup>87</sup> Sob tais

<sup>82</sup> GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 249, com nossa tradução livre).

<sup>83</sup> Não há dúvida na doutrina civilista que obrigação que tenha sido objeto de novação ou transação se extingue, porquanto substituída por outra (quanto à novação, confirmam-se SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, v. 2, p. 302, e CAMARGO VIANA, *A novação*, p. 16 ss; quanto à transação, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 25, p. 118 ss, e SÍMIO RODRIGUES, *Transação*, *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. 74, p. 282). Assim, à demanda que exige prestação que já tenha sido novada ou transigida faltaria *fato constitutivo do direito reclamado*. Quanto às longuíssimas discussões sobre a diferença entre prescrição e decadência, é evidente que do ponto de vista prático ambas implicam extinção do direito, como já assentamos no item 7.4.1, *supra*.

<sup>84</sup> Reconhecendo o efeito extintivo da *compensação*, PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. 24, p. 324). GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 320) propõe uma precisa diferenciação da hipótese de “efeito essencialmente negativo” e “efeito negativo indireto ou impróprio”, que é o que ocorre quanto à *compensação*. Esse aprimoramento não prejudica nossas conclusões.

<sup>85</sup> A posição de que a *compensação* não pode ser decretada de ofício é largamente vitoriosa na doutrina, tanto de direito privado (v. g., PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 24, p. 324: “[e]m nenhuma hipótese, a *compensação* opera-se por decisão judicial de ofício”) como de direito processual (v. g., CLEANTO SIQUEIRA, p. 362: “a *compensação*, como modalidade de extinção das obrigações, mesmo sendo um imperativo legal, não autoriza o juiz reconhecê-la de ofício”). Contra essa corrente majoritária, e no mesmo sentido do texto, LAURENTINO DE AZEVEDO (*Da compensação*, p. 20) afirma que a *compensação legal* (*rectius*, entre dívidas líquidas, certas e exigíveis) opera independentemente de pedido expresso pelas seguintes razões: “[s]eria contrário à lógica do direito admitir que a *compensação* tem lugar por força de lei e exigir, em seguida, um pedido formal da parte para quem ela opere o seu efeito. Será ainda contrário ao espírito da lei exigir a manifestação explícita da vontade de compensar quando essa vontade é presumida pelo legislador, que se encarregou, ele próprio, de fazer a *compensação*”.

<sup>86</sup> A doutrina italiana usa aqui o termo *fattispecie* para retratar o mesmo fenômeno por nós descrito. Da doutrina de COLESANTI (Eccezione..., cit., p. 193) extrai-se ideia similar à ora defendida: “la difesa basata su tali fatti (impeditivi od estintivi operanti *ipso iure*) in quanto ha riguardo alla stessa *fattispecie* del diritto fatto valere dall'attore, alla *res in iudicium deducta*, forma oggetto di giudizio già in virtù della domanda, e appunto ai fini della valutazione della fondatezza o meno di essa”.

<sup>87</sup> Pense-se, por exemplo, na *compensação* entre benfeitorias e frutos, em uma ação reivindicatória (exemplo dado por JOSÉ DE MOURA ROCHA, *Compensação*, *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. 16, p. 317). Na mesma situação está a hipótese de desfazimento de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, que implica automaticamente devolução de parcelas pagas pelo autor (vendedor) ao réu (comprador), compensando-se com as perdas e danos sofridos pelo primeiro. Isso justifica importante (e controvertido) precedente do STJ: “I. Em havendo rescisão do compromisso de compra e venda, o desfazimento da relação contratual implica, automaticamente, como *decorrência lógica e necessária*, na restituição das prestações pagas, reservada uma parte, que

circunstâncias, temos a compensação com todas as cores de fato secundário, a ser conhecido de ofício.

Realmente, o reconhecimento *ex officio* da compensação é de rigor se houver dívidas líquidas, certas e exigíveis, fenômeno denominado pela doutrina de *compensação legal*,<sup>88</sup> na qual, a rigor, se despreza a vontade das partes.<sup>89</sup> Mas nada impede que o juiz, conhecendo da dívida a ser compensada, embora não líquida e certa de início, se torne no curso do processo.<sup>90</sup>

De resto, a decretação *ex officio* de compensação de créditos não originados do mesmo fato principal que constitui o núcleo da causa de pedir é, em regra, vedada pelo princípio da congruência entre demanda e sentença,<sup>91</sup> e não por razões hauridas no direito material.<sup>92</sup>

A provocação do réu seria necessária, porque ele estaria ampliando o objeto do processo, para além da causa de pedir suscitada pela demanda do autor (não

fica deduzida, em favor da alienante, para ressarcir-se de despesas administrativas, sendo desnecessário que tal devolução conste nem do pedido exordial (quando o autor é o vendedor), nem da contestação (quando o autor é o comprador), por inerente à natureza da lide. II. Recurso especial não conhecido" (REsp 500038/SE 4ª T., Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 22-4-2003, destaque é nosso). No mesmo sentido: REsp 97538/SE 3ª T., Rel. Ministro Ari Pargendler, j. 10-4-2000). Em sentido exatamente oposto: "Ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse. Companhia de Habitação do Estado de Minas Gerais – COHAB. Financiamento imobiliário. Promessa de compra e venda. Constituição da mora. Sentença que condena a autora (COHAB-MG) à devolução, requerida em sede de contestação, de valores pagos pelos promissários compradores. Ausência de reconvenção. Impossibilidade. Excesso decotado. Recurso provido (TJMG, Processo nº 1.0245.02.006240-3/001(1), Rel. Des. Nepomuceno Silva, j. 3-3-2005). Concordando com o entendimento consagrado nesse segundo julgado, CUNHO FURNACIARI (Devolução das parcelas pagas supõe pedido. *Tribuna do Direito*, jan. 2004, p. 417).

<sup>88</sup> A compensação é comumente classificada em legal, convencional e judicial, dependendo esta última de decisão judicial reconhecendo crédito a ser compensado, que não é líquido e certo (BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 4, p. 130, SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, v. 2, p. 330, VENOSA, *Direito civil*, v. 2, p. 298, JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentários ao novo Código Civil*, v. 5, t. 1, p. 579).

<sup>89</sup> A compensação "[d]iz-se legal, quando resulta da lei, independentemente da vontade das partes" (BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 4, p. 130). Em sentido similar AIMARO VILLAGA AZEVEDO leciona que a compensação legal "nasce da vontade do Estado expressa na lei" (Compensação – II. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 16, p. 324). MARIA HELENA DINIZ (*Curso de direito civil brasileiro*, v. 2, p. 300) ainda acrescenta que "[a] compensação legal é a decorrente de lei, independentemente de convenção das partes e operando mesmo que uma delas se oponha". Esse efeito legal que despreza a manifestação de vontade justifica, por exemplo, que a compensação opere entre pessoas incapazes de praticar o ato do pagamento, conforme LAURENTINO DE AZEVEDO (*Da compensação*, p. 19).

<sup>90</sup> Mais uma vez, cite-se LAURENTINO DE AZEVEDO (*Da compensação*, p. 62-63), que reconhece que, uma vez tornado líquido e certo o crédito pela sentença, o caso é de compensação legal.

<sup>91</sup> Não vamos cogitar aqui as evidentes dificuldades práticas de o juiz reconhecer, sem alegação do réu, crédito seu contra o autor. MOURA ROCHA (*Compensação*, cit., p. 319) lança mão desse argumento pragmático para defender a necessidade de alegação do réu: "Teixeira de Freitas, na Consolidação das leis civis, reconhecia a necessidade de alegação e proclamava: Ora, 'sem que a parte oponha a compensação, o juiz não pode adivinhar qual seja o seu crédito'."

<sup>92</sup> Isso porque o Código Civil (art. 373) exclui a compensação de dívidas oriundas de diferentes causas apenas nas seguintes hipóteses: "I – se provier de esbulho, furto ou roubo; II – se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; III – se uma for de coisa não suscetível de penhora."

nos preocupa, por ora, a forma ou meio dessa provocação, tema a que retornaremos no Capítulo 10, *infra*).

O mesmo raciocínio calha quanto ao direito de retenção (que comumente é associado como forma específica de compensação entre bens de natureza diversa e que não opera extinção das obrigações).<sup>93</sup> Tem-se aí inequivocamente um fato impeditivo, que se qualifica como secundário, pois gira em torno da mesma causa pela qual pretende a retomada de determinado bem o adversário do titular do direito de retenção.<sup>94</sup> Pelas mesmas razões acima invocadas não há por que o juiz abster-se de reconhecer esse direito sem alegação do réu, mormente porque este pode renunciar ao direito de retenção quando bem entender, entregando o bem ao autor.

Quanto à exceção de contrato não cumprido, cabe raciocínio similar (havendo aqui também uma retenção transitória da obrigação de um dos contratantes até adimplemento da prestação da parte contrária). O art. 476 do CC condiciona o surgimento do direito à prestação de um contrato bilateral por um dos contratantes ao cumprimento pelo demandante de sua própria prestação ("Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro"). Tem-se aí um fato constitutivo do direito do autor (tanto que se reconhece ser seu o ônus da prova),<sup>95</sup> cujo exame é sem qualquer dúvida passível de ser feito sem alegação do réu. A *exceptio non adimpleti contractus* não nos parece ser, enfim, verdadeira exceção.

Em suma, cremos ter firmado as bases que autorizam a reprodução do mesmo raciocínio aqui desenvolvido a outras hipóteses de direito material aqui não versadas pelo texto (mormente porque nossa preocupação jamais foi exaurir essa casuística e, ainda que fosse, essa empreitada seria virtualmente impossível). Os parâmetros a serem examinados são a existência de norma exigindo a iniciativa da parte e os limites da demanda inicial, de acordo com as considerações aqui desenvolvidas.

Fica evidente a profusão de argumentos para afirmar que a máxima romana *iudex iudicare debet secundum allegata parium* não se aplica mais ao nosso sistema processual civil atual, pois o juiz aprecia não só o que as partes alegam, mas também aquilo que sua cognição livremente extrai dos autos para analisar o mérito do processo, nos limites da demanda deduzida.

<sup>93</sup> Assim, LAURENTINO DE AZEVEDO (*Da compensação*, p. 8-9), que afirma que a compensação seria uma "retenção perpétua".

<sup>94</sup> A doutrina civilista reconhece que o réu, titular do direito de retenção, não teria interesse em contra-atacar o autor, para desde logo pedir indenização pelas benfeitorias, pois essa pretensão só surgiria após a entrega da coisa (ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *Direito de retenção*, p. 289). Há aqui evidente paralelo com a exceção de contrato não cumprido, em que o réu não exige a prestação que lhe é devida ou pede a resolução do contrato, mas espera que o autor prove o adimplemento de sua obrigação. Em sentido similar, CARLOS GODINHO (*Indenização por benfeitorias*, *Tribuna do Direito*, ago. 2007, p. 12).

<sup>95</sup> Cf., e. g., ABRANTES (*A exceção de não cumprimento do contrato no direito português*, p. 143).

Antes de prosseguir, registre-se que a cognoscibilidade de ofício de determinados fatos (em especial, os secundários em geral e os impeditivos, modificativos e extintivos, em particular) não nega a existência e a aplicabilidade do princípio dispositivo em sentido material,<sup>96</sup> seja porque o autor pode extrajudicialmente dispor do seu direito,<sup>97</sup> seja ainda porque pode escolher livremente intentar a demanda inicial (*nemo iudex sine actore*) e delimitar livremente seu pedido e sua causa de pedir, seja finalmente porque como regra poderá abrir mão do direito invocado em juízo a qualquer momento e independentemente da aquiescência dos demais sujeitos processuais (CPC, art. 269, V).<sup>98</sup>

### 8.5 Poderes instrutórios do juiz e julgamento da demanda inicial em favor do réu

A conclusão alcançada no item anterior ainda deixa em aberto se o juiz, tomando conhecimento de um mero *indício*, ainda carecedor de cognição para

<sup>96</sup> Nesse exato sentido, GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 317).

<sup>97</sup> Já consignamos em nota anterior nossa posição no sentido de que a prescrição, apesar da inovação do art. 219, § 5º, do CPC, continua a ser considerada como matéria renunciável no plano extrajudicial, tanto tácita quanto expressamente (CC, art. 191). Mas mesmo a renúncia, para ser tácita, depende de atos concretos, não podendo ser presumida da simples inércia (assim entendem, v. g., ARI AZEVEDO FRANCO, *A prescrição extintiva no Código Civil brasileiro*, p. 19-22, e CÂMARA LEAL, *Da prescrição e da decadência*, p. 56). O modo mais eloquente de renúncia tácita é o pagamento da dívida prescrita, que não gera direito à repetição (CC, art. 882). Interpretando esse dispositivo, VENOSA (*Direito civil*, v. 2, p. 229), de maneira muito objetiva, pontuou que “[o] pagamento de dívida prescrita é verdadeira renúncia do favor da prescrição. Não há direito de repetição” (assim entende também THEODORO JR., *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, p. 193). Todavia, essa renunciabilidade não se transmite ao campo do processo após a reforma do citado art. 219, § 5º, do CPC pela Lei 11.280/2006, a despeito de algumas opiniões contrárias, das quais já discordamos.

<sup>98</sup> O pensamento contrário, a nosso ver, baseia-se em uma enorme distorção do conceito de *princípio dispositivo*. Segundo nosso modo de ver, o autor está livre para não ajuizar demanda ou, fazendo-o, delimitar o pedido e escolher uma dentre as eventuais *causae petendi* existentes para sustentá-lo e está aí a projeção importante do *princípio dispositivo*. Selecionado e delimitado o pedido e a causa de pedir respectiva, no ato de propositura da demanda inicial, a partir daí o juiz não está vinculado exatamente pelos fatos lá narrados. Do contrário, admitir-se-ia que o autor limitasse o conhecimento judicial apenas aos fatos que lhe interessam, o que não é aceitável. BUONCRISTIANI (*L'allegazione dei fatti...*, p. 25), ainda apegado a uma concepção fortemente privatista do processo, afirma que a cognição judicial fica adstrita às alegações das partes por três motivos: (a) a parte pode validamente limitar suas alegações aos fatos sobre os quais dispõe de provas; (b) ao autor, em especial, interessa guardar fatos para eventualmente repropor o mesmo pedido, com base em diversa *causa petendi*; e (c) a parte teria validamente o direito de omitir fatos contrários ao seu interesse. Quanto a esse último aspecto (no qual está acompanhado por GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, p. 69), BUONCRISTIANI revela em particular a fragilidade de sua concepção, pois nega o dever geral de boa-fé e o correlato dever de dizer a verdade (positivado em nosso sistema – CPC, arts. 14, I, e 17, II). Com base em premissas muito próximas a essas, JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA chegou ao extremo de dizer que “[o] acerto da verdade no processo civil é para o juiz um resultado puramente fortuito” (*Princípios fundamentais do processo penal*, p. 104-105). Naturalmente que o reconhecimento do processo como instrumento público de solução de conflitos descarta essa predominância absoluta do interesse das partes, que não podem fazer do processo “coisa privada”. Usam esta recorrente expressão, entre outros, PUGLIESE (*Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., p. 834), TESORIERE (*Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, p. 12) e, na Espanha, MONTERO AROCA (*I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. de Franco Cipriani, p. 44).

transmudar-se em *fato secundário*, poderia determinar de ofício colheita de prova a respeito. Ou seja, a dúvida seria sobre a pertinência e aplicabilidade atual da segunda parte do brocardo *iudex iudicare debet secundum probata parium*.

A resposta dada pelos doutrinadores apegados a uma concepção mais tradicional é a *negativa*,<sup>99</sup> de tal sorte que o juiz, *quando muito*, poderia conhecer de fatos constitutivos, modificativos e extintivos do direito do autor apenas se sobressaírem evidentes do seu próprio relato ou dos documentos por ele apresentados com a demanda inicial, sendo-lhe vedado o exercício de qualquer poder instrutório.<sup>100</sup>

A resposta positiva, e a nosso ver correta, apoia-se na inegável ligação entre “ônus de alegar” e “ônus de provar” (destacada com ênfase por CARNELUTTI<sup>101</sup> e ressaltada mais recentemente por DINAMARCO),<sup>102</sup> de tal maneira que o amplo reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz implica não apenas a atenuação do ônus da prova, mas, *na exata mesma medida*, a mitigação do ônus da afirmação.<sup>103</sup> Do contrário, esvaziar-se-iam os poderes instrutórios do juiz.<sup>104</sup>

<sup>99</sup> Assim, enfaticamente, CARNELUTTI (*Un lapsus evidente?*, p. 448-449), e bem mais recentemente, BUONCRISTIANI (*L'allegazione dei fatti...*, cit., p. 12-30).

<sup>100</sup> CHIOVENDA (*Principii...*, cit., p. 266) afirma que, se os fatos extintivos e impeditivos (excepcionalmente) decorrem da própria narrativa do autor, devem ser levados em conta de ofício. Os exemplos são de o próprio autor reconhecer a simulação e formular demanda baseado nesse negócio simulado, se o próprio autor reconhece a remissão ou a existência de termo ou condição. BOLAFFI (*Le eccezioni...*, cit., p. 43) sustenta que “il giudice non può ordinare indagini dirette a accertare l'esistenza di circostanze favorevoli al convenuto, perchè a ciò osta il principio dispositivo; ma quando, anche senza allegazione da parte del convenuto, le obiezioni sostanziale risultano dagli atti (ad. es., dall'esposizione dell'attore), il giudice há il dovere di tenere conto nella sentenza di merito, coi che egli non può considerare esistente il diritto affermato dall'attore”. Do mesmo modo entendia LIEBMAN (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 150-151), nesse ponto sendo plenamente coerente com uma das premissas de toda a sua obra de rejeitar poderes instrutórios do juiz, haja vista sua concepção de princípio dispositivo e a ideia de que tal iniciativa comprometeria a imparcialidade e neutralidade do julgador. A solução proposta pelo autor, em casos de processos de interesse público, estaria na atuação do Ministério Público na instrução probatória (Fundamento del principio dispositivo, cit., p. 554).

<sup>101</sup> *Un lapsus evidente? e Eccezione e analisi dell'esperienza*, passim.

<sup>102</sup> Ônus de afirmar e *causa petendi...*, cit., p. 225.

<sup>103</sup> Conforme já havia notado COLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 201).

<sup>104</sup> Entender de modo contrário significaria prestigiar a envelhecida (e, hoje, ilegal e inconstitucional) tese de que o juiz se contenta no processo com a “verdade formal”, extraída pura e simplesmente das alegações e provas produzidas pelas partes. Tem-se aí uma velharia impregnada de concepções do Estado liberal clássico, do século XIX (como pontua RUY PORTANOVA, *Princípios...*, cit., p. 124). Em outro estudo nosso (*Preclusão processual civil*, p. 239) concluímos que a distinção entre “verdade formal” e “verdade real” é inteiramente ultrapassada “[s]eja porque também no processo civil o juiz mostra-se empenhado em buscar, por seus próprios meios (conferidos, em nosso Código de Processo Civil, pelo art. 130), aclarar os fatos litigiosos (não se contentando com aquilo que resultar das provas aportadas pelas partes), seja porque o conceito de verdade traz sérias implicações filosóficas e, pode-se dizer, é inatingível no processo (civil ou penal), que se contenta em aceitar que os fatos sejam esclarecidos com um grau sempre crescente de probabilidade de certeza”. Em apoio a essa última ideia, veja-se ETXEBERRÍA GURIDI (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, p. 35). BARBOSA MOREIRA avalizou essa posição com pensamento que é imperioso transcrever: “Deixaremos aqui de lado as teorias cépticas que negam a possibilidade, ou a relevância, da correspondência entre os resultados a que pode aspirar a instrução probatória e a realidade dos fatos. Ao menos em sua versão mais radical, tal maneira de pensar logicamente conduz à total desvalorização da prova no processo e autoriza a conclusão de que, sendo inúteis quaisquer esforços

Isso não significa, contudo, que o juiz esteja autorizado a sair à procura de provas sobre fatos hipotéticos e totalmente desprovidos de, pelo menos, algum indício. O exercício de tais poderes, *ex officio*, reclama redobrada cautela do magistrado e particular empenho e minúcia em sua fundamentação.

Outro elemento a ser considerado quanto a essa questão foi suscitado por FABBRINI<sup>105</sup> que, embora trate exclusivamente da hipótese de nulidade do negócio jurídico, enuncia lição cuja lógica irrepreensível se aplica a qualquer matéria com que o juiz, de ofício, se depara ao julgar a demanda do autor: “se o juiz pode (e deve) conhecer de ofício da nulidade de um contrato<sup>106</sup> [...] isso significa que o ordenamento se preocupa com o efetivo respeito dos limites postos à autonomia privada”.<sup>107</sup>

Isso implica que o juiz, verificando indícios de determinada matéria de defesa, mesmo não alegada pelo réu, tem o poder(-dever) de usar de seus poderes instrutórios para conhecer inteiramente da questão se não suficientemente esclarecida pelos elementos já existentes nos autos.<sup>108</sup> Nesse ponto, o CPC português também é muito mais claro que o nosso, ao estabelecer (art. 265.3) que “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que *lhe é lícito conhecer*” (grifou-se).

Não se pode negar, contudo, que no mais das vezes será difícil, senão impossível, ao juiz reconhecer de ofício determinada matéria favorável ao réu que não a alegou.

Primeiramente, teríamos que considerar a (pouco provável) hipótese de o autor descuidar-se na formulação da demanda e deixar transparecer algum indício de fato contrário à sua pretensão.<sup>109</sup> Esse aspecto é relevante, e costuma passar despercebido. O juiz não tem poderes de adivinhação e, mesmo quando a lei expressamente lhe atribui o poder de conhecimento *ex officio*, no mais das vezes esse poder não terá condições de ser exercido sem a colaboração das partes. O exemplo mais claro disso está na coisa julgada. A menos que o prévio processo *de eaden re* tenha tramitado perante o mesmo juízo e serventia, é praticamente

para reconstituir os acontecimentos, é absurdo desperdiçar nessa vã empresa tempo, dinheiro e energias: mais vale decidir nos dados a sorte do pleito” (Processo civil e processo penal: mão e contramão?, *Temas de direito processual* – 7ª série, p. 200).

<sup>105</sup> *Eccezione...*, cit., p. 356, já traduzido.

<sup>106</sup> Aqui o autor reportou-se ao art. 1.421 do CC italiano, similar ao art. 168 do CC brasileiro.

<sup>107</sup> Em sentido similar, GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 200).

<sup>108</sup> Assim entendem CAPPELLETTI (*Eccezione come contraddiritto del convenuto*, cit., p. 273-274) e FABBRINI (*Eccezione...*, cit., p. 357).

<sup>109</sup> Esse aspecto prático foi bem apanhado por ANTÔNIO MONTALVÃO MACHADO: “em termos teóricos, ninguém alega factos contrários às pretensões formuladas, embora a experiência demonstre que, por vezes, eles revertem em benefício da parte contrária, o que de alguma forma se assemelha às habituais consequências práticas do princípio da aquisição processual, desde sempre previsto na lei” (*O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*, p. 23).

impossível que o magistrado descubra o fato sozinho, sem interferência do interessado, para, de ofício, decretar a extinção do segundo processo idêntico<sup>110</sup> com base no art. 267, V e § 3º, do CPC. E a maior evidência de que o sistema admite esse risco é que a sentença proferida contra anterior coisa julgada é rescindível (CPC, art. 485, IV).

Ou seja, o fato de determinada matéria ser cognoscível de ofício não elimina de todo o ônus do interessado em alegá-la e prová-la,<sup>111</sup> embora não exista preclusão para o litigante,<sup>112</sup> que pode, depois do tempo oportuno, provocar o juiz a exercer em seu favor poder que poderia ser exercido de ofício.<sup>113</sup>

O réu que assim procedesse sujeitar-se-ia à aplicação da penalidade prevista no art. 22 do CPC (perda do “direito a haver do vencido honorários advocatícios”), o qual, apesar de escassamente utilizado, pode ser considerado como confirmação de que o “fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, porquanto secundário em relação aos fatos constitutivos, poderia ser arguido não só “na resposta do réu”, mas também depois, sem risco de preclusão.<sup>114</sup>

A barreira preclusiva ao réu surgiria apenas quando da prolatação da sentença, o que, em razão da revelia, poderia ocorrer com enorme brevidade, em face da aplicação da técnica do “julgamento antecipado da lide” (CPC, art. 330, II). O réu revel terá, pois, pouco tempo para provocar o exercício dos poderes

<sup>110</sup> SATTI (*Diritto processuale civile*, p. 177) reconhece que a cognoscibilidade de ofício não exclui ônus probatório. No mesmo sentido, PEDRO-BATISTA MARTINS (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 250-251) já afirmava, há bem mais de meio século, que haveria ônus da prova da coisa julgada ou da litispendência por parte de quem alega tais matérias, embora fossem à época (e ainda o sejam hoje) cognoscíveis de ofício. No mesmo sentido, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (“Extinção do processo”..., cit., *Ensaio...*, cit., p. 373).

<sup>111</sup> A interessante constatação, no sentido de que o conhecimento de ofício de determinada matéria não elimina inteiramente o ônus da alegação e da prova, foi feita por ANTÔNIO MONTALVÃO MACHADO (*O dispositivo...*, cit., p. 145-146).

<sup>112</sup> SATTI (*Diritto processuale civile*, p. 460), escrevendo sobre o processo italiano vigente entre as duas reformas (1950 e 1990), marcado, como cediço, pela flexibilidade procedimental, encontrou aí fundamento para que o sistema admitisse sempre novas matérias de defesa ao longo de toda a relação processual, ainda que houvesse preclusão para a apresentação de novas demandas. GUILHERME FREIRE TEIXEIRA DE BARROS (*O princípio da eventualidade no processo civil*, p. 168-169) afirma textualmente (e, segundo pensamos, com absoluta razão) que a alegação de fatos secundários não se inclui na proibição do art. 264 do CPC de alteração da *causa petendi*, de tal sorte que não interferem no regime rígido de estabilização do objeto do processo, reforçando nossa conclusão de que não há preclusão para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, passíveis de serem alegados pelo réu a qualquer tempo.

<sup>113</sup> Em nosso *Preclusão processual civil* (p. 258), observamos que, “se o juiz pode conhecer de determinadas matérias de ofício, o réu pode provocar o exercício desse poder mesmo se sua contestação não versou sobre referidas questões. E tanto é verdade que o sistema aceita essa ideia de que a parte pode provocar uma decisão que o juiz poderia tomar de ofício, que o art. 267, § 3º, *fine*, do CPC prevê uma penalidade (pagamento das custas pelo retardamento) para a parte que não suscita na primeira oportunidade as matérias referidas nos incisos IV a VI do mesmo artigo, isto é, falta de condição da ação ou de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, perempção, litispendência e coisa julgada”.

<sup>114</sup> Relembre-se, na linha do quanto contido no item 4.2, *supra*, que o art. 22 não se aplica à omissão do réu em alegar matérias processuais cognoscíveis de ofício, problema equacionado (de forma distinta) pelo art. 267, § 3º, parte final, combinado com os incisos IV, V e VI, do CPC.



oficiais do juiz antes que este profira sentença<sup>115</sup> e, a partir daí, se sujeite à regra preclusiva mais intensa prevista pelo art. 463 do CPC.<sup>116</sup>

Por outro lado, apesar de a disponibilidade dos direitos em disputa não alterar o grau dos poderes instrutórios do juiz – conforme lecionou há tempos BEDAQUE –,<sup>117</sup> não podemos deixar de lado a ponderação de PUOLI<sup>118</sup> no sentido de que “não se pode querer que em todos os casos tenha o juiz o mesmo grau de participação, estudo e aplicação. Exigir isso seria utópico e corresponderia a contribuir para uma elevação no tempo de processamento das demandas, o que é, também, inadmissível”.<sup>119</sup> Por isso, PUOLI considera que o grau de ativismo probatório oficial “irá, para não dizer deverá, variar conforme o grau de disponibilidade do interesse”.<sup>120</sup>

Também não nos escapa à atenção que, malgrado o esforço da doutrina em reconhecer, a partir da Constituição Federal e do próprio CPC, as bases para um profundo ativismo judicial, não há de modo geral a ampla consciência por parte dos juízes da largueza desses poderes.<sup>121</sup> Ou seja, existe aí uma séria questão *cultural* que interfere marcadamente na feição do processo civil na prática do dia a dia forense.<sup>122</sup>

Realmente não se pode olvidar da influência do costume na aplicação das leis processuais civis, seja suprimindo lacunas ou adaptando preceitos legais para aplicá-los na prática, seja (ainda que não de forma clara) orientando a interpretação das normas. É nesse sentido a lição emblemática de CALAMANDREI:

<sup>115</sup> Essa situação não se verificava na sistemática do CPC de 1939, em que se autorizava que o réu revel intervisse a qualquer momento (CPC/1939, art. 34, parágrafo único), e a revelia não induzia o abreviamento do *iter* procedimental (à falta da sistemática do *juízo conforme o estado do processo*, em especial de norma equivalente à do art. 330, II, do CPC/1973). Essa constatação faz com que se veja com outros olhos a Súmula 231 do STF (editada na década de 1960), segundo a qual “o revel, no processo civil, pode produzir provas desde que compareça em *momento oportuno*” (destaque nosso).

<sup>116</sup> Não pretendemos ir além dessa consideração para investigar a possibilidade de o réu alegar essas matérias em sede recursal. Investigação assim profunda demandaria ampla análise do sistema de recursos, incompatível com os limites desta tese.

<sup>117</sup> *Poderes instrutórios do juiz*, p. 93.

<sup>118</sup> *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 27.

<sup>119</sup> O STJ proferiu lapidar acórdão, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (RT729/155), segundo o qual o juiz deve exercer seus poderes instrutórios quando se está diante de causas de direito indisponível, ou quando se acha em estado de grande perplexidade, ou ainda quando houver manifesta desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. O entendimento acaba afinado com o que ensinava LIEBMAN (Fundamento del principio dispositivo, cit., p. 554) no sentido de apenas as causas cujo objeto envolva interesse público preponderante exigem uma atuação mais ativa do Estado (mas, para LIEBMAN, deveria aí entrar em cena o Ministério Público, como já vimos).

<sup>120</sup> *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 27.

<sup>121</sup> ELIZABETH FERNANDEZ realça justamente esse aspecto ao analisar a postura da magistratura portuguesa, que, anos depois da reforma processual de 1995-1996, ainda não havia na geral afinado para a sensível ampliação dos poderes exercitáveis de ofício (Atenuação do princípio do dispositivo..., cit., p. 287-292).

<sup>122</sup> Isso sem falar na cômoda passividade judicial explicada pela (inegável) sobrecarga de trabalho.

a importância prática do costume judiciário vai além dos limites das teorias sobre a interpretação da lei, ainda que daquelas mais arrojadas. Em realidade, o que plasma o processo, o que lhe dá a sua fisionomia típica, não é a lei processual, mas o costume de quem a põe em prática.<sup>123</sup>

Ou seja, a acolhida das propostas aqui apresentadas seria impossível sem uma mudança de mentalidade.<sup>124</sup>

Mesmo que superados esses seríssimos obstáculos de ordem cultural (nem sempre considerados numa tratativa teórica), temos de reconhecer, como fizemos em outro estudo,<sup>125</sup> que

há certo limite (material) à atuação do juiz na determinação de provas de ofício. Com efeito, nos casos em que se mostra indispensável o concurso da parte – por exemplo, para realização de uma perícia determinada de ofício, o autor deve pagar os honorários respectivos, a teor do art. 19, § 2º, do CPC –, a omissão desta não dá alternativa ao juiz senão deixar de lado a realização da referida prova.

Há que se ponderar ainda que muitas vezes o conhecimento de matéria de ofício depende de ampla investigação, o que inviabilizaria o andamento do processo. É o exemplo da prescrição aquisitiva (usucapião), cujo reconhecimento exige não apenas o transcurso do tempo, mas ainda o preenchimento dos demais requisitos previstos em lei.<sup>126</sup> Talvez seja por isso que, antes da Lei 11.280/2006, o STJ limitava (mesmo que ao arrepio do art. 162 do CC/1916 e art. 193 do CC/2002) a alegação pelo réu da prescrição aquisitiva (usucapião) apenas à contestação, evitando assim que se abrisse ampla cognição judicial em momento inoportuno do processo.<sup>127</sup>

<sup>123</sup> *Processo e democracia*, p. 35, já por nós traduzido.

<sup>124</sup> Aspecto para o qual chamou bastante a atenção BEDAQUE (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 103-107).

<sup>125</sup> *Preclusão processual civil*, p. 240.

<sup>126</sup> Trata-se da posse mansa e com ânimo de dono em todos os casos de usucapião, além do justo título (na hipótese de usucapião ordinária). No caso da usucapião especial, tanto rural (CF art. 191, e Lei 6.969/1981) quanto urbana (CF art. 183, e Lei 10.257/2001), é necessário ainda verificar a metragem do imóvel usucapiendo e a finalidade de sua destinação, além da inexistência de outros bens de titularidade do beneficiário da usucapião, nas duas modalidades especiais, rural (CF art. 191, e Lei 6.969/1981) e urbana (CF art. 183, e Lei 10.257/2001).

<sup>127</sup> “A prescrição extintiva pode ser alegada em qualquer fase do processo, nas instâncias ordinárias. A aquisitiva, como meio de exceção, diferentemente daquela, deve ser alegada na contestação, sob pena de preclusão” (REsp 35145/MG, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12-8-1996). No exato mesmo sentido REsp 761.911/PR, 3ª T., Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14-11-2006). O entendimento também ecoa em doutrina, citando-se, v. g., BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO (*Tratado de usucapião*, v. 2, p. 1482): “[s]e não fizer a alegação de usucapião na contestação, ficarão feridos os princípios constitucionais do devido processo legal e do direito de defesa”.

Assim, tem razão ALBERTO DOS REIS quando afirma que “raras vezes sucederá que, sendo o réu revel, o juiz possa aperceber-se da existência dum facto impeditivo ou extintivo”. Mas o renomado tratadista lusitano pondera adiante que “nos casos excepcionais em que o facto resulte do processo sem o concurso do réu, o juiz deve atribuir-lhe o efeito que lhe é próprio”.<sup>128</sup>

No plano ideal, sem distorções pela prática, haveremos de reconhecer que o juiz tem o dever(-poder) de analisar *ex officio* quaisquer matérias dentro dos limites do pedido e causa de pedir da demanda inicial, exceto quando a lei estabeleça expressamente em sentido contrário. Com isso, não se nega que haja presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de o réu deixar de impugná-los especificadamente (CPC, arts. 302, 319 e 334, II). Desincumbindo-se desses ônus, o réu gozará da vantagem de levar ao conhecimento judicial fatos relevantes para solução do processo a seu favor. Omitindo-se na prática de tais atos processuais, o réu coloca-se em posição de desvantagem, pois dependerá de o juiz colher dos autos, ao menos, indícios contrários à versão narrada pelo autor para proferir sentença de rejeição da demanda.

## 8.6 Aplicabilidade das conclusões alcançadas igualmente ao autor

Vimos acima que a investigação acerca das matérias que o juiz pode e não pode conhecer de ofício não apresenta substancial diferença se analisada a posição do autor e do réu, embora quanto a este último a importância da perquirição se descortine mais evidente, considerando-se que a demanda do autor é *necessária* para instauração do processo, ao passo que a resposta do réu é *dispensável* para proferimento de sentença sobre a demanda inicial (mesmo para rejeitá-la).

Apesar de a projeção dos poderes oficiais do juiz em benefício do autor ser menos relevante do ponto de vista prático, nem por isso deixaríamos de lhe dedicar algumas linhas, ainda que para, sem fugir do objeto da tese, reforçar a equiparação de ação e defesa, sob o prisma do princípio da igualdade e do contraditório. Assim, cabe então de pôr à prova a aplicação das conclusões atingidas nos itens anteriores, considerando-se a posição do autor.

De início, convém reiterar que, no julgamento da demanda do autor, existe para o juiz o limite representado pelo pedido formulado e pelo “fato jurídico que integra o núcleo central da *causa petendi*, concebido como fato ocorrido e enquadrável *sub specie iuris*” (causa de pedir remota).<sup>129</sup>

No mais, proposta a demanda do autor, surge o *ônus* do réu de se defender dela, contrastando especificadamente os fatos lá alegados. A omissão em fazê-lo, quanto a alguns ou todos os fatos alegados pelo autor, leva à presunção (relativa)

<sup>128</sup> Código..., cit., v. 3, p. 28-29.

<sup>129</sup> CRUZ E TUCCI (A causa petendi..., cit., p. 25).

de veracidade deles (CPC, arts. 302, 319 e 334, III), e essa omissão abre caminho para exercício dos poderes do juiz, consoante examinado nos itens precedentes.

Todavia, o réu, ao apresentar sua defesa, também está livre para suscitar os fatos que lhe pareçam necessários para afastar a pretensão do autor. A partir disso, cria-se para o autor, igualmente, o *ônus* da impugnação especificada, sob pena da *mesma* presunção de veracidade (CPC, arts. 302, 326 e 334, III).<sup>130</sup>

Em resumo: *a posição jurídica do réu, ao rebater os fatos alegados na petição inicial, é igual à posição jurídica do autor em impugnar os fatos alegados na resposta*<sup>131</sup> (por meio de ato processual previsto pelo art. 326 do CPC e que a prática, sem amparo na lei, denominou “réplica”, em homenagem a tradições históricas).<sup>132</sup>

Trata-se de peça processual cuja importância é subestimada,<sup>133</sup> mas sua falta, quando houver quaisquer fatos novos na contestação, pode em tese ensejar

<sup>130</sup> Na doutrina italiana, é tranquilamente aceito que o “principio di non contestazione” é aplicável indistintamente a autor e réu (vide a respeito CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, p. 264 ss). FAZZALARI (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 32) lecionou no mesmo diapasão que “anche l'attore, nel corso del processo, si ‘difende’ contro le alegazioni e gli argomenti del convenuto”. No Brasil, o acolhimento integral desse entendimento poderia ser posto em dúvida em face da letra do art. 302 do CPC, que se reporta exclusivamente ao réu. Apesar disso, com base no princípio da isonomia e contraditório, inevitável aplicar esse ônus igualmente ao autor, pois ele não está livre de impugnar especificadamente os fatos alegados pelo réu em defesa, quando for intimado a se manifestar sobre eles (CPC, art. 326). De outro lado, o art. 334, III, estabelece regra aplicável a ambas as partes. Assim, com razão CLEANTO SQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 248) admite que o réu sujeita compulsoriamente o autor a um pedido seu de tutela jurisdicional, baseado nos fatos alegados em sua defesa, sobre os quais o autor tem o ônus de se manifestar especificadamente. Realçando justamente a identidade dos fenômenos para autor e réu, à luz do princípio da isonomia, PEDRO DINAMARCO (*Ônus processuais...*, cit., p. 100).

<sup>131</sup> Aplicando corretamente os ônus decorrentes dos arts. 302 e 334, tem-se o seguinte acórdão do TJRS: “Não houve, quando da réplica, a precisa impugnação por parte do autor. A réplica não consiste em simples formalidade. Ao revés, é nela que o autor deve manifestar-se sobre a resposta do réu, quando esse acena com fatos que se opõem aos alegados na inicial” (Apelação Cível 70004834925, Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, j. 3-6-2004, grifo nosso). Contudo, ignorando o paralelismo entre a atuação do autor e do réu, veja-se o seguinte julgado do TJSP: “Alegação no sentido de que houve pagamento antecipado de aluguéis que se venceriam posteriormente à data da desocupação do imóvel. Falta de impugnação dessa alegação em réplica. Circunstância que não faz incontestável o fato subsistindo a cargo do réu o ônus da prova” (Apelação Cível 806.716-0/9, Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 2-8-2005, grifo nosso). Essa posição jurisprudencial segue a mesma trilha do ensinamento de PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4): “se o autor não repele o que o réu disse, cai ele em revelia? Não, o art. 319 não é invocável e o réu não se exime de ter de provar o que opôs”. Parece-nos que essa posição afronta o princípio da isonomia entre os litigantes, que tem assento constitucional (CF, art. 1º) e infraconstitucional (CPC, art. 125, I), e não considera os arts. 302, 326 e 334, II, todos do CPC.

<sup>132</sup> Os termos *réplica* e *tréplica* têm origem na *replicatio* e na *triplicatio* do direito romano (ambas se constituíam como *exceptiones* cabíveis ao autor para atacar, respectivamente, a *exceptio* e a *duplicatio* apresentadas pelo réu – Gaio, Inst. 4.126-129 – item 7.3, *supra*). As denominações passaram às Ordenações do Reino Português (Ord. Fil., 3.20.5) e ao Regulamento 737 (art. 101), embora com concepção um tanto diversa.

<sup>133</sup> LOPES DA COSTA (*Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 42) documenta os severos debates travados na doutrina de meados do século XIX até o início do século XX sobre a utilidade da réplica e da tréplica.

nulidade,<sup>134</sup> em homenagem ao princípio do contraditório.<sup>135</sup> Na mesma esteira, em determinados casos haverá, sim, a necessidade de *tréplica*, para que o réu possa rebater fatos novos alegados na *réplica*, muito embora a jurisprudência a admita apenas na situação excepcional em que o autor junte documentos, de modo a aplicar-se a providência do art. 398 do CPC.<sup>136</sup>

LOPES DA COSTA<sup>137</sup> (que analisou a questão em momento mais próximo àquele em que as figuras da *réplica* e da *tréplica* ainda constavam do nosso direito positivo) ilustra com o exemplo da demanda de cobrança fundada em contrato de mútuo, em que o réu alega prorrogação no prazo de vencimento. A *réplica* torna-se fundamental para que o autor possa se insurgir contra esse fato novo alegado em contestação, suscitando, por exemplo, que o aditamento contratual foi extorquido por violência, questão essa que também é nova e enseja a necessidade de contraditório, com a colheita da *tréplica* (esses aspectos voltarão a nos ocupar no item 10.11, *infra*, sob outro prisma).

Exatamente essa solução é adotada pela legislação processual portuguesa (CPC, arts. 502 e 503),<sup>138</sup> que prestigia esses dois vetustos institutos. Desponta particularmente interessante nessa normativa o dispositivo do art. 502.1, que estabelece que a *réplica* do autor de demanda declaratória negativa serve justamente para negar os fatos constitutivos do direito do réu invocado na defesa e suscitar fatos impeditivos ou extintivos desse direito. Embora nosso ordenamento não tenha norma similar, as garantias da isonomia e do contraditório impõem que a fase postulatória permita esse amplo debate entre autor e réu.

<sup>134</sup> “É nula a sentença se, neste caso, não foi ouvido o autor (RTJ 90/208)” (acórdão citado por THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA e LUÍS GUILHERME AIDAR BONDIOLI, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 465, nota 1 ao art. 326).

<sup>135</sup> ANTÔNIO MONTAÍWAO MACHADO criticou reforma operada no CPC português pelo Decreto-lei 242/1985, a qual suprimiu (como regra) a *réplica* (que passou a ser reservada a casos especiais), justamente porque prejudicava o contraditório, retirando do autor a possibilidade de manifestação relativamente aos fatos alegados pelo réu em sua defesa (*O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*, p. 103).

<sup>136</sup> Há também julgado a esse respeito: “[n]ão há disposição, no ordenamento processual brasileiro, quanto à *tréplica*. A oportunidade para sua manifestação existiria apenas se, com a *réplica*, fossem juntados documentos novos, a teor do art. 398 do CPC (RTJE 148/239)” (acórdão anotado por NEGRÃO-GOUVÊA-BONDIOLI, *Código...*, cit., p. 465, nota 2 ao art. 326).

<sup>137</sup> *Direito processual...*, cit., v. 3, p. 44.

<sup>138</sup> “Artigo 502º 1. À contestação pode o autor responder na *réplica*, se for deduzida alguma excepção e somente quanto à matéria desta; a *réplica* serve também para o autor deduzir toda a defesa quanto à matéria da reconvenção, mas a esta não pode ele opor nova reconvenção. 2. Nas acções de simples apreciação negativa, a *réplica* serve para o autor impugnar os factos constitutivos que o réu tenha alegado e para alegar os factos impeditivos ou extintivos do direito invocado pelo réu. 3. A *réplica* será apresentada dentro de 15 dias, a contar daquele em que for ou se considerar notificada a apresentação da contestação; o prazo será, porém, de 30 dias, se tiver havido reconvenção ou se a acção for de simples apreciação negativa.” “Artigo 503º 1. Se houver *réplica* e nesta for modificado o pedido ou a causa de pedir, nos termos do artigo 273º, ou se, no caso de reconvenção, o autor tiver deduzido alguma excepção, poderá o réu responder, por meio de *tréplica*, à matéria da modificação ou defender-se contra a excepção oposta à reconvenção. 2. A *tréplica* será apresentada dentro de 15 dias a contar daquele em que for ou se considerar notificada a apresentação da *réplica*.”

Na mesma linha, não podemos nos furtar de pontuar que tanto autor como réu estão sujeitos ao princípio da eventualidade, de modo que na peça inicial e na resposta devem desfilarem todas as suas razões de fato e de direito e os pedidos de tutela jurisdicional plena que tiverem.<sup>139</sup> Rigorosamente, são iguais os ônus impostos ao autor e ao réu. Assim, nessas situações, emerge absolutamente evidente que o juiz esteja livre para exercer os poderes oficiais de que nos ocupamos nos itens anteriores.

Dois exemplos bastam para demonstrar essa afirmação.

Imagine-se como exemplo que o réu, citado para demanda indenizatória decorrente de acidente automobilístico, alega que o autor dirigia embriagado. A ausência de refutação da acusação em *réplica* gera a presunção relativa de veracidade dessa alegação, mas que pode ser afastada pelo juiz nos mesmos limites acima delineados.

Pense-se também em demanda de cobrança de dívida, em cuja contestação exhibe o réu documento remindo a dívida, assinado por mandatário do autor. Mesmo sem oposição do autor, o juiz pode perfeitamente analisar se o mandato conferia poderes suficientes ao subscritor do documento (CC, art. 661) e se foi revestida da forma prescrita em lei (CC, art. 657). Apenas se ocorrer a hipótese de remissão obtida por erro, dolo ou coação, por exemplo, é que se exigiria a alegação por parte do autor (CC, arts. 171, II, e 177), mercê de expressa disposição legal.

Em resumo, confirmamos, a um só tempo, o paralelismo entre ação e defesa e entre os poderes do juiz exercitáveis em favor do autor e do réu, sem se desnaturar a circunstância, decorrente da natureza das coisas, de que a demanda inicial é indispensável à constituição do processo, ao passo que a defesa é a ele dispensável.

## 8.7 Importância (redobrada) do contraditório

Convém anotar, antes de prosseguir, que, na mesma medida que aumentam tais poderes de atuação *ex officio* do juiz, acresce-se o seu dever de propiciar am-

<sup>139</sup> A doutrina não tem se deixado enganar pela leitura do art. 300 do CPC e tem reconhecido a aplicação do princípio da eventualidade a ambos os litigantes (a propósito, veja-se o que dizem VICENTE GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 123, GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, p. 12, e o nosso *Preclusão processual civil*, p. 164). Com efeito, apesar de o autor ter um espaço de tempo mais amplo para alterar pedido e causa de pedir, ou seja, até a citação do réu (CPC, arts. 264, *caput*, e 294, parágrafo único), após esse ato fica ele impedido de alterar pedido e causa de pedir, do mesmo modo que depois de escoado o prazo de 15 dias contado na forma do art. 241 do CPC, não pode o réu apresentar outras respostas à demanda do autor.

plo diálogo entre as partes, propondo-lhes o debate em torno de pontos de fato por elas não alegados, mas que serão considerados no julgamento.<sup>140</sup>

Não há, aqui, uma relação necessária de causa e efeito, pois o aumento da importância do contraditório não é decorrência necessária do aumento dos poderes do juiz, mas seguramente constitui medida necessária para contrabalançar as garantias das partes em face do (ampliado) ativismo judicial, com vistas ao estabelecimento de uma nova medida de equilíbrio entre ambos. Tem-se aqui, como vimos no item 3.3, *supra*, a mais moderna dimensão do princípio do contraditório (como colaboração entre juiz e partes), que se acha positivada em alguns ordenamentos estrangeiros e está implícita em nosso sistema à luz da Constituição Federal.

De fato, tão importante quanto o manejo de todos os poderes acima delineados é seu uso em consonância com a Constituição Federal, particularmente com a garantia ao contraditório, lá inserta.<sup>141</sup> E tão ruim quanto (ou até pior que) não usar os poderes oficiais acima reconhecidos é usá-los sem observância do contraditório. Afinal, tão iníquo quanto o acolhimento do pedido da parte sem que seu adversário tenha podido se pronunciar a respeito é o pronunciamento do juiz em desfavor de um dos litigantes, sem que ele tenha previamente exposto suas razões a respeito.<sup>142</sup>

A necessidade de que o juiz proponha às partes o debate em torno de questão fática não expressamente alegada não cede nem mesmo diante da tese de que os elementos a serem considerados constam dos autos e, pois, já foram submetidos ao contraditório. Do contrário, admitir-se-ia a existência de “alegação tácita”, a qual GRASSO considera “ilusória” e que, por isso, descartamos.<sup>143</sup>

E mesmo que se admita que haja contraditório posterior – pela via recursal –, trata-se de contraditório extremamente insuficiente, máxime se considerado que a pronúncia *ex officio* pode ocorrer em 2º grau, a partir da qual há apenas a limitadíssima via dos recursos excepcionais.

Para ilustrar suficientemente os efeitos insidiosos da ausência de prévio contraditório à pronúncia de matérias de ofício, basta recorrer ao caso da *prescrição*. Apesar de o art. 219, § 5º, do CPC, alterado pela Lei 11.280/2006, dar expressamente ao juiz o poder de pronunciar a prescrição de ofício (o que antes já ocorria no caso de incapaz – CC, art. 194), apenas as partes poderão dar conta ao juiz da ocorrência ou não de alguma causa interruptiva ou suspensiva (CC, arts. 197 a

<sup>140</sup> Sobre a importância do contraditório, CAVALLINI (*Eccezione rilevabile d'ufficio...*, cit., p. 124), o qual se refere ao fenômeno da “sentença a surpresa”, que deve ser veementemente evitado.

<sup>141</sup> FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA (*Governança judicial*, cit., p. 78) aponta com propriedade que o diálogo entre o juiz e as partes atenua a insegurança que a ampliação dos poderes do juiz gera para as garantias processuais.

<sup>142</sup> Assim pontuam, com invejável clareza, GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 77 ss) e, entre nós, CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 191-194).

<sup>143</sup> GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 318).

204).<sup>144</sup> Ou seja, o preço que o juiz paga pelo aumento de seus poderes é o estabelecimento de *prévio* diálogo entre as partes.

## 8.8 Conclusão parcial: *objeção substancial* como regra, *exceção substancial* como exceção

À guisa de conclusão (ainda que meramente parcial), impende registrar que a primeira análise que se reclama do intérprete é se o direito material estabelece a cognoscibilidade *ex officio* ou *ope exceptiones* de determinada questão. Nos raros casos em que uma dessas respostas é dada pelo ordenamento substancial, não há discussão a ser travada no campo processual.<sup>145</sup> Todavia, quando o direito material não fornece essa resposta – o que ocorre na esmagadora maioria dos casos –, a cognoscibilidade de ofício ou não da matéria deve ser analisada sob a lógica do sistema processual.<sup>146</sup>

Assim orientado o raciocínio, a defesa (direta ou indireta) mostra-se, como regra, *dispensável* para que seja considerada no julgamento do mérito, pois, exce tuados os casos restritos em que a lei textualmente exige iniciativa do interessado, as demais matérias *podem* ser conhecidas de ofício, de modo a se julgar a demanda do autor, dentro dos limites em que ela foi deduzida.

Se aderíssemos ao entendimento de grande parte da doutrina processual brasileira – que considera que a *exceção substancial* se caracteriza primordial-

<sup>144</sup> Essa é uma das razões pelas quais HUMBERTO THEODORO JR. considera que o art. 219, § 5º, do CPC deve ser aplicado com um grão de sal (A exceção de prescrição no processo civil: impugnação do devedor e decretação de ofício pelo juiz, *Meios de impugnação ao julgado civil*: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO e PAULO CÉSAR PINHEIRO CARNEIRO (Coord.), p. 316-317). As críticas do autorizado mestre mineiro, contudo, não convencem, pois, com as vênias devidas, mostram um apego injustificável a tradições históricas e dogmas ultrapassados. A boa aplicação do princípio do contraditório, em sua acepção ampla, é mais do que suficiente para contornar os problemas advindos da mudança do art. 219, § 5º, do CPC, e trará certamente muitos benefícios à celeridade processual (garantia expressamente prevista pelo art. 5º, LXXVIII, da CF). Aliás, o art. 219, § 5º, do CPC não representa novidade absoluta, dado que, além da possibilidade de reconhecimento da prescrição em favor de incapaz, que havia sido instituída pelo art. 194 do CC/2002 (hoje revogado), a Lei 11.051/2004 incluíra dispositivo na lei da execução fiscal (art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980) autorizando o juiz a pronunciar de ofício a prescrição desde que ouça previamente a Fazenda Pública. Aliás, esse diploma de 2004 (que antecedeu, pois, a mudança do art. 219, § 5º, do CPC), já tratou de cuidar dos problemas relativos à prescrição tributária, de modo que a Lei 11.280/2006 já não teria qualquer utilidade nesse terreno (diferentemente do que diversos doutrinadores de peso vêm afirmando). O propósito do legislador foi, efetivamente, alterar um verdadeiro dogma que está encrustado na nossa legislação há séculos. E não há aí nada que deve escandalizar ninguém.

<sup>145</sup> Reitere-se que as escolhas expressas feitas no âmbito do direito material são fundadas em critérios históricos, culturais ou de simples opção legislativa, não havendo razão para que o processualista seja seduzido (como muitos o foram) a explicá-las à luz do direito processual. Tais tentativas, vimos bem anteriormente, são fadadas ao fracasso.

<sup>146</sup> Não se pretende, aqui, negar o caráter instrumental do processo, e tampouco a força com que o direito material molda seus institutos. O que não se pode admitir é o apego a tradições que perderam o sentido para extrair, à luz do direito material, critérios puramente casuístas para delimitar as matérias que o juiz pode ou não conhecer de ofício.



mente por se tratar de matéria não cognoscível de ofício, independentemente do seu caráter direto ou indireto e de sua aptidão de constituir objeto de demanda autônoma ou não –, diríamos que ele representa justamente *exceção*, no sentido vulgar do termo, ao passo que a *objeção substancial*, em contrapartida, constitui-se a regra.

A partir daqui, mostra-se então necessário investigar, no extremo oposto, as situações em que a conduta do réu transborda os limites dessa mera defesa, convertendo-se em contra-ataque. Parece-nos que da comparação entre esses dois extremos se extrairá a verdadeira face do direito de defesa no plano técnico-processual.

## Reconvenção e Outros Meios de “Contra-Ataque” do Réu

### 9.1 Reconvenção

Esmiuçadas as principais questões que envolvem a *simples defesa* do réu – e em particular os aspectos decorrentes da sua omissão em ofertá-la – revela-se fundamental analisar profundamente cada um desses meios, com especial destaque para o mais importante deles – a reconvenção –, ao qual, como adiante se verá, podem ser reconduzidas as demais figuras aqui tratadas.<sup>1</sup>

A evolução histórica dos meios de contra-ataque do réu revela que a reconvenção, tal como hoje a conhecemos, teve sua gênese no processo romano pós-clássico<sup>2</sup> e foi sensivelmente aprimorada na Idade Média,<sup>3</sup> embora carregando

<sup>1</sup> A existência de outros meios de contra-ataque do réu em face do autor é amplamente reconhecida, mas tem-se na reconvenção seu mais importante expoente. JOEL FIGUEIRA JR. sintetizou que “toda reconvenção importa num contra-ataque, porém nem todo contra-ataque, necessariamente, significa uma reconvenção” (*Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, p. 224).

<sup>2</sup> Vários autores (como MARIO DINI, *La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 6-7, e ENZO VULLO, *La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 13 ss) reconhecem que a unificação da instância, operada no período da *extraordinaria cognitio*, pavimentou o caminho para florescimento do fenômeno reconvençional. MARIO DINI (*idem*, p. 9) e AMARAL SANTOS (*Da reconvenção...*, cit., p. 70-71) apontam nas fontes dois passos (C. 7.45.14 e N. 96.2.1) que revelam com clareza que o réu, reputando-se credor do autor em decorrência do *mesmo negócio* pelo qual era demandado, podia pedir no mesmo processo a condenação respectiva. Embora haja dúvidas sobre a tradução do termo “eaden negotio” (alguns usam “mesmo processo”, como observa AMARAL SANTOS, *Da reconvenção...*, p. 74-75), fato é que a *reconventio* era verdadeira *actio* do réu (cujo surgimento deve-se em grande medida à necessidade de permitir a *compensação* de créditos recíprocos entre os litigantes). AFFONSO FRAGA (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 277-278) também enxerga a gênese romana da reconvenção em dois outros passos, que tratam de modo pouco minudente da *mutua actio* (D. 2.1.11.1) e *mutua petitio* (D. 21.38). Necessário destacar a ressalva feita por CRUZ e TUCCI (*Da reconvenção*, p. 11), com lastro em vasta doutrina, no sentido de que o termo *reconventio* tenha surgido pela primeira vez apenas quando da tradução do *Authenticum* (compilação ocidental contendo 134 novelas) do grego para o latim. Essa tradução fez com que o termo fosse empregado e ficasse impregnado na cultura jurídica medieval.

<sup>3</sup> Nesse terreno, a mais importante influência sentida nos ordenamentos modernos é aquela exercida pelo direito canônico, máxime aquele praticado no fim da Idade Média, que fixou como característica da reconvenção

marcante influência de institutos de raiz romana clássica, como o *iudicium contrarium*<sup>4</sup> (que muito se assemelham ao chamado *pedido contraposto*, previsto, como se verá, nos nossos procedimentos sumário e sumaríssimo vigentes) e o *iudicium duplice*<sup>5</sup> (remoto antecedente do que hoje se denomina de “ações dúplices”).

Essa perspectiva histórica explica, em primeiro lugar, a existência de uma variedade de meios de contra-ataque do réu, com origens históricas diversas.

Ademais, e principalmente, desponta evidente que os ordenamentos modernos (em especial o brasileiro) sofreram forte condicionamento de sistemas precedentes, pois reiteram os mesmos princípios básicos relativos à reconvenção.<sup>6</sup>

a possibilidade de abranger qualquer matéria, mesmo não sujeita originalmente à jurisdição eclesiástica (destaca-se em particular a sistematização dada pelas Decretais do Papa Gregório IX, de 1234). Tinha-se aqui o propósito político da Igreja em subtrair litígios da justiça laica praticada pelos agentes dos Estados nacionais ainda então em formação (essa é a opinião uníssona dos que se propuseram a visitar o tema, consoante amplo estudo empreendido por CRUZ E TUCCI, *Da reconvenção*, p. 25).

<sup>4</sup> GIUSEPPE PROVERA, em dois estudos dedicados ao tema (Linee generali di uno studio sui “iudicia contraria”, *Studia et documenta historiae et iuris*, 1942, p. 113-135, e *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, 1951), encontrou nas fontes registros de que o pretor, usando seu poder criativo, introduziu no sistema o *iudicium contrarium*, que consistia na possibilidade de inserir, na mesma fórmula, uma *intentio* bilateral, pela qual a pretensão do réu contra o autor seria decidida no mesmo processo e pela mesma *sententia*. Todavia, como entendem AMARAL SANTOS (*Da reconvenção...*, cit., p. 65-66) e CRUZ E TUCCI (*Da reconvenção*, p. 5), essa permissão vigorou apenas em alguns casos de *actiones bonae fidei*, que contemplavam situações de direito material específicas, nas quais comumente se mostrava contraposição de obrigações (como nos contratos de mandato, gestão, depósito, comodato, penhor e nas relações entre tutor e tutelado). Tem-se aí o mais remoto antecedente daquilo que nosso sistema atual denomina *pedido contraposto*, embora o cabimento deste, em nosso ordenamento, depende do procedimento, e não da matéria a ser alegada pelo réu ou o direito substancial em litígio.

<sup>5</sup> Novamente PROVERA (*Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, p. 25 ss) é quem distingue claramente o *iudicium contrarium* do *iudicium duplice*, esse último próprio das ações possessórias ou divisórias, para as quais a posição de autor e réu se definia apenas por quem havia primeiro ido a juízo, já que ambos poderiam obter do processo o exato mesmo bem da vida disputado, havendo aí uma *bilateralidade perfeita* da relação controvertida (no *iudicium contrarium*, essa *bilateralidade* era *imperfeita*). A mais importante fonte para construção do instituto (além de dois passos do Digesto – D.10.2.52.2 e 10.3.2.1) está nas Institutas de Gaio (4.160): “Dúplices são, por exemplo, os interditos *uti possidetis* e *uturbi*. Por isso chamam-se dúplices, porque neles a condição dos litigantes é idêntica, nenhum se encontra na situação determinada de réu ou autor, mas cada um representa ambos os papéis [...]” (tradução de CORRÊA e SCIASCIA, *Manual de direito romano*, v. 2, p. 281). Esclareça-se, por oportuno, que o interdito *uturbi* visava proteção possessória sobre bens móveis, ao passo que o *uti possidetis* tinha por objeto imóveis (v. g., MOREIRA ALVES, *Direito romano*, v. 1, p. 271 ss).

<sup>6</sup> Os precedentes diretos do ordenamento processual brasileiro se iniciam nas Ordenações do Reino Português que, influenciadas pelo direito canônico, não impunham maiores restrições quanto à matéria a ser versada pelo reconvincente, que não precisava se limitar a demandar quanto ao mesmo negócio invocado pelo autor, e sequer guardar conexão com a demanda principal (Ord. Af., 3.29, Ord. Man., 3.24, e Ord. Fil., 3.33). Aliás, a liberdade dada ao réu era tanta que ele podia manejar a reconvenção “antes ou logo após a contestação” (Ord. Af., 3.29.1; Ord. Man., 3.24; Ord. Fil., 3.32.1), embora se o fizesse depois que o autor houvesse produzido as provas quanto aos fatos alegados na demanda inicial, a reconvenção deveria ser recebida como se demanda autônoma fosse. O Regulamento 737, de 1850, manteve os mesmos princípios das Ordenações (em especial o processamento e julgamento conjunto de demanda inicial e reconvenção – arts. 104, 105 e 109), embora tenha instituído (art. 103) a simultaneidade de apresentação de contestação e reconvenção (única novidade de relevo trazida pelo diploma, segundo AMARAL SANTOS, *Da reconvenção...*, cit., p. 99). Esse mesmo conjunto de regras perpassou, de modo geral, a Consolidação Ribas, de 1876 (arts. 642 a 645), diversos Códigos Estaduais (v. g., CPC/DF art. 172; CPC/BA, art. 120; CPC/PR, art. 276, CPC/RS, art. 344) e o CPC de 1939 (arts. 190 ss), estando presentes ainda no nosso sistema vigente (CPC, arts. 299 e 315 ss).

O que variou, ao longo do tempo e nos variados ordenamentos, foi a amplitude autorizada para o contra-ataque do réu,<sup>7</sup> desde a liberdade absoluta dada ao réu (admitida no direito canônico) até a limitação mais rigorosa, consistente na necessidade de *identidade* do episódio da vida em que se baseia a demanda inicial e reconvenção (como o *iudicium contrarium* do direito romano clássico), passando pela solução intermediária, hoje acolhida na legislação brasileira, que é a necessidade de *conexão* entre demanda reconvenção e demanda inicial ou defesa (CPC, art. 315).<sup>8</sup>

A par desse aspecto, pode-se dizer universal, tanto no Brasil quanto em diversos países estrangeiros,<sup>9</sup> a concepção de que a reconvenção constitui-se “ação do réu contra o autor”,<sup>10</sup> mediante a qual o segundo *contra-ataca*<sup>11</sup> o primeiro no

<sup>7</sup> BARBOSA MOREIRA, após vasto exame de ordenamentos estrangeiros, classifica-os, no tocante aos requisitos substanciais, em três grandes grupos: aquelas legislações em que se admite expressamente que a reconvenção verse qualquer matéria, aquelas que *silenciam* a respeito e, finalmente, aquelas em que se estabelecem requisitos substanciais mais ou menos rígidos (*A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, p. 61-62).

<sup>8</sup> A solução prestigiada pelo direito pátrio, anteriormente ao advento do Código em vigor, era a de que a reconvenção se prestava a elidir ou restringir a “ação principal”, conforme acolhido pelos Códigos mineiro (art. 209), gaúcho (art. 350), fluminense (art. 1.181) e do Distrito Federal (art. 175), bem como em especial o CPC nacional de 1939 (art. 190). Apenas o CPC de São Paulo (art. 256) trazia regra igual à do CPC federal hoje vigente.

<sup>9</sup> Nos sistemas de diversos países usa-se a mesma designação: *reconvention* (CPC francês, art. 64), *reconvencción* (LEC espanhola, art. 406 ss, CPC chileno, art. 314, e CPC nacional argentino, art. 357), *riconvenzione* (CPC italiano, arts. 36 e 167) e *reconvention* (em legislações de língua inglesa). O termo empregado pela ZPO alemã (§ 33) é *Widerklage*, cuja tradução é, salvo erro, “contrademandada”.

<sup>10</sup> A ideia de que a reconvenção constitui “ação do réu contra o autor” estava textualmente consagrada no art. 190 do CPC de 1939, assim redigido: “[o] réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido. A reconvenção será formulada com a contestação” (destacamos). Apesar de o CPC de 1973 não ter repetido a mesma fórmula no art. 315 (que faz as vezes do dispositivo há pouco transcrito), esse conceito da reconvenção continuou, tal como antes, absolutamente aceito. Para se ter uma noção bem ampla dessa afirmação, confirmam-se, entre nós, JOÃO MONTEIRO (*Curso...*, cit., v. 3, p. 346), AFFONSO FRAGA (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 279), LUIZ ANTONIO DA COSTA CARVALHO (*Da reconvenção no processo brasileiro*, p. 7-8), AMARAL SANTOS (*Da reconvenção...*, cit., p. 121), FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 146, e *Manual...*, cit., v. 2, p. 91), CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 304), BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 44), HUMBERTO THEODORO JR. (*Curso...*, cit., v. 1, p. 452), ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 2, p. 263), VICENTE GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 124), CRUZ E TUCCI (*Da reconvenção*, p. 58), CLITO FORNAGIARI JR. (*Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*, p. 66), OSVALDO DA SILVA RICO (*Da reconvenção e da compensação no direito brasileiro*, p. 14) e PINTO FERREIRA (*Da resposta do réu*, p. 87). Vejam-se, ainda, os italianos SATTI (*Diritto processuale civile*, p. 49), MARIO DINI (*Riconvenzione, Novissimo digesto italiano*, v. 15, p. 966, e *La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 57), CELSO EDOARDO BALBI e GIUSEPPE TARZIA (*Riconvenzione (diritto processuale civile)*, *Enciclopedia del diritto*, v. 40, p. 668) e MANDRIOLI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 94); na doutrina espanhola, SAMPOS SALGADO (*Reconvencción*, p. 5), DE LA OLIVA SANTOS e DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (*Derecho procesal civil*, p. 290); os portugueses ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., v. 3, p. 379), ANTUNES VARELA-BEZERRA e NORA (*Manual...*, cit., p. 286 e 323), MACHADO-PIMENTA (*O novo processo civil*, p. 159), JOSÉ JOÃO BAPTISTA (*Processo civil I*, p. 338) e MARIANA FRANÇA GOUVEIA (*A causa de pedir na ação declarativa*, p. 245); os alemães JAUREING e LENT (*Direito processual civil*, tradução F. Silveira Ramos, p. 250); os argentinos ROBERTO RAÚL TORTI (*El proceso ordinario en la Provincia de Buenos Aires y en La Nación*, p. 121) e JOSÉ MARÍA TORRES TRABA (*La reconvencción, Defensas e excepciones*, OSVALDO ALFREDO GOZALMI (Coord.), p. 78-79).

<sup>11</sup> Assim, v. g., os italianos SATTI (*Diritto processuale civile*, p. 49) e MARIO DINI (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 57), os portugueses ANTUNES VARELA-BEZERRA e NORA (*Manual...*, cit., p. 323) e MACHADO-PIMENTA (*O novo processo civil*, p. 167) e os brasileiros PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 290), JOÃO BONUMÁ (*Direito processual civil*, v. 2, p. 264), AMARAL SANTOS (*Da reconvenção...*, cit., p. 124 ss), FREDERICO MARQUES (*Ins-*

mesmo processo por ele já instaurado,<sup>12</sup> formulando uma pretensão própria, que poderia ser exercitada por meio de *demanda apartada*<sup>13</sup> (o que justifica a recíproca autonomia entre a demanda inicial<sup>14</sup> e a demanda reconvençional, positivada pelo art. 317 do nosso CPC).

Também é quase unânime a ideia de que a reconvenção traz *nova pretensão*,<sup>15</sup> distinguindo-se da defesa, que encerra meio de simples *resistência*,<sup>16</sup> na linha do que restou assentado no item 6.2.2, *supra*.

Entende-se também que a pretensão reconvençional baseia-se em *pontos de fato e de direito novos*,<sup>17</sup> daí a aptidão da reconvenção em ampliar o âmbito da *cognição judicial*, o *objeto do processo* e (havendo julgamento do mérito) o *objeto da coisa julgada*.<sup>18</sup> Isso porque a reconvenção é portadora de demanda do réu, cujo objetivo, em última análise, é obter do juiz “algo mais” do que a simples improcedência da demanda do autor (meta passível de ser alcançada com

tituições..., cit., v. 3, p. 148, e *Manual...*, cit., v. 2, p. 66 e 75), ROGÉRIO LAURIA TUCCI (Demanda reconvençional (ou reconvenção), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 23, p. 251), VICENTE GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 140), HUMBERTO THEODORO JR. (*Curso...*, cit., v. 1, p. 78), LUIS GUILHERME AÍDAR BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção no processo civil brasileiro*, cit., p. 14).

<sup>12</sup> A concepção de que as demandas inicial e reconvençional se acumulam no mesmo processo é aceita por todos os autores referidos nas notas anteriores, excetuando-se aqui PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 222), para quem a apresentação da reconvenção gera a criação de uma relação processual distinta.

<sup>13</sup> Esse entendimento também é largamente disseminado, valendo citar apenas para exemplificar, na doutrina italiana, BALBI e TARZIA (Riconvenzione, cit., p. 668), MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 93) e VULLO (*La domanda riconvenzionale*, p. 132, 136-137); na doutrina alemã, LENT (*Diritto processuale civile tedesco*, p. 187); e, entre nós, PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 229), FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 146), ROGÉRIO LAURIA TUCCI (Demanda reconvençional..., cit., p. 252), FERNACIARI JR. (*Da reconvenção...*, cit., p. 68), DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 494) e BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 8-10).

<sup>14</sup> Aqui, fazemos coro a DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 496) e BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 15), para repudiar que a demanda do autor seja chamada de “principal”, para diferenciá-la da reconvenção. A recíproca autonomia de demanda do autor e demanda reconvençional exclui essa denominação. Preferimos, então, falar em *demanda inicial*, acolhendo a proposta dos dois autores aqui referidos.

<sup>15</sup> V. g., na doutrina estrangeira, LENT (*Diritto processuale civile tedesco*, p. 187), ANTUNES VARELA-BEZERRA e NORA (*Manual...*, cit., p. 286), MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional*, cit., p. 215). Entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 148) e SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 166).

<sup>16</sup> V. g., FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 148 e 152), AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 2, p. 187) e FERNACIARI JR. (*Da reconvenção...*, p. 23 ss). A propósito, é consagrada a fórmula de que o autor pede e o réu impede (CENTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 234, HUMBERTO THEODORO JR., *Curso...*, cit., v. 1, p. 77, e ARAKEN DE ASSIS, *Procedimento sumário*, p. 95).

<sup>17</sup> Assim entendem, na doutrina espanhola, SAMPOS SALGADO (*Reconvencción*, p. 6), na doutrina italiana, ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 7) e, entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 148 e 152), AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 2, p. 187), FERNACIARI JR. (*Da reconvenção...*, p. 23 ss) e DANIEL NEVES (Contra-ataque do réu: indevida confusão entre as diferentes espécies (reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice, *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 9, p. 25).

<sup>18</sup> A propósito, confira-se exemplificativamente VULLO (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 135 ss) e FERNACIARI JR. (*Da reconvenção...*, p. 27).

a defesa).<sup>19</sup> Para que esses efeitos se produzam, é indispensável a iniciativa da parte, sendo incabível o suprimento de sua inércia *ex officio* pelo juiz,<sup>20</sup> surgindo para ele, a partir daí, um *dever decisório* acerca da demanda reconvençional.<sup>21</sup>

Entretanto, não são poucos os autores que defendem que, apesar de encerrar um *contra-ataque*, a reconvenção não deixa de ser considerada um meio de *defesa* (em sentido amplo), pois seu manejo tem como regra o propósito do réu em elidir ou modificar o pedido da demanda do autor.<sup>22</sup>

Essa compreensão do fenômeno reconvençional (em que se mostrava marcante sua finalidade defensiva) decorria da literalidade do art. 190 do CPC de 1939,<sup>23</sup> e entendemos que ela persiste no sistema atual, malgrado o art. 315 do CPC vigente ter redação bem diferente.<sup>24</sup> Isso porque se pode reconhecer que o requisito da “conexão com a ação principal ou com o fundamento de defesa”, ao tornar mais amplo o cabimento da reconvenção, pressuporia a finalidade de “modificar ou excluir o pedido” do autor.<sup>25</sup>

Com base nessas considerações, podemos sintetizar os quatro principais atributos caracterizadores da reconvenção, modernamente reconhecidos: (a) o fato

<sup>19</sup> Assim entendem, entre nós, v. g., FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 148), FLÁVIO YARSHIEL (Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de “ação dúplice”, *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, FLÁVIO YARSHIEL e MAURICIO ZANOIDE DE MORAES (Coord.), p. 565), SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 166) e BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 14 e 27). Na doutrina italiana, SATTI (*Diritto processuale civile*, p. 49), FAZZALARI (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 30-31), DINI (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 57), MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 94) e VULLO (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 80); na doutrina alemã, LENT (*Diritto processuale civile tedesco*, p. 187); e na doutrina portuguesa, ANTUNES VARELA-BEZERRA e NORA (*Manual...*, cit., p. 286) e JOSÉ JOÃO BAPTISTA (*Processo civil I*, p. 338). O CPC francês é expresso em reconhecer esse aspecto: “Art. 64. Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire pretende obtenir *un avantage autre que le simple rejet de la pretention de son adversaire*” (destaque nosso).

<sup>20</sup> Esse atributo da reconvenção é destacado por FAZZALARI (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 29-31).

<sup>21</sup> Circunstância apontada, v. g., por COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 277).

<sup>22</sup> Registra essa tese, na doutrina italiana, VULLO (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 76-77). No Brasil, assim entendem, por exemplo, PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 232), CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 236) e ROGÉRIO LAURIA TUCCI (Demanda reconvençional..., cit., p. 251). Na doutrina portuguesa, fala-se em “contestação-defesa” e “contestação-reconvenção”, justamente porque se reconhece que a reconvenção também serve a “contestar” (em sentido amplo) a demanda do autor (ANTUNES VARELA-BEZERRA-NORA, *Manual...*, cit., p. 286). Reconhecendo que a reconvenção pode implicar julgamento *prejudicial* em relação à demanda inicial, CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE (*A prejudicialidade no processo civil*, p. 193). BONDIOLI destaca que a reconvenção teria um “papel colateral de defesa” sempre que veicular “pretensão incompatível com o acolhimento da demanda inicial” (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 28).

<sup>23</sup> “Art. 190. O réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido.” Esse dispositivo reproduz preceito contido em diversos Códigos estaduais até então vigentes. PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 291), ao comentar esse dispositivo, reconheceu que a finalidade da reconvenção era atenuar ou impedir a condenação pedida pelo autor, ou mesmo obter a condenação deste ao pagamento de soma ao réu. O raciocínio desenvolvia-se invariavelmente tendo como base a compensação.

<sup>24</sup> “Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.”

<sup>25</sup> Essa é a conclusão de PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 233) após comparar os dois dispositivos.

de a reconvenção encerrar matéria que poderia ser deduzida por via autônoma; (b) o fato de a reconvenção suscitar *pontos novos de fato e de direito*, capazes de ampliar o âmbito da *cognição judicial*; (c) o fato de a reconvenção provocar ampliação do *objeto litigioso do processo*, por introduzir no processo nova pretensão do réu em face do autor; e (d) como consequência da ampliação do objeto litigioso, a reconvenção provoca a ampliação do objeto da coisa julgada (sempre, claro, que houver julgamento do mérito da demanda reconvenicional).

## 9.2 Pedido contraposto

A retrospectiva histórica feita no item anterior sinaliza que um dos mais remotos antecedentes da reconvenção, ainda no direito romano clássico – o *iudicium contrarium* –, apresentava claras semelhanças com o “pedido contraposto”,<sup>26</sup> tal como hoje previsto no nosso sistema vigente para o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis (art. 31 da Lei 9.099/95) e para o procedimento comum sumário (CPC, art. 278, § 1º).

No primeiro desses casos, fala-se de “pedido” formulado pelo réu “fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia”; no segundo, trata-se de “pedido” do réu “fundado nos mesmos fatos referidos na inicial”. Nesses casos, há uma “bilateralidade” entre pedido inicial e contraposto mais intensa que no caso da reconvenção.

Desde que esses dispositivos foram promulgados, em 1995,<sup>27</sup> suscitam enormes dúvidas sobre a natureza jurídica do pedido contraposto. Discutia-se se o cabimento do pedido contraposto tornaria “dúplice” a “ação” originalmente movida pelo autor,<sup>28</sup> ou se a técnica era a mesma da reconvenção,<sup>29</sup> com a diferença

<sup>26</sup> Essa denominação consta apenas do art. 17, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 (“Havendo pedidos contrapostos, poderá ser dispensada a contestação formal e ambos serão apreciados na mesma sentença”). Todavia, esse dispositivo retrata a hipótese de ambos os litigantes dirigirem-se simultaneamente ao Juizado Especial Cível, sem que haja um demandante inicial e outro que cumula sucessivamente sua demanda contraposta. De qualquer modo, a expressão *pedido contraposto* está mais do que consagrada na doutrina. Curiosamente, o STJ tem precedente denominando a espécie de “pedido reconvenicional” (REsp 133131/RJ, 3ª T, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, j. 23-2-1999).

<sup>27</sup> Leis 9.245 e 9.099, respectivamente, mas não representaram novidade absoluta, pois antes deles a mesma técnica era acolhida pela Lei 7.244/1984, que tratava do Juizado de Pequenas Causas (“Art. 32. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia”).

<sup>28</sup> A própria exposição de motivos do Anteprojeto que veio a converter-se na Lei 9.245/1995 explicava a introdução do pedido contraposto, no art. 278, § 1º, do CPC pela intenção de tornar “dúpliques” as demandas processadas pelo rito sumário. Seguindo essa trilha, acolheram essa concepção, entre outros, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Do rito sumário na reforma do CPC*, p. 45) e CARREIRA ALVIM (*Código de Processo Civil reformado*, p. 146). NERY JR. (*Atualidades sobre o processo civil*, p. 94) admite a duplicidade, mas depois reconhece que a técnica é igual à da reconvenção.

<sup>29</sup> SÉRGIO BERMUDEZ (*A reforma...*, cit., p. 46) explora essa questão de forma jocosa: “[a]lterado na forma pela qual se deduz e restringido no objeto, esse pedido tem um nome, do qual se esgueirou, tímidamente, o legis-

da forma (apresentação no bojo da contestação, não em peça apartada) e do conteúdo (em vez de se impor como requisito a ampla conexão com a demanda do autor, exige-se a identidade de fatos).

Prevalece na doutrina a segunda concepção, e a ela manifestamos aqui nossa expressa adesão, visto que esse fenômeno realmente não se confunde com o da “ação dúplice”, como adiante ficará claro pela exposição reservada ao item 9.3, *infra*.

Acatada essa concepção, a doutrina considera que o pedido contraposto amplia o objeto do processo, que passa a comportar duas demandas, duas pretensões,<sup>30</sup> exatamente como ocorre na reconvenção.

Apesar de indisfarçáveis as semelhanças entre reconvenção e pedido contraposto,<sup>31</sup> a doutrina costuma destacar que as diferenças entre os fenômenos são três:<sup>32</sup> (a) quanto à forma (a reconvenção se instrumentaliza por peça autônoma (CPC, art. 299) e o pedido contraposto vem inserto na contestação); (b) quanto aos limites da cognição (os da reconvenção são mais amplos, delimitados pela conexão “com a ação principal e os fundamentos de defesa” (CPC, art. 315), ao passo que os do pedido contraposto, mais estreitos, eis que deve ser fundado nos mesmos fatos da demanda inicial ou do objeto da controvérsia por ela fixado); e (c) quanto à autonomia em relação à demanda do autor (a reconvenção não ficaria prejudicada pela extinção sem exame de mérito da demanda principal (CPC, art. 317), ao passo que o pedido contraposto, sim).

Quanto ao primeiro aspecto, já tivemos ensejo de pôr em destaque que o descumprimento das formalidades atinentes à articulação dos meios de resposta em

lador: *reconvenção!*”. MILTON PAULO DE CARVALHO (A prática do procedimento sumário na reforma do Código de Processo Civil, *Reforma do Código de Processo Civil*, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Coord.), p. 433) também foi enfático: “não há, na atual previsão, a suposta *actio duplex*. Há processo cumulativo, há reconvenção”. No mesmo sentido, FLÁVIO YARSELLI (*Tutela jurisdicional*, p. 125, e *Ação rescisória*, p. 185), ARAKEN DE ASSIS (*Procedimento sumário*, p. 94), CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 234-236), FÁTIMA NANCY ANDRIGHI e SIDNEI AGOSTINHO BENETTI (*Juizados especiais cíveis e criminais*, p. 47), JOEL DIAS FIGUEIRA JR. (*Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, p. 223), DANIEL NEVES (*Contra-ataque do réu...*, cit., p. 26) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 176, e v. 3, p. 592-593). Aliás, aparentemente DINAMARCO mudou de ideia quanto ao tema, uma vez que antes havia sinalizado que o pedido contraposto gera duplicidade (Fraude contra credores. *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 573).

<sup>30</sup> Assim, DINAMARCO (*A reforma do Código de Processo Civil*, p. 253), FLÁVIO YARSELLI (Resolução do contrato por onerosidade excessiva..., cit., p. 565) e SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 421). Contra, FORNACIARI JR. (*A reforma processual civil*, p. 52) considera (a nosso ver, dessa vez, sem razão) que o pedido contraposto encerraria apenas uma “visão diferente” sobre os mesmos fatos, o que autorizaria o juiz a dispensar a oitiva do autor sobre a contestação do réu que trouxesse o pedido contraposto.

<sup>31</sup> Com variados argumentos, BONDIOLI reconhece que pedido contraposto e reconvenção representam fenômenos iguais, sendo o primeiro moldado a particulares realidades procedimentais em que se exige maior agilidade pela limitação da cognição (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 41-52).

<sup>32</sup> DANIEL NEVES realçou essas diferenças, e considerou que a forma seria a menos importante delas (Pretensão do réu de manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva – pedido contraposto previsto pela lei material (art. 479, CC), *Reflexos do Código Civil no direito processual*, FREDIE DIDIER JR. e RODRIGO MAZZEI (Coord.), p. 251-252).



peças distintas é “atipicidade irrelevante” (item 4.1, *supra*). Trata-se de diferença que pode, pois, perfeitamente ser deixada de lado.

No tocante à segunda diferença entre as figuras *sub examine*, autorizada doutrina pronunciou-se no sentido de que o pedido contraposto não amplia o objeto da cognição judicial.<sup>33</sup> Parece-nos que essa assertiva é equivocada, pois a limitação da cognição recai sobre o mesmo “episódio da vida” narrado pelo autor em sua peça inicial.<sup>34</sup> Fatos secundários,<sup>35</sup> relativos ao mesmo evento, podem perfeitamente ser alegados e, naturalmente, alargam o material sobre o qual recairá a atividade jurisdicional cognitiva. Ademais e principalmente, outros fatos, mesmo que principais, poderiam muito bem ser invocados para embasar o pedido contraposto, desde que digam respeito ao mesmo “episódio da vida”.<sup>36</sup>

Por último, entendemos não existir a terceira diferença acima apontada, pois não vislumbramos nenhuma razão para negar ao pedido contraposto a autonomia que o art. 317 do CPC confere à reconvenção.<sup>37</sup> A propósito, FLÁVIO YARSHHELL<sup>38</sup> aventa exemplo interessantíssimo de como o pedido contraposto pode (e deve) subsistir, mesmo com a rejeição da demanda principal sem exame de mérito: processo instaurado por condutor (não proprietário) de veículo envolvido em acidente de trânsito, reconhecido como parte ilegítima para requerer ressarcimento de dano no veículo que não lhe pertence; nesse caso, o réu pode perfeitamente pedir indenização do condutor, havendo, portanto, plena possibilidade de prosseguimento *autônomo* do pedido contraposto.

Em sentido contrário, DANIEL NEVES insistiu que o pedido contraposto não é dotado de autonomia<sup>39</sup> e sustentou que essa figura seria cabível para o réu veicular uma *pretensão subsidiária* em relação à defesa em sentido estrito, ou seja, a pretensão à simples improcedência da demanda inicial,<sup>40</sup> ainda que no procedimento ordinário (o citado processualista considera que “quem pode o mais pode o menos”).<sup>41</sup>

<sup>33</sup> V. g., ARAKEN DE ASSIS (*Procedimento sumário*, p. 94) e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Do rito sumário na reforma do CPC*, p. 45).

<sup>34</sup> Nesse sentido, o próprio ARAKEN DE ASSIS (*idem*, p. 93).

<sup>35</sup> Ocupamo-nos da definição desse conceito no item 8.4, *infra*.

<sup>36</sup> Basta pensar que o réu de demanda de reparação de danos por acidente automobilístico formula pedido contraposto de cunho indenizatório, alegando que o autor, embriagado, foi o culpado pelo acidente. Tem-se aí fato principal para embasar o pedido contraposto, concernente ao mesmo evento, o que é perfeitamente admissível.

<sup>37</sup> Assim também entenderam CLITO FORNACIARI JR. (Pedido contraposto, *Processo civil: verso e reverso*, p. 97) e BONDIOLO (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 246).

<sup>38</sup> Resolução do contrato por onerosidade excessiva..., cit., p. 565.

<sup>39</sup> No estudo já referido *Contra-ataque do réu...*, cit., p. 27.

<sup>40</sup> Pretensão do réu de manter o contrato..., cit., p. 255 ss.

<sup>41</sup> CLITO FORNACIARI JR. (Devolução das parcelas pagas supõe pedido. *Tribuna do Direito*, jan. 2004, p. 417) alvitra a mesma ampliação do cabimento do pedido contraposto.

Todavia, segundo entendemos, o pedido contraposto foi criado apenas com o intuito de simplificação dos procedimentos sumário e sumaríssimo (Juizados Especiais Estaduais), de modo que comportassem meio de contra-ataque do réu sem ampliar (e complicar) o objeto do processo.

Essa novidade não criou novo meio, não autônomo, de contra-ataque do réu, a ser usado também no procedimento ordinário. Para essa situação, há a reconvenção, que é mais que suficiente para permitir qualquer contra-ataque do réu, mesmo que ele seja feito em caráter subsidiário.

### 9.3 “Ações dúplices”<sup>42</sup>

Como se viu acima, também, está na gênese da reconvenção instituto que apresenta expressão no nosso sistema processual atual, qual seja, o *iudicium duplice*, correspondente àquilo que a doutrina brasileira chama, há tempos, de “ação dúplice”.<sup>43</sup>

Entre os exemplos comumente citados de “ações dúplices” estão os seguintes: (a) a *ação possessória*, no tocante à proteção possessória do réu e ao ressarcimento dos danos por ele sofridos, que podem ser pedidos em sua própria contestação (CPC, art. 922);<sup>44</sup> (b) a *ação consignatória*, no tocante à condenação do autor à diferença do depósito liberatório feito a menor (CPC, art. 899, § 2º);<sup>45</sup> (c) *ação de*

<sup>42</sup> Por coerência ao estudo sobre o conceito de ação, traçado nos capítulos precedentes, sempre usaremos a expressão “ação dúplice” entre aspas, eis que evidentemente imprópria. O direito de ação não comporta esse qualificativo, como direito à tutela jurisdicional efetiva outorgada por meio do devido processo legal e à efetiva satisfação do direito material. Se tanto, poder-se-ia falar em “demanda dúplice”. Mas preferimos não fazê-lo, por considerar que a duplicidade decorre da relação jurídica de direito material e não da natureza da demanda em si, como ficará mais claro adiante.

<sup>43</sup> A consciência acerca dessa figura processual entre nós não é recente. RAMALHO (*Praxe brasileira*, p. 60) tratava dos “juízos recíprocos”, referindo-se a situações em que “ambos os litigantes são mutuamente autores e réus e por isso aquele que veio primeiro a juízo, não obstante conservar o nome de autor, pode ser condenado independentemente de reconvenção”. AFFONSO FRAGA, já na vigência do CPC de 1939, referiu-se ao mesmo fenômeno ao tratar das “ações reais” (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 173).

<sup>44</sup> “Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor”. Diversos autores reconhecem aí a figura da “ação dúplice”, como PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 13, p. 195), o qual, aproximando as técnicas da ação dúplice e da reconvenção, asseverou a respeito que “[n]ão se trata de simples contestação, a despeito de ser nela que se pode incutir o pedido possessório do réu. Em vez de reconvenção, que seria outro procedimento, o art. 922 estabeleceu a possibilidade da *actio duplex*”. No mesmo sentido, NERY JR.-ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 1139) e MARCATO (*Procedimentos especiais*, p. 118). Recentemente, ARRUDA ALMIM (Defesa da posse e ações possessórias, *Reflexos do Código Civil no direito processual*, FREDIE DIDIER JR. e RODRIGO MAZZEI (Coord.), p. 332) reforçou a tese da duplicidade da possessória constatando que aquilo que o réu pode pedir na contestação é exatamente aquilo que a lei possibilita ao autor (CPC, art. 921), à exceção, anotamos nós, da “cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho” (hipótese do art. 921, I, não contemplada no art. 922), embora ADROALDO FABRÍCIO entenda extensível o comando do art. 922 para essa situação (*Comentários...*, cit., v. 8, t. 3, p. 417).

<sup>45</sup> “Art. 899 [...] § 2º A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a exe-

prestação de contas, no que tange à condenação de qualquer das partes ao saldo devedor apurado a partir das contas prestadas;<sup>46</sup> (d) a ação de divisão e demarcação de terras particulares (CPC, art. 946 ss);<sup>47</sup> (e) a ação renovatória da locação no que diz respeito à decretação do despejo do autor, que pode ser pedida pelo réu em sua contestação (art. 74 da Lei 8.245/1991),<sup>48</sup> assim como pode ser pedida na contestação a fixação do aluguel pretendido, provisória ou definitivamente (art. 72, §§ 1º, 4º e 5º).<sup>49</sup> Os exemplos não se esgotam aí, mas não precisamos arrolar outros para os objetivos traçados.

A marca característica do fenômeno é o fato de que “as partes assumem, recíproca e simultaneamente, as posições ativa e passiva em relação jurídica processual”,<sup>50</sup> e têm “iguais direitos no campo processual”,<sup>51</sup> de tal modo que “a discussão instaurada irá possibilitar a tutela de um bem da vida a ambas as partes, independentemente de suas posições processuais de autor e réu”.<sup>52</sup>

O mais típico exemplo dessa situação de duplicidade e que pode ser usado como paradigma para análise acha-se na ação possessória, porque apta a tutelar a posse do réu sobre o bem objeto do litígio, da mesma forma que pode proteger a posse do autor. A demanda inicial será julgada ou a favor do autor ou a favor

ção nos mesmos autos.” Essa norma foi incluída no Código pela primeira onda de reforma processual (Lei 8.951/1994) e a partir dela passou a reconhecer duplicidade (v. g., MARCATO, *Ação de consignação em pagamento*, p. 128). A disciplina da ação consignatória dada pelo CPC destoa, nesse particular, daquela dada pela Lei 8.424/1991, para a consignação em pagamento de aluguéis e encargos locatícios, cujo art. 67, VI, exige que haja reconvenção do locador para “pedir o despejo e a cobrança dos valores objeto da consignatória ou da diferença do depósito inicial, na hipótese de ter sido alegado não ser o mesmo integral”.

<sup>46</sup> “Art. 918. O saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada.” Reconhecendo duplicidade na espécie, e. g., MARCATO (*Procedimentos especiais*, p. 102) e NELTON DOS SANTOS (*Código de Processo Civil interpretado*, ANTÔNIO CARLOS MARCATO (Coord.), p. 2648-2649): “ao estabelecer que o saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada, o dispositivo legal em análise evidencia o caráter dúplice da demanda de prestação de contas. A ação de prestação de contas é exemplo clássico de demanda dúplice, uma vez que, apurado saldo em favor de qualquer das partes, a outra será condenada ao respectivo pagamento. Forma-se, assim, título executivo em prol do titular do crédito, mesmo que não tenha sido ele o promovente da demanda”.

<sup>47</sup> MARCATO (*Procedimentos especiais*, p. 145) enxerga aqui duplicidade, porque a demarcação ou divisão podem ser feitas de acordo com o interesse do réu, que se limitou a contestar a demanda inicial, sem reconvir. No mesmo sentido, JULIANA DEMARCHI (*Ações dúplices...*, cit., p. 40).

<sup>48</sup> “Art. 74. Não sendo renovada a locação, o juiz fixará o prazo de até seis meses após o trânsito em julgado da sentença para desocupação, se houver pedido na contestação.”

<sup>49</sup> GILDO DOS SANTOS (*Locação e despejo: comentários à Lei 8.245/91*, p. 448) assim se pronunciou sobre o tema: “se o aluguel proposto, digamos, apenas repetir o que por último o autor vem pagando, sabe-se que, em regra, isso não é verossímil, de modo que se impõe a realização de perícia, necessária à fixação do devido aluguel”.

<sup>50</sup> MARCATO (*Procedimentos especiais*, p. 40).

<sup>51</sup> ARRUDA ALVIM (*Defesa da posse...*, cit., p. 333).

<sup>52</sup> DEMARCHI (*Ações dúplices...*, cit., p. 40).

do réu, concedendo-se a mesma proteção possessória a qualquer das partes que for declarada vencedora (porque tem a “melhor posse”).<sup>53</sup>

Autor e réu acham-se, em suma, em pé de igualdade perante o direito material,<sup>54</sup> caracterizando-se aqui “natural duplicidade”,<sup>55</sup> que decorre da natureza da relação litigiosa<sup>56</sup> marcada pela “situação ambivalente” (palavras usadas por MILTON PAULO DE CARVALHO),<sup>57</sup> de tal maneira que “[a] mera rejeição do pedido do autor, de forma automática e natural – em decorrência na natureza [sic] da relação de direito material controvertida – fará com que o réu obtenha o bem da vida”.<sup>58</sup> ADROALDO FURTADO FABRÍCIO<sup>59</sup> ainda completa: “[s]e há dois sujeitos da relação jurídica material e qualquer deles pode propor a mesma ação contra o outro, essa ação é dúplice”.

Assim, na “ação dúplice” o réu pode ser contemplado com tutela jurisdicional plena igual àquela pleiteada pelo autor,<sup>60</sup> faltando-lhe interesse processual para

<sup>53</sup> ARRUDA ALVIM (*Defesa da posse...*, cit., p. 333), a propósito de sustentar o caráter dúplice da possessória, pondera que negar caráter dúplice à ação possessória produziria situação absurda: “o juiz, no caso de que a prova favorecesse o réu, apenas o absolveria, mas não lhe reconhecera a posse, bem condenaria o autor, o que daria lugar à constituição das violências entre os litigantes”. Com absoluta razão o renomado estudioso. A ação possessória ou será julgada procedente ou improcedente, reconhecendo-se ao autor e ao réu, respectivamente, direito à proteção possessória. Não há uma terceira solução, em que nenhum dos dois litigantes receberá tutela jurisdicional plena, deixando-se de reconhecer quem pode continuar exercendo posse sobre o bem, que ficará com o litigante que sair vencedor: o réu, se a demanda do autor for julgada improcedente, ou do contrário o autor. O ensinamento de JULIANA DEMARCHI (*Ações dúplices...*, cit., p. 40) reforça essa ideia: “[a] decisão judicial resolverá a crise instaurada necessariamente a favor do autor ou do réu”.

<sup>54</sup> ARAKEN DE ASSIS (*Procedimento sumário*, p. 93) bem apanhou esse aspecto: “[é] dúplice a ação, provocando o iudicium duplex, na qual a contestação do réu já basta à obtenção do bem da vida. Em geral, o autor pede e o réu somente impede; na actio duplex, o ato de impedir (contestação) já expressa um pedido contrário. Tal característica deriva do direito material posto em causa”.

<sup>55</sup> Assim, CLITO FERNACIARI JR. (*Pedido contraposto*, cit., p. 95). ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Comentários...*, cit., v. 8, t. 3, p. 415) discordou dessa posição, por considerar que as posições dos litigantes não são “intercambiáveis” no plano material (há o esbulhado e o esbulhador, o turbado e o turbador). Com ele concordou BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 68-70). Todavia, considerando-se a fungibilidade das ações possessórias (CPC, art. 920), percebe-se plenamente possível que as posições se intercambiem, justificando a duplicidade.

<sup>56</sup> O pensamento de que a duplicidade decorre da natureza do direito material em litígio é reiteradamente firmado em doutrina. Veja-se, a propósito, ARAKEN DE ASSIS (*Procedimento sumário*, p. 93) e DEMARCHI (*Ações dúplices...*, cit., p. 40).

<sup>57</sup> A prática do procedimento sumário..., cit., p. 53. A lição completa do autor nesse particular é no sentido de que na ação dúplice “pelo mesmo fato, o réu formula sua pretensão na defesa que oferece, de modo que a solução da controvérsia se obtém pela simples aplicação da norma, ao contemplar situação jurídica ambivalente (p. ex.: nas possessórias, na prestação de contas etc.)”.

<sup>58</sup> DANIEL NEVES (*Pretensão do réu de manter o contrato...*, cit., p. 249).

<sup>59</sup> *Comentários...*, cit., v. 8, t. 3, p. 414.

<sup>60</sup> Por esse motivo, a simples defesa permite que o réu obtenha “não apenas a eficácia declaratória da inexistência da pretensão pleiteada pelo autor, mas provimento jurisdicional idêntico àquele inicialmente buscado pelo autor” (DEMARCHI, *Ações dúplices...*, cit., p. 40). Adiante, a mesma autora considera que “[n]ão é necessário que o réu formule pedido de fixação dos limites aquém ou além do que foi deduzido pelo autor; sua simples defesa implicará a improcedência, ao menos parcial, do pedido do autor e esta improcedência do pedido do autor corresponderá a atendimento da pretensão do réu”.

reconvir,<sup>61</sup> dado que sua contestação traria em si uma “reconvenção implícita”,<sup>62</sup> o que sinaliza proximidade entre esses institutos.<sup>63</sup>

Apesar desse traço comum, a doutrina reconhece em que pese que os institutos não se confundem. Segundo FLÁVIO YARSHHELL, faltaria à “ação dúplice” a autonomia que tem a reconvenção e o pedido contraposto,<sup>64</sup> de tal maneira que seria impossível propor como demanda autônoma a pretensão que seria exercida por meio da contestação, assim como seria inaplicável a regra do art. 317 do CPC (rejeitada sem exame de mérito a demanda inicial, não se examinaria autonomamente a contestação do réu).<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Cf. GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 147), ADROALDO FABRÍCIO (*Comentários...*, cit., v. 8, t. 3, p. 415), NERY JR. e ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 700) e MARCATO (*Procedimentos especiais*, p. 40). Há julgados perfilhando a mesma orientação: “Locação do Decreto nº 24.150/34. Ação renovatória. Contestação, com pedido de retomada do imóvel (art. 8). *Desnecessidade de reconvenção*” (STJ, 3ª T., REsp 4.258/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, j. 11-9-1990).

<sup>62</sup> Assim entendem ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Comentários...*, cit., v. 8, t. 3, p. 367) e PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 13, p. 122). Essa “ficção” de uma “reconvenção implícita” também seduz a jurisprudência do STJ, como se infere das seguintes ementas: “O processo renovatório tem caráter dúplice, de forma que a contestação contém implícito um pedido reconvenicional” (REsp 29.830/SP, 6ª T., Rel. Ministro José Cândido de Carvalho Filho, j. 15-3-1993, grifo nosso). “É possível a reconvenção em ação de prestação de contas, mas o seu indeferimento não é causa de nulidade se a mesma matéria foi apresentada na contestação, considerando-se que nesse tipo de ação a reconvenção é implícita na defesa” (REsp 239.311/CE, 4ª T., Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 15-2-2000).

<sup>63</sup> ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 2, p. 262) afirma que, “enquanto a finalidade da contestação praticamente é sempre única – obtenção de uma sentença declaratória negativa –, a da ação varia. Só raramente, e por disposição de lei, podem-se formular autênticos pedidos na contestação que, então, opera como reconvenção”. DINAMARCO pronunciou-se de modo bastante similar: “[e]m casos excepcionais, a lei admite que em contestação formule-se pedido em direção oposta à demanda inicial, tendo a defesa do réu, com isso, verdadeira natureza reconvenicional”. Veja-se também MARCATO (*Procedimentos especiais*, p. 40).

<sup>64</sup> Para FLÁVIO YARSHHELL, “[e]mbora a matéria seja tratada, sob o ângulo pragmático, sem distinções mais rigorosas, parece não haver exata identidade conceitual entre reconvenção, ação dúplice e pedido contraposto. Aquela primeira guarda verdadeira autonomia em relação ao exercício da ação pelo adversário (autor/reconvindo), bastando que exista uma ‘conexão’ (que é bastante ampla) com os fundamentos da demanda originária ou da própria defesa. Esse vínculo exige-se como forma de justificar o aproveitamento de um processo já existente, dando sentido aos objetivos de preservação de harmonia de julgamento e economia processual. O chamado pedido contraposto, por seu turno, parece ser uma forma ‘atenuada’ de reconvenção, com maior rigor para o elo de ligação com a demanda originária, no sentido de que tal pedido deve estar fundado ‘nos mesmos fatos referidos na inicial’ (CPC, art. 278, § 1º) e maior informalidade (possibilidade de o pedido ser aduzido diretamente na contestação). Nessas hipóteses, embora seja inegável que o resultado da ‘ação’ repercute sobre o da ‘reconvenção’ ou ‘pedido contraposto’, parece não haver dúvida quanto à possibilidade da propositura de ação autônoma, caso a faculdade de reconvir não tenha sido exercida. Já com relação à ‘ação dúplice’, aquela ‘autonomia’ parece desaparecer ou ficar muito tênue, porque, nelas, a negativa da tutela pretendida pelo autor acarreta, muitas vezes diretamente, a tutela em favor do réu (que, em certo sentido, ocupa também a posição de autor) [...]. Na hipótese das ações dúpliques, contudo, é discutível que o réu possa, por ação autônoma, pretender tutela que poderia e tinha o ônus de pleitear ao exercício de sua defesa” (*Tutela jurisdicional*, p. 125).

<sup>65</sup> Diferença também destacada por JULIANA DEMARCIH (*Ações dúpliques...*, cit., p. 40). FLÁVIO YARSHHELL (Resolução do contrato por onerosidade excessiva..., cit., p. 568) assinala exceção a essa regra, com respeito à ação renovatória. Segundo jurisprudência invocada pelo autor, a extinção da ação renovatória, mesmo sem exame de mérito, permite a retomada do imóvel pelo autor-locador, independentemente do ajuizamento de ação de despejo.

Segundo essa lógica, ao contestar “ação dúplice”, o réu não exerce “direito de ação”,<sup>66</sup> ao passo que ao reconvir ou formular pedido contraposto, sim. Em sentido próximo a esse, JOEL DIAS FIGUEIRA JR. considerou que a apresentação de reconvenção implica duplicidade de demandas num mesmo processo, enquanto nas “ações dúpliques” haveria “contraposições de pretensões numa única ação”.<sup>67</sup>

FLÁVIO YARSHHELL<sup>68</sup> pôs à prova a construção em torno do conceito de “ação dúplice”, examinando situação trazida pelo novo Código Civil, qual seja, a demanda movida para resolução contratual por onerosidade excessiva (CC, art. 479),<sup>69</sup> em que se permite que o réu apresente oferta de revisão contratual ao se defender. O processualista exclui desse caso a hipótese de duplicidade<sup>70</sup> porque

os litigantes não se encontram em situação de identidade no plano substancial, e a projeção processual de suas pretensões só confirma essa diversidade, na medida em que o autor quer a extinção (resolução) do contrato, ao passo que o réu – suposto valer-se da prerrogativa que o art. 479 lhe confere – pretende a manutenção da avença. Por outro lado, a rejeição do pedido do autor não implica, por si só, tutela em favor do réu que não a meramente declaratória, decorrente da improcedência. Rejeitar o pedido do autor é deixar o contrato vigorar tal como está, isto é, intocado. Acolher a pretensão do réu é algo bem diverso porque, embora o contrato se mantenha, deverá vigorar com bases diversas daquelas que vigiam quando do aforamento.<sup>71</sup>

Constatando esses problemas, BONDIOLI<sup>72</sup> recentemente empreendeu aquela que nos parece ser a melhor tentativa até hoje feita de divisar as fronteiras entre “ação dúplice”, reconvenção e pedido contraposto.

O autor separa claramente duas categorias: a primeira seria da *demand reconvenicional em sentido amplo*, compreensiva da reconvenção propriamente dita

<sup>66</sup> Assim afirma expressamente JULIANA DEMARCIH (*Ações dúpliques...*, cit., p. 40).

<sup>67</sup> *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, p. 224.

<sup>68</sup> FLÁVIO YARSHHELL (Resolução do contrato por onerosidade excessiva..., cit., p. 569).

<sup>69</sup> “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.” A hipótese guarda identidade com a do art. 157, § 2º, do CC, relativo ao instituto da lesão: “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito” (destaque nosso).

<sup>70</sup> À igual conclusão chegou DANIEL NEVES (Pretensão do réu de manter o contrato..., cit., p. 257-260).

<sup>71</sup> YARSHHELL (Resolução do contrato por onerosidade excessiva..., cit., p. 569-570) ainda acrescenta que a revisão contratual não poderia ser considerada uma “procedência parcial” do pedido de resolução, seja porque não se confundem, seja porque o pedido se interpreta restritivamente (CPC, art. 293). Para que pudesse ser acolhido, seria de rigor a sua dedução em caráter eventual (CPC, art. 289).

<sup>72</sup> *A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 41-81 ss.

(tal como disciplinada nos arts. 315 a 318 do CPC), do pedido contraposto e das hipóteses de “contestação com conteúdo reconvençional” (ocorrentes em determinados procedimentos especiais aqui citados, nos quais a lei autoriza que o réu, no próprio corpo da contestação, formule, sem maiores formalidades, pedido contra o autor).

O fenômeno reconvençional se destaca, ainda segundo BONDOLI, pela possibilidade de o réu “reagir ativamente diante da demanda inicial para a efetiva tutela de seus direitos e interesses”<sup>73</sup> e obter tutela jurisdicional plena *qualitativamente diversa* daquela decorrente da simples improcedência da demanda do autor.

Esse traço característico do fenômeno reconvençional o afastaria da “ação dúplice”, a qual, ainda segundo BONDOLI,

é aquela capaz de proporcionar tanto para o demandante quanto para o demandado uma tutela jurisdicional de igual qualidade, independentemente da oferta de qualquer demanda, pedido e até de defesa por parte deste, em razão de peculiaridades da relação de direito material existente entre as partes, do pedido de tutela formulado e de sua disciplina legal.<sup>74</sup>

Assim, rigorosamente não haveria como distinguir duas “espécies” de “ação dúplice”, isto é, aquelas em que a duplicidade decorre da natureza do direito material controvertido e aquelas em que a duplicidade decorre de disposição de lei.<sup>75</sup> DANIEL NEVES chega a dizer que essa segunda categoria é uma “deturpação” do instituto, visto que não seria cabível à lei criar artificialmente hipóteses de “ações dúplices”, cuja definição só pode ser feita exclusivamente pelo direito material.<sup>76</sup>

A nosso ver, a impossibilidade de catalogar tais hipóteses como “ações dúplices” não significa que haja aí qualquer deturpação. Decorrem de técnica validamente adotada pelo legislador em determinados procedimentos especiais, que produz situações que não podem ser rotuladas como “ações dúplices”.

E essa técnica (que, repita-se, não implica em duplicidade em sua acepção estrita) se implementa de dois modos distintos: (a) condicionando a outorga de tutela ao réu ao seu pedido (aquilo a que BONDOLI denominou de “contestação com conteúdo reconvençional”) ou (b) permitindo que o juiz conceda tutela jurisdicional plena ao réu de ofício, independentemente de pedido (técnica igual

<sup>73</sup> Idem, p. 345.

<sup>74</sup> Idem, p. 55. O autor lista os seguintes exemplos de “ações dúplices”: (a) ação declaratória; (b) ação de prestação de contas; (c) as ações de divisão e demarcação; (d) a ação de restauração de autos; (e) a ação de apuração de haveres; (f) a ação de desapropriação direta (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 57-81). Não nos interessa aqui adentrar em todas as hipóteses, sendo suficiente analisar alguns exemplos apenas para estruturar os conceitos.

<sup>75</sup> Diversos processualistas propõem essa dicotomia, tais como ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Do rito sumário...*, cit., p. 45), JOEL DIAS FIGUEIRA JR. (*Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, p. 224) e FLÁVIO YARSHIEL (*Resolução do contrato por onerosidade excessiva...*, cit., p. 567).

<sup>76</sup> Pretensão do réu de manter o contrato..., cit., p. 249-250.

à dos chamados *pedidos implícitos* ou *efeitos legais da sentença*, examinada no item 8.4, *supra*).

No primeiro caso, encaixa-se o pedido de ressarcimento de danos feito pelo réu da ação possessória (CPC, art. 922, *in fine*). Em que se aplica técnica igual à do pedido contraposto,<sup>77</sup> embora os requisitos das duas hipóteses sejam diversos.<sup>78</sup> Não há, pois, nesse caso “ação dúplice”.

Na segunda categoria acha-se a ação consignatória, em que se autoriza a condenação do autor ao pagamento da diferença do depósito feito a menor independentemente de pedido deste, “sempre que possível” ao juiz apurar esse *quantum* (CPC, art. 899, § 2º).<sup>79</sup> Há discrepância entre a tutela pedida pelo autor (declaração de quitação da dívida consignada) e aquela passível de ser outorgada ao réu (condenação do autor à diferença), o que exclui a duplicidade. Também não existe necessidade, à falta de determinação legal, de postura ativa do réu em sua contestação,<sup>80</sup> excluindo-se a chamada “contestação com conteúdo reconvençional”. A técnica é a mesma dos *pedidos implícitos* ou dos *efeitos legais da sentença*, de que tratamos no item 8.4, *supra*.

A ação de prestação de contas, como regra, também não é marcada pela natureza dúplice do direito material. Quando ajuizada por aquele que pede as contas (CPC, art. 914, I), o seu pedido consiste na imposição de uma obrigação de fazer.<sup>81</sup> Quando manejada por aquele que tem obrigação de prestá-las (CPC, art. 914, II), almeja-se provimento que as declare boas as contas prestadas.<sup>82</sup> Nessas duas situações, permite-se a condenação *ex officio* de qualquer das partes no pagamento à outra de eventual saldo devedor apurado (CPC, art. 918). Tem-se aqui outra aplicação da técnica dos *pedidos implícitos* ou dos *efeitos legais da sentença*. Só poderia reconhecer duplicidade à ação de prestação de contas se ela trouxer cumulado, desde logo, pedido de condenação ao pagamento do

<sup>77</sup> Assim notou JULIANA DEMARCHI (*Ações dúplices...*, cit., p. 40).

<sup>78</sup> O pedido contraposto, admitido no procedimento sumário e do Juizado Especial, exige *causa de pedir* assentada no mesmo episódio da vida narrado pelo autor (conforme examinado no item 9.4, *supra*). Na ação renovatória, a limitação não é apenas quanto à causa de pedir, mas, sobretudo, *quanto ao pedido* (que é o despejo). O mesmo se diga quanto ao ressarcimento de dano pedido pelo réu da ação possessória (CPC, art. 922).

<sup>79</sup> Assim entendeu a Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI (Consignação em pagamento, *Reforma do Código de Processo Civil*, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Coord.), p. 473).

<sup>80</sup> Aqui discordamos de BONDOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 61-64), para quem a aplicação do citado comando do art. 899, § 2º, do CPC, depende de postura *ativa* do réu. Para chegar a essa conclusão, o estudioso citado compara o dispositivo com o do rito especial da consignação de aluguéis e encargos locatícios (art. 67 da Lei 8.245/1991), em que se exige reconvenção. Entendemos, na esteira da doutrina dominante, que o dispositivo exime o réu de pedir a condenação do autor, ao dispor que “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito *determinará* [...] o montante devido e, neste caso, valerá como título executivo” (grifou-se). A construção gramatical do dispositivo é idêntica à do art. 20 do CPC: “A sentença *condenará* o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios” (grifou-se), e, nesse segundo, caso dúvida não há de que se trata de condenação passível de imposição *ex officio*.

<sup>81</sup> Assim entendeu PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 13, p. 128).

<sup>82</sup> Idem, *ibidem*, p. 129.



saldo e ao final, apurado saldo em favor do réu, o juiz condene o autor ao seu pagamento, por força do mesmo art. 918 do CPC.<sup>83</sup>

Em resumo, têm-se, em torno do conceito de “ação dúplice”, enormes dúvidas, que, dissipadas, permitem enxergar três diferentes fenômenos que são tratados erroneamente sob mesma categoria:<sup>84</sup> (a) o primeiro, em que pela natureza da relação de direito material a tutela outorgada ao autor pela procedência de sua demanda é idêntica àquela outorgada ao réu no caso de sua improcedência (hipótese de verdadeira “ação dúplice”); (b) o segundo, em que o réu pode formular pedido contra o autor em sua própria defesa sem maiores formalidades (situação igual àquela verificada no procedimento sumário e do Juizado Especial, embora com requisitos diversos, e que poderia ser chamado de “contestação com conteúdo reconvenicional” ou reconvenção limitada); e (c) o terceiro, em que o réu pode receber tutela jurisdicional plena diversa da simples improcedência da demanda do autor, independentemente do pedido (aquilo a que parte da doutrina denomina *pedido implícito* e parte, *efeitos legais da sentença*).

Apenas no *segundo caso* é que podemos falar em demanda reconvenicional, embora inserta no corpo da contestação e limitada a determinadas matérias, em evidente aproximação com o pedido contraposto. Nas duas demais situações, os fenômenos não guardam propriamente relação direta com o fenômeno do contra-ataque do réu contra o autor, e apenas no primeiro caso há verdadeira ação dúplice.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Comentários...*, cit., v. 8, t. 3, p. 367-368) pondera que, nos casos em que há saldo desfavorável ao autor, e as contas são julgadas boas, poderia se admitir que o autor fosse executado, dado que houve uma confissão de dívida judicialmente apresentada e homologada (o mestre gaúcho considera a construção “algo esdrúxula, mas aceitável”). Prosseguindo em seu exame, o notável estudioso ainda se refere à hipótese de o autor apresentar contas com saldo a seu favor, e o réu não contestar, e o juiz examinar de ofício as contas e reputar o autor devedor. Nesse caso, ADROALDO FABRÍCIO considera que essa é a solução admitida pela lei, embora pessoalmente a considere absurda.

<sup>84</sup> A necessidade de delimitar os contornos de cada uma dessas figuras foi bem demonstrada por DANIEL NEVES (*Contra-ataque do réu...*, cit., p. 24-25).

<sup>85</sup> Como o objeto deste livro é analisar a posição do réu, não merecem mais do que uma rápida menção as situações em que dois litigantes ingressam ao mesmo tempo na relação processual, sem haver distinção da posição de autor e réu. Isso ocorre na hipótese do art. 17 da Lei 9.909/1995, em que os dois litigantes dirigem-se conjuntamente ao Juizado Especial Cível para dar início ao processo. Há duplicidade, mas não decorrente do direito material em disputa. Além disso, o art. 898 do CPC prevê que a consignatória fundada em dúvida sobre o titular do crédito consignado pode permitir o comparecimento de mais de um pretendente simultaneamente, instaurando-se entre eles contraditório sem que se distingam figuras de autor e réu (“Art. 898. Quando a consignação se fundar em dúvida sobre quem deva legitimamente receber, [...] comparecendo mais de um [pretendente], o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os credores; caso em que se observará o procedimento ordinário”). Sobre essa hipótese, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Ação consignatória fundada em dúvida quanto à titularidade do crédito, Ensaios de direito processual*, p. 13) reconhece essa duplicidade de caráter *processual* e propugna que o juiz deverá desenvolver procedimento atípico, para permitir o contraditório e evitar tumulto. Anote-se, por oportuno, que essa técnica de *duplicidade processual* (que não se confunde com a da *duplicidade material*, referida no texto) é aplicada com maior frequência no processo arbitral, no qual, mesmo que uma parte se adiante em pedir a instituição da arbitragem, assina-se a ambas o mesmo prazo para cada qual formular seu pedido (vide, v. g., o item 9.2 do Regulamento Arbitral da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, que dispõe que “[a]s partes terão o prazo de 10 (dez) dias

## 9.4 Demanda declaratória incidental<sup>86</sup>

### 9.4.1 Aspectos gerais

A demanda declaratória incidental foi enaltecida como importante novidade do CPC de 1973, à época de sua promulgação.<sup>87</sup> Ausente na legislação processual brasileira anterior, e inspirado nos §§ 236 e 259 da ZPO austríaca de 1895<sup>88</sup> e, posteriormente, no art. 34 do CPC italiano de 1940, o instituto entrou em nosso ordenamento por meio, basicamente, de três dispositivos que comumente são apontados como referência a respeito, ou seja, os arts. 5º,<sup>89</sup> 325<sup>90</sup> e 470,<sup>91</sup> os quais se remetem reciprocamente.<sup>92</sup>

A correta compreensão do instituto só pode ocorrer à luz da sistemática vigente para os limites objetivos da coisa julgada material.<sup>93</sup>

Se nosso sistema houvesse adotado a concepção de coisa julgada proposta por CARNELUTTI – segundo a qual se tornam imutáveis todas as *questões* decididas pelo juiz (estas entendidas como pontos controvertidos de fato e de direito) –,

para apresentar suas alegações escritas, com indicação das provas que pretendam produzir, contados a partir da audiência, quando houver, ou a partir da notificação que lhes for enviada para tal fim”). No mesmo sentido, o item 8.2, do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Medição e Arbitragem de São Paulo, do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo.

<sup>86</sup> Pelas mesmas razões que reputamos incorreta a expressão *ação dúplice*, resolvemos deixar de lado a expressão *ação declaratória incidental*. Poderíamos ter usado a expressão *pedido declaratório incidental* (terminologia acatada por SCARPINELLA BUENO, *Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 178), mas preferimos reforçar a importância do conceito científico de *demand* (na linha apregoada no item 6.2.1, *supra*).

<sup>87</sup> Assim apontam, comparando os diplomas de 1939 e 1973, PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 184) e BUZAIID (*A ação declaratória...*, cit., p. 371). No mesmo sentido pronunciou-se BARBOSA MOREIRA, em conferência sobre o tema realizada em 14-1-1974 (14 dias depois do início da vigência do CPC/1973), transformada em texto declaratória incidental – Tentativa de conciliação, recolhido nos seus *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, p. 148). Ainda no mesmo diapasão, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Ação declaratória incidental...*, p. 26). Diferentemente, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*A ação declaratória incidental*, p. 117) considera apenas que o CPC de 1973 tornou expressa a sua possibilidade, pois antes já deveria ser reconhecida implícita no sistema.

<sup>88</sup> Esse remoto antecedente histórico é noticiado por CLARISSE LEITE (*A prejudicialidade no processo civil*, p. 180).

<sup>89</sup> “Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.”

<sup>90</sup> “Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º).”

<sup>91</sup> “Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.”

<sup>92</sup> Há outros dispositivos que mencionam a “ação declaratória incidental” (CPC, arts. 34, 109 e 280), mas pouco contribuem para delinear a substância do instituto.

<sup>93</sup> Destacando a íntima relação entre os assuntos, na doutrina estrangeira, à guisa de mero exemplo, LOCATELLI (*L'accertamento incidentale ex lege: profili*, p. 4-8) e, na processualística pátria, entre muitos outros, BARBOSA MOREIRA (*Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, Temas de direito processual – 1ª série*, p. 95) e JOÃO BATISTA LOPES (*Ação declaratória*, p. 115).

não haveria nenhuma razão para a existência da demanda declaratória incidental. Todas as questões (prejudiciais ou não) decididas pelo juiz na sentença de mérito tornar-se-iam imutáveis.<sup>94</sup>

Todavia, especialmente após o advento do CPC de 1973, prevalece entre nós<sup>95</sup> a concepção de que os limites objetivos da coisa julgada material estão adstritos ao *dispositivo da sentença de mérito*, conforme tese desenvolvida por CHIOVENDA<sup>96</sup> e depois profundamente fundamentada por LIEBMAN.<sup>97</sup>

Para sustentar esse entendimento, invocam-se os arts. 469, III, e 470 do CPC vigente,<sup>98</sup> que deixam expressamente de fora do âmbito da coisa julgada as questões prejudiciais de mérito,<sup>99</sup> resolvidas pelo juiz como etapa lógica e necessária para pronunciar-se sobre a(s) pretensão(ões) deduzida(s) pela(s) parte(s).

Desse modo, a demanda declaratória incidental mostra-se meio necessário para permitir que a coisa julgada material abranja também as *questões prejudiciais de mérito* resolvidas *fora* do dispositivo da sentença. Esse é, em linhas gerais,

<sup>94</sup> ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*A ação declaratória incidental*, p. 97) afirma que “a ação declaratória incidental tende a surgir em qualquer sistema jurídico-processual que exclua do âmbito da *res iudicata* a resolução das questões não compreendidas nos limites dos pedidos”.

<sup>95</sup> DINAMARCO (Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, cit., p. 42-43, nota 16, e p. 53 ss) anota que a concepção de LIEBMAN acerca da coisa julgada e de seus limites objetivos é absolutamente dominante na doutrina brasileira. CELSO NEVES (*Coisa julgada civil*, p. 281) cita, a título meramente exemplificativo, vários autores que, na doutrina pátria, acolheram a ideia de que os limites da coisa julgada material coincidem com o dispositivo da sentença, entre os quais, BUENO VIDIGAL, LOPES DA COSTA, FREDERICO MARQUES e AMARAL SANTOS. Para arrematar, cumpre mencionar importante artigo de BARBOSA MOREIRA (Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do processo civil brasileiro, *Temas de direito processual – 1ª série*, p. 91), no qual se demonstra que o legislador de 1973 resolveu espantar qualquer dúvida de interpretação que o art. 287 do CPC de 1939 suscitava no tocante aos limites objetivos da coisa julgada, tomando posição “nítida e categórica” de maneira a excluir de sua abrangência qualquer questão que não estivesse no dispositivo da sentença de mérito.

<sup>96</sup> A síntese do pensamento do jurista nesse particular se acha em suas *Instituições...*, cit., v. 1, p. 372 ss.

<sup>97</sup> *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvidio Aires.

<sup>98</sup> Esses dispositivos, mais claros e precisos, prevalecem sobre os arts. 468 e 471 do CPC, que dão a entender que a coisa julgada material cobre todas as questões resolvidas. Não é demais lembrar que esses dispositivos repetem os arts. 287 e 289 do CPC de 1939, os quais, por sua vez, são indisfarçavelmente inspirados nos arts. 290 e 301 do Projeto de CPC apresentado em 1926 por CARNELUTTI à *Sottocommissione reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, presidida por MORTARA.

<sup>99</sup> Reforça essa concepção o fato de que o art. 467 do CPC tem indisfarçável inspiração na doutrina de LIEBMAN, apesar de sua redação um pouco equivocada, como já assim havia notado CELSO NEVES, ainda comentando o art. 509 do Anteprojeto originalmente redigido por BUZOID (*Coisa julgada civil*, p. 274). Com efeito, dispõe o artigo citado que “[d]enomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, quando, segundo a doutrina de LIEBMAN, seria mais acertado falar em coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença de mérito, consistente na sua imutabilidade. De qualquer sorte, a adoção da concepção de LIEBMAN torna o sistema incompatível com a concepção carneluttiana, dadas as enormes diferenças entre os dois autores neste particular. Tanto é que ambos protagonizaram famosa e acalorada polêmica a respeito do conceito (tanto formal quanto material) de coisa julgada, consoante narra DINAMARCO (*Polêmicas do processo civil, Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 293-296).

o único objetivo do instituto, conforme reconhecido de maneira uníssona pela doutrina.<sup>100</sup>

Primeiramente, é curioso observar que o instituto é normalmente examinado juntamente com os demais meios de resposta do réu,<sup>101</sup> muito embora, pela leitura do art. 325 do CPC (dispositivo que delineia de maneira mais clara a demanda declaratória incidental), consta que se trata de uma ferramenta manejável pelo autor.

De qualquer forma, não há como negar que a demanda declaratória incidental opera ampliação do objeto da coisa julgada material, sendo esse, aliás, o seu único objetivo, como decorre da literalidade dos arts. 469, III, e 470 do CPC.

Por outro lado, não nos parece, em absoluto, que haja ampliação do objeto da cognição judicial, pois a demanda declaratória incidental só tem lugar depois que surgida a controvérsia em torno da questão prejudicial, a qual seria resolvida pelo juiz de qualquer maneira, ainda que apenas no corpo da fundamentação da sentença.<sup>102</sup>

Ainda resta a dúvida se a demanda declaratória incidental implicará ou não ampliação do objeto litigioso do processo.

A resposta a essa questão depende da conceituação adotada para o objeto litigioso do processo (tema que nos ocupará com maior profundidade no item

<sup>100</sup> A propósito, cumpre citar autores italianos, como ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 202), DENTI (Leccezione..., cit., p. 78), FABBRINI (Leccezione..., cit., p. 344 ss), e brasileiros, tais como BUZOID (*A ação declaratória...*, cit., p. 359 ss), BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 91 ss), ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*A ação declaratória incidental*, passim), ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Ação declaratória incidental*, p. 58), ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 401 ss), ARRUDA ALVIM (*Ação declaratória incidental. Revista de Processo*, nº 20, p. 9), ARAÚJO CINTRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 302), GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 151) e SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 179). A lição de DINAMARCO é particularmente enfática nesse sentido, quando explica que com o aforamento da demanda declaratória incidental “a parte provoca a passagem de determinada questão para o *petitum*, de modo que, ao decidir sobre ela, esteja o juiz decidindo não mais uma questão somente, mas uma causa. Esse pronunciamento, não vindo mais nos motivos da sentença, mas no dispositivo, considera-se emitido *principaliter* e habilita-se a obter a autoridade da coisa julgada material. Não movida a ação declaratória incidente, nada disso sucede. Não fosse para essa diferença, não haveria razão para criar o novo instituto no Código de Processo Civil” (Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório, *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 498, grifo nosso).

<sup>101</sup> Como notou, v. g., SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 178), com a nossa concordância, manifestada no item 4.1, *supra*.

<sup>102</sup> Assim entendem ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*A ação declaratória incidental*, p. 125), NERY JR.- ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 700) e SANDRO GILBERT MARTINS (Anotações sobre a ação declaratória incidental, *Revista de Processo*, nº 128, p. 280). Em face desses argumentos, mostra-se interessante a ponderação de ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 2, p. 262) e de RITA GIANESINI (*Da revelia...*, cit., p. 145) no sentido de que não há revelia para a parte que se omite de contestar a demanda declaratória incidental porque a questão já está controversa. E justamente por isso é que o art. 321 do CPC (que determina que o autor não possa propor demanda declaratória incidental contra o réu revel sem citá-lo novamente) se apresenta bastante contraditório, havendo apenas três modos de dar ao dispositivo alguma utilidade: (a) a primeira situação, examinada por ARRUDA ALVIM (*Ação declaratória incidental*, p. 18), é a do réu que purga a revelia e invoca matéria cognoscível de ofício (CPC, art. 303, II); (b) a segunda e a terceira, imaginadas por BEDAQUE (*Código...*, cit., p. 1.029), é a do réu revel representado por curador especial (CPC, art. 9º, II) ou que se beneficia da contestação de litisconsorte (CPC, art. 320, I).

10.9.1, *infra*). Partindo-se da concepção mais amplamente aceita entre os estudiosos brasileiros (no sentido de que o objeto do processo é a pretensão deduzida e delimitada pelo seu pedido e pela causa de pedir), a demanda declaratória incidental é efetivamente um meio de ampliá-lo para nele incluir questão prejudicial à demanda inicial que não havia sido por ela ventilada, mas se tornou controvertida no curso do processo, por obra do réu.<sup>103</sup> Não obstante ser movida pelo autor ou pelo réu, trata-se, sob essa ótica, de uma *nova e diferente demanda*,<sup>104</sup> que é cumulada ao mesmo processo,<sup>105</sup> e que não havia sido vinculada pelo autor originalmente.

Seja como for, o instituto se ressentir de uma melhor sistematização, que evitaria confusões práticas, a começar pela diferença entre demanda declaratória incidental e demanda reconvençional.

Há autores que entendem que a reconvenção seria a *forma* pela qual o réu pede a declaração incidente<sup>106</sup> ou *uma das formas possíveis* de fazê-lo,<sup>107</sup> basean-

<sup>103</sup> Para CALMON DE PASSOS a declaração incidente recairá “necessariamente, de direito outro, que não o contido no objeto do processo, de relação jurídica outra que não aquela representativa da causa de pedir”. BARBOSA MOREIRA (Ação declaratória incidental..., *Estudos...*, cit., p. 150) afirma que até mesmo faltaria interesse processual à declaração incidente sobre questão que já fizesse parte da causa de pedir e do pedido da demanda original. Também concordando que a demanda declaratória incidental amplia o objeto do processo, ATHOS CARNEIRO (Ação declaratória incidental..., cit., p. 27), ARRUDA ALVIM (Ação declaratória incidental, p. 15), FORNACIARI JR. (*Da reconvenção...*, p. 44) e, mais recentemente, SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 179). Mesmo na doutrina italiana (em que a falta de consenso sobre a definição de objeto de processo é mais intensa), há autores que comungam da mesma opinião, como ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 202) e DENTI (*Eccezione...*, cit., p. 78) e, bem mais recentemente, VULLO (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 81) e ORIANI (*Eccezione...*, cit., p. 283).

<sup>104</sup> Assim, na doutrina pátria, CELSO BARBI (Ação declaratória, principal e incidente, p. 210), ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (Ação declaratória incidental..., cit., p. 27), BUZAID (A ação declaratória..., cit., p. 393), DINAMARCO (Instituições..., cit., v. 3, p. 513), SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 178), BONDIOLI (A sistematização da reconvenção..., cit., p. 10-15), SANDRO GILBERT MARTINS (Anotações sobre a ação declaratória incidental, cit., p. 283) e CLARISSE LEITE (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 184-188).

<sup>105</sup> Aponte-se, por oportuno, que a caracterização da declaração incidente não se deve ao fato de ter ela aptidão para ser ajuizada em via autônoma (como consideram COMOGGIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni...*, cit., p. 239-240, e BUZAID, *A ação declaratória...*, cit., p. 361). Essa característica não é apta a distinguir a questão prejudicial de qualquer outra questão de mérito que diga respeito a existência ou inexistência de relação jurídica, pelas razões já explicitadas no item 7.4.4, *supra*. Qualquer matéria de mérito pode dar vida a uma demanda autônoma, desde que haja interesse processual.

<sup>106</sup> FREDERICO MARQUES afirmou que “o pedido de julgamento da declaratória incidental tem na reconvenção o seu instrumento procedimental” (*Manual...*, cit., v. 2, p. 94). DINAMARCO (Instituições..., cit., v. 3, p. 517) ainda mais incisivamente pontuou que “a demanda de declaração incidente não é modalidade autônoma de resposta do demandado. O réu que reage à citação recebida, propondo uma nova demanda a ser julgada no mesmo processo, seja ela qual for, estará formulando reconvenção”. Similarmente, BUZAID (A ação declaratória..., cit., p. 399) e GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 154).

<sup>107</sup> A confusão é bem presente na doutrina italiana. BALBI e TARZIA consideram que a reconvenção que ventile questão prejudicial, na verdade, provoca a declaração incidente (Riconvenzione, cit., p. 669). MARIO DINI (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 60) afirma que a reconvenção é cabível para obtenção de tutela declaratória quanto à questão prejudicial. Entre nós, CELSO AGRÍCOLA BARBI (Ação declaratória principal e incidente, p. 121) assim se pronunciou: “além de ser proposta em via principal, a ação declaratória *o pode* também ser em reconvenção” (destacamos). BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 91 ss) averbou que “a reconvenção

do-se na ideia de que a reconvenção comporta pedido de natureza condenatória, constitutiva ou declaratória.<sup>108</sup> Alguns estudiosos, por outro lado, sustentam que haveria uma clara diferença entre as hipóteses.<sup>109</sup>

Parece-nos que a distinção entre demanda reconvençional e demanda declaratória incidental nada traz de útil ao sistema processual brasileiro;<sup>110</sup> ao contrário, provoca distorções absurdas, correntemente verificáveis na jurisprudência.<sup>111</sup>

A reconvenção, se bem compreendida, abrange com absoluta tranquilidade o pedido de declaração incidente, dado que a causa prejudicial, por sua própria natureza, é conexa ao fundamento da demanda inicial e/ou da defesa apresentada pelo réu.

Ademais, não há dúvida de que o objetivo primordial da demanda declaratória incidental (a economia processual)<sup>112</sup> também representa a maior justificativa para a reconvenção.<sup>113</sup> A absorção da demanda declaratória incidental pela reconvençional ainda se justificaria pelo fato de que essa última tem uma aptidão muito mais ampla para “prejudicar” a demanda inicial.<sup>114</sup>

pode ser utilizada com finalidade típica de ação declaratória incidental” e que haveria entre as hipóteses “certa fungibilidade”.

<sup>108</sup> Cf. v. g., BALBI e TARZIA (Riconvenzione, cit., p. 669), DINI (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 49), VULLO (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 133), FORNACIARI JR. (*Da reconvenção...*, p. 39-41) e DINAMARCO (Instituições..., cit., v. 3, p. 496).

<sup>109</sup> A propósito, v. g., ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (Ação declaratória incidental no Novo Código de Processo Civil, *Revista dos Tribunais*, nº 458, p. 27) e BUZAID (*A ação declaratória...*, cit., p. 393).

<sup>110</sup> Concordamos com CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 181-182), ao apontar que a falta de informação precisa sobre a forma da demanda declaratória incidental manejada pelo réu há de autorizar, com base no art. 154 do CPC, que se faça no bojo da contestação, por peça separada ou encravada na reconvenção.

<sup>111</sup> Cumpre citar alguns exemplos de acórdãos em que essa distinção, não raro mal compreendida, redundava em inaceitáveis denegações de justiça: “Declaração incidental. Possibilidade de ser pedida para que se declare a nulidade de ato jurídico. Inviabilidade, entretanto, quando se intente anulá-lo, o que importa efeito constitutivo negativo e não declaratório. Visando a ampliar o objeto do processo, estendendo os limites objetivos da coisa julgada, não importa, entretanto, alargamento do campo de conhecimento do juiz que, de qualquer sorte, examinará a questão prejudicial para decidir a lide. Ausência de interesse no pedido declaratório quando não se pretenda a ampliação da matéria a ser atingida pela imutabilidade da coisa julgada, mas simplesmente opor-se a procedência da ação” (REsp 83.722/MG, 3ª T., Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 31-3-1998). “A ação declaratória incidental não admite pedido cumulativo de natureza constitutiva ou condenatória” (extinto 2º TAC/SP, Ap. 675.344-00/1, Rel. Juiz Willian Campos, j. 13-2-2001). “Ainda que exercida pelo réu a declaratória incidental, não será conhecida como reconvenção, apesar da semelhança, mas sim ação nova, em que se deduz nova pretensão, devendo ambas as lides serem deduzidas *principaliter*” (JTA 110/411). Esse último acórdão em particular chama a atenção pela absoluta falta de precisão no trato dos institutos. Mas os erros cometidos pelos demais são também tão evidentes que sequer é preciso explicá-los.

<sup>112</sup> Essa conclusão é tão assente que nos basta citar três autores de escol que a abraçam: CELSO AGRÍCOLA BARBI (Ação declaratória principal e incidente, p. 204), BARBOSA MOREIRA (Ação declaratória incidental..., *Estudos...*, cit., p. 175), BUZAID (A ação declaratória..., cit., p. 363).

<sup>113</sup> Quanto a esse aspecto, também não existe nenhuma dúvida, sendo suficiente citar em nosso apoio igualmente três opiniões abalizadas: ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 1, p. 276), DINAMARCO (Instituições..., cit., v. 3, p. 104-107) e BONDIOLI (A sistematização da reconvenção..., cit., p. 8-10).

<sup>114</sup> De fato, a multiplicidade de relações passíveis de serem estabelecidas entre demanda reconvençional e demanda inicial permite que haja entre elas prejudicialidade em um sentido e em outro, como ainda que sejam independentes uma da outra.

É exatamente essa a solução adotada pelo CPC português em vigor (que, mais uma vez, se mostra bem melhor acabado que o nosso diploma processual): o seu art. 279.4 arrola como hipótese de cabimento da reconvenção a seguinte: “quando o pedido do réu tem por fim ampliar o objecto da acção de modo a apreciar-se a subsistência ou a insubsistência do acto ou da relação jurídica fundamental”.

Ou seja, também essa figura de contra-ataque pode ser reconduzida à reconvenção.

#### 9.4.2 Incidente de falsidade documental

É bem comum na doutrina a afirmação de que o *incidente de falsidade documental* não se constitui como mero incidente (a despeito dessa denominação, que lhe dá o art. 390), mas sim como *espécie* de demanda declaratória incidental.<sup>115</sup> Isso justifica que o tema seja aqui versado, com o propósito de bem situar o instituto dentro dos *meios de contra-ataque* do réu em face do autor.

Avulta indubitavelmente, desde logo, pela leitura dos arts. 372 e 390 do CPC, que o *incidente de falsidade* (independentemente de sua natureza) pode ser manejado tanto pelo autor como pelo réu, variando o tratamento dado apenas quando o réu arguir a falsidade do documento juntado com a inicial (o que será feito “na contestação”, e não no prazo de dez dias – CPC, art. 390).

Ainda assim persiste o interesse em examiná-lo aqui, para reconhecer, primeiramente, que o “incidente” previsto nos arts. 390 ao 395 do CPC não é o único meio de a parte obter a declaração de falsidade de documento produzido como prova em juízo. MARINONI e ARENHART<sup>116</sup> consideram outras três hipóteses: (a) demanda autônoma movida com embasamento no art. 4º, II, do CPC; (b) ação rescisória, no caso de já haver sentença passada em julgado considerando documento falso produzido contra o sucumbente (CPC, art. 485, VI); (c) processo criminal (o qual geraria, ao ver dos estudiosos citados, prejudicialidade penal em relação ao juízo cível – CPC, art. 110).

<sup>115</sup> PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 364), AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 2, p. 417), HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Curso...*, cit., v. 1, p. 524), ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Ação declaratória incidental*, p. 85), ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 1, p. 239-240), ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (*Manual...*, cit., v. 1, p. 458), GRECO FILHO (*Direito processual civil...*, cit., v. 2, p. 230) e ARAÚJO CINTRA (*Comentários...*, cit., v. 4, p. 131). A mesma concepção ecoa nos Tribunais, citando-se como exemplo o seguinte julgado do STJ: “[o] incidente de falsidade documental tem a mesma natureza da ação declaratória incidental” (REsp 30.321/RS, 3ª T., Rel. Ministro Cláudio Santos, j. 24-5-1994). Recentemente, SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 287) registrou que essa tese é amplamente vitoriosa na doutrina, embora o próprio jurista rejeite, pelas razões já explicitadas (e com as quais concordamos), que o incidente traga uma nova “ação”; o autor fala em “pedido” e, conforme explicamos acima, preferimos usar o termo *demandas*.

<sup>116</sup> *Manual...*, cit., p. 412.

No tocante à natureza jurídica do *incidente*, ainda MARINONI e ARENHART<sup>117</sup> consideram que há três indícios de que se trataria de *demandas*: (a) o art. 391 do CPC usa o termo *pretensão*; (b) o art. 393 impõe autuação em apartado; e (c) o art. 395 determina seja resolvido por sentença.

Nenhum desses argumentos, contudo, apresenta-se convincente, uma vez que: (a) o Código usa o termo *pretensão* em apenas duas outras passagens (CPC, arts. 17, I, e 527, III) em sentido atécnico;<sup>118</sup> (b) a impugnação ao valor da causa é autuada em apenso (CPC, art. 261) e nem por isso se cogita tratar-se de *demandas*; (c) há tempos a doutrina aponta que o legislador mais de uma vez equivocou-se no uso do termo *sentença*.<sup>119</sup>

No entanto, a despeito de não concordarmos com tais argumentos, entendemos que a arguição de falsidade constitui efetivamente *demandas* (apta a gerar sentença de mérito, passível de ser coberta pela coisa julgada material), porquanto evidente o paralelo com o art. 4º, II, do CPC, a recomendar o descarte da interpretação meramente literal dos arts. 390 a 395 do CPC, que expressamente denominam a ferramenta de “incidente”.

E ainda de acordo com a maioria da doutrina e da jurisprudência, a arguição da falsidade fora do prazo ou sem as formas estipuladas pelo art. 390 do CPC ensejaria instauração de mero incidente da fase decisória, produzindo-se decisão incapaz de ser coberta pela coisa julgada.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> *Idem*, p. 413.

<sup>118</sup> Sobre esse assunto, nos debruçamos no item 7.4.1, *infra*.

<sup>119</sup> Veja-se, por exemplo, que o art. 719 do CPC usa o termo *sentença* de modo errôneo, seja à luz da definição originalmente dada pelo CPC de 1973, seja considerando-se a definição hoje vigente no art. 162, § 2º, do CPC, após a reforma operada pela Lei 11.232/2005. Já o art. 17 da Lei 1.060/1950 utiliza o termo *sentença* quanto à decisão que resolve a impugnação ao benefício da gratuidade de justiça (que é claramente interlocutória).

<sup>120</sup> Assim pronunciaram-se JOÃO BATISTA LOPES (*A prova no direito processual civil*, p. 120) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 590). De modo ainda mais enfático, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Curso...*, cit., v. 1, p. 526) pontua que: “[o] incidente de falsidade, como já se afirmou, é uma espécie de ação declaratória incidental, com que uma parte amplia o objeto da lide, de maneira que o mérito a decidir passe a ser não só o pedido inicial, como também a questão incidente. Com isso, obtém-se a eficácia da *res judicata* não apenas sobre a solução do pedido inicial, mas igualmente sobre a questão superveniente da falsidade. Isto, porém, não quer dizer que, demonstrada a falsidade de uma prova deduzida nos autos, seja o juiz forçado a não reconhecê-la apenas porque a parte interessada omitiu-se na instauração da ação incidental dos arts. 390 a 395. O compromisso do processo é com a verdade real apenas, e o juiz tem de decidir de acordo com seu livre convencimento a respeito dessa verdade, formado à luz dos elementos probatórios dos autos. As provas tarifadas, consagradas de uma verdade puramente formal, desde muito foram banidas definitivamente do processo judicial civilizado”. NEGRÃO-GOUVEA-BONDIOLI (*Código...*, cit., p. 499, nota 9 ao art. 390) esclarecem que: “[o] prazo para a apresentação do incidente de falsidade é preclusivo (RT 662/108, JTJ 161/211, RF 314/99, RJTAMG 18/212). Mas daí não se segue (a despeito do que dispõe o art. 372) que, não suscitado o incidente, o documento, só por esse motivo, passe a ser autêntico. Tal conclusão seria absurda; o que acontece é que a alegação de falsidade já não pode ser feita sob a forma processual de incidente, com suspensão da causa; mas isso não impede que possa ser provada no curso da lide, pelos meios admissíveis em direito”. Essa solução já foi prestigiada também pelo STJ: “conquanto o presente incidente de falsidade não deva prosseguir, por intempestivo, uma vez demonstrada a falsidade documental, poderá o magistrado deixar de apreciar o documento, de acordo com seu livre convencimento ou, por outro lado, determinar a realização das diligências que entender necessárias para a comprovação da falsidade, *ex officio*. Ao juiz, ocioso lembrar, compete, mesmo de ofício, ordenar diligências para apurar a verdade real



Concordamos, afinal, com BARBOSA MOREIRA, que considera que a diferença entre os objetivos da demanda declaratória incidental e da demanda de arguição de falsidade documental impõem a separação dos institutos, embora genericamente em ambos os casos haja demanda de cunho declaratório cumulado incidentalmente no processo.<sup>121</sup>

### 9.5 Conclusão parcial: reconvenção como “arquetipo” do contra-ataque do réu

À guisa de conclusão, importa reiterar nossa adesão à sistematização proposta por BONDIOLI,<sup>122</sup> no sentido de reconduzir à reconvenção as figuras do pedido contraposto e da “contestação com conteúdo reconvenicional” (impropriamente tratada juntamente com os casos de “ações dúplices”, as quais, tecnicamente, não devem ser excluídas do exame dos meios de contra-ataque do réu).

Pelas razões acima declinadas, temos que incluir nesse rol, ainda, a demanda declaratória incidental e o incidente de falsidade documental que, quando manejados pelo réu, têm feições muito próximas às da demanda reconvenicional.

Isso autoriza que se considere a demanda reconvenicional como o “arquetipo” de meio de contra-ataque do réu, contrapondo-o com a simples defesa. A partir da tensão entre esses dois extremos é que se desenvolve o próximo capítulo.

### 9.6 Dispensabilidade das formas dos meios típicos de contra-ataque: necessidade de interpretação do pedido do réu para individuação do ato processual

Oportuno agora resgatar e aprofundar considerações que tecemos no item 4.1, no sentido de que as formas dos meios típicos de contra-ataque do réu em face do autor são prescindíveis.

e, consequentemente, a validade do documento questionado. Tal fato, todavia, consoante acima demonstrado, não poderá gerar os efeitos de uma decisão em incidente de falsidade, bem como fazer coisa julgada” (REsp 257.263/PR, 2ª T, Rel. Ministro Franciulli Netto, j. 17-5-2001).

<sup>121</sup> BARBOSA MOREIRA (Ação declaratória incidental..., cit., *Estudos...*, cit., p. 150) discorda de PONTES DE MIRANDA quando este afirma, em seus *Comentários* ao CPC/73, que a ação declaratória incidental poderia versar sobre falsidade ou autenticidade de documento: “a meu ver, *data venia* de tão imensa autoridade, não é o que resulta do sistema da lei. Para a declaração de autenticidade ou da falsidade de documento, existe no Código outro instrumento, outra ação, também incidental. *Lato sensu*, poderíamos dizer que se trata de uma ação declaratória incidental. É um processo incidente: a arguição de falsidade. Não, porém, igual a este de que aqui estamos nos ocupando. Não é disso que tratam os dispositivos referentes à ação declaratória incidental propriamente dita, ou em sentido estrito, se preferirem”.

<sup>122</sup> “[R]econvenção, pedido contraposto [...] e contestação com conteúdo reconvenicional consistem num mesmo fenômeno, que merece tratamento homogêneo, de reconvenção” (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 119 ss).

Para demonstrar essa assertiva, partimos aqui da premissa – que é curial, mas foi muito bem delineada pelo já citado ensaio de PASQUALE NAPPI<sup>123</sup> de que a mesma matéria pode perfeitamente constituir objeto de simples exceção, demanda reconvenicional e demanda declaratória incidental, a depender da vontade da parte em obter menor ou maior tutela jurisdicional. Ou seja: se não há diferença de conteúdo, o que importaria mesmo é a *vontade* da parte.<sup>124</sup>

Nessa linha, o aludido ensaísta patenteia, na linha da doutrina largamente dominante, que o legislador, a fim de minimizar o trabalho do juiz na interpretação da intenção das partes, estabeleceu formas e prazos para articulação de cada ato processual, por meio dos quais o litigante revela ao juiz, de modo claro, a intenção que moveu a prática do ato,<sup>125-126</sup> cujos efeitos estão prescritos, todos, na lei.<sup>127</sup> Assim, o sistema minimizaria a importância da própria manifestação de vontade nos atos processuais<sup>128</sup> que, uma vez praticados segundo o modelo legal, revelariam *in re ipsa*, a vontade do agente,<sup>129</sup> permitindo a *individuação* do ato praticado.<sup>130</sup>

<sup>123</sup> La domanda proposta in via riconvenzionale, cit., p. 752-758.

<sup>124</sup> No mesmo sentido, COMOGLIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 238) realmente destacam o poder do juiz de interpretar a demanda a fim de reconstruir a efetiva e real vontade do demandante.

<sup>125</sup> Eis enunciada a síntese do pensamento de NAPPI a esse respeito: “[I]a conseguenza più immediata di quanto rilevato è costituita da un *incremento dell’attività interpretativa da parte del giudice* che, precludendosi l’utilizzazione di *parametri con rilevanza esterna*, spesso può individuare il tipo di atto proposto solo tramite la ricerca dell’*interna volontà* del proponente contenuta nell’atto stesso” (La domanda proposta in via riconvenzionale, cit., p. 756, grifou-se).

<sup>126</sup> Sobre essa predeterminação de efeitos pela lei, que relativiza a importância da manifestação de vontade do sujeito na prática do ato processual, v. g., LIEBMAN (*Manual...*, cit., v. 1, p. 226) e MILTON PAULO DE CARVALHO (*Do pedido...*, cit., p. 117).

<sup>127</sup> PAULA COSTA E SILVA (*Acto e processo*, p. 375 ss) demonstra que o órgão julgador faz uma decodificação do ato da parte à luz da tipicidade prevista na lei processual e destaca o efeito pernicioso da “descoincidência entre o objecto conformado pelo autor do acto e o objecto conhecido pelo tribunal”.

<sup>128</sup> Cf. NAPPI (La domanda..., cit., p. 794): “[I]a situazione appare ancora più grave quando si consideri che l’esigenza primaria degli atti processuali è che la validità e l’efficacia degli stessi possa emergere da dati obbiettivi e facilmente verificabili. Proprio per realizzare tale esigenza la legge ha eliminato, nella disciplina generale e particolare degli atti del processo, ogni riferimento alla volontà, sia nella formazione dell’atto, sia nella sua estrinsecazione e sia nel suo scopo soggettivo”. No mesmo sentido, SARTÀ (*Diritto processual civile*, p. 197): “il contenuto dell’atto non va pertanto ricercato nella volontà dell’attore, ma nella sua obbiettiva realtà: non escludendosi peraltro che la volontà dell’attore possa avere qualche considerazione, non come oggetto di interpretazione, ma come elemento di individuação dell’atto”.

<sup>129</sup> Como decorrência desse esforço de tornar a manifestação de vontade nos atos processuais “extremamente genérica” (expressão de LIEBMAN, *Manual...*, cit., v. 1, p. 226), o sistema também adotou para o sistema de preclusões algo como uma responsabilidade “objetiva”, evitando que no curso do processo haja necessidade de verificar se a parte desatendeu ao comando judicial culposamente ou não (LENT (Obblighi e oneri nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 1954, p. 155).

<sup>130</sup> Imperioso aqui citar mais uma vez os ensinamentos de SARTÀ (*Diritto processual civile*, p. 196), que bem demonstram a relação entre *interpretação* e *individuação*: “In realtà gli atti processuali non sono normativi, non sono l’espressione di una volontà di un determinato effetto, ma sono elementi di situazioni giuridiche coordinate l’una all’altra, in un rapporto di mezzo a fine. Rispetto a questo fine la volontà dell’agente non può esprimere altro che la tendenza verso il fine medesimo, che non dipende da lui, cioè dalla sua volontà, di

Contudo, NAPPI conclui que no sistema italiano não há formas que distinguam a propositura da simples defesa em relação à demanda (reconvencional ou declaratória incidental).<sup>131</sup> Apenas o prazo poderia auxiliar essa diferenciação, visto que antes da *Novella* de 1990 (período em que foi produzido esse ensaio aqui referido) a propositura de demanda pelo réu sujeitava-se à preclusão temporal, ao passo que a defesa, não. Daí o estudioso italiano concluir que “os prazos são o único possível critério diferenciador”.<sup>132</sup>

Trata-se de problema enfrentado em diversas legislações. No CPC português, o art. 501 exige que a demanda reconvencional (que deve ser articulada no corpo da contestação) seja *expressa*, sob pena de recebimento como simples defesa.<sup>133</sup> Na LEC espanhola, de modo ainda mais enfático, se veda expressamente a hipótese de “reconvenção implícita”.<sup>134</sup>

Todavia, nem mesmo essa norma espanhola resolve o problema inteiramente, uma vez que para correta aplicação desse preceito MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR<sup>135</sup> consideram fundamental a *interpretação completa do pedido do réu*.

No nosso sistema, como bem se sabe, os prazos para defesa e contra-ataque coincidem e são, todos eles, preclusivos (CPC, arts. 278, § 1º, 325, 297, 299, 300 e 303 etc.), mas há formas bem distintas de apresentar simples defesa e demanda reconvencional (peças apartadas – CPC, art. 297), exceto quanto ao pedido contraposto, em que não há distinção nem mesmo quanto à forma (CPC, art. 278, § 1º, e art. 31 da Lei 9.099/1995).

A despeito disso, vimos que essas formas são amplamente consideradas como prescindíveis, não constituindo critério suficiente para divisar as hipóteses (visto que não é apenas porque não foram usadas peças separadas que necessariamente o réu deixou de contra-atacar, conforme reconhecido pela jurisprudência referida no item 4.1, *supra*). Em especial, a formulação de defesa e contra-ataque em

raggiungere. È evidente che, in queste condizioni, il problema della interpretazione degli atti processuali non si può porre come un problema di interpretazione della volontà del l'agente, ma come un problema di individuazione degli atti medesimi, in base a elementi puramente oggettivi.”

<sup>131</sup> La domanda proposta in via riconvenzionale, cit., p. 794. De fato, o art. 167 do CPC italiano prescreve que a reconvenção deve ser apresentada na mesma peça que a simples defesa.

<sup>132</sup> Idem, p. 751. Adiante, essa posição do autor é bem vinculada: “[I]a distinzione non può operarsi sulla forma perché, in base ai rilievi svolti in precedenza, la proposizione di domande in giudizio deve comunque rispettare determinati requisiti che risultano essere essenziali al raggiungimento di tale finalità e sono gli uniche, inoltre, consentono quell'immediato riscontro idoneo ad evitare una eccessiva attività interpretativa da parte del giudice” (idem, p. 796).

<sup>133</sup> Vide v. g., ANTUNES VARELA, BEZERRA e NORA (*Manual...*, cit., p. 323) e MACHADO-PIMENTA (*O novo processo civil*, p. 144).

<sup>134</sup> De fato, o art. 406, ao tratar do conteúdo e da forma da demanda reconvencional, prescreve em sua alínea 3ª que “[e]n ningún caso se considerará formulada reconvección en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal”.

<sup>135</sup> *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 220.

peças apartadas<sup>136</sup> e a atribuição de um dos “rótulos” legais ao segundo mostram-se formalidades inteiramente descabidas. Aplica-se aqui, soberano, o princípio da instrumentalidade das formas (CPC, art. 244).<sup>137</sup>

Desse modo, se o réu pede ao juiz, em sua resposta, que “condene o autor a cumprir determinada obrigação de pagar, dar, fazer ou não fazer”, ou que “desconstitua determinada relação jurídica” ou ainda que “declare a existência ou inexistência de determinada relação jurídica”, está aí formulado um pedido (condenatório, constitutivo e declaratório, respectivamente),<sup>138</sup> a ser considerado como contra-ataque típico (para o qual elegemos a demanda reconvencional como arquétipo). A vontade manifestada pelo réu nessas três situações é inequívoca, não havendo qualquer razão para se negar que a resposta do réu seja considerada demanda. Basta que o réu se dirija ao juiz conjugando verbos no imperativo ou use os verbos “requerer”, “pedir” ou qualquer dos seus muitos sinônimos.

De outro lado, segundo jurisprudência firmemente consolidada, sequer é necessário que esses pedidos constem do final da peça,<sup>139</sup> tampouco emcabeçados por um título “Do Pedido” ou outro que o valha. Isso porque não há qualquer imposição legal para que a demanda seja estruturada dessa forma, imperando, pois, o comando do art. 154 do CPC (“Os atos e termos processuais não dependem de

<sup>136</sup> AFFONSO FRAGA (*Instituições do processo civil do Brasil*, v. 2, p. 227) questiona: “[p]ara que, pois, dois corpos para uma mesma alma?”.

<sup>137</sup> Quem melhor tratou sobre esse tema – BEDAQUE, em *Efetividade do processo...*, cit., p. 59 ss – considera que ele se baseia na opção entre valores: forma do ato processual e objetivo a ser alcançado, devendo o segundo ser adotado “sem qualquer hesitação”. No caso presente, põe-se uma dificuldade adicional à aplicação desse princípio, que é o fato de que a *simples defesa do réu, que não caracterize demanda, não é em si um ato formalmente inadequado*. Isso não nos parece, porém, suficiente a excluir a instrumentalidade das formas, já que esse princípio também se presta a extrair dos atos processuais os melhores resultados possíveis.

<sup>138</sup> Adotamos aqui *in totum* o entendimento de BEDAQUE, no sentido de acolher a classificação ternária, englobando as tutelas executiva e a mandamental na categoria da condenatória (*Efetividade do processo...*, cit., p. 508 ss).

<sup>139</sup> Essa diretriz é largamente consagrada no STJ: “O pedido inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, e não apenas no item apresentado como ‘Do pedido’” (REsp 906.467/SP, 5ª T, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 15-3-2007, DJ 23-4-2007, p. 309). “Dispõem os arts. 282 e 286 do CPC que o autor deve formular pedido certo e determinado, bem como determina o art. 460 do mesmo diploma que a prestação jurisdiccional é delimitada pelo pedido. Porém, o rigor da forma não impõe que o autor enumere seus pedidos em tópico separado na petição inicial, sendo suficiente que os pleitos sejam claros e bem delineados. Em processo, normalmente a forma das manifestações das partes não prevalece sobre o conteúdo se o teor deste deixar evidente a finalidade a que o ato visa. Nulidade que se afasta” (REsp 748.433/DF, 1ª T, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 28-11-2006). Há também interessante acórdão, inspirado no mesmo princípio, mas aplicando-o para a defesa articulada pelo réu: “Reivindicatória. Usucapião arguido em defesa. Para invocar-se a exceção de usucapião, não é de rigor empregar-se palavras sacramentais, mas tão só articular-se na defesa os requisitos necessários ao reconhecimento da posse *ad usucapionem*” (REsp 9.130/PR, 4ª T, Rel. Ministro Barros Monteiro, j. 31-10-1991). O mesmo entendimento ecoa na doutrina. Veja-se, por exemplo, ALFREDO ROCCO (*La sentencia civil*, cit., p. 170), que defendeu há décadas que poderiam se reconhecer “demandas implícitas”, ou seja, aludidas no corpo das peças apresentadas pelas partes, mas não reproduzidas na conclusão. Não há necessidade de recorrer a tal “ficção” para interpretar o pedido que conste efetivamente da demanda, ainda que não de modo absolutamente expresso e inequívoco.

forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”).

Todavia, resta analisar a hipótese em que o réu se limita a pedir expressamente apenas a “improcedência da demanda do autor”, sem fazer constar da resposta de mérito de maneira textual sua pretensão de ver o autor “condenado” a uma prestação, ou que o juiz “desconstitua” determinado vínculo jurídico, ou ainda que “declare” a existência ou inexistência de determinada relação jurídica.

É o que veremos no Capítulo 11.

## 9.7 Insuficiência dos meios típicos de contra-ataque do réu

### 9.7.1 Limitações teóricas e práticas dos meios de contra-ataque do réu

Descritos, de modo sucinto, os meios típicos de contra-ataque do réu em face do autor, importa desde logo demonstrar que são eles insuficientes para reduzir a situação de inferioridade do réu no processo civil brasileiro,<sup>140</sup> à medida do mínimo inerente à natureza das posições assumidas pelas partes na relação processual.

Esses meios típicos têm origens históricas diversas (como se viu no item 9.1, *supra*) e requisitos estreitos que limitam (e muito) a posição processual do réu. Não bastasse, com espantosa frequência, esses mecanismos são muito mal compreendidos e aplicados, sempre em prejuízo do próprio réu (em favor de quem foram instituídos). De fato, a prática forense nos demonstra que a tendência no manejo desses meios de contra-ataque é *sempre restritiva*, revelando a primazia dada à posição do autor.

Esses óbices não se justificam também, e, sobretudo, nos casos em que os meios típicos de contra-ataque servem *apenas* para atribuir um *efeito* diferente a determinada questão que o réu suscitou como matéria de simples defesa e que já seria enfrentada de qualquer modo pelo juiz.<sup>141</sup>

Ademais, a sobreposição entre as diferentes figuras de contra-ataque (destacada no item 9.5, *supra*) mostra enorme confusão, a qual serve apenas para pre-

<sup>140</sup> Diferentemente, DINAMARCO realça a reconvenção como instrumento que combate a nociva postura metodológica do “processo civil do autor” (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 494). Alinhando-se a essa ideia, BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 12 ss).

<sup>141</sup> Dois exemplos são suficientes para firmar nosso pensamento: o primeiro concerne à própria demanda declaratória incidental, que visa apenas alargar os limites da coisa julgada material para a questão prejudicial que já foi suscitada pelo réu e que já seria de qualquer forma resolvida pelo juiz; o segundo exemplo, mais específico, é a reconvenção cujo objetivo é obter a condenação do autor na repetição em dobro da dívida já paga e cobrada em juízo (CC, art. 940), cujo objetivo é a atribuição de um efeito a uma matéria alegada como defesa com todos os seus contornos.

judicar (e nunca beneficiar) o réu, remetendo a uma tipicidade já superada na seara da demanda inicial.<sup>142</sup>

Outro seríssimo obstáculo à efetividade dos meios típicos de contra-ataque está no verdadeiro dogma da vedação do mais importante deles – a reconvenção – a procedimentos especiais<sup>143</sup> (e o nosso sistema é sabidamente pródigo em instituí-los).<sup>144</sup>

E mesmo que superado esse obstáculo de ordem exclusivamente procedimental, não raro são extremamente mal compreendidos os requisitos da demanda reconvenicional (especialmente a conexidade)<sup>145</sup> e da declaratória incidental (em particular o conceito de questão prejudicial).<sup>146</sup>

<sup>142</sup> FLÁVIO YARSHILL (*Tutela jurisdicional*, p. 67) identificou a tipicidade desses remédios: “a reconvenção, por exemplo, reputar-se-ia ‘típica’, pois que privativamente atribuída ao réu [...]; a ação declaratória incidental seria ‘típica’, dado que conferida ao autor, em face da negativa do réu quanto ao fundamento do direito alegado em juízo; a denúncia da lide [...] seria ‘típica’ porquanto conferida ao autor e ao réu, e só a eles”. Todavia, o estudioso aludido reconhece que não há tipicidade da tutela jurisdicional, pois uma particular qualidade de parte garante ao interessado uma via diferenciada, mas facilitada, de acesso à tutela jurisdicional, e o que não cabe nessa via será levado ao Estado-juiz pela via autônoma.

<sup>143</sup> Apesar de bem demonstrado por BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 275 ss) que não há impedimento para reconvenção em procedimentos especiais, a jurisprudência normalmente reluta em aceitá-la. Para ilustrar, citem-se alguns exemplos variados: “Reconvenção. Impossibilidade em ação de busca e apreensão. Incompatibilidade de ritos e ausência de conexidade. Extinção da reconvenção por pedido juridicamente impossível” (TJSC, Ap. 2000.011243-7, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 13-11-2003). “Apelação. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança. Reconvenção. Inadmissibilidade” (TJMG, Ap. 2.0000.00.298986-8/000(1), Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 26-2-2000). “Monitória. Embargos. Reconvenção. Pretensão de devolução em dobrão do valor indevidamente cobrado pelo banco-embargado e de indenização por danos morais. Natureza jurídica de ação daqueles que tornam inviável na monitoria reconvenção pelos embargantes. Ausência de interesse processual para o pedido reconvenicional” (Extinto 1º TAC, Ap. 933438300, Rel. Des. Antonio Marson).

<sup>144</sup> DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 185) arrola a “existência de uma grande quantidade de procedimentos especiais” como uma das principais “opções” que caracterizam o modelo processual infraconstitucional brasileiro. E esse fenômeno nada tem de novo. O CPC de 1939, que tratava dos “Processos Especiais”, em posição de destaque, ocupando nada mais nada menos do que 376 artigos (ou 35% dos 1.047 artigos do Código). Somando-se, esses, àqueles constantes do rol bastante heterogêneo de processos e procedimentos lançados no Livro IV do Código sob a rubrica “Processos Acessórios”, tinha-se quase metade dos artigos do CPC de 1939, e ao todo 61 procedimentos especiais. ALFREDO BUZARD, na Exposição de Motivos ao atual CPC (Capítulo II, item 4 da Exposição de Motivos), já criticava essa técnica legislativa, mas nada fez para mudá-la, visto que dedicou o Livro IV do Código aos procedimentos especiais, com mais de 300 artigos (do art. 890 ao 1.210), e manteve em vigor normas relativas a 16 procedimentos especiais do CPC/1939 (CPC/1973, art. 1.218), além de não ter inserido no CPC nenhum dos procedimentos especiais instituídos pelas diversas leis extravagantes editadas de 1939 a 1973.

<sup>145</sup> Nem mesmo BARBOSA MOREIRA, que dedicou profunda monografia ao tema (*A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*), conseguiu delimitar de modo seguro esse requisito de cabimento da reconvenção, propondo uma análise quase casuística. Aqueles que militam no foro sabem que a interpretação tende a ser sempre limitativa. Um acórdão basta para ilustrar essa afirmação, em que o TJDF analisou (erroneamente) essa questão: “2. O provimento jurisdicional buscado na ação principal tem feição constitutiva, eis que a pretensão colimada cinge-se à rescisão do contrato celebrado entre as partes, para consolidar o domínio e a posse plena e exclusiva do bem nas mãos da autora, enquanto que, na seara reconvenicional, o pedido é nitidamente condenatório” (Ap. 2002011080328, Rel. Des. J. J. Costa Carvalho, j. 4-11-2004).

<sup>146</sup> Um exemplo claro da confusão em torno do conceito de questão prejudicial está no seguinte julgado: “[a] finalidade da ação declaratória incidental é afastar estado de incerteza objetiva acerca da existência, ou não,

São também notáveis os problemas que decorrem da má compreensão da autonomia da reconvenção (consagrada pelo art. 317 do CPC). Levada “ao pé da letra”, essa regra impede que a demanda reconvençional tenha caráter subsidiário em relação a pedido de improcedência da demanda inicial formulado pelo réu,<sup>147</sup> a ser apreciada apenas se o principal tenha sido rejeitado,<sup>148</sup> o que limita de modo injustificado o exercício dos poderes do réu. Rigorosamente, nesse caso, à causa reconvençional sequer haverá que ser atribuído valor (a teor do art. 259, IV, do CPC),<sup>149</sup> e eventualmente sequer será ela objeto de julgamento pela mesma sentença que enfrentar a demanda inicial (CPC, art. 318), não se fixando verba sucumbencial distinta, relativa apenas à demanda reconvençional (CPC, arts. 34 c.c. 20).<sup>150</sup>

de relação jurídica. Inexistindo relação jurídica a dirimir, mas tão somente direito cuja existência ou não deve ser perquirida em ação própria, descabe a declaratória incidental” (TRF 1ª Região, Ap. 2002.38.00.016786-8, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, j. 6-8-2007). Outro equívoco comum reside no entendimento de que a declaratória incidental seria descabida apenas porque a matéria já seria examinada na demanda inicial. Que isso ocorre, ninguém duvida, restando à declaratória incidental ampliar o limite objetivo da coisa julgada material: “Correta se mostra a extinção do processo, sem julgamento de mérito, na ação declaratória incidental, por falta de interesse de agir, quando verificado que não há necessidade do provimento judicial, nem utilidade para a segurança jurídica da parte, mormente quando a mesma matéria será analisada na ação principal” (TJDF, Ap. 20040111046589, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, j. 15-12-2005). Do mesmo Tribunal, vê-se que inquilino foi reputado carecedor de ação para pedir declaração de invalidade de contrato de locação em ação de despejo: “Correta a sentença que extinguiu a ação declaratória incidental, sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir do autor, uma vez que deveria tê-lo feito na contestação da ação de despejo por falta de pagamento, não se prestando a declaratória para a verificação da validade ou não do contrato de locação” (TJDF, Ap. 4713397, Rel. Des. Maria Beatriz Parrilha, j. 12-5-1999). O STJ também não foge à regra de má interpretação e aplicação dos meios típicos de contra-ataque, ao negar que a demanda declaratória incidental fosse manejada para pedir a anulação de ato jurídico, e ao mesmo tempo afirmar que faltaria interesse de agir porque o resultado pretendido pelo réu seria atingido pela simples oposição à demanda do autor: “[d]eclaratória incidental. Possibilidade de ser pedida para que se declare a nulidade de ato jurídico. Inviabilidade, entretanto, quando se intente anulá-lo [...]. Ausência de interesse no pedido declaratório quando não se pretenda a ampliação da matéria a ser atingida pela imutabilidade da coisa julgada, mas simplesmente opor-se à procedência da ação” (REsp 83.722/MG, 3ª T., Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 31-3-1998).

<sup>147</sup> A possibilidade de o pedido reconvençional ser subsidiário é aceita pelos alemães LENT e JAURING (*Direito processual civil*, p. 253), pelo espanhol SAMPOS SALGADO (*Reconvenção*, p. 10) e pelo brasileiro WILLIAM SANTOS FERREIRA (*Exceção de contrato não cumprido...*, cit., p. 555, referindo-se particularmente à hipótese de exceção de contrato não cumprido). Mas, no geral, a hipótese é pouco aplicada e mal compreendida.

<sup>148</sup> Há aí verdadeira cumulação imprópria de pedidos, em sua modalidade eventual ou subsidiária, a confirmar que o pedido feito na contestação e na reconvenção tem a mesma natureza. Afinal, define-se cumulação de pedidos como “a reunião de duas ou mais pretensões” (MILTON PAULO DE CARVALHO, *Do pedido...*, cit., p. 105).

<sup>149</sup> “Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será: [...] IV – se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal.”

<sup>150</sup> Essa má compreensão da autonomia da demanda do réu dificulta que em concreto se reconheça seu caráter subsidiário, eventual, como ocorre no terreno da *denúncia da lide* (que é uma demanda subsidiária do réu, contra terceiro). Há julgados que reconhecem que, quando houver improcedência da demanda principal e restar prejudicada a denúncia da lide, o réu-denunciante teria o ônus de recorrer dessa parte da sentença, sob pena de não ser examinada a denúncia no caso de inversão do julgamento da demanda inicial (nesse sentido, v. g., TJSP, Ap. 703.651-0/6, Rel. Des. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 4-4-2008). Está correto, em nosso entender, o entendimento oposto, já acolhido no STJ em caso idêntico: “Ao acolher apelação para julgar procedentes embargos de terceiro, improcedentes pela sentença reformada, deve o Tribunal apreciar a lide secundária, em obediência ao disposto no art. 76 do CPC” (REsp 439826/PA, 4ª T., Rel. Ministro Cesar Asfor

Justamente para contornar essa incongruência é que alguns autores sustentam que em determinados casos de pedido subsidiário do réu o caso seria de emprestar do procedimento sumário e do rito do Juizado Especial a figura do pedido contraposto.<sup>151</sup> Tem-se aí a nosso ver uma manifesta inadequação, mormente porque essa figura tem cunho reconvençional (e, portanto, portadora da exata mesma autonomia) e foi concebida com a única finalidade de limitação da cognição.<sup>152</sup>

São variadas, pois, as evidências de que os meios de contra-ataque típicos são insuficientes, desnecessariamente complexos e manifestamente inadequados, contrariando a premissa que se põe à base da visão instrumentalista do processo, no sentido de que a técnica processual tem de ser dotada das formas mais simples e claras possíveis, para permitir que o processo atinja suas finalidades de pacificação social com a aplicação do direito objetivo.<sup>153</sup> Essa pacificação não se atinge, e a aplicação do direito objetivo não se completa, se o processo se destina apenas a compor os interesses do autor.

Nem mesmo as interessantíssimas proposições interpretativas de LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI,<sup>154</sup> no sentido de deformalizar a reconvenção – aplicando-a a procedimentos especiais e alargando seu crivo de admissibilidade, sobretudo com respeito ao *interesse de agir* –, são capazes de torná-la instrumento que efetivamente reduza as desigualdades entre as partes.

Melhor que ampliar os meios de contra-ataque do réu é considerá-los de forma integrada à simples defesa, todos dissolvidos em torno do conceito técnico de *demanda*.<sup>155</sup>

Rocha, j. 11-2-2003). Há que se aplicar à reconvenção subsidiária, à denúncia da lide e a qualquer demanda aforada pelo réu com esteio no art. 289 do CPC a exata mesma técnica, isto é, a apelação devolve automaticamente a matéria suscitada em caráter eventual, firme nos §§ 1º e 2º do art. 515, conforme consagrado também no STJ: “Examinado e procedente o primeiro pedido, silenciando a sentença quanto ao segundo, a apelação voluntária e a remessa oficial pleiteando a improcedência da sentença devolvem ao tribunal o conhecimento dos fundamentos e pedidos sucessivos. Sem a necessidade da parte vencedora interpor apelação insistindo no pedido omitido, provendo o recurso do sucumbente referente ao primeiro pedido, deve o tribunal apreciar e resolver no pertencente aos fundamentos e pedido sucessivo” (REsp 116780/BA, 1ª T., Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, j. 6-11-1997).

<sup>151</sup> FLÁVIO YARSHALL (*Resolução do contrato por onerosidade excessiva...*, cit., p. 572) e DANIEL NEVES (*Pretensão do réu de manter o contrato...*, cit., p. 248 ss), propondo-se a examinar o pedido de revisão do contrato feito pelo réu contra demanda inicial que pede resolução por onerosidade excessiva (CC, art. 479) ou lesão (CC, art. 157, § 2º), afirmam justamente a necessidade de manejo do pedido contraposto.

<sup>152</sup> A essa conclusão chegamos no item 9.2, *supra*.

<sup>153</sup> Sobre o discurso da importância da revisão e simplificação da técnica processual para um “processo de resultados”, BEDAQUE (*Efetividade do processo...*, cit., p. 31-107), com conclusões que amparam plenamente o método de investigação por nós aqui proposto.

<sup>154</sup> *A sistematização da reconvenção...*, cit., especialmente p. 127-155 (relativamente ao interesse processual para reconvir) e p. 275 ss (no tocante ao cabimento da reconvenção nos mais diversos processos e procedimentos).

<sup>155</sup> Aqui, nossa proposta é bem diversa daquela defendida por vários doutrinadores italianos no sentido de reconhecer autonomia à demanda de *accertamento negativo* do réu, ao lado da demanda reconvençional e



### 9.7.2 Situações-limite entre contra-ataque e defesa: compensação

Além dos argumentos acima lançados, impõe a relativização entre defesa e contra-ataque o reconhecimento de situações fronteiriças entre essas duas posições do réu e que frequentemente dão margem a prejuízos à sua posição processual, deixando-o em situação de manifesta desvantagem em relação ao autor.

O mais emblemático exemplo disso está na *compensação*, tema que há séculos causa dúvidas sobre sua caracterização como defesa ou como contra-ataque,<sup>156</sup> justamente porque traz em si reação que congrega uma posição passiva e outra ativa.

Note-se que o raciocínio aqui desenvolvido desconsidera a hipótese de conhecimento da compensação *ex officio*, que foi por nós cogitada no item 8.4, *supra*. Aqui nossa preocupação recai sobre a hipótese em que o réu, ao responder à demanda inicial, efetivamente *alega* a compensação.

Para o que importa aqui, a doutrina civilista costuma diferenciá-la entre compensação legal e judicial, sendo que a primeira poderia ser alegada como defesa e a segunda, apenas sob a forma de reconvenção.<sup>157</sup>

O entendimento da doutrina processual sobre o *meio* de alegação da compensação é um tanto diverso: alegado como defesa, o crédito do réu serviria apenas para extinguir (total ou parcialmente) o crédito recíproco reclamado pelo autor, ao passo que dependeria de reconvenção a condenação do autor ao pagamento do saldo eventualmente existente em favor do réu, pois aí, *e somente aí*, haveria

declaratória incidental. Era essa a proposta de ZANZUCCHI há quase um século: “[l]a potestà di agire, in quanto spetta al convenuto, può assumere figure giuridiche varie: di azione di accertamento negativo – di eccezione in senso stretto – di domanda di accertamento incidentale (c.d. eccezione riconvenzionale) – di domanda riconvenzionale – oltre la figura di un mezzo d’impugnazione, che si faccia a proporre il convenuto socombente. Non sono, questi, se non particolari aspetti della potestà di agire, da porre accanto a quelli, che sopra abbiamo illustrati, considerando detta potestà in relazione all’attore” (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 196). Recentemente, ALBERTO ROMANO (*L’azione di accertamento negativo*, p. 7) considera que a possibilidade de o réu trazer ao juiz uma situação jurídica nova é o que caracteriza o fenômeno da reconvenção, de tal modo que isso não exclui que haja a “azione del convenuto” com a simples defesa. Haveria aí fenômenos “contíguos”. Adiante (*idem*, p. 110-111), o mesmo estudioso considera que haja outras opções para acomodar a demanda declaratória negativa do réu, como: (a) ampliar o conceito de reconvenção, de modo a reputar qualquer demanda do réu, inclusive a declaratória incidental, como reconvenzional; (b) reconvenção serve apenas para pedir aquilo que não esteja compreendido no objeto da demanda inicial, deixando para a declaratória incidental o papel de estender a coisa julgada a questões relativas ao objeto da demanda inicial. Parece-nos que essas subdivisões internas dos poderes do réu representam apego injustificável a tradições históricas. Basta que tudo se reconduza à figura da demanda.

<sup>156</sup> Assim registra CRUZ E TUCCI (*Da reconvenção*, p. 10-11).

<sup>157</sup> V. g., SERPA LOPES (*Curso de direito civil*, v. 2, p. 330), BARROS MONTEIRO (*Curso de direito civil*, v. 4, p. 339) e VENOSA (*Direito civil*, v. 2, p. 298). Parece ser essa também a solução acatada pelo direito português. O art. 279.2 do CPC luso sinaliza essa saída, pois considera que a compensação *judiciária* é um dos casos de cabimento da reconvenção.

pedido de *algo mais* que a simples rejeição da demanda (característica distintiva da reconvenção).<sup>158</sup>

A alegação de compensação, nas duas hipóteses, é exatamente a mesma; apenas civilistas e processualistas debatem-se em saber com que *forma* e com que *efeitos* ela *pode* ou *deve* ser feita.

Sob o ponto de vista formal, já ficou devidamente demonstrado que se trata de discussão desnecessária (itens 4.1 e 9.6, *supra*), dado que as formas atinentes às respostas do réu são prescindíveis.

Mas também (e principalmente) quanto ao conteúdo da defesa e do contra-ataque se revela improfícua essa distinção. Para tanto, basta um simplório exemplo.

Imagine-se que o autor propõe demanda de cobrança de \$ 100, e o réu invoca a compensação com crédito recíproco líquido, certo e exigível, de \$ 80, sem manejar quaisquer formas atinentes à reconvenção e sem pedir expressamente a condenação do autor à diferença (mesmo porque, em princípio, ela inexistente).

Não há dúvida para os civilistas que o caso é de compensação *legal* (que não depende de reconvenção). O processualista também não tem problemas em admitir a desnecessidade de reconvenção, pois, segundo entendimento sedimentado, não há contra-ataque, visando o réu apenas a rejeição da demanda do autor. Aliás, diriam muitos que sequer haveria interesse de agir para a reconvenção, visto que a compensação alegada colima apenas a improcedência da demanda do autor.<sup>159</sup>

Todavia, isso não explica a situação em que, ao proferir sentença, o juiz se convence de que o réu realmente é credor de \$ 80, mas o autor é credor de apenas \$ 50 (porque, por exemplo, renunciou ao excedente ou porque parte está prescrita). A limitação da sentença à rejeição do pedido do autor (sem sua condenação ao pagamento do saldo de \$ 30 em favor do réu) prende-se apenas à questão formal (“o réu não reconveio”), sem considerar que o réu *fez valer em juízo o seu crédito de \$ 80* e, aliás, só não reconveio porque em princípio seu crédito era menor que o cobrado pelo autor. O conteúdo da alegação é exatamente o mesmo, diferenciando-se apenas seus efeitos. Tem-se aí entendimento inadequado do instituto da compensação, que não se justifica.<sup>160</sup>

<sup>158</sup> Conforme vimos no item 9.1, *supra*.

<sup>159</sup> Usando exatamente esse exemplo, BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 137), que reconheceu a ausência de interesse processual.

<sup>160</sup> A compreensão do instituto da compensação é fonte de tantas tormentas até mesmo quando alegada pelo autor. É exatamente em torno disso que gira a polêmica do conhecido voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, e acompanhado pela 1ª Turma do STJ, nos autos do REsp 544.189/MG (relatado pelo Ministro Luiz Fux), e depois reiterado nos autos do REsp 588.202/PR (este já sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki) e que influenciou vários outros julgamentos desde então (REsp 614577/SC, 609.266/RS, 653181/RS, EREsp 502618/RS etc.). Esses julgados enfrentam situação de contribuintes que moveram demanda pedindo fosse declarado extinto um tributo devido pela compensação, mas, depois, pretenderam executar o crédito reconhecido. Não é o caso de enfrentarmos esse problema aqui, por estranho aos escopos da tese.

No exemplo aqui formulado, não há razão para negar que se forme em favor do réu título executivo contra o autor relativamente a esse saldo credor. O réu fez valer em juízo (para usar expressão comum na doutrina italiana) o seu crédito, acerca do qual havia *crise de adimplemento*, o que enseja a condenação do autor.<sup>161</sup> Chega-se a esse resultado sem sequer lançar mão da mudança operada pela Lei 11.232/2005, que estabeleceu no art. 475-N, I, do CPC ser título executivo “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”.<sup>162</sup>

Por derradeiro, negar que a alegação de compensação feita pelo réu seja *sempre* demanda implica aceitar uma das seguintes soluções: (a) que o réu possa concomitantemente cobrar o mesmo crédito por meio de demanda autônoma (o que avilta o bom-senso e o princípio *ne bis in idem*); ou (b) que o réu está impedido de fazê-lo em razão da litispendência (o que não se coaduna com o critério estrito da tríplice identidade do art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC).

Essas duas soluções são inadequadas, revelando que não há como resistir à conclusão de que a resposta de mérito do réu, especialmente nesse caso, não pode ficar perdida entre os campos da defesa e do contra-ataque.

### 9.7.3 Situações-limite entre contra-ataque e defesa: a chamada “exceção reconvenicional”

Outra forte evidência dos meios típicos de contra-ataque está na figura “híbrida” da “exceção reconvenicional”, que encontra expressão na legislação e na doutrina de vários países e que costuma englobar a compensação, da qual tratamos separadamente no item anterior em razão de sua importância.

A expressão é intrinsecamente contraditória à luz do pensamento geralmente aceito, pois une num mesmo fenômeno uma figura predominantemente *defensiva* (exceção) com outra figura *ativa*, que encerra *contra-ataque* (reconvenção).<sup>163</sup>

<sup>161</sup> A reconvenção subsidiária não nos parece, igualmente, ser suficiente para tutelar o réu, pois particularmente aqui emergiriam vigorosamente todos os obstáculos reservados a qualquer meio típico de contra-ataque, acima já destacados.

<sup>162</sup> Também não cabe uma investigação mais detida dessa polêmica questão (embora ela tenha um ponto de contato com o tema que nos ocupa), cumprindo apenas lembrar que o Ministro TEORI ZAVASCKI defendeu essa possibilidade em sede doutrinária bem antes da Lei 11.232/2005 em seu conhecido artigo Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados (*Revista de Processo*, nº 109, p. 45-56). Depois do advento da lei, pronunciaram-se a respeito em ensaios específicos sobre o tema, dentre outros, FREDIE DIDIER JR. (A sentença meramente declaratória como título executivo – aspecto importante da reforma processual civil brasileira de 2005) e ANDRÉ DE FREITAS IGLESIAS (Condenação *versus* declaração – a polêmica do título executivo do inciso I do art. 475-N do CPC), sendo esses dois ensaios recolhidos na coletânea *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin* (MIRNA CIANCI e RITA QUARTIERI (Coord.), p. 245-251 e p. 35-92, respectivamente).

<sup>163</sup> Há quase cem anos MARIO BELLAVITIS (*L'identificazione delle azioni*, p. 162) fez essa crítica, que aparece agora novamente em recente obra de ENZO VULLO (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 214: “La domanda riconvenzionale è essenzialmente e necessariamente domanda e se non è domanda non può parlarsi propriamente

Se oportunamente tivemos ensejo de rejeitar a validade e utilidade científicas do conceito de exceção substancial (item 7.4, *supra*), com maior razão haveremos de rechaçar o de exceção reconvenicional, mormente porque foi cunhado a partir de premissas que só faziam sentido no CPC italiano vigente até 1990, e não têm paralelo nem na legislação posterior daquele país nem, menos ainda, no sistema processual brasileiro.

Atribui-se a LUDOVICO MORTARA<sup>164</sup> a primeira e mais importante tratativa da espécie, a qual exerceu durante algum tempo visível influência entre os estudiosos de seu país.<sup>165</sup> O autor defendia a distinção entre a “exceção simples” e a “exceção reconvenicional”, de tal maneira que, no primeiro caso, o réu se limitaria a opor-se à pretensão do autor, sem ampliar o objeto litigioso do processo (seria o caso da alegação do vício do contrato sobre o qual se funda o pedido do autor); no segundo caso, haveria questões diversas daquelas já suscitadas pela demanda do autor (por exemplo, a compensação).<sup>166</sup>

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO,<sup>167</sup> analisando modernamente o instituto da exceção reconvenicional, reconhecem que se trata de um *tertium genus* entre exceção e reconvenção,<sup>168</sup> e que só fazia sentido em um processo marcado pela preclusão para a proposição de *novas demandas* pelo réu após determinada fase processual, e pela flexibilização da apresentação de *novas defesas*. A exceção reconvenicional encerrava, então, aquela matéria que, alegada de início, implicaria ajuizamento de demanda reconvenicional, mas, depois, simples exceção. Hoje, reconhece-se que esse fenômeno não encontra lugar no sistema processual peninsular, que passou a ser marcado pela preclusão (a partir da *Novella* de 1990).<sup>169</sup>

No Brasil, a doutrina em geral não se preocupa com esse fenômeno, ressalva feita a BONDIOLI, para quem as exceções reconvencionais são “instituídas pelo

neppure di riconvenzione. Questa che è, ai giorni nostri, una convinzione che trova profonde radici, sembra a prima vista scossa dall'affacciarsi ricorrente di un'espressione ambigua e incoerente: mi riferisco alla categoria delle cosiddette eccezioni riconvenzionali a cui tanto spesso ricorre il lessico curiale e, in particolare, la stessa giurisprudenza.”

<sup>164</sup> *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, v. 2, p. 104 ss.

<sup>165</sup> Como ZANZUCCHI (*Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 393) e CHIOVENDA (Sulla “eccezione”, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 147 ss), embora este último tenha proposto algumas críticas. VULLO (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 76 e 215-216) afirma que a confusão entre atividade defensiva e reconvenicional se deve justamente à postura metodológica adotada por MORTARA e por CHIOVENDA e que ficou impregnada na doutrina e na jurisprudência da Itália.

<sup>166</sup> Aliás, a construção de MORTARA procurou jogar luzes sobre as enormes dúvidas que vinham atormentando os romanistas à época, sobretudo no tocante à compensação, e que como visto acima ainda persistem entre nós, mesmo depois de séculos de evolução da ciência processual.

<sup>167</sup> *Lezioni...*, cit., p. 280: “La distinzione, in ultima analisi, ha conservato sino ad oggi un suo rilievo pratico, se la si riferisce alle preclusioni o alle decadenze che riguardano la domanda come tale, ma non le eccezioni: nella disciplina originaria di codice.”

<sup>168</sup> Essa opinião é acatada também pelo português MIGUEL MESQUITA (*Reconvenção e exceção no processo civil*, p. 10).

<sup>169</sup> Assim também entendeu VULLO (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 221-223).

legislador com a preocupação de tornar mais efetiva a tutela jurisdicional. Aliás, para se poder falar em exceção reconvenicional é preciso que haja lei que a institua. No silêncio da lei, a simples exceção nunca produzirá efeito outro que o de paralisar a demanda do autor”.<sup>170</sup> Segundo essa definição, o sentido da expressão é bem diverso daquele empregado pela doutrina italiana. Os exemplos dados por BONDIOLI são, primeiramente, a compensação e a nulidade do negócio jurídico pelo art. 408 da LEC espanhola,<sup>171</sup> as quais mesmo que alegadas pelo réu como simples defesa são consideradas pela lei, para todos os efeitos, como reconvenção (seja quanto ao procedimento, seja, em especial, quanto à extensão da coisa julgada).<sup>172</sup> O mesmo monografista prossegue, afirmando que:

[n]o Brasil, é possível identificar exceção reconvenicional no caso da usucapião especial de imóveis rurais e urbanos, em que os arts. 7º da lei 6.969, de 10 de dezembro de 1981, e 13 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, dispõem que o tema poderá ser invocado “como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis”.<sup>173</sup>

Ao final, BONDIOLI conclui que “[t]anto na legislação espanhola, quanto na legislação brasileira, os exemplos fornecidos mostram que a simples defesa pode trazer para o demandado algo que extrapola o original objeto litigioso do processo, mesmo sem a oferta de uma demanda”.<sup>174</sup>

Parece-nos que esses exemplos não merecem ser tratados como uma categoria específica chamada de “exceção reconvenicional”, que seja “híbrida” entre exceção e reconvenção.

Usando a sistematização proposta no próprio trabalho de BONDIOLI, pode-se dizer que nos exemplos dados há “contestação com conteúdo reconvenicional”, pois a lei valorou determinadas situações carecedoras de tutela diferenciada e reconheceu possível ao juiz outorgar ao réu, mediante simples pedido deformali-

<sup>170</sup> A sistematização da reconvenção..., cit., p. 36.

<sup>171</sup> “Artículo 408. Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Cosa juzgada. 1. Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegar la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvenición, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar. 2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvenición. 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada.”

<sup>172</sup> O mesmo ocorre (em hipóteses restritas) com a demanda declaratória incidental no processo italiano. O tema foi examinado na já citada obra de LOCATELLI (*L'accertamento incidentale ex lege: profili*).

<sup>173</sup> A sistematização da reconvenção..., cit., p. 36.

<sup>174</sup> Idem, ibidem.

zado, tutela jurisdicional plena diversa daquela consistente na “simples” rejeição da demanda inicial.

Isso é particularmente visível quanto à usucapião que, como bem sabido, sempre pode ser alegada (em qualquer de suas espécies) como defesa no processo civil brasileiro.<sup>175</sup> Contudo, reconhece-se que o seu acolhimento teria apenas o condão de afastar a pretensão possessória ou reivindicatória do autor e não de reconhecer ao réu o domínio da coisa disputada em caráter *erga omnes*.<sup>176</sup> Desse modo, a sentença não poderia ser registrada à margem da matrícula do imóvel, não produzindo o efeito decorrente da procedência da ação de usucapião, conforme o art. 945 do CPC.<sup>177</sup> Isso realmente não ocorre sem ressalva legal expressa, como nas hipóteses de usucapião especial urbano e rural, conforme acima destacado.

Para demonstrar que não há na espécie uma categoria híbrida de defesa e contra-ataque, duas indagações merecem ser formuladas e respondidas.

A primeira é se a usucapião especial alegada pelo réu exige o cumprimento das formalidades inerentes à citação de confrontantes, União, Estado, Município e quaisquer terceiros, por edital (art. 5º, §§ 2º e 3º, da Lei 6.969/1981, e arts. 942-943 do CPC). Não podemos aceitar outra resposta que não a *positiva*,<sup>178</sup> sob pena de maltratar as garantias de ampla defesa e do contraditório.

A segunda é se a usucapião ordinária ou extraordinária poderia ser matéria de *reconvenção propriamente dita*. No CPC de 1939, havia vedação de reconvenção em ações reais (art. 192, V), e, apesar de tal vedação ter caído com o advento do CPC de 1973,<sup>179</sup> prevalece a corrente que prega o descabimento da usucapião como matéria de demanda reconvenicional, por prevalecer a norma que limita o polo passivo da reconvenção ao autor (CPC, art. 315),<sup>180</sup> sobre a regra que exige

<sup>175</sup> A questão está há décadas pacificada pela Súmula 237 do STF (“O usucapião pode ser arguido em defesa”), a qual continua a ser aplicada amplamente, inclusive no STJ: “1. Dúvida não há sobre a possibilidade da arguição de usucapião como matéria de defesa” (REsp 139126/PE, 3ª T., Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 4-8-1998).

<sup>176</sup> Esse é o entendimento consagrado amplamente no STJ, bastando ilustrar com um acórdão a respeito: “1 – Uma vez julgada improcedente ação de reivindicação, diante de defesa cifrada na ocorrência de usucapião (súmula 273 [sic] do Supremo Tribunal Federal) não há que se pretender a transcrição do imóvel em nome dos beneficiários da prescrição aquisitiva, posto que isto apenas é possível após o ajuizamento da ação própria” (REsp 725.222/MT, 4ª T., Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 28-6-2005).

<sup>177</sup> “Art. 945. A sentença, que julgar procedente a ação [de usucapião], será transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais.”

<sup>178</sup> Assim entende BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO (*Tratado de usucapião*, v. 2, p. 978-979).

<sup>179</sup> Como notou CALMON DE PASSOS (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 321).

<sup>180</sup> “Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa” (grifou-se).

a citação de diversas pessoas para análise do pedido declaratório de usucapião (CPC, arts. 942-943). Haveria, então, incompatibilidade de procedimentos.<sup>181</sup>

Se admitirmos que a usucapião possa ser, sempre, objeto de demanda reconvenicional, os mencionados arts. 7º, V, da Lei 6.969/1981 e 13 da Lei 10.257/2001 nada mais fizeram do que *deformalizar* esse pedido, criando (mais uma) hipótese daquilo a que BONDOLI chamou de “contestação com conteúdo reconvenicional”.

Se, por outro lado, se prefira a concepção de que a usucapião *não* pode constituir objeto de demanda reconvenicional (e o único motivo para isso seria a vedação à ampliação subjetiva do processo), os mesmos dispositivos limitaram-se a excepcionar a regra de que o remédio de caráter reconvenicional cabe apenas “contra o autor” (tornaremos a lançar olhos sobre essa questão no item 11.3, *infra*).

De um modo ou de outro, *não há nada de propriamente novo nas ações de usucapião especial urbano e rural*, muito menos algo para caracterizar “exceção reconvenicional”. Haveria, se tanto, “contestação com conteúdo reconvenicional”.

Finalmente, nos casos específicos tratados pelo art. 408 da LEC espanhola (também referidos acima por BONDOLI), pode-se dizer que se trata de norma especial, que dá contornos mais elásticos aos limites objetivos da coisa julgada, de tal modo que a solução de questões atinentes à compensação e à nulidade do negócio jurídico (examinadas pelo juiz para afastar a demanda do autor) possa ser coberta pela coisa julgada material.<sup>182</sup> Nem por isso há aqui uma nova e diferente modalidade de “exceção”, que teria feições de contra-ataque.<sup>183</sup>

Em suma, tem-se aqui mais uma evidência de que a distinção entre defesa e contra-ataque não se baseia em critérios seguros e leva ao menosprezo da posição do réu no processo. É o que nos propomos a aprofundar no próximo capítulo.

<sup>181</sup> BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO (*Tratado de usucapião*, v. 2, p. 1484) invoca um sem-número de julgados nesse sentido: RT 540:182; RJTAMG 52:227; JTJSP 73:225, 126:327 e 159:231; RePro 24:347; JTJSP 94:297; RT 765:348.

<sup>182</sup> Fica ainda mais difícil reconhecer nesses casos um “contra-ataque implícito” se tomarmos em consideração corrente doutrinária espanhola que prega que o art. 408 da LEC encerra rol meramente exemplificativo (como DE LA OLIVA SANTOS (*Objeto del proceso...*, cit., p. 231 ss, e PADURA BALLESTEROS, *Fundamentación de la sentencia...*, cit., p. 142-144). Trata-se de norma que dá à coisa julgada limites materiais maiores que os do nosso sistema.

<sup>183</sup> A doutrina espanhola nega que haja nessas hipóteses um “contra-ataque” do réu. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (*Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, p. 39-41) afirma que o fato de o juiz reconhecer a alegação de compensação *como se* houvesse havido reconvenção não lhe tira o caráter de “objeto accesorio o contingente” do processo, de modo que, se o juiz achar meios de rejeitar a demanda do autor *sem* lançar mão da compensação, deverá declarar essa circunstância na sentença, para permitir que o réu se valha de demanda autônoma para perseguir o mesmo crédito. Seja como for, não podemos deixar de criticar esse entendimento, que despreza a posição do réu no processo e desperdiça todos os atos praticados no tocante à cognição judicial sobre o crédito feito valer em sua resposta.

## Relativização entre Defesa e Contra-Ataque do Réu

### 10.1 Premissas constitucionais

Após o estudo do direito de ação e de defesa à luz da Constituição Federal (Capítulo 3, *supra*), da delimitação das matérias de defesa que o juiz pode conhecer de ofício face à omissão do réu em alegá-las (Capítulo 8, *supra*), das formas e efeitos dos meios típicos de contra-ataque do réu contra o autor e da insuficiência para tutela do interesse do réu (Capítulo 9, *supra*), impõe-se necessário rever criticamente as fronteiras entre defesa e contra-ataque.

A introdução deste livro já adiantou que o propósito dessa perquirição é demonstrar que, *ao apresentar resposta quanto ao mérito da demanda inicial, o réu ajuíza uma demanda contrária à do autor, mesmo quando seu pedido se limita à simples improcedência da demanda inicial.*

Para compreender essa hipótese de trabalho importa, em primeiro plano, resgatar a distinção que acolhemos entre as respostas de mérito e as respostas meramente processuais (feita no item 4.2, *supra*). As primeiras são aquelas que, de algum modo, mesmo que indiretamente, interferem no *conteúdo* da decisão sobre o fundo da pretensão do autor. As segundas se definem por exclusão, configurando-se quando o réu se limita a alegar vícios concernentes às condições da ação ou aos pressupostos processuais, cujo acolhimento acarreta três possíveis resultados: (a) rejeição da demanda inicial sem apreciação de mérito; (b) mera alteração do curso do procedimento; ou (c) inadmissibilidade de um ato processual isoladamente considerado.

Dentro das respostas de mérito, o item 6.1, *supra*, propôs a divisão entre aquelas em que o réu *nada pede para si* (como nos casos em que requer inclusão de litisconsorte passivo necessário, pede o desmembramento do litisconsórcio fa-



cultativo multitudinário, nomeia à autoria ou chama ao processo) e aquelas em que ele formula um pedido de tutela jurisdicional (ainda que consistente na simples rejeição da demanda do autor). O presente capítulo propõe-se a demonstrar que, exceto naquelas primeiras situações, nos demais casos em que o réu formula resposta de mérito não há razão para discernir as hipóteses de *simples defesa* das hipóteses de *contra-ataque*, pois em ambos os casos tem-se *demanda*, na acepção técnica estrita delineada pelo item 6.2.1, *supra*.

Até este momento da exposição, várias premissas para chegar a esse resultado já estão assentadas, em especial as bases constitucionais dos direitos de ação e de defesa (Capítulo 3, *supra*). Sob o ponto de vista constitucional, essa distinção entre contra-ataque e defesa só se justifica em um sistema no qual subsistem razões para discernir completamente os poderes inerentes à ação e à defesa. Cremos ter demonstrado que esse quadro já não mais pode ser visualizado no nosso ordenamento processual.

Com efeito, tomado o direito de ação em sua acepção constitucional mais moderna, é inegável que seu exercício não se esgota na propositura da demanda, de modo que o autor exerce-o durante todo o procedimento, por meio de um feixe de poderes e faculdades destinados a obter a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Do mesmo modo, ao réu assegura-se similar feixe de poderes e faculdades, pois a ele é reconhecido igual direito à tutela jurisdicional.<sup>1</sup> As diferenças entre os poderes dos litigantes somente se justificam na estrita medida em que o autor tomou a dianteira para instaurar o processo.

Seguindo essa trilha, impossível enxergar os meios típicos de contra-ataque do réu (Capítulo 9, *supra*) como “ações” contra o autor, pois todos os poderes e faculdades por ambas as partes exercidos no processo representam manifestação dos direitos constitucionais de ação e de defesa. Os meios típicos de contra-ataque do réu configuram, sim, *demanda*, que é indubitavelmente o mais importante ato que decorre do feixe de poderes que compõe o direito de ação (tanto no caso do autor, como no caso do réu).

Essa afirmação, contudo, não basta para concluir que a resposta de mérito do réu que não se encaixe nos modelos de contra-ataque já examinados seja também e como regra *demanda*, na acepção técnica estrita do termo.

Embora o direito de ação não se esgote na *demanda inicial*, é evidente que esse ato tem uma importância diferenciada, pois é responsável por quebrar a

<sup>1</sup> Daí decorre que, sob o prisma da atual ordem constitucional brasileira, não há maiores diferenças entre o exercício dos direitos de ação e de defesa, a tal ponto que, conforme assentado anteriormente, optamos por associar o primeiro ao autor e o segundo ao réu apenas em homenagem à tradição terminológica consagrada.

inércia do Estado-juiz e instaurar o processo.<sup>2</sup> Segundo PROTO PISANI,<sup>3</sup> a demanda representa “o ato de exercício do primeiro daqueles poderes (deveres e faculdades) processuais inseridos no esquema complexo do direito de ação”.<sup>4</sup>

Se o primeiro ato praticado pelo autor no processo é sempre a demanda, é de se questionar o acerto do entendimento largamente disseminado segundo o qual se recusa, como regra, essa mesma natureza ao primeiro ato praticado pelo réu no processo.

A colocação tradicional do problema – calcada em premissas longa e amplamente aceitas – é a de que o autor pede, e o réu resiste, exceto quando sob formas específicas possa propor demanda contra o autor (havendo, apenas nessa hipótese, contra-ataque). A primeira atuação do réu, após ser chamado ao processo pela citação, é, como regra, algo inferior à demanda inicial,<sup>5</sup> resultado de uma posição jurídica passiva, salvo quando se conformar a uma das hipóteses específicas da lei processual em que se considera que sua atuação encerra contra-ataque (postura ativa), assumindo as vestes de demanda.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> São bem antigas as dúvidas e discussões em torno do momento inicial em que se considera existente o processo. Parece-nos correta a vitoriosa corrente que reputa que o ajuizamento da petição inicial marca o início do processo, como lecionam PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 11, p. 98), CINTRA, GRUNOVER e DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 256) e ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (“Extinção do processo”..., *Ensaio...*, cit., p. 364). A maior prova disso é que o juiz pode antecipar tutela (CPC, art. 273) e indeferir a inicial com resolução de mérito (CPC, arts. 285-A e 295, IV).

<sup>3</sup> PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 214). O trecho original, não vertido ao vernáculo, é o seguinte: “la domanda giudiziale costituisce l’atto di esercizio del primo di quei poteri (doveri e facultà) processuali riassunti nello schema complesso del diritto di azione”.

<sup>4</sup> Em sentido próximo a esse, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 110).

<sup>5</sup> MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 93) afirma que é marginal e limitada a tutela jurisdicional emergente do acolhimento de um fato modificativo, impeditivo ou extintivo, como o exclusivo propósito de rejeitar a demanda inicial. Em sentido similar, GRASSO (*La pronuncia d’ufficio*, p. 245) considera que a exceção produziria apenas um resultado negativo, em relação à situação jurídica deduzida pelo autor na demanda inicial, nunca positivo.

<sup>6</sup> Excepcional e contraditoriamente, a doutrina em geral reconhece que a exceção substancial é postura ativa do réu. Assim, v. g., na doutrina estrangeira, FABBRINI (*Le eccezioni di merito...*, cit., p. 366), LIEBMAN (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 150), GIOVANNI VERDE (*Profili del processo civile*, v. 1, p. 179), COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 265) e RENATO ORLANI (*Eccezione...*, cit., p. 281). Essa posição é ainda mais marcante para aqueles autores que vislumbram na exceção substancial um *contradireito*, como CHIOVENDA (*Sulla “eccezione”*, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 151), ESCOBEDO (*Lecezione...*, cit., p. 29 ss) e SÉRGIO COSTA (*Eccezione, Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 259 ss, e *Eccezione, Novissimo digesto italiano*, v. 6, p. 349 ss). Na doutrina pátria, essa ideia jamais deixou de ecoar desde remotos tempos. RAMALHO (*Praxe brasileira*, p. 60): “Diz-se autor aquele que comparece em juízo pedindo que se declare um direito contestado.” Adiante, o autor completa: “o réu, exercitando as suas exceções, obsta ou embarga a ação com fatos novos e considerações que dão direito a uma pretensão distinta da ação proposta, o que é suscetível de uma nova demonstração e verificação; toma ele na demanda uma posição ativa, que lhe impõe a obrigação de provar sua pretensão nova”. No mesmo sentido, AMARAL SANTOS (*Da reconvenção...*, cit., p. 44), ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*Demanda reconvenicional...*, cit., p. 251), TORDINO (*Da reconvenção*, p. 64) e MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 464). As palavras deste último merecem transcrição: “nas chamadas exceções materiais, o réu assume posição similar à do autor, ficando com diversos encargos a ela peculiares, o que motivou o brocardo *reus in exceptione fit actor*”.

DINAMARCO<sup>7</sup> reconhece que “a contestação é portadora de sua demanda”, mas ressalva que o tratamento dado a ela é diverso daquele dado à demanda do autor, porque

[o] reconhecimento de que existem demandas do réu e também do autor, incidentes ao processo, não significa que elas se sujeitem ao mesmo regime jurídico que a demanda inicial. Esta tem seu lastro mais profundo na garantia constitucional do direito de demandar e, talvez, do direito de ação (Const., art. 5º, inc. XXXV) – mas as demandas inerentes à defesa do réu não, nem aquelas que o próprio autor deduz no processo pendente, com referência ao modo como este caminha (requerimentos). Umas e outras são legitimadas pela ampla garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, inc. LV).

Adiante, DINAMARCO<sup>8</sup> completa que

a demanda reconvenção recebe tratamento jurídico muito assimilado ao que se aplica à inicial do processo: não obstante seja rigorosamente incidente a este, não dando início a processo algum, ela é o ato com que uma pretensão nova se apresenta ao juiz e abre caminho para uma possível tutela jurisdicional que sem ela não poderia sobrevir. Reconvenção não é defesa. O mesmo se dá com a ação declaratória incidental promovida por qualquer das partes.

Em que pese tal respeitabilíssima opinião (a qual é, de resto, afinada com a doutrina largamente dominante), parece-nos que não se conforma com a censura ao chamado “processo civil do autor” a recusa do caráter de *vera e propria* demanda à resposta de mérito do réu que não se enquadra como contra-ataque típico.

É importante repetir que as diferenças de tratamento entre autor e réu só se justificam na medida em que o primeiro tomou a frente e espontaneamente instaurou o processo, ao passo que o segundo foi convocado a dele participar, sem possibilidade de escolher o momento para pedir tutela jurisdicional ao Estado-juiz.<sup>9</sup>

Essa já é uma desvantagem inevitável, mas suficientemente palpável. Afinal, se por um lado o autor não se sujeita a prazos exíguos para propor a demanda ini-

<sup>7</sup> *Instituições...*, cit., v. 2, p. 133.

<sup>8</sup> *Instituições...*, cit., v. 2, p. 133.

<sup>9</sup> Aqui tem a nos amparar a opinião de COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (*Lezioni...*, p. 264) de que “[l]a simmetria di posizioni – come si desume dai principi fondamentali del giusto processo (artt. 3 e 24 Cost.) – implicano, almeno in teoria, una contrapposizione di parti in regime di *paritaria azione e difesa* punti di partenza globale parità delle armi”.

cial (os de ordem prescricional ou decadencial são, normalmente, mais longos),<sup>10</sup> o réu é citado para apresentar a resposta em um prazo preclusivo bem estreito.<sup>11</sup>

De mais a mais, o autor fixa o objeto do processo, e essa escolha tem efeitos sobre o réu,<sup>12</sup> que ao articular resposta está, quando menos, sujeito à observância de conexão com a demanda inicial e, em hipóteses excepcionais, a fortíssimos limites cognitivos horizontais (esses temas voltarão ao foco de nossa atenção adiante – item 11.2.2, *infra*).

Se além dessas desvantagens (inexoráveis) considerarmos que a resposta de mérito do réu via de regra constituirá algo inferior à demanda inicial, os princípios constitucionais da isonomia e contraditório restarão maltratados.

Aqui, oportuno invocar o pensamento de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI<sup>13</sup> de que

[o] traço distintivo que realmente conota o processo judicial é o contraditório, cujo pressuposto básico é que ele se desenvolva num plano de absoluta paridade entre as partes. Paridade tem o significado de que todas as partes que atuam no processo devem dispor de *oportunidades processuais preordenadas e simétricas* (destaque é nosso).

Mais uma vez é oportuno invocar a síntese de LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI,<sup>14</sup> no sentido de que “chegar primeiro ao Poder Judiciário não deve ser fonte de privilégios”.

Acresça-se que a separação entre os meios de defesa e de contra-ataque torna-se ainda mais complicada considerando-se que as formas pelas quais se instrumentalizam os segundos são dispensáveis (como vimos nos itens 4.1 e 9.6, *supra*), mas com notável frequência os meios de contra-ataque são interpretados de modo exacerbadamente restritivo (item 9.7, *supra*), apesar de não se pôr em dúvida que as mesmas matérias podem ser alegadas como simples defesa e como contra-ataque (conforme assentamos no item 7.4.4, *supra*, e voltaremos a examinar em maior profundidade no item 10.5, *infra*).

<sup>10</sup> O autor tem de observar apenas os prazos de prescrição e de decadência, normalmente computados em anos, ao passo que os prazos assinados para atuação do réu após a citação são contados, sempre, em dias.

<sup>11</sup> Essa constatação, quase óbvia, foi feita há mais de um século por PAULA BATISTA (*Compêndio...*, cit., p. 47): “o autor tem naturais vantagens sobre o réu”. No mesmo sentido, em doutrina estrangeira mais recente, SERGIO MENCHINI (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, p. 13) e, na doutrina pátria, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 248).

<sup>12</sup> MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 84): “quando il convenuto entra nel processo, l’oggetto di questo già è stato determinato dall’attore con la conseguenza che il convenuto, pur goendo, in linea di principio, di una disponibilità di tutela pari a quella dell’attore, há già a che fare com predeterminato oggetto di processo”. No mesmo sentido, GRASSO (*La pronuncia d’ufficio*, p. 318). O exame detido desse aspecto está reservado ao item 11.2.1, *infra*.

<sup>13</sup> *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 109.

<sup>14</sup> *A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 12.

Essa relativização entre defesa e contra-ataque do réu encontra base, principalmente, na Constituição Federal e implica, não há dúvida, a mudança de um paradigma exegético consagrado há séculos, pois parte de uma diferente valoração da posição do réu no processo.

Para propor essa profunda mudança de perspectiva metodológica, pautamos nas advertências de BEDAQUE no sentido de que “[d]e nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem”,<sup>15</sup> e de que “é preciso que o intérprete confira às regras processuais [...] significado compatível com a finalidade que os fundamenta e com a natureza instrumental do processo”.<sup>16</sup>

Parece-nos ser essa mais uma etapa necessária para percorrer o longo caminho de reinterpretação do sistema processual positivo à luz da Constituição, tarefa que COUTURE reconheceu ser altamente complexa quando pioneiramente despertou para essa linha metodológica:

[e]stas reflexões nos formam, com o passar do tempo, o convencimento de que a doutrina processual moderna tem ainda uma etapa muito significativa a cumprir. Um exame dos institutos que nos são familiares nesse ramo do direito, a partir do ponto de vista constitucional, constitui uma tarefa cuja importância e fecundidade não podemos determinar.<sup>17</sup>

A inferiorização da posição do réu no processo civil é resultado direto de diversas vicissitudes da evolução do direito processual civil, a começar no direito romano da *ordo iudiciorum privatorum*, em que como regra só se dava importância à figura do autor e da *actio* (*per legis* ou *per formulas*) por ele manejada (item 7.3, *supra*), o que exerce espantosa influência até os dias presentes. Ao mesmo tempo, a análise constitucional do direito processual civil é método recente, e esse terreno ainda permanece razoavelmente inexplorado.

Embora firmemente embasada na análise histórica e constitucional do ordenamento processual civil brasileiro, a tese que nos propusemos a defender ainda depende do exame mais profundo de sua *compatibilidade com dados estruturais do ordenamento processual infraconstitucional*, sendo forçoso ainda considerar os limites e algumas das principais consequências práticas que a adoção dessa concepção traz para o sistema.

<sup>15</sup> *Efetividade do processo...*, cit., p. 26.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>17</sup> Las garantías constitucionales del proceso civil, cit., p. 20. No original, o trecho ora traduzido é o seguinte: “Estas reflexiones nos han ido deparado, con el andar del tiempo, el convencimiento de que la doctrina procesal moderna tiene aun una etapa muy significativa que cumplir. Un examen de los institutos que nos son familiares en esta rama del derecho, desde al punto de vista constitucional, constituye una empresa cuya importancia y fecundidad no podemos todavía determinar.”

## 10.2 Primeira premissa infraconstitucional: duplicidade do comando declaratório da sentença

A empreitada proposta também exige o registro, como premissa, de que a sentença que julga o mérito da demanda inicial, dando-a como procedente ou improcedente (CPC, art. 269, I) é, sempre e necessariamente, portadora de um comando declaratório, independentemente do pedido formulado (mesmo que constitutivo ou condenatório).<sup>18</sup>

Desse modo, julgada procedente ou improcedente a demanda, o juiz declarará que o autor é ou não titular do direito que afirma ter, segundo a causa de pedir invocada (seja o direito a uma prestação, seja o direito a uma mudança de uma relação jurídica). No caso da procedência, eventualmente se seguirão outras atividades para tornar concreta a declaração emitida pelo juiz em favor do autor.

Essa afirmação – que não tem nenhum sabor de novidade – é mais facilmente visualizável com exemplos.

Pense-se que o autor requer ao juiz a condenação do réu ao pagamento de quantia em razão de ato ilícito extracontratual. A sentença que julgar procedente o pedido declarará o autor titular do direito reclamado, e autorizará a execução forçada (se necessária). A improcedência do pedido consiste em declaração de que o autor não possui o direito afirmado na demanda inicial pelo fundamento lá invocado.

Saindo do campo da tutela condenatória, imaginemos que o autor pretende o desfazimento de contrato em razão do inadimplemento do réu quanto a uma de suas obrigações. A procedência do pedido importa na declaração de que o autor tem o direito ao desfazimento contratual, com base no fundamento invocado, ao passo que a improcedência do pedido consiste na declaração de que o autor não é titular do direito à desconstituição do contrato pela causa de pedir suscitada.<sup>19</sup>

Não há como duvidar que a procedência e a improcedência da demanda (tanto constitutiva, como condenatória, nos exemplos dados) produzem declarações que têm o mesmo valor (embora em sentidos exatamente opostos), e ambas são aptas, da mesma forma, a receber o manto da imutabilidade da coisa julgada material.

<sup>18</sup> Essa compreensão é bem antiga, sendo suficiente invocar, apenas à guisa de exemplo, alguns doutrinadores pátrios de expressão, e que produziram suas obras separados por espaços de aproximadamente três décadas, como GUILHERME ESTELLITA (*Da ação declaratória no direito brasileiro*, 1933, p. 11), FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., 1977, p. 34) e BEDAQUE (*Efetividade do processo...*, cit., 2005, p. 526). Aliás, a consciência do fenômeno é responsável pela consagração da expressão *sentença meramente declaratória* (como anota, dentre outros, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *A ação declaratória incidental*, p. 57).

<sup>19</sup> Tem-se aí uma declaração de existência de uma *relação jurídica*, que pode não se assentar apenas sobre um direito subjetivo, mas igualmente sobre um direito potestativo, como é o caso, conforme observações feitas no item 7.4.4, *supra*.

De fato, a essa altura do desenvolvimento da doutrina processual, chegou-se a um razoável consenso (ao menos entre parcela expressiva dos estudiosos brasileiros), de que a coisa julgada material imuniza a *declaração emergente da sentença de mérito, e não propriamente seus efeitos*<sup>20</sup> (como sustentava LIEBMAN).<sup>21</sup> Do mesmo modo, muitos autores que se propuseram a definir o conceito de *condenação civil* afirmam expressamente que ela *compreende uma declaração*<sup>22</sup> da existência de uma relação jurídica, equivalente àquela produzida por uma sentença meramente declaratória. Eis aí mais uma vez realçada a importância do componente declaratório inerente a toda sentença.

Desse modo, se a demanda inicial foi julgada procedente, ao réu será vedado discutir judicialmente se o autor é ou não titular do crédito reclamado, pelo fundamento invocado na demanda inicial. No caso de improcedência, o autor será impedido de reiterar o pedido, informado pela mesma causa de pedir. Embora em sentidos opostos, as declarações se equivalem, tal como a coisa julgada que sobre elas recai.

Desponta, pois, de modo claro, a *duplicidade* do componente declaratório inerente a qualquer sentença, pois a rejeição da demanda é portadora de declaração quanto à inexistência do direito reclamado, que é passível de imunização pela coisa julgada, da mesma forma que o acolhimento da demanda importa na

<sup>20</sup> Veja-se na doutrina nacional, também a título meramente interpretativo, CELSO NEVES (*Coisa julgada civil*, p. 494), JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 110) e HUMBERTO THEODORO JR. (*Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória*. *Revista de processo*, nº 81, p. 95), que alude à “inseparabilidade da declaratividade da coisa julgada material”. Para ARRUDA ALVIM (*Ação declaratória incidental*, *Revista de Processo*, nº 20, p. 29), “o que é particularmente relevante, na teoria da coisa julgada, é justamente a parte declaratória das sentenças”.

<sup>21</sup> *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada* (com aditamentos relativos ao direito brasileiro), tradução de Alfredo Buzaid e Benvidio Aires, passim). Inegável que os efeitos da sentença de mérito podem, perfeitamente, ser alterados. Basta pensar que o titular de direito de crédito reconhecido por sentença de mérito passada em julgado pode remir a dívida, ou ainda compor-se amigavelmente com o devedor para recebê-la parcialmente ou em prestações. Não é por outra razão que o art. 475-L, VI, do CPC arrola como matéria passível de alegação pelo executado “qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença” (norma que repete o art. 741, VI, do CPC, hoje aplicável apenas aos embargos à execução manejados pela Fazenda Pública). No fim das contas, o que está imune de questionamentos é a *declaração* contida na sentença, de tal modo a impedir que qualquer juiz profira decisão que a contrarie. Mesmo os autores que se propuseram a explicar o fenômeno de forma diversa não se desgarraram inteiramente da ideia de imutabilidade do componente declaratório da sentença passada em julgado.

<sup>22</sup> Não é o caso de examinar os pormenores desta longa discussão doutrinária, mas apenas o de registrar que a possibilidade de desmembrar a sentença condenatória, para nela reconhecer um elemento declaratório, constitui denominador comum entre todos os estudos, mesmo que divergentes, sobre o tema. Para ficar apenas com os autores que protagonizaram o debate na Itália sobre esse tema, lembre-se que LIEBMAN afirmava que a condenação reside no elemento agregado à declaração da existência do direito, que é a declaração de aplicabilidade da sanção (*Processo de execução*, p. 13). CARNELUTTI definia a condenação como a declaração de existência de responsabilidade, agregada à declaração de existência do direito (*Sistema...*, cit., v. 1, p. 139). Já CALAMANDREI agregava à declaração de existência do direito um efeito constitutivo, responsável por transformá-lo em sujeição do devedor (*La condanna, Opere giuridiche*, v. 5, p. 483-494). Fato é que o ponto comum dessas concepções é o de que a sentença condenatória contém uma declaração sobre a existência de uma relação jurídica, discordando a doutrina sobre o elemento que é aí anexado para que se considere existente a condenação.

declaração de que o mesmo direito existe,<sup>23</sup> e esse reconhecimento torna-se inatável com o trânsito em julgado.

A percepção dessa duplicidade é mais aguda quando se trata de demanda meramente declaratória (a qual, lembre-se, deve dizer respeito à existência ou inexistência de relação jurídica ou à autenticidade ou falsidade documental, a teor do art. 4º do CPC).

É bem conhecida e consolidada a doutrina no sentido de que a improcedência da demanda declaratória implica a declaração exatamente contrária em favor do réu,<sup>24</sup> a despeito de minoritárias vozes dissonantes.<sup>25</sup> E não há mesmo como entender de outra forma.

Se a demanda declaratória for destinada a obter o reconhecimento da *existência* ou *inexistência* de uma relação jurídica, seu objetivo é eliminar incerteza a respeito,<sup>26</sup> de tal modo que o julgamento do mérito importará necessariamente em uma dessas soluções, mediante procedência ou improcedência da demanda.

<sup>23</sup> Esse pensamento é bem sintetizado por PONTES DE MIRANDA (*Tratado das ações*, t. 2, p. 64): “[s]e a sentença desfavorável diz que não existe a relação jurídica, que não ação declaratória positiva, se pretendia que existisse, há coisa julgada material: a desfavorabilidade produziu a declaração contrária. Se a sentença desfavorável, na ação declarativa negativa, contém conclusão de que a relação jurídica existe, a despeito do que se sustentou no pedido, há coisa julgada material. Passa-se o mesmo no tocante à sentença desfavorável na ação declarativa de autenticidade de documento e na ação declarativa de falsidade de documento. O ‘*não tem razão*’, nas ações declarativas, importa em ‘*tem razão*’ para a outra parte ou para as outras partes. Tem-se de atender a que a ação declarativa tem como finalidade precípua, preponderante, o enunciado existencial: se perde quem disse que ‘*é*’, ganha quem disse que ‘*não é*’; se perde quem disse que ‘*não é*’, ganha quem disse que ‘*é*’ (destacamos).

<sup>24</sup> CHIOVENDA entende que a sentença de improcedência da demanda é declaratória negativa em favor do réu, pois “afirma a existência de uma vontade concreta da lei que garante um bem ao réu” (*Principii...*, cit., p. 265), do mesmo modo que a improcedência da demanda declaratória negativa equivale à sentença declaratória positiva em favor do réu (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 459). No item 7.4.4, *supra*, ainda lembramos das lições de CARNELUTTI (*Un lapsus evidente?*, cit., p. 447), ROCCO (*La sentenza civil*, cit., p. 177), CALAMANDREI (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 239), ZANZUCCHI (*Nuove domande...*, cit., p. 383, e *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 197), MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 86) e ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 299-300). Dentre os espanhóis, MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 220). Na doutrina brasileira, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 115), DINAMARCO (*Tutela jurisdiccional, Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 828, e *Instituições...*, cit., v. 3, p. 220, exemplificando com a ação investigatória e a ação negatória de paternidade, ambas tendentes aos mesmos resultados, se julgadas respectivamente procedente e improcedente ou vice-versa), FLÁVIO YARSHILL (*Tutela jurisdiccional*, p. 124) e ARAKEN DE ASSIS (*Procedimento sumário*, p. 93, exemplificando com a “ação declaratória de união estável” que, julgada improcedente, reconhece que a união inexistiu).

<sup>25</sup> BOTELHO DE MESQUITA (*Coisa julgada*, p. 27) toma como base o art. 459 do CPC para afirmar que o juiz apenas se limita a julgar a demanda do autor, sem que com isso se produza qualquer efeito para o réu, o qual, para conseguir algo, dependeria do manejo de reconvenção. No mesmo sentido, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 150) afirma que “a improcedência do pedido não pode produzir uma situação de prejuízo para o autor, sob pena de inibirmos o uso de tão fascinante instituto da processualística moderna [a ação declaratória]”.

<sup>26</sup> Vide, v. g., na doutrina italiana, CHIOVENDA (*Azioni e sentenze di mero accertamento, Saggi...*, cit., v. 3, p. 21 ss), GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 37-40), FAZZALARI (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 130); na doutrina argentina, GONZÁLEZ CASTRO, *La acción meramente declarativa*, p. 186 ss; e dentre os estudiosos pátrios: CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Ação declaratória principal e incidente*, p. 80), BUZAD (*Ação declaratória...*, cit., p. 247 ss), DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 219-220), CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Teoria e prática da tutela jurisdiccional*, p. 160), LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA (*Interesse de agir na ação declaratória*, p. 177 ss) e BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 60).



Nesse passo, a declaração de existência ou inexistência da relação jurídica só tem sentido se puder se tornar perene, tornando inviável a propositura de futuras demandas invocando novos fatos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos não provados ou não considerados em um primitivo processo. É justa e exclusivamente para isso que serve a demanda meramente declaratória.<sup>27</sup>

PONTES DE MIRANDA,<sup>28</sup> de maneira que não poderia ser mais direta, diz, a propósito das sentenças que julgam demandas declaratórias de existência ou inexistência de relação jurídica, que “nelas se diz em primeiro plano que algo existe, ou que algo não existe. Sim ou não. [...]. É ou não é”.

Conclusão diversa dessa implicaria aceitar, em alguma medida, coisa julgada *secundum probationem* ou *secundum eventum litis*, os quais, salvo na seara dos processos coletivos, são vedados no nosso sistema.<sup>29</sup> Ademais, sentença que decretasse “a relação jurídica existe (ou inexistente), mas apenas sob tais e quais condições efetivamente examinadas”, além de afrontar a lógica, aviltaria o comando do art. 460, parágrafo único, do CPC, que exige do juiz o proferimento de “sentença certa” e veda a prolação de decisão condicional.<sup>30</sup> Aliás, para além dessa constatação, não é exagero dizer que a sentença que julga improcedente a demanda declaratória positiva, mas não afirma a inexistência da relação jurídica deduzida pelo demandante, viola a proibição do *non liquet*.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> A propósito, CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Ação declaratória...*, cit., p. 161-162) ensina que: “[I]ndiscutivelmente, a sentença declaratória faz coisa julgada; essa é a doutrina universal, única possível, pois o contrário importaria em retirar todo o valor ao instituto e reduzir esse tipo de sentença a simples parecer. [...] Como consequência desse princípio, a declaratória positiva que reconhecer ou negar a existência de uma relação jurídica tornará esse direito indiscutível entre as mesmas partes; a declaratória negativa, afirmando ou negando a relação deduzida pelo autor, terá também o mesmo efeito entre as partes.”

<sup>28</sup> *Tratado das ações*, t. 2, p. 5.

<sup>29</sup> Vide item 7.4.2, *supra*.

<sup>30</sup> MONIZ DE ARAGÃO (*Sentença e coisa julgada*, p. 122-123) é um dos que sintetiza o propósito do art. 460, parágrafo único, do CPC na impossibilidade de o juiz deixar de dirimir o litígio: “finalidade precípua da sentença, como provimento jurisdicional que extingue o processo com julgamento de mérito, é compor o conflito de interesses e estabelecer certeza onde até então reinava a incerteza”. Adiante esclarece, valendo-se de lição de CARNELUTTI, que a sentença deve sempre conter um *accertamento* de existência ou inexistência de uma relação jurídica ou direito. No mesmo sentido, põe-se a doutrina de ARAÚJO CINTRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 281-282).

<sup>31</sup> Assim leciona ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 309-310): “[o]gnun vede perché codesta decisione non possa non equivalere all'accertamento positivo del diritto controverso; l'esistenza dell'effetto potrebbe è vero non esser stata richiesta dall'interessato, né sarà espressamente consacrata nella pronuncia del giudice, essa discende però direttamente da quest'ultima, in virtù dell'unica esegesi logicamente possibile d'un simile dictum giudiziale di rigetto: cioè, a meno di non voler riconoscere uno spazio nel nostro ordinamento alle decisioni di *non liquet*, ché tale davvero sarebbe la sentenza con cui il giudice chiamato a pronunciarsi intorno all'esistenza di un diritto soggettivo ed in effetti pronunciando nel merito non si pronunciava né in senso, né nell'altro”.

Não há, enfim, como escapar da realidade inexorável bem afirmada por DINAMARCO: “o resultado da sentença declaratória, seja positivo ou negativo, é invariavelmente a certeza [...] Essa é sua utilidade social institucionalizada”.<sup>32</sup>

+ ANGELO FALZEA<sup>33</sup> destaca precisamente que o estado de incerteza ensejador do interesse para a demanda declaratória não se dissipa apenas com a declaração judicial, mas com o *efeito preclusivo* que dela deriva, responsável por *imunizar o accertamento* contra futuros ataques,<sup>34</sup> ainda que baseados em fatos não considerados pela decisão, que passam a se tornar irrelevantes.<sup>35</sup> É exatamente o que prescreve o art. 474 do CPC brasileiro,<sup>36</sup> que atribui essa eficácia preclusiva à coisa julgada material.<sup>37</sup>

Tampouco a falsidade material de documento, objeto de demanda declaratória (CPC, art. 4º, II), assenta-se em diversas “causas”,<sup>38</sup> de tal modo que a sentença de mérito, acolhendo ou rejeitando a demanda, declarará autêntico ou falso o documento. Não há outra solução diversa dessas duas, que são mutuamente excludentes. CELSO BARBI<sup>39</sup> sentenciou, com correção, que: “o mesmo documento

<sup>32</sup> *Instituições...*, cit., v. 3, p. 219.

<sup>33</sup> No conhecido verbete *Accertamento* (Enciclopedia del diritto, v. 1, p. 206-219).

<sup>34</sup> Para ROMANO, essa qualidade dos efeitos da declaração é que a torna útil (*Lazione di accertamento negativo*, p. 299-300). No mesmo sentido, COMOGLIO (*Il principio di economia processuale*, v. 2, p. 107-108) reconhece que a função prática da coisa julgada não é outra que evitar o *bis in idem*.

<sup>35</sup> BARBOSA MOREIRA afirmou que “[r]essalvadas as hipóteses legalmente contempladas, com a coisa julgada material chegou-se a um *point of no return*. Cortaram-se as pontes, queimaram-se as navas; é impraticável o regresso. Não se vai ao extremo bíblico de ameaçar com a transformação em estátua de sal quem pretender olhar para trás; mas adverte-se que nada do que se puder avistar, nessa mirada retrospectiva, será eficazmente utilizável como arfete contra a muralha erguida. Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material; e se ela não servir para isso, a rigor nenhuma serventia terá. Subordinar a prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do alveo do direito positivo, à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto do seu sentido essencial” (Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”, *Temas de direito processual* – 9ª série, p. 243-244). Vale acrescentar aqui o pensamento de COMOGLIO (*Il principio di economia processuale*, v. 2, p. 113), segundo o qual a coisa julgada se baseia na “supremazia del bisogno di certeza su quello di verità”. Por fim, veja-se que PONTES DE MIRANDA averbou que (*Tratado das ações*, t. 2, p. 5, p. 41) “[a] declaração pré-exclui qualquer incerteza sobre o que se declara e qualquer ato, positivo ou negativo, que se choque com a declaração, contradiz o que o autor tinha interesse em que se dissesse”.

<sup>36</sup> “Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

<sup>37</sup> Esse tema voltará ao centro de nossas preocupações no item 10.8.1, *infra*, sendo as considerações tecidas no texto suficientes por ora.

<sup>38</sup> Se tanto, poderia se falar em falsidade de um aspecto do documento ter sido apurada (v. g., a interpolação de uma palavra ou a autenticidade de uma assinatura), e outro não. Mas cada falsidade invocada enseja solução absoluta.

<sup>39</sup> *Ação declaratória principal e incidente*, p. 210. No mesmo sentido, LIEBMAN (*Loggetto del processo civile di falso*. *Problemi del processo civile*, p. 98) anota com precisão que um documento “può essere soltanto vero o falso”.

não pode ser, ao mesmo tempo, falso e verdadeiro, conforme a sentença que o aprecie”.<sup>40</sup>

Em resumo, resta evidente que a improcedência da demanda declaratória positiva traz ao mundo do direito o reconhecimento da *inexistência* da relação jurídica firmada, ao passo que a improcedência da demanda declaratória negativa produz *accertamento* quanto à *existência* da relação jurídica negada pelo autor. O mesmo ocorre quando se trata de demanda declaratória de falsidade ou autenticidade documental.

Tem-se aí de modo claro o fenômeno designado de “ação dúplice” (tratado no item 9.3, *supra*), eis que só existem duas soluções passíveis de serem dadas no caso concreto, que são mutuamente excludentes, e que são decorrentes do *simples julgamento da demanda inicial*. A esse último aspecto centraremos nossas atenções no item seguinte. Por ora, somos forçados a ressaltar da conclusão extraída acima duas situações.

A *primeira* concerne à demanda declaratória que não se atém às hipóteses estritas do art. 4º do CPC (existência ou inexistência de relação jurídica e autenticidade ou falsidade de documento), como por exemplo aquela retratada pela Súmula 181 do STJ: “é admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual”. Aqui, é possível (embora não seja desejável) que o juiz negue a interpretação propugnada pelo autor, sem afirmar a interpretação que considera correta, o que afasta o fenômeno da duplicidade. Há situação jurídica que não admite apenas duas soluções mutuamente excludentes. Trata-se, de qualquer modo, de hipótese excepcional, que não infirma as conclusões aqui atingidas.

A *segunda* situação da qual devemos ressaltar a aplicação da duplicidade da demanda declaratória é aquela concernente à validade ou invalidade de determinado negócio ou ato jurídico (se é que se está mesmo diante de demanda declaratória e não constitutiva).<sup>41</sup> O pedido de declaração feito pelo demandante assenta-se sobre um determinado *fato principal* do qual decorre, ao menos em tese, a alegada invalidade. A demanda declaratória pode ser julgada improcedente sob esse fundamento, considerando que não existe a alegada mácula de validade do negócio ou ato jurídico, mas nem por isso declará-lo válido. A situação, aqui, é

<sup>40</sup> Obviamente que não cogitamos, por estranho ao objeto deste trabalho, se a sentença que reconhece falsidade documental tem ou não eficácia e imutabilidade *erga omnes*.

<sup>41</sup> Rigorosamente, essa hipótese não está contemplada no art. 4º do CPC, mas a amplitude da garantia de tutela jurisdicional em face da ameaça a direito (CF art. 5º, XXXV) impõe igual alargamento do dispositivo infraconstitucional para acomodar tal situação. Registre-se, contudo, que autorizadas opiniões no sentido de que a validade ou invalidade implica sentença *constitutiva* (positiva ou negativa), e não meramente declaratória (como, v. g., PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, cit., t. 1, p. 180). Todavia, parece prevalecer que a *nullidade* do negócio ou ato jurídico implica proferimento de sentença meramente declaratória, ao passo que a anulabilidade acarreta sentença constitutiva (assim entendem, v. g., BARBI, *Ação declaratória...*, cit., p. 78, e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, *Interesse de agir na ação declaratória*, p. 160-162).

bem diversa daquela encontrada na demanda declaratória de existência ou inexistência jurídica, que exige apenas duas soluções reciprocamente excludentes.

De qualquer forma, para as duas situações aqui por último enunciadas, à guisa de exceção, sinalizam um aspecto muito interessante quanto à duplicidade da demanda meramente declaratória. Pode-se enxergar perfeitamente a propalada duplicidade *dentro dos limites do pedido de declaração*, de modo que uma vez rejeitada a demanda que pede declaração de uma específica interpretação de cláusula contratual (primeira situação ressaltada) ou a demanda que pede a declaração da existência de um particular vício do ato jurídico (segunda situação), *produz-se declaração de que a cláusula não admite a interpretação proposta pelo demandante e o vício arguido por ele não existe*, respectivamente. Nesses limites estreitos, continua existindo, como nos demais casos, efetiva duplicidade.

Em suma, não se infirma aqui a conclusão de que há duplicidade da demanda meramente declaratória e, por conseguinte, no componente declaratório presente em qualquer demanda, desde que respeitados os limites acima enunciados.

### 10.3 Segunda premissa infraconstitucional: dispensabilidade da resposta do réu para proferimento da sentença (declaratória) de improcedência da demanda inicial

A compreensão do caráter dúplice do componente declaratório, presente em toda sentença de mérito, reforça uma segunda premissa necessária neste momento da exposição e que já se extrai do Capítulo 8, *supra*, de que *a resposta de mérito do réu é dispensável para que o juiz julgue improcedente a demanda do autor e produza declaração de que ele não é titular do direito reclamado na peça inicial sob o fundamento nela invocado*.

Em razão desse aspecto, reconhece-se que faltaria interesse processual para a reconvenção e para a declaratória incidental, que tivesse por objetivo declarar que o autor não tem o direito que reclama na demanda inicial.<sup>42</sup> Pela mesma razão, justifica-se que a demanda declaratória incidental (item 9.4, *supra*) deve

<sup>42</sup> FURNACIANI JR. suscita o seguinte exemplo: “[a]ssim, hipoteticamente, se um autor cobra uma dívida e o réu opõe-lhe fato extintivo do seu direito, não há interesse de agir, em se ver declarada em via reconvenção a inexistência da relação obrigacional que o autor pretendia exercer em juízo, pois *caso a demanda venha a ser julgada improcedente, o efeito útil produzido para o réu será idêntico, ao resultado da declaração que buscava, usando da reconvenção*” (*Da reconvenção...*, cit., p. 26). No mesmo sentido, o STJ decidiu que há “[a]usência de interesse no pedido declaratório quando não se pretenda a ampliação da matéria a ser atingida pela imutabilidade da coisa julgada, mas simplesmente opor-se à procedência da ação” (REsp 83.722/MG, 3ª T., Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 31-3-1998). A despeito disso, o STF assentou em sua Súmula nº 258 ser cabível a reconvenção em ação declaratória. Examinando-se os precedentes que deram origem a esse enunciado, encontra-se aquele proferido nos autos do RE 47.778/SP, publicado em 17-5-1962, e relatado pelo Ministro Ary Franco, que assentou que a reconvenção à ação declaratória pode consistir em outra declaratória, pela qual o réu pede que “não é neste sentido que deve ser feita a declaratória (sic), e sim neste outro”.

versar sobre *outra* relação jurídica, que não constituía objeto da demanda inicial e que se tornou controvertida após sua propositura.<sup>43</sup>

Aplicando-se as conclusões até aqui desenvolvidas, é de se questionar, então, a razoabilidade da redução da importância da resposta do réu apenas à suscitação de matérias de defesa que, via de regra, o juiz já poderia conhecer *ex officio*.

ENZO VULLO<sup>44</sup> também atinou para essa questão, mas a ela respondeu com solução diametralmente oposta à aqui alvitada. O monografista italiano considera que não haveria na defesa a dedução de uma demanda declaratória do réu, porque o juiz pode julgar improcedente a demanda do autor com o mesmo efeito. Assim, VULLO considera absurdo que, no momento em que o autor propõe sua demanda, esteja aí embutida uma demanda declaratória do réu em sentido inverso.

*O erro desse raciocínio está em negar que haja demanda do réu revel, para, a partir daí, tirar a conclusão de que também não há demanda do réu nas hipóteses em que ele efetivamente responde à demanda inicial.* Aqui, o aludido monografista peninsular peca pela falta de lógica, e menospreza o evidente fenômeno da duplicidade acima destacado.

Raciocínio similar (e na mesma medida errôneo) desenvolveu o espanhol ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS,<sup>45</sup> que, após constatar a possibilidade de o réu manter-se inerte em face da demanda do autor, conclui que: “situar em paralelo a pretensão do autor, demandante, e a pretensão do demandado constitui erro notável, já que a pretensão do demandado pode faltar por completo”.

*Ora, o fato de o réu poder omitir-se de responder à demanda do autor não exclui que haja demanda sua quando ele efetivamente apresenta resposta.*

Já ficou suficientemente afirmado (item 9.6, *supra*) que a resposta de mérito do réu será demanda se houver na resposta do réu pedido de providência que não seja a improcedência da demanda do autor, mesmo sem o emprego das formas típicas dos meios de contra-ataque já previstos no direito positivo.

Assim, para além desse ponto de consenso, o que nos move é saber *se a resposta de mérito do réu, que se limita a pleitear a improcedência do autor, invocando para tanto fundamentos que, evidentemente, não estão compreendidos na demanda inicial, efetivamente amplia o objeto litigioso do processo, propondo, por isso, verdadeira demanda na acepção estrita do termo.* Já não é surpresa alguma que nossa resposta a essa indagação é *positiva, cumprindo então fundamentá-la.*

<sup>43</sup> A propósito, v. g., ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (Ação declaratória incidental no Novo Código de Processo Civil, RT, nº 458, p. 27) e BUZAID (A ação declaratória..., cit., p. 393).

<sup>44</sup> *La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 83 e 87.

<sup>45</sup> *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, p. 32.

## 10.4 Fundamentos invocados pela resposta de mérito do réu e a sentença de improcedência da demanda inicial

A esmagadora maioria dos doutrinadores brasileiros extrai dos arts. 469 e 470 do CPC o entendimento de que qualquer matéria veiculada pelo réu para embasar seu pedido de *mera* improcedência do pedido do autor suscitará questões *prejudiciais* à demanda inicial,<sup>46</sup> as quais, porém, devem ser resolvidas em caráter *incidenter tantum*, na parte da *fundamentação* da sentença, a qual se limitará a julgar *principaliter* apenas o pedido do autor, iluminado pela causa de pedir por ele apresentada.

Para que essas questões ventiladas pelo réu sejam resolvidas em caráter *principaliter*, é necessário que ele ajuíze *demanda declaratória incidental* que, como vimos (item 9.4.1, *supra*), é meio de contra-ataque, que pode facilmente ser reconduzida à figura da demanda reconvençional.

Para que possamos relativizar as hipóteses de simples defesa e de contra-ataque, é indispensável, pois, que seja feita uma revisão crítica desse instituto.

A distinção entre o julgamento da questão prejudicial realizado *incidenter tantum* e *principaliter* tem raízes remotas no direito romano clássico (não sendo fruto do acaso o uso de expressões latinas), no qual a existência de questão prejudicial levantada pelo réu deveria ser reconhecida pelo pretor (com base em sua *cognitio*), apenas para que fosse objeto de *exceptio praeiudicialis*, a ser inserida na fórmula. Todavia, na fase *apud iudicem*, o *iudex* procedia ao exame da *exceptio* apenas incidentalmente, com base no seu *iudicium*, já que os poderes que lhe eram atribuídos pela fórmula estavam orientados apenas ao julgamento da *intentio* do autor.<sup>47</sup> Essa concepção ficou registrada nas fontes justinianéias (D. 44.1.5) e persistiu, segundo BUZAID, no direito luso-brasileiro até as Ordenações Filipinas (3.1.1), que remetiam o trato das questões prejudiciais para o “direito comum”.

<sup>46</sup> Assim se entende desde CHIOVENDA (*Principii...*, cit., p. 277). Para DENTI a exceção substancial suscita *sempre* uma questão prejudicial (Eccezione..., cit., p. 64). No mesmo sentido, COLESANTI (Eccezione..., cit., p. 202): “è oggi possibile delimitare con precisione la sfera delle eccezioni; essa coincide con quella delle questioni pregiudiziali”. BALBI e TARZIA (Riconvenzione, cit., p. 668-669) pronunciam-se no mesmo sentido: “[p]ertanto anche quando la questione pregiudiziale è dedotta come semplice eccezione, al limitato fine di paralizzare gli effetti della domanda, non dovendo essa essere decisa con efficacia di giudicato, si delinea, in quest'ordine di idee, un accertamento incidentale. Se si qualifica così l'accertamento incidentale, è agevole concludere che l'eccezione riconvenzionale, altro non è che un accertamento incidentale, pregiudiziale rispetto alla domanda principale, accertamento che viene richiesto esclusivamente al fine di paralizzare l'azione”. COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 240-241), alinhando-se à opinião generalizada, consideram a necessidade de demanda para que a questão prejudicial passe de simples defesa para demanda de “accertamento incidentale”. Ainda no mesmo sentido, há recente opinião de ORIANI (Eccezione..., cit., p. 283). Na doutrina da Espanha, confira-se PADURA BALLESTEROS (*Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, p. 132-133). Entre os estudiosos brasileiros, importa citar ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (Ação declaratória incidental..., cit., p. 27) e BUZAID (A ação declaratória..., cit., p. 393).

<sup>47</sup> Assim entende a doutrina romanista (FRANCESCO DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, p. 199).

As razões que existiam para justificar essa técnica processual desapareceram e, a despeito disso, ainda hoje alguns doutrinadores continuam a explicar o fenômeno valendo-se da mesma lógica, ou seja, que o julgamento *incidenter tantum* é fruto de exercício de mera *cognitio*, ao passo que o julgamento *principaliter* encerra *iudicium*.<sup>48</sup>

Mesmo a doutrina que abandonou esses termos latinos conserva a exata mesma concepção. Na doutrina italiana tradicional, contrapõem-se a *cognizione* (que resulta em julgamento meramente incidental) e o *accertamento* (sobre o qual recai a autoridade da coisa julgada).<sup>49</sup> Em vernáculo fala-se na atividade de *conhecimento* do juiz, em contraposição à sua atividade de *decisão*.<sup>50</sup> Usando-se terminologia mais moderna, mas ainda apegada à mesma ideia, distinguem-se os eixos *lógico* e *imperativo* do processo, pretendendo designar exatamente o mesmo fenômeno da *resolução* de questões *incidenter tantum* e a *decisão* de questões *principaliter*.<sup>51</sup> Em resumo, todas as explicações do fenômeno giram em torno do exato mesmo ponto.<sup>52</sup>

DINAMARCO<sup>53</sup> empreende esforço hercúleo em divisar as hipóteses:

*Incidenter* significa incidentalmente; *tantum*, apenas. Uma declaração *incidenter tantum* consiste na solução que o juiz dá a uma questão de fato ou de direito quando fundamenta a decisão e não no momento em que decide a causa. Sabido que a sentença de mérito contém relatório, motivação e decisão (art. 458), é nessa última parte que ele dita imperativamente a situação que há de preponderar a vida das pessoas em razão do processo, ou seja, é ali que ele concede ou nega a tutela jurisdicional pedida pelo autor. A motivação, ou fundamentos, não passa de mero apoio lógico com que o juiz prepara a decisão da causa. Decidir *incidenter tantum* é, portanto, manifestar-se sobre uma questão ao externar as razões pelas quais decidirá a causa. A decisão da causa, contida no *decisum* da sentença, é um pro-

<sup>48</sup> Referimo-nos a nomes de expressão tais como BARBOSA MOREIRA (Os limites objetivos..., cit., *Temas de direito processual* – 1ª série, p. 92) e ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Ação declaratória incidental*, p. 26).

<sup>49</sup> E. g., FRANCESCA LOCATELLI (*L'accertamento incidentale ex lege: profili*, p. 4).

<sup>50</sup> E. g., LIEBMAN (em nota à tradução brasileira das *Instituições* de CHIOVENDA, v. 1, p. 542, nota 6) e CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Ação declaratória principal e incidente*, p. 203).

<sup>51</sup> E. g., CLARISSE LEITE (*Prejudicialidade...*, cit., p. 124 ss).

<sup>52</sup> O fenômeno é também retratado com a explicação de que a demanda declaratória incidental provoca a “conversão da questão em controversia” (COLESANTI, *Eccezione...*, cit., p. 204). Esse silogismo é irremediavelmente contraditório, pois, ainda segundo o pensamento mais comum, só existe questão se houver controversia; sem ela, há mero *ponto* (vide a propósito as nossas considerações no item 4.2, *supra*). Fala-se, com o mesmo intuito, que a demanda declaratória incidental converte a *questão* em *causa* (CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Ação declaratória principal e incidente*, p. 204 ss). Essa assertiva transmite falsa impressão de que haveria questões que não poderiam constituir objeto de processo autônomo, o que se mostra incompatível com a amplitude da demanda declaratória, que decorre do comando constitucional do art. 5º, XXXV.

<sup>53</sup> *Instituições...*, cit., v. 2, p. 156.

nunciamento judicial *principaliter*. É sobre ele que poderá depois incidir a autoridade da coisa julgada material (art. 469).

São várias as objeções possíveis a essa consagrada construção doutrinária, a começar que ela se baseia na ideia de que a sentença seria um perfeito silogismo, o que é “uma simplificação”, como bem assinalado por ADROALDO FURTADO FABRÍCIO.<sup>54</sup>

Ademais, quando DINAMARCO se propõe a explicar a utilidade prática da distinção aqui examinada, apresenta argumentos que, com o devido acatamento, não convencem:

[s]e não fosse assim, o julgamento das *questões* pertinentes à situação jurídico-substancial controvertida, confundindo-se com o próprio julgamento do mérito, seria apto a obter a coisa julgada material e, na interpretação do art. 485 do Código de Processo Civil, chegaríamos a concluir que a ação rescisória teria também a finalidade de afastar os fundamentos da sentença rescindenda.<sup>55</sup>

Ora, a investigação sobre o cabimento ou não de ação rescisória toca a consequências externas ao fenômeno, não sua essência, sendo, por isso, prisma de análise inadequado.

Por outro lado, se é cabível que a situação prejudicial seja objeto de demanda declaratória incidental, é mais do que evidente que é possível que sobre ela haja verdadeiro julgamento de mérito.

Aqui justamente parece-nos que reside um ponto-chave para criticar essa técnica processual: o direito positivo não pode jogar na mesma vala dos motivos e questões resolvidas *incidenter tantum*: (a) as questões meramente de fato; (b) as questões meramente de direito; (c) as simples operações de subsunção de norma ao fato que não dizem respeito ao reconhecimento da existência ou inexistência de relação jurídica; e (d) as operações de subsunção que resultam na declaração de existência ou inexistência de fato jurídico.<sup>56</sup>

Não se pode pôr em dúvida que as três primeiras ordens de questões sujeitas à atividade cognitiva do juiz *não* autorizam a propositura da demanda declaratória, seja incidental, seja autônoma. Basta pensar em exemplos que envolvem uma prosaica demanda de indenização por dano causado em acidente de trânsito: seria de todo inviável que qualquer das partes pedisse (em caráter autônomo ou incidental) a pura e simples declaração judicial de que chovia no dia em que houve o sinistro; igualmente seria impossível que o Estado-juiz declarasse apenas

<sup>54</sup> *A ação declaratória incidental*, p. 13.

<sup>55</sup> O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 244.

<sup>56</sup> Essa classificação se aproxima daquela proposta por BARBOSA MOREIRA (Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, *Temas de direito processual* – 1ª série, p. 92), com a diferença de que o notável processualista uniu numa única categoria as alíneas “c” e “d” que fizemos constar do texto.



que o art. 29, IX, do Código Brasileiro de Trânsito obriga a ultrapassagem pela faixa da esquerda da via pública; do mesmo modo, seria inadmissível que o juiz fosse provocado apenas para declarar, em caráter *principaliter*, que um dos motoristas envolvidos no acidente trafegava em velocidade acima da permitida no local da colisão.

Conforme assentamos no item 7.4.4, *supra*, em todos esses casos, a declaração em caráter *principaliter* é inviável não só porque (segundo interpretação usualmente aceita e embasada no art. 4º do CPC) a sentença declaratória tem que recair sobre existência ou inexistência de relação jurídica,<sup>57</sup> mas principalmente porque faltaria ao demandante interesse processual para pleitear em caráter *principaliter* a declaração apenas sobre fato (exceto em se tratando de falsidade ou autenticidade de documento), apenas sobre direito em abstrato, ou sobre aplicação de norma ao fato sem que daí se constitua relação jurídica. Essas são questões necessariamente reservadas à motivação do silogismo judiciário, que leva à declaração de existência ou inexistência de relação jurídica.

Essas três primeiras ordens de questões não podem ser tratadas conjuntamente com a quarta, hipótese em que se cogita da declaração acerca da existência ou inexistência de relação jurídica.<sup>58</sup> Somente essa última pode ser objeto de declaração *principaliter*.<sup>59</sup>

O que de tudo isso mais importa é que a operação lógica e cognitiva que o juiz realiza para tratar do mérito da demanda inicial é exatamente igual à realizada

<sup>57</sup> Trata-se de entendimento longamente consagrado na jurisprudência, com amparo do comando expresso do art. 4º, do CPC. Para ilustrar, confirmam-se as fartas referências de NERY JR.—ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 332): “Somente é possível a declaração judicial de relação jurídica. Não cabe ação declaratória de mero fato (RT 489/156, 489/73, 474/136, 382/185; RJTJSP 85/84, 62/209; JTACivSP 77/218; RP 6/244, 6/300; RJTJRS 133/251). [...] Para interpretação do direito em tese não cabe ação declaratória (RTJ 133/1322; RJTJSP 94/81). O Poder Judiciário não é o órgão de consulta, sendo inadmissível ação declaratória para essa finalidade (RJTJSP 105/91)”. No mesmo sentido, anotam NEGRÃO-GOUVEIA-BONDIOLI (*Código...*, cit., p. 123, nota 11ª, art. 4º: “Não cabe ação declaratória para afirmar ou negar a existência de determinado fato” (RT 797/256, RJTJRS 133/251), ‘salvo no que se refere à falsidade ou autenticidade de documento’ (RT 654/78)).

<sup>58</sup> É relevante notar que esses limites não são tão exíguos quanto parecem, pois qualquer fato, que dê origem a um direito subjetivo (a uma prestação) ou potestativo (a uma modificação jurídica), pode constituir objeto de demanda declaratória. O pagamento é fato insuscetível de constituir, sozinho, objeto da demanda declaratória, mas a inexistência de direito subjetivo ao crédito pago pode perfeitamente o ser. A simples pretensão à declaração de adimplemento ou inadimplemento de uma prestação contratual também é inviável, mas a declaração de existência ou inexistência do poder de extinguir o contrato face ao inadimplemento pode perfeitamente constituir objeto de uma demanda declaratória. Esse mesmo raciocínio pode ser reproduzido *ad infinitum*, para permitir que a demanda declaratória verse sobre a existência de um direito subjetivo (a uma prestação) ou potestativo (a uma modificação jurídica), baseada em um fato jurídico (que constituirá a causa de pedir).

<sup>59</sup> O próprio BARBOSA MOREIRA (A eficácia preclusiva da coisa julgada material, *Temas de direito processual* – 1ª série, p. 98) atinou para essa distinção ao afirmar que a eficácia preclusiva da coisa julgada material (CPC, art. 474) veda o reexame, em outro processo, de questões puramente fáticas e puramente jurídicas, mas não impede que haja exame da questão prejudicial (sobre existência ou inexistência de relação jurídica), que não foi objeto de declaração incidente.

quanto à questão prejudicial que diga respeito à existência ou inexistência de relação jurídica, seja ela objeto ou não de demanda declaratória incidental.<sup>60</sup>

Isso porque, conforme já examinado (item 9.4.1, *supra*), a única utilidade da demanda declaratória incidental é obter a extensão da coisa julgada sobre o julgamento da questão prejudicial que envolva a existência ou inexistência de relação jurídica, a qual já seria de qualquer modo examinada pelo juiz.<sup>61</sup> Segundo a doutrina praticamente uníssona, a localização dessa solução está na fundamentação, e não no dispositivo da decisão, de tal modo que não se trata de uma diferença quanto à decisão em si, mas sim quanto ao grau de imutabilidade que sobre ela recairá.

Disso decorre, em primeiro lugar, que a solução da questão prejudicial que não foi objeto de demanda declaratória incidental tem, sim, imperatividade, em que pesem opiniões contrárias.<sup>62</sup> Imperatividade há, pois a solução de tais ques-

<sup>60</sup> LIEBMAN (em nota à tradução brasileira das *Instituições* de CHIOVENDA, v. 1, p. 542, nota 6) assentou que “essas operações, do ponto de vista lógico, são idênticas, ao passo que diferem por sua natureza e efeito jurídico”. Em sentido similar, ANGELO FALZEA (*Accertamento*, cit., p. 218-219). Na doutrina nacional, BARBOSA MOREIRA (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 40) reconhece que “igualdade de natureza das operações mentais realizadas pelo juiz para resolver a [questão] condicionante e a [questão] condicionada”. Nesse mesmo sentido, BUZAIID reconhece que, independentemente da propositura da demanda declaratória incidental, “[o] juiz conhecerá e julgará, assim, duas ordens de questões: a prejudicial e a principal” (*Ação declaratória...*, cit., p. 393). DINAMARCO abraçou o mesmo entendimento, que “[a]ssim como o autor alinha fundamentos e conclui pedindo, também o juiz alinha os seus fundamentos (motivos da sentença) e conclui julgando o mérito. O que ele ‘julga’ nos motivos da sentença, ele o faz *incidenter tantum*; o que ele julga na parte dispositiva, ele o faz *principaliter* (Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório, *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 496). Ainda concorde com essa posição, cite-se ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 2, p. 262). O mesmo entendimento ecoa na jurisprudência do STJ, no sentido de que a declaração incidental visa “a ampliar o objeto do processo, estendendo os limites objetivos da coisa julgada. Não importa, entretanto, alargamento do campo de conhecimento do juiz que, de qualquer sorte, examinará a questão prejudicial para decidir a lide” (REsp 83.722/MG, 3ª T., Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 31-3-1998).

<sup>61</sup> A propósito, cumpre citar autores italianos, como ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 202), DENTI (*Eccezione...*, cit., p. 78), FABBRINI (*Eccezione...*, cit., p. 344 ss), e brasileiros, tais como BUZAIID (*Ação declaratória...*, cit., p. 359 ss), BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 91 ss), ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Ação declaratória incidental*, passim), ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Ação declaratória incidental*, p. 58), DINAMARCO (Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório, *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 498), ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 401 ss), ARRUDA ALVIM (*Ação declaratória incidental*, *Revista de Processo*, nº 20, p. 9), ARAÚJO CINTRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 302), GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 151) e SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 179).

<sup>62</sup> DINAMARCO considera que a solução de questões fora do corpo da sentença constitui declaração meramente “histórica, teórica ou conceitual” (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 221). No mesmo sentido, CLARISSE LEITE (*Prejudicialidade...*, cit., p. 115) compara a vinculação da solução da questão prejudicial, ocorrida *incidenter tantum*, na fundamentação da sentença, à “exercida por uma decisão interna ao processo, na medida em que ambos têm efeito meramente endoprocessuais”. A colocação merece duas objeções. A primeira é a de que as questões processuais como regra não podem, *per se*, constituir mérito de um processo autônomo. A segunda (baseada no exame do tema que fizemos no nosso *Preclusão processual civil*, p. 200-201) é a de que a vinculação (e consequente imutabilidade) extraprocessual da solução de questões processuais pode perfeitamente ser disciplinada pela lei processual. Como exemplo, lembre-se que o art. 310.2 do CPC italiano confere imutabilidade extraprocessual à decisão sobre o regulamento de competência, se o processo em que foi proferida for extinto sem exame de mérito e for renovada a mesma pretensão. Na Espanha, apesar de não haver imutabilidade extraprocessual de decisões interlocutórias relativas à matéria processual, a processualista MARIA TERESA PADURA BALLESTEROS (*Fundamentación de la sentencia, preclusión e cosa juzgada*, p. 183 ss) critica a concepção de corte chiovendiano

tões vincula as partes e produz consequências jurídicas sobre elas.<sup>63</sup> E não é porque a solução da questão não se torna imutável extraprocessualmente que ela não será eficaz,<sup>64</sup> como decorre da teoria de LIEBMAN sobre a coisa julgada,<sup>65</sup> que ao menos no Brasil triunfa sobre todas as demais, ainda que com alguns temperamentos por nós já referidos (item 9.4.1, *supra*).

A ausência de imutabilidade extraprocessual não impede, enfim, que a resolução da questão prejudicial seja portadora de eficácia, ainda que seja inegável que a principal utilidade da declaração seja a sua perenidade.<sup>66</sup>

Também merece censura o entendimento de que o julgamento *principaliter* diferencia-se do julgamento *incidenter tantum*, porque no primeiro haveria um elemento volitivo diferenciado.<sup>67</sup> Atribuir relevância à manifestação de vontade no ato judicial contraria o entendimento hoje usualmente aceito acerca da larguíssima preponderância do elemento lógico da sentença sobre o volitivo, que tem, nesse passo, importância nitidamente secundária,<sup>68</sup> servindo apenas, e quando muito, para interpretação do seu conteúdo.

que atribui imutabilidade extraprocessual apenas a pronunciamentos judiciais que versam aplicação do direito material e nega quando se trata de pronunciamentos que aplicam o direito processual. Acrescente-se ainda que, mesmo quando a lei estabeleça estreitos limites objetivos para a coisa julgada, pode bem determinar que para certas matérias prejudiciais haja a declaração *principaliter* por força de lei (como faz a LEC espanhola, como tratado no item 9.7.3, *supra*).

<sup>63</sup> ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Jurisdição e competência*, p. 6) arrola, dentre os elementos necessários à definição do conceito de jurisdição, que haja declaração do direito aplicável de modo *imperativo*. Daí exclui da função jurisdicional o parecer de um juriconsulto, por encerrar mera opinião sobre a aplicação da lei, em juízo meramente lógico. Ora, os fundamentos invocados pelo juiz para dar lastro à sentença não podem ser equiparados a parecer de jurista, não encerrando, pois, juízo “meramente lógico”. Há, sem dúvida, imperatividade, embora não haja aptidão para aquisição da imutabilidade da coisa julgada material, de acordo com os limites traçados pelos arts. 469 e 470, ambos do CPC.

<sup>64</sup> FAZZALARI (*Istituzioni...*, cit., p. 465), dando realce à coisa julgada *formal*, sinaliza justamente que a solução das questões no corpo da motivação da sentença gera imutabilidade meramente *interna*, mas substancialmente igual. Entre nós, BARBOSA MOREIRA averbou que eventual declaração sobre a questão prejudicial, ainda que não coberta pela coisa julgada, elimina, sim, a incerteza, ainda que *provisoriamente*, de modo que pode-se rechaçar a ideia de que declaração propriamente dita só exista se, necessariamente, ela for imutável (Coisa julgada e declaração, *Temas de direito processual* – 1ª série, p. 85).

<sup>65</sup> Em sua consagrada monografia *Eficácia e autoridade da sentença*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires.

<sup>66</sup> LIEBMAN deu particular atenção à defesa dessa ideia (*Eficácia e autoridade...*, cit., p. 50-55) e tem sido acompanhado em peso pela doutrina pátria desde então. À guisa de exemplo, confira-se PONTES DE MIRANDA (*Tratado das ações*, p. 65) e CELSO BARBI (*Ação declaratória principal e incidente*, p. 161). Nesse passo, chega-se a outro ponto em que a doutrina majoritária se mostra, em certo grau, contraditória: por um lado, não se nega que a questão prejudicial seja objeto de declaração (tal como a questão prejudicada), por outro se recusa a essa declaração a imutabilidade, apesar do reconhecimento de que declaração, sem imutabilidade, tem valor reduzido.

<sup>67</sup> LIEBMAN (em nota à tradução brasileira das *Instituições* de CHIOVENDA, v. 1, p. 542, nota 6) assentou que “essas operações, do ponto de vista lógico, são idênticas, ao passo que diferem por sua natureza e efeito jurídico”. No primeiro caso há apenas ato de inteligência; no segundo, ato de inteligência e de vontade. Em sentido similar, destacando que a declaração *principaliter* tem elemento volitivo, ANGELO FALZEA (*Accertamento*, cit., p. 218-219).

<sup>68</sup> Desde o começo do século XX a doutrina demonstrou que o ato judicial decisório não tem semelhança com os atos jurídicos privados, nos quais o papel da manifestação de vontade é preponderante. Considerou-se (como faz Rocco, *La sententia civil*, p. 57-61) que o juiz aplica a lei, sendo sua atividade vinculada a ela, sendo,

Mostra-se na mesma medida inaceitável a ideia de que apenas o manejo da demanda declaratória incidental provocaria a ativação do *dever decisório* do Estado-juiz, que deveria então *julgar, decidir*, não mais uma, mas duas demandas (do autor e do réu), o que não acontece quando o réu limita-se a uma simples defesa.<sup>69</sup> Trata-se esse, a nosso ver, de um raciocínio ilusório.

O dever de fundamentação das decisões – que tem assento constitucional (CF, art. 93, IX) e infraconstitucional (CPC, art. 458, II) – impõe ao juiz que se pronuncie sobre *todas* as matérias de defesa articuladas pelo réu,<sup>70</sup> mesmo que a resposta não se apresente como demanda.<sup>71</sup> Isso revela o equívoco do entendimento de que apenas a demanda tem a aptidão de ativar o “poder decisório” do juiz.

Mais além, se nos mostra inegavelmente incoerente atrelar à iniciativa da parte a extensão da coisa julgada em relação à questão prejudicial, se interessa precipuamente ao sistema judiciário extrair o máximo aproveitamento das atividades processuais<sup>72</sup> e impedir que questões já resolvidas sejam renovadas. O interesse público aí envolvido explica o rigor preclusivo do procedimento (manifestado por meio dos arts. 471, 473, 523 e 529, todos do CPC)<sup>73</sup> e a regra segundo a qual a coisa julgada é matéria cognoscível de ofício, a qualquer tempo (CPC, art. 267, V e § 3º),<sup>74</sup> e cujo desrespeito enseja a rescindibilidade da sentença (CPC, art. 485, IV).

por isso, irrelevante sua vontade (essa concepção persiste atual, em que pese a enorme evolução do método de compreensão do fenômeno jurídico). Nesse passo, não se pode negar que o juiz aplica a lei tanto na parte da fundamentação como no dispositivo da sentença.

<sup>69</sup> A ação concebida como “direito à sentença de mérito” resumia-se na demanda porque ela é o ato portador de poder de “ativação decisória”, nas palavras de COMOGLO, FERRI e TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 228). Denuncia o mesmo problema ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 40 e 51). Na nossa doutrina, trilhando esse exato mesmo caminho, FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 2, p. 55 ss), BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 91 ss) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 130).

<sup>70</sup> Sobre esse dever decisório do julgador, em face da simples defesa e independentemente da apresentação de contra-ataque, há magistral aresto do STJ assim ementado: “[a] alegação de nulidade da decisão da assembleia geral deve ser examinada como exceção, tese de defesa que independe de reconvenção ou mesmo de pedido em favor do réu, nos termos do art. 278, § 1º, do CPC. Por isso, deve ser renovado o julgamento, que não examinou a defesa fundada na nulidade porque faltara o pedido a que se refere o dispositivo *supra*” (REsp 325895/RJ, 4ª T., Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 6-12-2001).

<sup>71</sup> Ao juiz será facultado deixar de examinar todas as matérias de defesa quando entender que uma delas baste para a rejeição da demanda inicial. *Mutatis mutandis* é a mesma situação que ocorre em se tratando da diversidade de causas de pedir.

<sup>72</sup> Convém transcrever, sobre esse aspecto, a lição de ADROALDO FABRÍCIO (*A ação declaratória incidental*, p. 98): “[h]á interesse estatal em que as decisões judiciais não se contradigam entre si, ainda que só no plano lógico, e em que o processo seja tanto quanto possível econômico. A duplicação do processo onde poderia haver um só desatende a esses dois interesses”.

<sup>73</sup> Tema que nos ocupou em *Preclusão processual civil*, p. 178-185 e p. 223-228.

<sup>74</sup> ERNESTO HEINITZ realça justamente que do enquadramento da coisa julgada como “vincolo di diritto pubblico” decorre que ela seja relevável de ofício (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 98-99). Ponderação similar, acerca do interesse público de que se reveste a coisa julgada material, foi feita entre nós por BARBOSA MOREIRA (Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”, *Temas de direito processual* – 9ª série, p. 243).

A propósito, HUMBERTO THEODORO JR. realça que “[o] ordenamento jurídico é ávido de segurança e estabilidade”<sup>75</sup> e JOÃO BATISTA LOPES observa que “a ação declaratória incidental cumpre relevante papel de evitar o desprestígio da justiça”.<sup>76</sup> Ainda assim, esses dois estudiosos persistem apegados à ideia tradicional de que haveria sempre a necessidade de uma especial e formal provocação do interessado na obtenção da declaração incidente.

O mais curioso é que, se forem justapostos os fenômenos da *exceção substancial* (em sua acepção tradicional) e da *demanda declaratória incidental* (institutos, como vimos, intimamente relacionados), produz-se uma situação que causa alguma perplexidade: o sistema exigiria *duas iniciativas diferentes* para alegação da *mesma matéria*: uma para que ela fosse conhecida; outra para que a decisão a seu respeito ficasse abrangida nos limites da coisa julgada material. Tem-se aqui uma manifestação do efeito nocivo da sobreposição de institutos que surgiram em contextos históricos distintos e que permanecem vivos em um sistema a eles um tanto estranho.

Sob a ótica do “processo civil de resultados”, representa injustificado desperdício de tempo e recursos permitir que o juiz decida questão prejudicial (mediante prévio e amplo contraditório das partes), mas negue-lhe aptidão de receber a imutabilidade da coisa julgada apenas porque não manejado, expressa e formalmente, o instrumento denominado “demanda declaratória incidental”.<sup>77</sup>

Por todas essas variadas razões, não é, pois, exagero dizer que a demanda declaratória incidental é fruto de certo artificialismo criado e mantido por nosso legislador, que cunhou instituto demasiadamente teórico e distante da realidade, o qual se baseia em uma concepção (hoje ultrapassada) de excessiva valorização da coisa julgada como ponto culminante da tutela jurisdicional.<sup>78</sup> Como corolário dessa crença superada, também há uma tendência de supervalorizar o momento final do juízo, em detrimento das demais premissas que compõem o silogismo judiciário.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória. *Revista de processo*, nº 81, p. 82.

<sup>76</sup> *Ação declaratória*, p. 120.

<sup>77</sup> E isso desponta particularmente injustificável se considerarmos que a forma dessa demanda e o *nomen iuris* que a lei lhe atribui são requisitos absolutamente dispensáveis, consoante acima examinado (itens 4.1 e 9.6, *supra*). É, de maneira especial, incompreensível a necessidade de deduzir a declaratória incidental em peça autônoma, se seu objetivo é apenas pedir a ampliação do espectro da coisa julgada, em razão de controvérsia que já foi suscitada pela contestação e fará parte da sentença.

<sup>78</sup> LUIZ MACHADO GUIMARÃES (*Ação declaratória, Estudos de direito processual civil*, p. 175), afinado com esse pensamento tradicional, lecionou que a “afirmação do direito, provindo do órgão jurisdicional do Estado – isto é, a coisa julgada – que constitui o escopo último, a razão de ser do processo de cognição”. MARINONI demonstrou com acuidade que desse mito decorre outro, que é o da *nulla executio sine titulo*, o qual, diante das diversas técnicas de *antecipação de tutela* (sem sentido amplo), já foi severamente mitigado em nosso sistema (*Tutela antecipada, julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*, p. 22-25).

<sup>79</sup> Essa constatação foi feita por GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 24), que adiante completou: “nella comune concezione, il *petitum*, ossia, le ‘conclusioni’ assorbono ogni altro elemento della domanda e ad essi si ricolleghi il contenuto rilevante dell’intera decisione” (*idem*, p. 33).

O artificialismo do instituto se revela quando se percebe que seu cabimento é bastante questionável até mesmo no exemplo mais recorrente dado pela doutrina, isto é, na ação de alimentos (em que esse dever é a questão prejudicial, condicionada) e paternidade do réu em relação ao autor (questão prejudicial, condicionante).<sup>80</sup>

Quando o credor de alimentos ainda não foi reconhecido filho do devedor da prestação, não poderá, ao propor a demanda, atender ao comando do art. 2º da Lei 5.478/1968<sup>81</sup> e exibir desde logo a prova do parentesco<sup>82</sup> (mediante registro de nascimento – CC, art. 1.603), sendo esse vínculo sanguíneo o principal fato constitutivo do seu direito à verba alimentar (CC, art. 1.694).

Assim, a doutrina que recorrentemente lança mão desse exemplo não atina para o fato de que é inviável o ajuizamento do pedido de alimentos sem que esteja acompanhado do pedido de declaração de paternidade, também formulado em caráter *principaliter* (havendo aí a hipótese de cumulação sucessiva de pedidos).

Do contrário, ou se considerará que a peça inicial está desprovida de “documento indispensável” (CPC, art. 283), ou o réu será reconhecido parte ilegítima para prestar alimentos àquele com quem não tem vínculo parental.<sup>83</sup> Não haveria como o autor “pressupor” o vínculo sanguíneo com o réu, confiando na inércia da

<sup>80</sup> Exemplo dado por muitos estudiosos do tema, cumprindo aqui citar exemplificativamente quatro deles, todos respeitabilíssimos: GALENO LACERDA (*As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil, RF*, nº 246, p. 155), ADROALDO FABRÍCIO (*A ação declaratória incidental*, p. 97-98), DINAMARCO (*O conceito de mérito..., Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 244) e CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 180). A impressão que se tem (sem maior aprofundamento da questão) é que esse exemplo cabia quando se tratava de filho adúltero, cujo reconhecimento era vedado (CC/1916, art. 358), mas que não impedia o ajuizamento de ação de alimentos, na qual a questão da paternidade era passível de solução *incidenter tantum*. Todavia, como observa CRUZ E TUCCI (*A motivação da sentença...*, cit., p. 137), nesse caso o art. 358 do CC/1916 (revogado pela Lei 7.841/1989) vedava a declaratória incidental.

<sup>81</sup> “Art. 2º O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, *provando, apenas, o parentesco* ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe” (grifamos).

<sup>82</sup> A prova só é dispensada nos casos do § 1º do mesmo art. 2º: “Dispensar-se-á a produção inicial de documentos probatórios; I – quando existente em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos e ocorrer impedimento ou demora em extrair certidões; II – quando estiverem em poder do obrigado, as prestações alimentícias ou de terceiro residente em lugar incerto ou não sabido.”

<sup>83</sup> O STJ já reconheceu, em caso um tanto diferente, que o autor não pode “pressupor” uma situação jurídica que constitui base necessária para sua pretensão, contando com o fato de que o réu não a tornará controvertida: “Alienação de coisa comum. Art. 1.117, II, do Código de Processo Civil. Ação declaratória incidental. 1. Sem a existência de coisa comum, devidamente reconhecida, não se pode iniciar o procedimento especial de jurisdição voluntária previsto no art. 1.117, II, do Código de Processo Civil. 2. É incabível pretender, após o ajuizamento do procedimento para a alienação da coisa comum, com base no art. 1.117, II, do Código de Processo Civil, uma declaração incidental de ser a coisa comum” (REsp 258.049/SP, 3ª T, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 6-3-2001).

contestação em impugná-lo, máxime porque quanto a esse fato não pode haver presunção de veracidade, firme na ressalva do art. 320, III, do CPC.<sup>84</sup>

E mesmo que se inverta a situação, imaginando o caso do autor da demanda de alimentos que efetivamente figura no registro civil como filho do réu, a declaratória incidental de inexistência do vínculo parental (*rectius*, a “demanda negatória de paternidade”) haverá de superar o óbice (não raro suscitado) no sentido de que o procedimento da “ação de alimentos” é especial (faltando à cumulação de demandas o requisito do art. 292, § 1º, III, do CPC).<sup>85</sup>

Todas essas questões ajudam a explicar o porquê de a demanda declaratória incidental ser tão rara no dia a dia dos tribunais, como é curial para aqueles que militam no foro.<sup>86</sup> Ao cabo de 35 anos de aplicação do CPC, a prática revela a concretização das preocupações manifestadas por ARRUDA ALVIM, em 1980 (embora o autor tenha à época preferido o otimismo com a utilidade do mecanismo então ainda recente):

[j]á se acentuou [...] que a ação declaratória incidental constituir-se-ia até em instrumento “excessivamente” lógico, a que nossa tradição processualística seria estranha, e que, na verdade, desprestigiaria a própria justiça. Tratar-se-ia de algo artificial e adotá-la importaria, desnecessariamente, em trazer um instrumento sofisticado para o nosso processo civil.<sup>87</sup>

GALENO LACERDA<sup>88</sup> criticou, ainda no ano de 1973, a técnica da demanda declaratória incidental:

não havia por que adotarmos um tecnicismo dessa natureza, que nos obriga a uma análise extremamente difícil e penosa, um tecnicismo que hoje [1973] está sendo contestado, com vantagens, por grandes processualistas. Esta, definitivamente, é a conclusão a que eu chego, diante da inovação que, inclusive, tem sido festejada por aí, mas que eu acho profundamente inconveniente. Nós passamos tão bem aqui no Brasil sem esse requinte,

<sup>84</sup> Fazendo constatação similar, tendo em conta o ordenamento italiano, SARTIA assim se pronunciou: “[q]uanto allo status, poi, esso è assistito da una prova legale che si impone al giudice, e che egli deve accogliere come esistente, più che giudicarne incidenter tantum, fino a quando non sia espressamente impugnato, con una azione ad hoc, che non sembra possa risolversi nella domanda di cui all’art. 34” (Accertamento incidentale, *Enciclopedia del diritto*, v. 1, p. 245).

<sup>85</sup> Destacando esse aspecto, há recentíssimo acórdão do TJSP (AI 567.292-4/1, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 7-8-2008). No mesmo sentido pronunciou-se o TJMG (Proc. 1.0024.05.579270-9/002(1), Rel. Des. Francisco Figueiredo, DJ 21-10-2005).

<sup>86</sup> Em palestra proferida em 26-5-2008, na sessão de abertura das VII Jornadas Brasileiras de Direito Processual, realizadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual em Florianópolis – SC, CÂNDIDO DINAMARCO externou justamente essa sua impressão, colhida em décadas de experiência como membro do Ministério Público, Magistratura e Advocacia.

<sup>87</sup> *Ação declaratória incidental*, p. 19.

<sup>88</sup> *As defesas do direito material...*, cit., p. 156.

esse luxo de tecnicismo processual. Se ainda fosse evidentemente certo, mas não é. Pelo menos é altamente duvidoso.<sup>89</sup>

Os vários aspectos dessas críticas servem de munição para afirmarmos que a resposta do réu, fundada apenas no pedido de “improcedência da demanda inicial”, pode ser interpretada de forma distinta da usualmente aceita, avançando sobre o terreno hoje demarcado para a demanda declaratória incidental.

### 10.5 Horizontes da interpretação da resposta do réu como demanda

Os itens precedentes nos permitem, então, afirmar que: (a) em face da duplicidade do comando declaratório inerente a qualquer tipo de sentença, o juiz pode proferir, independentemente de resposta de mérito do réu, sentença declaratória de que o autor não é titular do direito por ele reclamado, à luz da causa de pedir invocada na demanda inicial; (b) a resposta de mérito do réu, que veicula pedido de improcedência da demanda inicial, é portadora de um pedido declaratório; (c) as razões suscitadas pelo réu para rejeição da demanda do autor haverão de ser enfrentadas pelo juiz, de maneira que o manejo da demanda declaratória incidental provoca apenas a ampliação dos limites da coisa julgada sobre a(s) questão(ões) prejudicial(is) que envolve(m) a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica que já seriam objeto de decisão imperativa, embora não imutável.

Essas constatações nos parecem suficientes para concluir que a resposta de mérito do réu, mesmo que limitada ao pedido de improcedência da demanda do autor, pode (e deve) ser interpretada como uma demanda declaratória, que invoca seus próprios fundamentos e que, se acolhida, resultará em uma declaração mais ampla do que a simples negativa do direito invocado pelo autor com base na sua respectiva causa de pedir (o que pode ser produzido mesmo sem qualquer intervenção do réu).

Desse modo, o juiz, ao proferir sentença, não julga apenas a demanda inicial, mas igualmente a demanda declaratória apresentada pelo réu, que é munida de seus próprios e diferentes fundamentos. O resultado disso é que as questões prejudiciais suscitadas pela defesa do réu, que digam respeito à existência ou inexistência de relações jurídicas prejudiciais, e apreciadas na sentença, devem ser consideradas como julgadas em caráter *principaliter*.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Aqui, o jurista gaúcho reportava-se às críticas feitas por SALVATORE SARTIA ao art. 34 do CPC italiano, no verbete *Accertamento incidentale* da *Enciclopedia del diritto*, v. 1, p. 243-246.

<sup>90</sup> Como consequência desse pensamento, fica descartado o manejo da demanda declaratória incidental pelo autor (conforme reza o art. 325 do CPC). Afinal, o réu, ao tornar controvertida a questão prejudicial com sua resposta, já apresentou demanda que enseja a declaração incidente. E se, por outro lado, a questão foi tornada controvertida na resposta do réu, não há por que o autor suscité-la depois disso (o que configuraria violação à estabilização do objeto do processo – CPC, arts. 264, parágrafo único, e 294).



Aqui se manifestam, mais uma vez, as premissas constitucionais já lançadas para compreensão da posição do réu no processo civil. A resposta de mérito do réu apresenta um pedido de tutela jurisdicional, a solução a ele dada pela sentença constitui parte *dispositiva*, a ser coberta pela coisa julgada material (havendo, aí, a necessidade de interpretar esse dispositivo, à luz da motivação,<sup>91</sup> operação essa em nada diferente do que já se faz quanto à demanda do autor).

Ilustremos nossa posição com um exemplo singelo: o autor ajuíza demanda de reparação de danos *materiais* decorrentes de acidente de trânsito. Citado, o réu apresenta resposta, alegando que a culpa pelo acidente foi exclusiva do autor, o qual estava em alta velocidade e ultrapassou o semáforo vermelho. Ao final, pede a improcedência da demanda do autor. O juiz reconhece todas essas circunstâncias e julga improcedente a demanda inicial.

Segundo o método de interpretação da resposta do réu aqui proposto, há aí o reconhecimento da inexistência de relação jurídica decorrente de alegado ato ilícito descrito na peça inicial. De acordo com a doutrina majoritária, da qual nos afastamos, há apenas a declaração de que o autor não é titular do direito à indenização reclamada.

Imagine-se, agora, que no dia seguinte ao trânsito em julgado dessa sentença, o autor propõe uma nova demanda, baseada no mesmo fato principal (o mesmo acidente), mas alterando o pedido (deduzindo, agora, o de indenização por danos *morais*).

Pela visão tradicional da técnica acolhida pelo nosso sistema, em princípio não há coisa julgada que impeça a segunda demanda, pela falta de tríplice identidade (CPC, art. 301, §§ 1º e 2º), já que o pedido formulado no segundo processo é diferente daquele deduzido no primeiro. A primeira sentença terá força meramente *persuasiva*, porque a questão sobre a culpa do autor foi resolvida *incidenter tantum*, sem se tornar imutável. Segundo concepção amplamente acatada, o juiz estará plenamente livre para, de acordo com seu convencimento, dar à segunda demanda uma solução diversa da primeira, imputando a culpa pelo acidente ao réu.

Apesar de maciça doutrina<sup>92</sup> afirmar que o réu que se limita à mera defesa pode obter uma sentença declaratória negativa, não atentou para a real com-

<sup>91</sup> Conforme recomendam CRUZ E TUCCI (*A motivação...*, cit., p. 22) e ADA PELLEGRINI GRINOVER (Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 16, p. 25-27).

<sup>92</sup> CIBOVENDA entende que a sentença de improcedência da demanda é declaratória negativa em favor do réu, pois "afirma a existência de uma vontade concreta da lei que garante um bem ao réu" (*Princípios...*, cit., p. 265), do mesmo modo que a improcedência da demanda declaratória negativa equivale à sentença declaratória positiva em favor do réu (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 459). Em sentido similar, CARNELUTTI (*Un lapsus evidente?*, cit., p. 447), ROCCO (*La sentenza civil*, cit., p. 177), CALAMANDREI (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 239), ZANZUCCHI (*Nuove domande...*, cit., p. 383, e *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 197), MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 86) e ROMANO (*L'azione di accertamento negativo*, p. 299-300), MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 220), FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 115), DINAMARCO (*Tutela*

preensão do fenômeno, considerando-se os limites objetivos da coisa julgada. Como já vimos, ANGELO FALZEA<sup>93</sup> demonstrou muito bem que a sentença de *accertamento* (declaratória) só cumpre sua finalidade se dotada de efeito preclusivo. O exemplo dado revela que a doutrina normalmente reconhece um efeito muito limitado, que se produz *apenas e tão somente* sobre a declaração de que não há o direito à indenização reclamado pela demanda inicial (por danos materiais), sem se estender ao pedido declaratório contido na demanda do réu.

Usando esse mesmo exemplo, *nossa proposta é considerar que o réu, ao alegar que o autor foi culpado pelo acidente, propôs demanda declaratória que, acolhida na sentença, torna impossível ao autor mover novas demandas lastreadas no mesmo evento da vida.*<sup>94</sup>

O mesmo raciocínio se aplica a outro exemplo, tomado de empréstimo de TALAMINI:<sup>95</sup> a demanda que pede abatimento do preço por vício redibitório, julgada improcedente por sentença passada em julgado, não impede sucessivas demandas decorrentes do mesmo vício, com pedidos distintos (ou seja, para desfazimento do negócio ou para obtenção de providência específica para sanar o vício).

Seguindo o raciocínio aqui proposto, a solução seria diametralmente oposta, de tal sorte que a sentença de improcedência proferida no primeiro processo, a qual acolhe a resposta de mérito do réu, é apta a *declarar* a inexistência de qualquer relação jurídica decorrente da existência do alegado vício redibitório, tornando inviáveis futuras demandas sobre o mesmo tema.

Os meios tradicionais de contra-ataque postos à disposição do réu (em especial, para os exemplos aqui versados, a demanda declaratória incidental e a reconvenção) não resolvem os problemas retratados, pois é muitíssimo provável que eles fossem rejeitados de acordo com a ideia de que "o réu obterá o mesmo resultado pela simples defesa". Os exemplos acima construídos revelam que essa assertiva está *incorreta*.

jurisdiccional, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 828, e *Instituições...*, cit., v. 3, p. 220, exemplificando com a ação investigatória e a ação negatória de paternidade, ambas tendentes aos mesmos resultados, se julgadas respectivamente procedente e improcedente ou vice-versa), FLÁVIO YARSHHELL (*Tutela jurisdiccional*, p. 124) e ARAKEN DE ASSIS (*Procedimento sumário*, p. 93, exemplificando com a "ação declaratória de união estável" que, julgada improcedente, reconhece que a união inexistiu). Contra, BOTELHO DE MESQUITA (*Coisa julgada*, p. 27) toma como base o art. 459 do CPC para afirmar que o juiz apenas se limita a julgar a demanda do autor, sem que com isso se produza qualquer efeito para o réu, o qual, para conseguir algo, dependeria do manejo de reconvenção. No mesmo sentido, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 150) afirma que "a improcedência do pedido não pode produzir uma situação de prejuízo para o autor, sob pena de inibirmos o uso de tão fascinante instituto da processualística moderna [a ação declaratória]".

<sup>93</sup> No seu já citado verbete *Accertamento*, cit., p. 206-219.

<sup>94</sup> Essa conclusão discrepa da de MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 87), para quem "l'oggetto di questo accertamento è esattamente quello stesso che, in termini affermativi, sta alla base dell'azione proposta dall'attore, è chiaro che col sua proporre l'azione di accertamento negativo, il convenuto rimane nell'ambito dell'oggetto del giudizio determinato dall'attore" (grifou-se).

<sup>95</sup> *Coisa julgada e sua revisão*, p. 69.

BONDIOLI atinou para esse problema e, imbuído da exata mesma preocupação que nos move aqui, afirmou enfaticamente o cabimento da reconvenção para amparar a situação do réu descrita em exemplos similares aos aqui enunciados.<sup>96</sup>

Entretanto, pelas ideias desenvolvidas ao longo deste trabalho e em particular no presente capítulo, o sistema deveria reconhecer que a resposta de mérito do réu seja como regra considerada demanda, não havendo razão para que se continue a afirmar a necessidade de o réu sempre manifestar uma expressa e particular vontade de demandar. Sua resposta de mérito cumpre (por si só e sem maiores formalidades ou diferente manifestação de vontade) o papel que usualmente se reconhece à demanda reconvenicional e/ou à declaratória incidental.

Em resumo, as conclusões de BONDIOLI e as nossas são substancialmente as mesmas, diferenciando-se apenas o meio pelo qual o réu obterá a mesma proteção pelo Estado-juiz ao autor. Para BONDIOLI, o réu precisará reconvir; para nós, bastará apresentar resposta, pois cremos não haver nada que justifique a separação entre defesa e reconvenção, mormente se analisado o sistema processual a partir do plano constitucional. É nisso, e apenas nisso, que consiste a diferença de visão dos dois trabalhos sobre a questão posta.

É relevante notar que a nossa proposta serve apenas para compreender na parte dispositiva da sentença a decisão judicial sobre a existência ou inexistência da relação jurídica prejudicial à demanda do autor. Não estão compreendidas aí (conforme item 10.4, *supra*) as questões meramente de fato, as questões meramente de direito e as questões que envolvam a subsunção de fato a norma, e que não forem concernentes à existência ou inexistência de relação jurídica. Assim, em respeito ao limite imposto pelo art. 4º do CPC, a demanda do réu só pode recair sobre *relações jurídicas*<sup>97</sup> e, assim limitada, será julgada em caráter *principaliter*.

De outro lado, a interpretação que damos à resposta do réu limitada ao pedido de improcedência da demanda do autor não autoriza que o juiz vá além da declaração sobre a existência ou inexistência da relação jurídica por ele afirmada, mesmo que já tenha havido por parte do autor a violação do direito do réu. Ou seja, não caberá condenação do autor.

Esse tema, que desperta a atenção dos processualistas há décadas,<sup>98</sup> foi expressamente enfrentado e resolvido pelo art. 4º, parágrafo único, do CPC de

<sup>96</sup> A sistematização da reconvenção..., cit., p. 128 ss.

<sup>97</sup> Dessa maneira, também com respeito à demanda do réu haverá a necessidade de se preservar a intrínseca ligação entre a causa de pedir com a fundamentação e o pedido com o dispositivo, conforme bem reconheceu GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 33).

<sup>98</sup> Há três modos de lidar com esse problema: (a) atribuir à sentença que julga demanda meramente declaratória o poder de condenar o réu à reparação do direito já violado (que é a solução que boa parte da doutrina tem extraído da nova redação dada pela Lei nº 11.232/2005 ao art. 475-N, inciso I, do CPC, que define como título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”); (b) negar ao litigante a demanda meramente declaratória quando

modo simples: à falta de um pedido expresso de condenação pelo interessado, ela não poderá ser imposta à parte adversa.<sup>99</sup> Mas nem por isso o juiz deixará de reconhecer a crise de certeza a merecer uma sentença meramente declaratória.<sup>100</sup>

## 10.6 Reflexos do método de interpretação aqui proposto para a demanda inicial

Embora o método aqui proposto tenha sido, desde o início, orientado à análise da posição do réu no processo civil brasileiro, seria de todo incoerente se não cogitássemos o impacto que ele tem para a posição do autor.

A pedra de toque do raciocínio desenvolvido ao longo de todo o presente capítulo é justamente a proposta de uma nova *modalidade* de interpretação da demanda do réu, a qual também se aplica à demanda do autor.

Não é difícil identificar esse impacto a partir de um exemplo. O autor propõe demanda pedindo que o réu seja condenado a lhe pagar valor previsto em contrato verbal celebrado entre as partes, e alega que o réu recusa-se a quitar a dívida porque entende que o contrato é inválido, pela falta de capacidade jurídica.

Segundo o método de interpretação aqui proposto, não há nesse exemplo apenas uma demanda, mas duas, em cumulação sucessiva (a análise da segunda depende do acolhimento da primeira): a primeira assenta-se em uma *crise de certeza*, que reclama provimento meramente declaratório,<sup>101</sup> a segunda repousa sobre uma *crise de adimplemento*, a exigir provimento de natureza condenatória.

Diferentemente seria se o autor não tivesse suscitado na demanda inicial que o réu recusa-se a cumprir a obrigação por considerar inválido o contrato sobre o qual se baseia. Nesse caso, haveria apenas a *crise de adimplemento* a ser resolvida, de tal modo que a sentença que a julgar conterà apenas o tal “componente declaratório inerente a toda sentença”, ao qual aludimos, ou seja, declarará que o autor tem ou não o direito (a uma prestação ou a uma modificação jurídica) por ele reclamado.

Não é de hoje que se tem ressaltado a importância de a interpretação da demanda (e da sentença que ela reclama) ser feita à luz da *crise de direito mate-*

já violado o direito, reputando-o carecedor de ação; (c) permitir ao litigante a escolha entre a mera declaração e a condenação, que é a solução prestigiada pelo art. 4º, parágrafo único, do CPC.

<sup>99</sup> Aqui, concordamos com a posição de TALAMINI exposta em recente ensaio já referido (Sentença que reconhece obrigação como título executivo, cit., p. 19-43). Havendo o pedido expresso, o problema é deslocado para os meios típicos de contra-ataque tratados no Capítulo 9, *supra*, a serem cotejados com as propostas deformalizadoras que lá apresentamos.

<sup>100</sup> Esse pensamento alinha-se com o de que toda sentença condenatória contém um elemento declaratório (conforme destacado no item 10.2, *supra*).

<sup>101</sup> Coerentemente ao quanto assentado no item 10.2, *supra*, não haverá aí uma declaração “geral” de invalidade, mas sim da inexistência do vício suscitado pelo réu.

rial exposta pelo demandante. Nesse sentido, PROTO PISANI destaca-se por ter construído sua obra de fôlego (*Lezioni di diritto processuale civile*) sobre a premissa de que o processo é instrumento para solucionar a crise de direito material existente no plano concreto, e deve se moldar a ela.<sup>102</sup> Aplicando essa premissa ao campo da coisa julgada, EDUARDO TALAMINI<sup>103</sup> patenteou que

não há como estabelecer os parâmetros para a questão senão com os olhos sempre voltados também para a situação carente de tutela, i. e., a situação externa ao processo em relação à qual a tutela pretendida deve operar. [...] A limitação da coisa julgada à parte dispositiva significa assegurar a estabilidade do resultado concreto do processo, a imutabilidade do comando jurisdicional – compreendido aqui não apenas no seu aspecto formal, mas no sentido de outorga da tutela jurisdicional, que recai sobre uma situação concreta (grifamos).

Assim, se a demanda do autor consigna não apenas uma crise de adimplemento (a ensejar uma tutela condenatória), mas igualmente uma crise de certeza quanto à relação jurídica prejudicial, não há por que negar ao juiz o poder de outorgar tutela meramente declaratória quanto a essa segunda crise, apenas porque o autor não fez constar do fim da petição inicial pedido expresso no sentido de que o juiz emita tal declaração. Portanto, as premissas para esse entendimento são as mesmas até aqui já desenvolvidas para a resposta do réu.

Note-se que essa proposta não é inteiramente estranha à doutrina majoritária. Afinal, é comum o entendimento de que a demanda declaratória incidental deve versar sobre outra relação jurídica, que não constituía objeto da demanda inicial e que tenha se tornado controvertida após sua propositura.<sup>104</sup> Nesse passo, se a demanda inicial já tratar da relação jurídica prejudicial pode-se considerar que há pedido a respeito, o qual será enfrentado em caráter *principaliter*.

É digna de registro, por oportuna, a opinião de SALVATORE SATTA (no seu conhecido verbete *Accertamento incidentale*, já anteriormente referido), que chegava ao extremo de considerar que o aforamento de uma demanda apoiada em uma relação jurídica complexa já implicava por si só que o objeto do processo abrangesse a relação por inteiro, independentemente da contestação do réu.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> *Lezioni...*, cit., p. 32 ss.

<sup>103</sup> *Coisa julgada e sua revisão*, p. 79 e 82.

<sup>104</sup> A propósito, v. g., ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (Ação declaratória incidental no Novo Código de Processo Civil, RT, nº 458, p. 27) e BUZARD (A ação declaratória..., cit., p. 393).

<sup>105</sup> “Altro problema è se, proposta in giudizio una domanda la quale trovi il suo fondamento in un rapporto più ampio del diritto che si fa valere (il rapporto complesso di cui parlava la dottrina), tutto il rapporto s'intenda dedotto in giudizio, così che ad esso si estenda l'oggetto del processo: ad esempio, se, chiesto il pagamento di una rata, l'intera obbligazione s'intenda dedotta, indipendentemente dalla contestazione del convenuto. il giudicato si forma nei limiti del diritto che si fa valere in giudizio, e pertanto il rapporto si deve intendere generalmente dedotto entro questi limiti. Ma entro questi limiti, il giudice conosce del rapporto *principaliter*” (*Accertamento incidentale*, cit., p. 244-245).

Parece-nos que a construção do renomado processualista italiano peca por desconsiderar a necessidade de efetivo contraditório para que determinada questão seja julgada em caráter *principaliter* e seja coberta pela coisa julgada.

Nessa hipótese, como sói ocorrer, a virtude está no meio termo. Por um lado, rejeitamos a concepção tradicional que despreza a importância da alegação feita pela demanda inicial (de cobrança de dívida) de que o réu se recusa a cumprir a obrigação contratual porque considera inválida a avença. Propomos, sim, que essa crise de certeza que foi efetivamente exposta e submetida ao contraditório deve ser considerada como demanda, a ser resolvida por provimento meramente declaratório. Nesses termos, fica excluída a opinião de SATTA, para quem a simples procedência da demanda de cobrança de prestação contratual, em que nunca se discutiu a validade da avença, impediria que, no futuro, fosse ela acoimada de inválida.

## 10.7 Inexistência de “coação” para a propositura de demanda

Não há espaço para a crítica de que, segundo a tese aqui defendida, a parte é “coagida” a demandar. O que há de novo, aqui, é a proposta de um diferente método de interpretar as alegações que as partes tenham efetivamente feito (seja o autor, seja o réu). Essas alegações foram apresentadas para que as partes se desincumbissem de ônus processuais e o mesmo quadro subsiste mesmo após a aplicação do método aqui defendido.

Cada um deles propõe ao Estado-juiz a solução de questões necessárias para tutela de seus interesses. E essas alegações das partes – que elas estão livres para escolher se oferecem ou não e, fazendo-o, em delimitá-las – serão, portanto, consideradas como elementos da demanda (na acepção estrita do termo), de acordo com os parâmetros até aqui delimitados.

Não é o caso de considerar que haja “pedidos implícitos” na demanda do autor ou “reconvenção implícita”<sup>106</sup> na resposta do réu, até porque já rejeitamos a criação desse e de outros tipos de “ficção”.<sup>107</sup> Trata-se, simplesmente, de valorar de forma distinta as questões efetivamente suscitadas pelas partes e submetidas à análise judicial.

Na prática, propomos que a demanda inicial que formula expressamente o pedido condenatório com lastro em contrato, mas expõe crise de certeza sobre validade da avença (conforme exemplo suscitado no item anterior), está a reclamar, também, um provimento *principaliter* de cunho meramente declaratório.

Da mesma forma, o réu, ao responder à demanda inicial quanto ao mérito e pedir a sua improcedência sob o fundamento de que o contrato é inválido, está

<sup>106</sup> Essa hipótese foi veementemente rechaçada por BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 31).

<sup>107</sup> Vide item 8.4, *supra*.

reclamando do magistrado a outorga de tutela jurisdicional plena, que elimine essa crise de certeza exposta em sua demanda.

Na prática, equipara-se a posição do sujeito que se defende de demanda de cobrança alegando a inexistência da relação jurídica que origina a alegada dívida e ajuíza uma demanda autônoma declaratória negativa com a mesma finalidade.<sup>108</sup> Desse modo, a suscitação de questão prejudicial traz consigo um pedido, a ser apreciado pela sentença em caráter *principaliter*. Não há, enfim, coação; há o adimplemento regular de um ônus processual, produzindo ato que merece interpretação de acordo com as premissas constitucionais e infraconstitucionais aqui lançadas.

Também não nos impressiona, com a devida vênia, o argumento relativo ao prazo assinado ao réu para sua resposta, que seria muito inferior àquele disponível ao autor para demandar (o primeiro é preclusivo, escoado em dias, o segundo é prescricional ou decadencial, e normalmente se esgota em anos). Essa diferença da posição das partes existe e é realmente inevitável, mas isso não significa que o réu, não tendo apresentado sua resposta no prazo assinado, ou tendo-o feito de modo incompleto, não se valha de uma demanda autônoma para essa finalidade, a qual pode inclusive ser reunida à primeira demanda referida, por conexidade (solução que foi recente e pioneiramente sustentada por BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA,<sup>109</sup> à qual manifestamos aqui nossa inteira adesão).<sup>110</sup>

Não se pode negar igualmente que as questões prejudiciais que envolvem a existência ou inexistência de relações jurídicas podem constituir objeto de demanda. Nesse passo, o fato de o autor ou o réu suscitá-las para que sejam consideradas pela sentença, mesmo sem um pedido expresso e textual no sentido de que o juiz emita provimento declaratório a respeito, não significa que as partes

<sup>108</sup> Na doutrina estrangeira veja-se a posição de CHIOVENDA (*Principii...*, cit., p. 265, e *Instituições...*, cit., v. 1, p. 459), CARNELUTTI (*Un lapsus evidente?*, cit., p. 447), ROCCO (*La sentenza civil*, cit., p. 177), CALAMANDREI (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 239), ZANZUCCHI (*Nuove domande...*, cit., p. 383, e *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 196), MANDRIOLI (*Corso...*, v. 1, p. 86-87), BONA CAVALLARI (*La contestazione nel processo civile*, v. 1, p. 91) e ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 2 ss); entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 115), DINAMARCO (*Tutela jurisdicional, Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 828), FURNACIARI JR. (*Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*, p. 26), FLÁVIO YARSELL (*Tutela jurisdicional*, p. 124), ARAKEN DE ASSIS (*Procedimento sumário*, p. 93). Por conseguinte, é forçoso reconhecer que, se o réu se defende de demanda declaratória negativa, posiciona-se tal como faria se fosse autor de demanda autônoma declaratória positiva.

<sup>109</sup> *Conexidade e efetividade processual*, p. 367 ss. Contra, na doutrina portuguesa, MARIANA FRANÇA GOUVEIA (*A causa de pedir na acção declarativa*, p. 347 ss).

<sup>110</sup> Entendemos que a preclusão (decorrente do escoamento da chance de apresentação de resposta) é fenômeno que tem efeitos meramente endoprocessuais, não obstando o exercício do direito de ação fora daquela específica relação jurídica processual. Todavia, na prática, temos de reconhecer que é muito breve o espaço de tempo para que o réu ajuíze essa demanda autônoma e obtenha sua reunião com a demanda do autor, dado que nosso sistema acolhe a técnica do julgamento antecipado no caso de revelia (CPC, art. 330, II) e, após o julgamento de uma das demandas, torna-se inviável a reunião dela com outra conexa (Súmula 235/STJ). E, depois de passada em julgado sentença de procedência proferida contra o réu revel, a demanda autônoma subsiste proponível, mas desde que seu objetivo não seja infirmar o julgamento da primeira demanda, aplicando-se soberanamente a eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474).

simplesmente renunciaram ao direito de fazê-lo. Aliás, essa presunção de renúncia de direitos constitui um dogma tão forte quanto maléfico no processo civil.

Voltando os olhos especificamente para a posição do réu – embora os mesmos argumentos apliquem-se à posição do autor – diz-se que o juiz não poderia conhecer de determinadas matérias de defesa não alegadas pelo réu porque se presume que ele tenha a elas renunciado.<sup>111</sup> Da mesma forma, se presume que ele renunciou a ajuizar demanda por não ter empregado as formas próprias dos meios típicos de contra-ataque previstas na lei.

Tal como, no item 8.5, *supra*, minimizamos a relevância do papel da vontade do réu no caso de sua *omissão*, agora o fazemos quando o réu *age*. Partimos do mesmo pressuposto de que a renúncia implica a necessidade de algum ato que, mesmo tacitamente, contenha alguma manifestação de vontade.<sup>112</sup>

Por outro lado, a alegação feita pela parte de uma questão prejudicial que diz respeito à existência e inexistência de relação jurídica, a ser enfrentada pelo juiz na sentença, constitui suficiente manifestação de vontade para caracterizar demanda.

Afinal, não se pode considerar que a parte não demandou apenas porque não usou o verbo “pedir” ou qualquer de seus sinônimos, ou não se dirigiu ao juiz conjugando no imperativo o verbo “declarar”.<sup>113</sup> Também se aplica ao processo o comando do art. 112 do Código Civil, no sentido de que “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

<sup>111</sup> Do ponto de vista exclusivamente prático, poderia se dizer que os réus estão desacostumados de tentar lançar mãos dos meios típicos de contra-ataque, tantas são as barreiras que lhe são impostas. Parece-nos que a escassa utilização desses meios deve-se muito mais a essa questão cultural, forçada pelo entendimento jurisprudencial, do que propriamente pela vontade livre e consciente de não demandar.

<sup>112</sup> Já tivemos oportunidade de estudar (*Preclusão processual civil*, p. 134) a obra do autor italiano EUGENIO MINOLI dedicada ao estudo da *aquiescência* no processo civil (*Lacquiescenza nel processo civile*), tecendo considerações que muito bem se aplicam à ideia de renúncia que aqui aparece. Distingue aquele monografista entre a *aquiescência própria* (que deriva de uma declaração expressa formal, *idem*, p. 92) e a *aquiescência imprópria*, consistente num comportamento tácito de aceitação de determinada situação jurídica no processo, mas que, contudo, para ser reconhecida, deve ostentar uma manifestação de vontade. O exemplo clássico, para tanto, é justamente a prática de atos de cumprimento de uma decisão judicial, os quais são incompatíveis logicamente com a vontade de recorrer (*idem*, p. 272-274). Recentemente, BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA (*O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil brasileiro*, Tese (Doutorado), p. 99 ss) delimitou o “O princípio de não presunção dos atos dispositivos” no campo processual, lançando mão de diversos argumentos fortemente persuasivos, em especial o art. 114 do Código Civil, que enuncia diretriz não privativa do direito privado, segundo a qual os atos de renúncia devem ser interpretados restritivamente.

<sup>113</sup> A partir dessa interpretação, poderíamos considerar (como fazem ANTUNES VARELA-BEZERRA-SAMPAIO e NORA, *Manual...*, cit., p. 355) que bastaria a juntada de um documento para se considerar proposta determinada matéria: “[d]esde que a *mera junção de documentos* pelo réu durante o período reservado ao oferecimento da sua defesa constitui, segundo a melhor doutrina, uma *forma válida* (e eficiente) de *contestar*, nenhuma razão justifica que não se reconheça ao autor possibilidade de replicar, nos mesmos termos em que lhe é lícito responder à contestação por artigos, desde que, obviamente, a junção do documento equivalha, substancialmente, à alegação de qualquer *excepção*”.



Outro aspecto a ser considerado toca o interesse de agir. Uma reflexão mais detida leva ao reconhecimento de que o interesse da parte para a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica em caráter *incidenter tantum* é bem menos intenso do que para obter a mesma declaração em sede *principaliter* (em que será coberta por imutabilidade extraprocessual).

Para melhor ilustrar esse argumento, calha lembrar sucinto, mas profundo, parecer que LIEBMAN publicou em terras brasileiras (em 1948),<sup>114</sup> em que enfrentou justamente a possibilidade de o réu *escolher* alegar a invalidade de ato jurídico como simples defesa, em vez de usá-la como fundamento de reconvenção (a qual não estaria obrigado a ajuizar).<sup>115</sup>

Como se vê, o mestre italiano aceita que o réu possa querer que sua alegação de invalidade de contrato se preste *apenas* à rejeição da demanda do autor (lastreada nesse mesmo negócio). Isso significa aceitar que o réu pode, voluntariamente, assumir o risco de sujeitar-se a outras demandas futuras com base no mesmo contrato, e que essa escolha obrigará o Poder Judiciário a eventualmente ser chamado a se pronunciar sobre essa mesma questão de nulidade tantas quantas forem as vezes em que o autor insistir em demandar com amparo no aludido negócio.

Somente se explica essa posição pelo apego à tradição, pelo indisfarçável ranço privatista na interpretação dos institutos processuais e pela exacerbação da importância dos interesses privados das partes no processo, em detrimento manifesto do interesse público. Ficamos, mais uma vez, com SAIITA<sup>116</sup> quando diz que

é claro que a vontade não pode ter mais que uma mínima ou talvez nula relevância, porque a vontade da parte não é e nem pode ser diferente da vontade do ordenamento, e é essa que o juiz deve realizar e que constitui justamente o propósito de ter sido invocado.

Por esse prisma, às partes não se franquearia essa “margem de escolha” entre alegar questão prejudicial que envolve existência ou inexistência de relação jurídica em caráter *incidenter tantum* ou *principaliter*. Suscitada a questão, consideraria-se proposta a demanda, a merecer o julgamento pelo Estado-juiz.

<sup>114</sup> Exceção e reconvenção – arguição de nulidade de contrato, *RF*, nº 120, p. 382-383.

<sup>115</sup> “Deve-se, por conseguinte, distinguir: se a ré pretende obter sentença que pronuncie expressa e definitivamente a nulidade do contrato, a reconvenção é o meio adequado; mas, se ela se contentar em conseguir apenas a rejeição da demanda do adversário, é suficiente a alegação de invalidade do contrato em contestação. [...] O resultado será, então, porventura, menos amplo, porque conseguirá apenas repelir a demanda do autor; mas, se com isso o interesse do réu estará satisfeito, não há qualquer disposição de lei que o obrigue a vir por sua vez com ação, com pedido reconvenicional. [...] Ao réu, e só a ele, compete decidir a respeito da conveniência de preferir, em cada caso concreto, a forma da exceção ou da reconvenção.”

<sup>116</sup> Eis o trecho no seu idioma original: “[è] chiaro che la volontà non può avere che una minima e forse nulla rilevanza perché la volontà della parte non è e non può essere che la volontà dell’ordinamento, quella che il giudice deve realizzare e che costituisce appunto oggetto della sua invocazione” (Domanda giudiziale..., cit., p. 824).

Nossa proposta consiste, em resumo, na *inversão do “sinal” da interpretação do juiz sobre a resposta de mérito do réu, de modo a considerá-la, via de regra, como demanda.*<sup>117-118</sup>

Até porque no mais das vezes o réu efetivamente quererá tirar de seu pedido de tutela jurisdicional o máximo proveito possível, não podendo o sistema adotar, como regra, a inferiorização dessa sua posição jurídica, mormente pela presunção de que houve renúncia tácita do direito à formulação de verdadeira demanda.

A propósito de proteger interesses do réu (em especial sua autonomia privada, da qual decorre a possibilidade de propor ou não demanda), o sistema mitiga a importância de sua resposta no processo, o que presumivelmente contraria o próprio interesse do réu. A presunção deve ser sempre no sentido de que o réu pretende extrair de sua resposta o mais amplo efeito possível.<sup>119</sup>

Com isso, não se protegem apenas os interesses do réu, mas prestigia-se igualmente o programa do “processo civil de resultados”, o qual impõe que a interpretação de seus instrumentos deve ser orientada no sentido de extrair deles o máximo proveito possível. O enquadramento da resposta do réu como demanda

<sup>117</sup> ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*A ação declaratória incidental*, p. 129) reconhece o mesmo fenômeno relativamente à demanda declaratória incidental: “[à] luz do Código brasileiro, só se tem por proposta a ação declaratória incidental quando formulado expressamente o ‘requerimento’ (melhor dizendo, pedido) a que aludem os arts. 5º e 325”. Todavia, o professor gaúcho reconhece que esta se trata de uma decorrência de um excessivo formalismo por parte do nosso sistema: “[o]utros sistemas jurídicos, menos preocupados com os aspectos procedimentais do instituto, permitem que a vontade da parte no sentido de obter a declaração incidental se infira de sua conduta no processo, ainda que sem manifestação expressa e inequívoca” (idem, *ibidem*).

<sup>118</sup> Adotado esse método de interpretação, em princípio sequer haveria a necessidade de o juiz intimar o réu a esclarecer se houve ou não em sua resposta a articulação de demanda, como propôs CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Ação declaratória principal e incidente*, p. 212), como relação à demanda declaratória incidental: “em caso de dúvida, deve o juiz provocar um pronunciamento da parte”. O autor ainda completa que, se a possibilidade de o juiz assim proceder tiver passado, o caso é de considerar o julgamento da questão *incidenter tantum*.

<sup>119</sup> Chegamos, aqui, a conclusão similar àquela alcançada por BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA (*O juízo de identificação...*, cit., p. 132): “a circunstância de pairar dúvida (de qualquer natureza) na interpretação dos gestos ou palavras do agente, quanto à sua vontade de abrir mão de direitos, veda ao intérprete concluir por tal abdicação, por tal renúncia, pela disposição, enfim, do direito de que se trate. Na dúvida, deve-se optar sempre pela interpretação que atribua ao ato eficácia conservativa do direito do agente” (destaque do original).

não deixa, pois, de basear-se no interesse público,<sup>120</sup> que em última análise é a mais completa pacificação do litígio possível.<sup>121</sup>

Note-se, contudo, que nossa sugestão não é de supressão pura e simples das formas típicas de contra-ataque já analisadas, que permanecem previstas no sistema e podem muito bem ser manejadas pelo réu. Embora ultrapassados, tais instrumentos de contra-ataque não precisam ser simplesmente extirpados do sistema, não havendo mal em que subsistam. Propomos, sim, que os “espaços vazios” deixados por esses meios de resposta sejam preenchidos pela interpretação da resposta de mérito do réu como *demanda*. De *lege ferenda* podemos considerar que a supressão dos meios típicos de contra-ataque não traria impacto ao sistema, desde que a resposta do réu fosse interpretada como demanda antitética à do autor, nos moldes aqui expostos.

Uma última consideração se faz absolutamente imperiosa: parece-nos não ser totalmente incompatível com a proposta aqui apresentada que a presunção de que a resposta do réu seja demanda possa, sim, ser *vencível*, ou seja, o réu pode expressamente *pedir* que determinada questão não seja julgada *principaliter*. Mas, para isso, haverá de demonstrar interesse processual para pleitear que aquela questão seja apenas resolvida *incidenter tantum* (afinal, vimos que o interesse para o julgamento feito nesses moldes é menos intenso do que para pugnar pela decisão *principaliter*).

Justificaria semelhante pedido que o réu pretendesse mover essa pretensão pela via autônoma, o que seria perfeitamente legítimo máxime quando a pretensão exija o chamamento de outros litigantes, o deslocamento de competência, o dispêndio de recursos ainda não disponíveis etc. Ou seja, segundo os argumentos até aqui desenvolvidos, há a necessidade de demonstrar interesse no mero julgamento *incidenter tantum*.

<sup>120</sup> A monografista portuguesa PAULA COSTA E SILVA dedicou alentada obra à análise da interpretação dos atos processuais e considerou como premissa que “o processo só poderia ter um sentido útil se se discutisse um objecto que esgotasse o litígio” (*Acto e processo*, p. 449). Interpretar a defesa do réu como algo inferior a uma demanda certamente não contribui para esse intento. No mesmo sentido, MANCUSO patenteou que “a linha evolutiva desejável para o processo civil parece sinalizar no sentido de que sempre devam ser propostos meios tecnicamente idôneos para a atenuação de certos dogmas que remontam às fontes romanas, em ordem a se alcançar diretriz contemporânea da eficácia prática do processo” (*Considerações acerca de certa tendência legislativa à atenuação do dogma nemo ad factum praecise cogit potest, Processo civil: 20 anos de vigência*, CRUZ E TUCCI (Coord.), p. 150). Também em apoio à nossa proposição de reinterpretar a resposta de mérito do réu, lembramos da lição de BEDAQUE, no sentido de que: “a maior colaboração do processualista [...] é buscar fórmulas destinadas a simplificar o processo, eliminando os óbices que a técnica possa apresentar ao normal desenvolvimento da relação processual” (*Efetividade do processo...*, cit., p. 25).

<sup>121</sup> A propósito, AMARAL SANTOS, embora se referindo apenas ao fenômeno da reconvenção, enunciou ideia que ilustra muito bem o espírito que nos norteia: “a primeira vista poderia causar espécie, atendendo-se que a relação processual se dirigia no sentido de obter uma decisão tendo por objeto a pretensão do autor contra ou em relação ao réu, nela viesse este interferir, não mais nessa qualidade e, invertendo as posições, pudesse, na mesma relação, dela servir-se para obter uma decisão tendo por objeto uma pretensão sua contra o autor. O engano reside no esquecimento da natureza e caracteres da relação processual. Essa pertence ao *direito público* e não ao direito privado das partes” (*Da reconvenção no direito brasileiro*, p. 119).

## 10.8 Compatibilidade da interpretação aqui proposta com outros aspectos do sistema processual brasileiro

### 10.8.1 Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada material

Não hesitamos em afirmar que a proposta aqui apresentada não subverte as normas que traçam os limites objetivos da coisa julgada, exigindo-se então dedicar alguma atenção a esse relevante tema.

Acertadamente ou não, o legislador deixou de fora do âmbito da coisa julgada material a questão prejudicial que não constituiu originalmente objeto da demanda inicial e que, surgida no curso do processo, não ensejou demanda declaratória incidental (CPC, arts. 469, III, e 470). Diante de tão claro e incisivo comando legal, não há espaço para que se dê aos limites objetivos da coisa julgada uma interpretação mais elástica que aquela acatada pela doutrina majoritária com base nos dispositivos referidos.<sup>122</sup>

Todavia, a construção aqui apresentada não contraria essa rígida sistemática legal acerca dos limites da coisa julgada, pois não a estende aos “motivos” da sentença, à “verdade dos fatos” por ela considerada e à “questão prejudicial” acerca da qual não houve demanda declaratória incidental (CPC, art. 469, I a III).

Pelo contrário, nossa tese é plenamente compatível com esse dispositivo do CPC vigente, pois limitamo-nos a entender que via de regra o réu conteste a relação jurídica prejudicial à demanda do autor estará propondo demanda cujo efeito é justamente a declaração incidente.<sup>123</sup> Essa proposta é, pois, *de lege lata*, e não *de lege ferenda*.

Nesse passo, os estreitos limites objetivos da coisa julgada (fixados pelos arts. 469 e 470 do CPC) persistem preservados nas situações em que o réu não

<sup>122</sup> Em outro trabalho (*Preclusão processual civil*, p. 201), concluímos que “é a lei processual que diz quais decisões operam efeitos extraprocessuais (e em que limites) e quais não. Não se pode conceber a coisa julgada material como um fenômeno existente na natureza e interpretado pelo legislador no momento em que positiva sua existência no ordenamento processual. A coisa julgada é aquilo que a lei diz que é” (grifamos agora). LOCATELLI reforça essa conclusão ao assentar que “o modo pelo qual a decisão da questão prejudicial é regulado é uma questão de pura política legislativa” (*L'accertamento incidentale ex lege...*, cit., p. 40, por nós já traduzido).

<sup>123</sup> SILVA, ao criticar a sistemática do *accertamento incidentale* previsto no art. 34 do CPC italiano, propugna justamente que a defesa do réu já seria suficiente por si só a ampliar o objeto do processo e, conseqüentemente, o âmbito da coisa julgada material: “[o]ra, l'equivoco fondamentale nel quale è caduta la dottrina degli accertamenti incidentali, è dato da ciò: che essa è partita dall'idea che l'oggetto del processo si determini in base alla sola azione e non anche alla eccezione del convenuto” (*Accertamento incidentale*, cit., p. 244). Como conseqüência desse pensamento, fica descartado o manejo da demanda declaratória incidental pelo autor (conforme reza o art. 325 do CPC). Afinal, o réu, ao tornar controvertida a questão prejudicial, com sua resposta já apresentou demanda que enseja a declaração incidente. E se, por outro lado, a questão foi tornada controvertida na resposta do réu, não há por que o autor suscité-la depois disso. Finalmente, se a questão sequer foi tratada pelo réu em sua resposta, a inclusão do seu exame pelo autor depois desse momento processual configuraria violação à estabilização do objeto do processo, imposta pelos arts. 264, parágrafo único, e 294, ambos do CPC.

contesta a demanda inicial ou, fazendo-o, não suscita questão a ela prejudicial. A questão prejudicial tratada pelo juiz sem ter sido provocado pelo autor (pela demanda inicial) ou pelo réu (em sua resposta) não está abrangida pela coisa julgada material, exatamente como prescrevem os arts. 469 e 470 do CPC.

A explicação para essa distinção (entre a questão prejudicial proposta por uma das partes e a questão prejudicial analisada *ex officio*) está justamente no princípio constitucional do contraditório, que é um dos principais (senão o principal) fundamentos para os limites objetivos da coisa julgada.<sup>124</sup> E é justamente com base nessa garantia constitucional que se reconhece possível afastar alegação de vícios quanto à regra da adstrição (CPC, arts. 128 e 460), aproveitando uma sentença *ultra* ou *extra petita* porque pedido ou parcela do pedido, embora não constantes da demanda inicial, foram amplamente debatidos<sup>125</sup> e acabaram contemplados pela decisão. O que mais importa aqui é que o *thoema decidendum* tenha sido objeto de contraditório.<sup>126</sup>

A tese aqui desenvolvida também se mantém consentânea com a regra do art. 474 do CPC,<sup>127</sup> que rege o que se convencionou denominar de *eficácia preclusiva da coisa julgada*.<sup>128</sup> Trata-se de regra que, aliada à da tríplice identidade, visa

<sup>124</sup> Nesse sentido, TALAMINI pontua que “[a] verdade é que a coisa julgada é mecanismo engendrado para evitar o conflito prático, concreto, e não teórico, lógico, entre decisões. O ideal seria que mesmo essas contradições lógicas fossem impedidas – inclusive para evitar situações desarmonicas com a razoabilidade e a isonomia. Mas então poderiam vir a ser violados outros valores, notadamente o acesso à justiça, o devido processo (a previsibilidade para as partes), o contraditório e a ampla defesa” (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 84). Em outro estudo, alertamos que o sistema deve “evitar que a parte possa ser surpreendida pelo reconhecimento da eficácia extraprocessual de determinada decisão, quebrando-se a expectativa que emerge da lei de que sua imutabilidade seria meramente endoprocessual” (*Preclusão processual civil*, p. 201). No fim das contas, tem-se no campo da coisa julgada a mesma projeção do princípio da adstrição, cujo fundamento é em última análise o contraditório (como aponta BEDAQUE, *Os elementos objetivos da demanda...*, cit., p. 34).

<sup>125</sup> Aqui, é forçoso invocar mais uma vez DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 136), para quem “o risco de extrapolar os limites da demanda inicial fica neutralizado quando as próprias partes houverem discutido amplamente a causa, a ponto de se manifestarem explicitamente sobre a parte do pedido ou sobre os fundamentos sobre cuja inclusão naquela o juiz possa ter alguma dúvida. Em casos assim, a garantia ao contraditório não fica maculada”. BEDAQUE (*Os elementos objetivos da demanda...*, cit., p. 37) chega a afirmar que o contraditório supriria a propositura da demanda como um todo. Concordando com essa posição, PEDRO DINAMARCO (*Ônus processuais...*, cit., p. 147).

<sup>126</sup> A evolução do conceito de contraditório, assentado sobre o diálogo e a colaboração entre o juiz e as partes (conforme examinado no item 3.3, *supra*), poderá eventualmente permitir que até mesmo a questão prejudicial suscitada de ofício, na medida em que debatida pelas partes, possa ser passível de integrar a parte dispositiva da sentença e, portanto, passar a ficar coberta pela coisa julgada material. Isso dependerá de expressa advertência a ser feita pelo juiz às partes, antes do proferimento da sentença de mérito.

<sup>127</sup> “Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

<sup>128</sup> As diversas questões suscitadas por esse dispositivo não guardam relação direta com o objeto da tese, o que nos autoriza a não enfrentá-las. De toda sorte, registre-se que ARAKEN DE ASSIS qualifica o art. 474 do CPC como “fonte de tormentas” (*Cumulação de ações*, p. 122).

imunizar a sentença de mérito passada em julgado.<sup>129</sup> As duas regras se completam.<sup>130</sup>

Para o demandante que saiu vencido, veda-se a repositura de demanda idêntica (CPC, art. 301, §§ 1º e 2º), ainda que com base em questões não deduzidas, mas dedutíveis (CPC, art. 474). É assente também que essas questões dedutíveis e proscritas devem ser aquelas relacionadas aos fatos secundários, já que, alterado o fato principal, não há tríplice identidade, pela mudança de um dos elementos da demanda, que é a causa de pedir.<sup>131</sup> É nesse sentido (e apenas nele) que se entende que a coisa julgada cobre o “dedutível”,<sup>132</sup> merecendo descarte de quaisquer tentativas de explicar o fenômeno sob a ótica da “ficção” da “coisa julgada implícita”.<sup>133</sup>

Para o demandante que saiu vencedor, não é útil a regra da tríplice identidade (CPC, art. 301, §§ 1º e 2º), mas sim a da eficácia preclusiva (CPC, art. 474), de tal modo que o demandado vencido não poderá suscitar questões que possam infirmar o resultado emergente da sentença de mérito passada em julgado.<sup>134-135</sup>

<sup>129</sup> DINAMARCO (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 259) averba a propósito que “os motivos da sentença ficam apenas a salvo de novas discussões, com referência à demanda já julgada (mesmas partes, pedido e causa de pedir). Tal é a *eficácia preclusiva da coisa julgada*, que com a própria autoridade da coisa julgada material não se confunde e que se presta a dar sentido e efetividade a ela”.

<sup>130</sup> Sobre a complementaridade dos dois dispositivos, v. g., ARRUDA ALVIM (*Ação declaratória incidental*, cit., p. 44), CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 224-228) e TALAMINI (*Coisa julgada...*, cit., p. 85-86).

<sup>131</sup> Assim entende DINAMARCO (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 272).

<sup>132</sup> Nesse sentido, v. g., na doutrina italiana, COMOGGIO (*Il principio di economia processuale*, v. 2, p. 121), PROTO PISANI (Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 386-391, 1990, e *Lezioni...*, cit., p. 63-67), e, entre nós, BARBOSA MOREIRA (*A eficácia preclusiva da coisa julgada material*, *Temas de direito processual* – 1ª série, p. 98-99).

<sup>133</sup> Assim entendia, v. g., CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 382), com as adesões de BARBOSA MOREIRA (*A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*, *Temas de direito processual* – 1ª série, p. 99) e, recentemente, TALAMINI (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 85).

<sup>134</sup> Não nos cabe entrar nas profundas discussões sobre o objeto da imutabilidade da coisa julgada material, isto é, se os efeitos da sentença (como propunha LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença...*, cit., *passim*), sobre a declaração contida na sentença (como decorre do art. 2.909 do Código Civil italiano, de inspiração alemã) ou sobre a sentença em seu todo considerada (como defende, por exemplo, BARBOSA MOREIRA, *Coisa julgada e declaração*, *Temas de direito processual* – 1ª série, p. 83-86). A definição desse aspecto não interfere nas conclusões aqui atingidas.

<sup>135</sup> Colhem-se da jurisprudência dois ótimos exemplos dessa afirmação: “1. O art. 474 do CPC sujeita aos efeitos da coisa julgada todas as alegações que poderiam ser arguidas como matéria de defesa. 2. A sentença de procedência do pedido reivindicatório faz coisa julgada material e impede que em futura ação se declare usucapião, em favor do réu, assentado em posse anterior à ação reivindicatória” (REsp 332.880/DF, 3ª T., Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 5-10-2006). “1. A coisa julgada é tutelada pelo ordenamento jurídico não só pelo impedimento à repositura de ação idêntica após o trânsito em julgado da decisão, mas também por força da denominada eficácia preclusiva do julgado. [...] 3. O segundo, inerente à eficácia preclusiva, admite dizer-se que a coisa julgada atinge o pedido e a sua causa de pedir. Destarte, a eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474, do CPC) impede que se infirme o resultado a que se chegou em processo anterior com decisão transitada, ainda que a ação repetida seja outra, mas que, por via oblíqua, desrespeita o julgado anterior” (REsp 763.231/PR, 1ª T., Rel. Ministro Luiz Fux, j. 15-2-2007).

Esses exatos mesmos fenômenos ficam muito mais fáceis de visualizar e aplicar quando se leva em consideração que a resposta de mérito do réu seja, via de regra, reconhecida como demanda (declaratória), de modo que o pedido nela contido seja julgado *principaliter*.

Retomando exemplo já dado nos itens anteriores, vemos que, julgada improcedente a demanda inicial de reparação de danos por acidente automobilístico e, por conseguinte, procedente a demanda do réu de declaração de existência de culpa do autor, o primeiro jamais poderá cobrar qualquer outro valor que decorra do mesmo “episódio da vida”. Conscientemente rompemos com a ideia tradicional de que a análise da matéria de defesa desenvolve-se apenas no campo da motivação da sentença e, como tal, não é atingida pela coisa julgada.<sup>136</sup>

De outro lado, a proposta interpretativa aqui apresentada afina-se à “finalidade essencialmente *prática*” da coisa julgada, que é, segundo BARBOSA MOREIRA, “conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada”,<sup>137</sup> ainda que seja ao réu.

É evidente que, para extrair tais vantagens desse método de análise da demanda do réu, será necessário *individuá-la*, mas esse trabalho não é diferente daquele que se faz quanto à demanda do autor, e com as mesmas finalidades e dificuldades.

Não nos passa despercebido que toda a análise do objeto litigioso do processo é feita, apenas, sob a perspectiva do autor, falando-se apenas em “identificação de ações”, em completo desprezo à postura do réu. Não propomos uma mudança de método, mas tão somente que ele seja aplicado considerando-se também (e como regra) a demanda do réu.

Haverá a necessidade de analisar o pedido formulado pelo réu em sua resposta, “iluminado” pela causa de pedir.<sup>138</sup> Em vez de uma operação “lógico-jurídica”<sup>139</sup> de “identificação de ações”,<sup>140</sup> o intérprete é convidado a proceder a duas (uma com a demanda do autor, outra com a demanda do réu).

<sup>136</sup> Assim entendem HEINTZ (*I limiti oggettivi...*, cit., p. 222), PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 67), ORIANI (*Eccezione...*, cit., p. 306-307) e PADURA BALLESTEROS, *Fundamentación de la sentencia...*, cit., p. 151 ss), na doutrina estrangeira, e na nacional, e. g., ARRUDA ALVIM (Ação declaratória incidental, cit., p. 41-44).

<sup>137</sup> Coisa julgada e declaração, *Temas de direito processual* – 1ª série, p. 83.

<sup>138</sup> Essa é a fórmula de consenso proposta por RICARDO LEONEL (*Causa de pedir e pedido...*, cit., p. 86), com apoio em vasta doutrina, como a de CRUZ E TUCCI (*A motivação...*, cit., p. 22) e ADA PELLEGRINI GRINOVER (Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 16, p. 25-27).

<sup>139</sup> Expressão usada por muitos, como MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 98).

<sup>140</sup> Expressão consagrada pela doutrina italiana, desde CHIOVENDA (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 427 ss), acolhida também no próprio título da já citada monografia de BELLAVITIS (*L'identificazione delle azioni*) e até hoje empregada, tanto na doutrina estrangeira (v. g., MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1984, p. 466, e CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., p. 7-21), como pátria (v. g., BOTELHO DE MESQUITA, *A causa petendi nas ações reivindicatórias, Teses estudos e pareceres de processo civil*, v. 1, p. 139). Por todas as razões já exaustivamente apresentadas, preferimos falar sempre em “identificação de demandas” (como também propõem CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 71, e CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...*, cit., p. 26).

Aliás, a observação atenta da causa de pedir nessa operação é de absoluto rigor, já que, segundo TALAMINI:<sup>141</sup>

a simples consideração isolada ora do pedido, ora da causa de pedir, é insuficiente para solução dos problemas atinentes aos limites objetivos da coisa julgada (como de resto também o é para as questões referentes a litispendência, conexão, continência etc.).

Cumprido, então, ilustrar as afirmações aqui desfiladas com exemplos.

Tornemos à hipótese, acima alvitada, de demanda que pede abatimento do preço por vício redibitório. A pura e simples improcedência desse pedido produz a declaração de que “o autor não tem direito ao abatimento do preço, de acordo com o fundamento invocado (o vício redibitório)”. É com base nessa declaração que são definidos os limites objetivos da coisa julgada material, ou seja, o pedido do autor, iluminado pela causa de pedir invocada na petição inicial. Caso o réu apresente resposta de mérito, pedindo a improcedência da demanda inicial porque o vício redibitório não existe, a sentença que lhe der razão trará uma declaração de que “o autor não tem direito ao abatimento do preço, de acordo com o fundamento invocado pelo réu (o vício redibitório não existe)”. Em ambos os casos, define-se o objeto das demandas (do autor e do réu) considerando o seu pedido, “iluminado” pelos seus fundamentos (causa de pedir e “causa de resistir”).

Haverá hipóteses em que a demanda do réu não trará nenhum aumento na extensão dos limites do objeto litigioso e da coisa julgada. Usando mais uma vez o mesmo exemplo da demanda de reparação de dano material decorrente de acidente de trânsito, se o réu nega que o autor sofreu qualquer prejuízo, os limites da demanda do réu coincidem perfeitamente com os do autor.<sup>142</sup>

Mas nem por isso se pode negar que haja efetiva demanda do réu, pois há verdadeira pretensão, que é perfeitamente antitética à do autor (tema a ser explorado no item 10.9.1, *infra*). Há um concurso de demandas, que por natureza reclamam julgamento conjunto. Tivessem sido propostas separadamente, seriam reunidas por conexão ou continência.

Mesmo nesse caso, o método de trabalho aqui proposto remanesce o mesmo: *para delimitar o âmbito da imutabilidade resultante da coisa julgada, não bastará analisar a demanda do autor, mas também a do réu*. Reitere-se: não se trata mais de uma operação lógica, mas de duas, embora ontologicamente iguais, e portadoras de todas as dificuldades que vêm sendo avistadas pela doutrina há décadas (sobre as quais não é o caso de nos manifestarmos).

<sup>141</sup> *Coisa julgada e sua revisão*, p. 79.

<sup>142</sup> Somos forçados a reconhecer que, nessa hipótese, a identificação de uma verdadeira demanda do réu em sua resposta de mérito não implica nenhuma alteração prática para o processo. Mas a distinção, apesar de exclusivamente teórica, revela uma mudança de postura metodológica no tocante à posição do réu no processo civil, e que em inúmeros casos se revelará extremamente importante.



Eventualmente haverá coincidência entre essas duas operações e, nesse caso, o método por nós aqui proposto nada trará de útil no plano prático. Mas, quando não houver absoluta conformidade entre o objeto da demanda do autor e o objeto da demanda do réu, a técnica de análise aqui alvitrada revelar-se-á inegavelmente útil e, principalmente, correta à luz da Constituição Federal.

### 10.8.2 Litispendência

Importa considerar ainda que a mesma operação lógico-jurídica de identificação de demandas se aplica à verificação da existência ou não de litispendência,<sup>143</sup> despontando aqui mais uma utilidade manifesta do método de reputar a resposta de mérito do réu como demanda.

É razoavelmente disseminado o entendimento de que a litispendência poderia ser considerada entre demandas de mesmo objeto, mas nas quais as partes estão em “polos invertidos” (pense-se que um litigante ajuíza demanda declaratória positiva de uma determinada relação jurídica e seu adversário afora demanda declaratória negativa da exata mesma relação).<sup>144</sup> No entanto, parece-nos que o rigor do art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC não admite que a estrita fórmula de demandas “idênticas” comporte partes em polos trocados.<sup>145</sup>

Nesse passo, se o réu apresentou resposta de mérito, ela (demanda que é) gerará sempre litispendência para demanda autônoma com mesmo pedido,

<sup>143</sup> Apesar de o art. 301, §§ 1º ao 3º, do CPC indicar que o âmbito da litispendência e da coisa julgada seria igual (variando apenas quanto ao momento em que um e outro fenômeno se configura: um com o processo em curso, outro com o processo encerrado por decisão passada em julgado), as coisas não se passam bem assim. MARIANA FRANÇA GOUVEIA (*A causa de pedir na ação declarativa*, p. 245 e 328) notou essa diferença, tendo em mira o processo português que, na espécie, é bem próximo ao nosso. A litispendência é gerada enquanto há causa pendente para repropósito de outra “idêntica”, mas extinto o processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267), esse impedimento desaparece, sem que surja em seu lugar o da coisa julgada. A propósito, CERINO CANOVA (*La domanda giudiziale*, cit., p. 115) considera que a litispendência parte da pressuposição do sistema que o processo se encerrará com julgamento de mérito. De outro lado, a litispendência impede a repropósito de demanda “idêntica”, mas não veda a propositura de demanda que diga respeito a “questões” não tratadas em parte ou totalmente em outra demanda entre as mesmas partes (as quais podem até ser reunidas para julgamento conjunto, pelos fenômenos da conexão ou continência). Todavia, quando a sentença de mérito proferida no primeiro processo transita em julgado, não apenas a “demanda idêntica” está vedada (CPC, art. 301, §§ 1º ao 3º), mas igualmente qualquer demanda cujo objetivo seja infirmar o comando resultante da sentença, pelo fenômeno da eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474), como vimos acima.

<sup>144</sup> Assim, PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 167-168), ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 1, p. 412), CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 79) e NERY JR. e ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 687).

<sup>145</sup> É exatamente essa a constatação de BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA (*Conexidade e efetividade processual*, p. 352): “[n]osso Código definiu o que sejam demandas iguais utilizando como critérios de identificação os *tria eadem* (partes, pedido e causa de pedir). Boa ou má, essa foi a escolha do legislador; e para além dela o que há são tergiversações – tomadas, na melhor hipótese, como discussões *proeter legem* – nada mais”. Em ordenamentos estrangeiros que não preveem norma similar, há espaço para soluções diferentes, configurando-se a litispendência em uma variedade de casos muito maior do que em nosso sistema jurídico (a propósito do direito espanhol anterior à LEC de 2000, MARIA VICTORIA BRZOSA FRANCO, *Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*, p. 137-188).

causa de pedir e partes.<sup>146</sup> Por outro lado, se o réu deixa de apresentar resposta à demanda do autor e ajuíza autonomamente demanda declaratória negativa, não há que se falar em litispendência.<sup>147</sup>

Em resumo, a caracterização da resposta de mérito do réu como demanda traz benefícios visíveis para diversos campos em que se cogita da identificação de demandas, como a coisa julgada e a litispendência, sem que com isso se desnaturem ou desestruturem os institutos processuais vigentes.

Note-se, antes de prosseguir, que essa solução seria totalmente inaplicável se o nosso sistema processual tivesse traçado bases diversas para a definição do objeto litigioso do processo, de maneira a considerar que todas as questões suscitadas e debatidas o integram<sup>148</sup> (e, conseqüentemente, estão compreendidas na coisa julgada material).<sup>149-150</sup>

Todavia, trata-se de esquema que não encontra nenhum eco no direito positivo, doutrina ou jurisprudência brasileira, e, mesmo que essa concepção fosse acatada, nada estaria definitivamente resolvido, dado que, em vez de identificação das demandas, o intérprete seria forçado a proceder à identificação das questões.<sup>151</sup>

<sup>146</sup> Assim entende ROMANO (*Lezione di accertamento negativo*, p. 342).

<sup>147</sup> A doutrina, servindo-se da situação de coexistência de demanda condenatória e demanda declaratória de inexistência da mesma dívida, conclui pela existência de continência (e. g., BUZAIID, *A ação declaratória...*, cit., p. 348 ss). Ocorre, porém, que os estudiosos normalmente não se preocupam em investigar se o réu, revel, está livre para suscitar as matérias de resposta à demanda do autor como objeto de uma demanda (declaratória) autônoma e requerer a reunião de ambas para julgamento conjunto. Como já vimos (item 10.7, *supra*), BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA (*Conexidade e efetividade processual*, p. 367 ss) defende ferrenhamente a resposta afirmativa, à qual manifestamos nossa adesão.

<sup>148</sup> Assim entende FAZZALARI (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 40): “una nozione di ‘oggetto del processo’ (inteso come oggetto della cognizione del giudice), incentrato sul ‘merito’ è dunque insufficiente e impropria. Il processo ha, invece, tanti ‘oggetti’ quante sono le ‘questioni’ – di merito o di rito – che il giudice deve affrontare e decidere”.

<sup>149</sup> O art. 287 do CPC de 1939 dava a entender o acolhimento dessa concepção ampla, ao preceituar que “[a] sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas”. Apesar de esse dispositivo ter sido reproduzido de forma quase literal no art. 468 do CPC atual (“A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”), sua conjugação com os arts. 469 e 470 eliminaram qualquer dúvida no sentido de que a coisa julgada material cobre apenas o dispositivo da sentença de mérito e não as questões por ela resolvidas. Assim reconhecem, entre outros, BARBOSA MOREIRA (Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, *Temas de direito processual* – 1ª série, p. 95-96; CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença...*, cit., p. 134-135, e o nosso *Preclusão processual civil*, p. 198-200).

<sup>150</sup> BUZAIID (Da lide: estudo sobre o objeto litigioso, cit., p. 81), após exame profundo das fontes históricas que tocam o tema, entendeu que a ideia de objeto de processo como as “questões” nele resolvidas era derivada da concepção canônico-germânica de processo, o qual era dividido em fases, cada qual comportando a solução de uma questão, a qual se tornava imutável uma vez irrecorrida. A ideia do objeto do processo recair sobre a pretensão ou o pedido assenta raízes no conceito de *actio romana*.

<sup>151</sup> Conforme percebeu o arguto espírito de COMOLIO (*Il principio di economia processuale*, v. 2, p. 123).

### 10.8.3 Interpretação do pedido à luz e o art. 293 do CPC

Para encerrar, é forçoso afirmar que nossa proposição interpretativa não colide com a regra do art. 293, 1ª parte, do CPC, segundo a qual os pedidos devem ser interpretados restritivamente (regra que pode perfeitamente ser estendida ao réu).

Primeiro, porque nossa proposta não é a de dar interpretação extensiva ao pedido do réu, mas de *qualificá-lo, via de regra, como demanda, a fim de equiparar seus efeitos aos da demanda inicial*. Ou seja, não propomos aqui estender o objeto do pedido do réu em si, pura e simplesmente, e sim considerar seus efeitos de forma diversa, tendo em vista o interesse do sistema em nivelar as partes e extrair do processo o melhor resultado possível.<sup>152</sup>

Também não é de hoje que se reconhece que o art. 293 do CPC não pode ser aplicado literalmente. Sobre esse dispositivo, DINAMARCO<sup>153</sup> ensina que a

cautela do juiz não deve ir além dos casos em que haja dúvida invencível quanto às intenções do autor. Não seria legítimo converter o zelo pela integridade da máxima *ne eat iudex ultra vel extra petita petitum* em motivo para denegar justiça mediante julgamentos *citra petita*. [...] Entre dois riscos opostos – o de ir além e o de ficar aquém dos reais limites da demanda do autor – sendo eles razoavelmente equilibrados, é dever do juiz a assunção do primeiro, sob pena de denegar justiça. [...]

Assim, DINAMARCO<sup>154</sup> defende que a expressão *interpretação restritiva* constante do texto do art. 293 do CPC não significa “interpretação para menos”, e propõe que essa interpretação do pedido deve ser *estrita*.<sup>155</sup> A proposta aqui formulada por nós não conflita com essa conclusão.

<sup>152</sup> Atemo-nos à ideia desenvolvida por BEDAQUE sobre o sistema de invalidades processuais, mas que tem plena aplicação aqui, no sentido de que é importante “o papel do intérprete, pois cabe a ele determinar abstratamente a situação desejada *pela lei* como escopo do ato e comparar com a realidade concreta” (*Efetividade do processo...*, cit., p. 422-423).

<sup>153</sup> *Instituições...*, cit., v. 2, p. 135-136.

<sup>154</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>155</sup> Esse é o entendimento de MILTON PAULO DE CARVALHO (*Do pedido...*, cit., p. 119) no sentido de que “em nenhuma hipótese se admite a dilatação, como não se suprime coisa alguma”. Para PONTES DE MIRANDA, “[q]uando se diz que os pedidos não de ser interpretados de modo restrito, põe-se por princípio que não são alargáveis pelos métodos exegéticos, incluindo-se o que podia ser incluído e não o foi” (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 111).

### 10.9 Quanto ao conteúdo, elementos e condições da demanda do réu

#### 10.9.1 Pretensão do réu e o objeto litigioso do processo

Para demonstrar que o réu, ao apresentar sua resposta de mérito, ainda que limitada ao pedido de “improcedência da demanda inicial”, formula demanda contra o autor, é de rigor verificar se aí está presente o exercício de uma *pretensão processual*, no sentido comumente empregado por boa parte da doutrina para caracterizar o objeto da demanda (e, conseqüentemente, o objeto litigioso do processo).<sup>156</sup>

Não há como negar que o réu, ao apresentar sua resposta de mérito, faz *afirmação* de um direito substancial seu<sup>157</sup> em face do adversário,<sup>158</sup> ainda que apenas orientada à rejeição da demanda do autor. Há aí um ato de *exigência*,<sup>159</sup> quando menos de uma sentença de mérito declaratória negativa.<sup>160</sup> Isso é suficiente para que se caracterize pretensão processual na acepção estrita do termo.

<sup>156</sup> Considerando que o objeto da demanda (e, conseqüentemente, do processo) é a *pretensão processual*, DINAMARCO (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 265 ss, e *Instituições...*, cit., v. 2, p. 102 ss), RICARDO DE BARROS LEONEL (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, p. 103-104) e FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA (*O objeto litigioso no processo civil: a pretensão processual à tutela jurisdicional efetiva*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 32-39), para ficar apenas com alguns poucos exemplos.

<sup>157</sup> Sob essa ótica, não há demanda do réu quando sua resposta recai *exclusivamente* sobre o processo, mediante alegação de falta de pressupostos para o julgamento do mérito, com pedido de extinção do processo por sentença terminativa. Assim, v. g., SATTA (*Diritto processuale civile*, p. 119) e ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 9). Isso não impede, contudo, que, além de apresentar resposta processual, o réu, *também*, formule defesa de mérito.

<sup>158</sup> CAPPALLETTI percebeu que a defesa em geral, e especialmente a exceção, constitui uma *afirmação*, tal como a demanda: o saudoso jurista é ainda mais categórico: “l’eccezione riguarda il contenuto della domanda del convenuto, il qual contenuto, come tutti sanno, é fatto di *affermazioni*. Tutti sanno, *invero*, che il convenuto può limitarsi a negar il fatto costitutivo allegato dall’attore; oppure allegare un fatto impeditivo o estintivo di questo. Ora una domanda del convenuto c’è anche nel primo caso” (Eccezione e analisi dell’esperienza..., cit., p. 645). A essa lição se soma a de CONSOLLO (Domanda giudiziale, cit., p. 48), o qual demonstra a íntima ligação entre *pretensão processual*, como afirmação de um direito em juízo, e o conceito técnico estrito de *demanda*, como ato que manifesta essa afirmação.

<sup>159</sup> JAIME GUASP deu enorme destaque em sua obra ao conceito de pretensão processual, definindo-a (na companhia de PEDRO ARAGONESSES, *Derecho procesal civil*, t. 1, p. 259) como “reclamación que una parte dirige frente a otra e ante el Juez”. Adiante (*idem*, p. 264), dão-se outros contornos ao conceito: “[l]a pretensión procesal es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta de la declaración”.

<sup>160</sup> A maior prova de que o réu também pode exigir uma sentença de mérito está no art. 267, § 4º, do CPC, em que ele pode se opor à desistência da ação por parte do autor. Sobre esse tema, tornaremos no item 10.12, *infra*.

Como bem se sabe, o conceito de pretensão é bastante controverso,<sup>161</sup> tendo passado por longo processo de desenvolvimento teórico. Atribui-se<sup>162</sup> a SCHWAB<sup>163</sup> a mais importante e influente estruturação desse conceito para a ciência processual, por ter aprofundado a distinção entre *pretensão material* e *pretensão processual*.

A primeira consubstancia-se no “direito de exigir”, que surge no plano material quando violado determinado direito subjetivo. É nessa acepção que o termo é empregado pelo art. 189 do CC brasileiro (“Violado o direito, nasce para o titular a pretensão [...]”), que traz indisfarçável influência do direito alemão (BGB, § 194) e, por sua vez, remota inspiração na doutrina de WINDSCHEID,<sup>164</sup> ainda que não seja imune a críticas.<sup>165</sup> Essa categoria não nos interessa, por razões já anteriormente declinadas,<sup>166</sup> às quais se acresce a constatação de que a concepção de pretensão material está relacionada apenas com a tutela condenatória, sendo-lhe estranhas as demandas de cunho declaratório e constitutivo.<sup>167</sup>

A segunda consubstancia-se num conceito exclusivamente processual,<sup>168</sup> que se manifesta num ato judicial de exigência de um direito, que não leva em conta

<sup>161</sup> MOREIRA AIVES o considera “um dos mais obscuros da Teoria Geral do Direito” (Direito subjetivo, ação e pretensão, *Revista de Processo*, nº 47, p. 112).

<sup>162</sup> Reconhecendo o pioneirismo da obra de SCHWAB: BUZAID (Da lide: estudo sobre o objeto litigioso, *Estudos e pareceres de direito processual civil*, p. 104-106), CRUZ E TUCCI (A causa petendi..., cit., p. 94) e RICARDO DE BARROS LEONEL (Causa de pedir e pedido: o direito superveniente, p. 43).

<sup>163</sup> *El objeto litigioso en el proceso civil*, tradução de Tomás A. Banzhaf, especialmente p. 3-9. No entanto, BUZAID (Da lide: estudo sobre o objeto litigioso, cit., p. 94-95) observa que a ideia de *pretensão processual* diversa da de *pretensão material* já vinha expressa na obra de WACH (*Pretensión de declaración*), pela qual o processualista alemão procurou demonstrar o autônomo cabimento da demanda declaratória (negativa, sobretudo).

<sup>164</sup> WINDSCHEID, que definiu a pretensão (*Anspruch*) como a “dirección personal del derecho en virtud de la cual se le exige algo a una persona determinada” (*La actio...*, cit., *Polemicar...*, cit., p. 235).

<sup>165</sup> Entre nós, PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. 5, p. 451) considera que a definição de pretensão como direito é “infeliz”. BARBOSA MOREIRA (Notas sobre pretensão e prescrição..., cit., p. 121) questiona que essa conceituação de pretensão dá margem à dúvida em saber: trata-se de um novo direito (derivado daquele violado), ou é o mesmo direito, passado por uma metamorfose? O eminente jurista botafoguense considera que essa discussão tem cores indisfarçavelmente imanentistas.

<sup>166</sup> Como optamos por deixar de lado a concepção de “ação de direito material” (item 2.1, *supra*), haveremos também de deixar de lado a ideia de pretensão material. E o fazemos não porque consideramos haver aí incorreção (conforme já dito), mas porque o manejo de tais conceitos é desnecessário para os objetivos programados para este livro. BEDAQUE (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 277) vai além, e textualmente considera que esses conceitos não apresentam utilidade, e para tanto invoca em seu apoio o aqui já referido texto de BARBOSA MOREIRA (Notas sobre pretensão e prescrição..., cit., p. 121).

<sup>167</sup> Assim pontuou SCHWAB (*El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 5) e lhe acompanhou recentemente, entre nós, RICARDO DE BARROS LEONEL (Causa de pedir e pedido: o direito superveniente, p. 40).

<sup>168</sup> Como entendem BUZAID (Da lide: estudo sobre o objeto litigioso..., cit., p. 74) e DINAMARCO (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 270).

se o direito afirmado realmente existe ou não.<sup>169</sup> Justamente por isso distingue-se da pretensão material.<sup>170</sup>

A despeito desse importante avanço conceitual, que é decorrência necessária da autonomia da ciência processual, ainda persistem dúvidas, especialmente para caracterizar a pretensão processual como fato ou ato jurídico<sup>171</sup> ou para delimitar sua extensão (se abrange apenas o pedido ou também a causa de pedir).<sup>172</sup> Essas dúvidas não nos interessam diretamente, o que nos autoriza a deixá-las de lado.

Nesse passo, embora toda a doutrina afirme o contrário,<sup>173</sup> não há por que negar que o réu também exerça pretensão contra o autor quando apresenta res-

<sup>169</sup> Tanto que GUASP e ARAGONESSES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 265) realçam bem a existência de pretensões processuais “fundadas y sinceras” ou “infundadas y insinceras”.

<sup>170</sup> Como ensina ROSEMBERG (*Tratado...*, cit., v. 2, p. 29).

<sup>171</sup> Na doutrina estrangeira, CARNELUTTI (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 31) considerava a pretensão como um ato jurídico, justamente porque constitui uma *declaración de vontade*. No mesmo sentido, os espanhóis GUASP e ARAGONESSES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 265) e o brasileiro MILTON PAULO DE CARVALHO (*Do pedido no processo civil*, p. 78, destaque nosso): “[o] pedido ou a pretensão processual é o ato de declaração de vontade formulado no sentido da obtenção de dois resultados indissociáveis, quais sejam, o imediato, ou de força, consistente na provisão jurisdicional de determinada espécie, e o mediato, ou efeito, consistente no bem da vida objeto da relação de direito material. O pedido ou pretensão processual não se confunde com a pretensão de direito material”. Já COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 68, 72 e 90) definia pretensão como um *fato jurídico*, porque é uma afirmação do sujeito, que contém uma autoatribuição de um direito de que é merecedor da tutela jurisdicional. No mesmo sentido, DINAMARCO (*Instituições...*, v. 2, p. 102-103), para quem “[p]retensão é um estado de espírito que se exterioriza em atos de exigência, não uma situação do sujeito perante a ordem jurídica”. Em outra obra, DINAMARCO havia assentado (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 269-270): “o objeto do processo é a pretensão processual, que se caracteriza como fenômeno de natureza exclusivamente processual, um ato, algo que alguém faz e não tem, uma manifestação de vontade [...]. Um direito enquanto apenas afirmado [...] a) a pretensão (e, por conseguinte, o objeto do processo) consiste na afirmação de um direito material; b) ela se revela em fatores exclusivamente processuais; c) ela está no pedido”.

<sup>172</sup> Esse é o principal dissenso da tradicional doutrina alemã sobre o tema. BUZAID (Da lide: estudo sobre o objeto litigioso, cit., p. 109-111), após sintetizar as teorias de diversos autores, dividiu-os entre os que concebem que a pretensão processual é apenas o pedido (como SCHWAB) e outros que a consideram como o pedido e os fatos a ele subjacentes (ROSEMBERG e HABSCHWEID). Para um exame desse tema (que não nos interessa diretamente), confira-se ainda CRUZ E TUCCI (A causa petendi..., cit., p. 92-106).

<sup>173</sup> FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, v. 3, p. 128) ensinava que: “o réu não formula pretensão contra o autor, mas apenas resiste ao pedido”. AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 2, p. 186) segue a mesma trilha: “[n] a ação, o autor formula uma pretensão, faz um pedido. Diversamente, na defesa não se contém nenhuma pretensão, mas resistência à pretensão do autor” (destaques do original). Trilhando esse caminho, MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 464) leciona que “a exceção não contém, propriamente, um pedido, a que possa o juiz atender e, em consequência, condenar o autor, julgando procedente a pretensão do réu”. Igualmente, FLÁVIO YARSHIEL (*Tutela jurisdicional*, p. 124, grifo do original) acentua que: “é tradicional a asserção de que o réu não pede, mas impede. Nessa linha de raciocínio, ao exercer a exceção, o réu não formularia – não ao menos tecnicamente – um pedido”. CLEANTO SIQUEIRA também rejeita que haja pedido do réu mesmo quando da alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, mormente quando se trata de simples negação (em suas variadas formas) do fato constitutivo do direito do autor: “o demandado, enquanto se limita a ser, tão somente, demandado, não formula perante o órgão jurisdicional qualquer pedido, no sentido estrito do termo, significando *provimento jurisdicional que lhe permita acesso a um determinado bem jurídico*” (*A defesa...*, cit., p. 134, grifos do original). Adiante, insiste na mesma ideia: “[d]ireito de defesa, especificamente na defesa indireta, não está sujeito à apreciação valorativa atinente à sua *improcedência* ou não. Não se trata, nos casos de improcedência do pedido, de improcedência da defesa. A defesa, como técnica de participação do réu no processo, não está sujeita a julgamento” (idem, p. 245). No mesmo sentido, MARCELO ABELHA (*Manual de execução*

posta de mérito, ainda que seu propósito principal seja a rejeição da demanda inicial, por meio de uma sentença declaratória<sup>174</sup> (normalmente negativa, excepcionalmente positiva).

Quando o réu apresenta resposta à demanda do autor, atacando-a quanto ao mérito, suscitando razões fáticas ou jurídicas, novas ou não, formula um pedido de tutela jurisdicional, baseada numa afirmação de um direito seu, a qual seria plenamente suficiente para embasar uma demanda autônoma.<sup>175</sup> Não vemos nenhuma razão para negar que haja aí uma verdadeira *pretensão processual*, antitética à do autor.<sup>176</sup>

civil, p. 509) averba que “[n]unca pretende ele, réu, obter o bem da vida, pois o seu interesse restringe-se em impedir a entrega do bem da vida ao autor da demanda”. Curiosamente, o mesmo autor pontua, na mesma página, que “[m]esmo existindo as posições clássicas de demandante e demandado, representadas, respectivamente, pelo ato de *ajuizar a demanda* e de ter sido *citado para defender-se* da mesma, a grande verdade é que, ao longo do jogo processual, essas partes flutuam, em razão do contraditório, em posições jurídicas ativas e passivas. Assim, em relação ao ato jurídico de contestar, o demandado é que assume posição jurídica ativa, e o demandante a posição jurídica passiva de sujeitar-se ao que for contestado. Esse é o reflexo do contraditório e do dinamismo do processo”.

<sup>174</sup> GUASP e ARAGONESSES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 281) rejeitam que a *oposición* tenha a mesma natureza da *pretensión procesal*, usando os seguintes argumentos: “[p]uede definirse, en consecuencia, la oposición a la pretensión o una declaración de voluntad por la que se reclama del órgano jurisdiccional frente al actor la no actuación de la pretensión de éste. Tal concepto, al que es aplicable en principio lo dicho con relación a la pretensión procesal, pone de relieve las analogías que existen entre pretensión y oposición. Efectivamente, no hay reparo en considerar, en principio, que una y otra son anverso y reverso de una misma figura; pero la semejanza no se convierte en identidad de naturaleza; la oposición a la pretensión, o contrapretensión, no constituye, a su vez, una pretensión auténtica, v. gr., declarativa negativa. Ahora bien, la oposición a la pretensión no compone ni integra el objeto del proceso, misión reservada a la pretensión procesal, sino que normalmente fija tan sólo los límites de su examen”. Trata-se de lição que se curva ao peso da tradição, pois ontologicamente a afirmação feita pelo autor não é diferente da afirmação feita pelo réu, sendo que ambos reclamam a tutela jurisdicional a seu favor.

<sup>175</sup> Por isso mesmo é que se equivocou ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (*Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, p. 33) ao negar que haja pretensão do demandado porque ele “no pretende para sí nada con sustancia material propia”. O processualista ibérico prossegue afirmando que essa “contrapretensión” não se confundiria com a “pretensión” propriamente dita, porque a primeira “carece de sentido propio e independiente”. O reconhecimento da amplitude da demanda declaratória (inclusive negativa) espanca que a demanda do réu careceria de autonomia. Assim já havia reconhecido CALMON DE PASSOS: “[n]ada impede que o sujeito passivo da relação de direito material se faça autor, tomando a iniciativa do processo, como nada impede que ocorra o inverso. Tenha sido a ação proposta pelo sujeito ativo da relação jurídica material, tenha sido ela proposta pelo sujeito passivo, o que primeiro exerceu o direito à tutela exercita-o mediante o chamado direito de ação, e o que assumiu a posição de demandado igualmente o exercita sob a forma de defesa. Sua pretensão à tutela jurídica, nesse passo, assume o aspecto do exercício do direito de defesa, não o de ação, por ter-lhe faltado a iniciativa” (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 233).

<sup>176</sup> Não afasta essa conclusão o fato de o próprio texto do CPC, em seus arts. 14, III, e 17, I, reservar apenas ao autor o papel de “formular” ou “deduzir pretensões”, ao passo que ao réu cabe apresentar apenas “defesa”. Parece claro que há, aí, mais um descuido terminológico do legislador (fato, aliás, bem comum em todo o corpo do CPC, como bem se sabe). No entanto, como apontou BARBOSA MOREIRA (Notas sobre pretensão e prescrição..., cit., p. 119), até o advento do Código Civil de 2002, o termo *pretensão* era praticamente desconhecido do direito positivo brasileiro e, nas raras vezes em que o direito positivo o emprega, o faz de modo equivocado. Nesse ensaio, o processualista apontava, por exemplo, o mau uso desse vocábulo no art. 527, III, do CPC (com redação da Lei 10.352/2001), que falava em “pretensão recursal”.

Isso ocorre mesmo que o réu parta da mesma base fática da demanda inicial e discorde, por exemplo, da interpretação de determinada norma que apoia a pretensão do autor.<sup>177</sup> Afinal, como vimos no item 9.4.1, *supra*, a doutrina processual não tem dificuldade em aceitar que a demanda declaratória incidental amplie o objeto litigioso do processo *sem* alargar o objeto da cognição (as questões controvertidas já fazem parte da atividade cognitiva do juiz com ou sem a declaratória incidente).

Negar que o réu exerça verdadeiramente uma pretensão contra o autor, mesmo quando simplesmente comparece em juízo para rechaçar quanto ao mérito a demanda inicial, é adotar posição que ignora todas as construções delineadas até este momento da exposição, e revela injustificado apego a um dogma inteiramente superado, e lastreado na concepção carneluttiana do fenômeno processual, de que o autor exerce *pretensão* e que o papel do réu na relação processual seja de mera *resistência*.

Como já se viu (item 2.1, *supra*), CARNELUTTI defendia que o objeto litigioso do processo é a lide, a qual se configura como conflito intersubjetivo de interesses regulado ou composto pelo direito, e “qualificado por uma pretensão resistida”.<sup>178</sup> *Pretensão*, por sua vez, se traduz na exigência de que haja a subordinação de um interesse de outrem ao interesse do titular da pretensão.<sup>179</sup> *Resistência* seria a não adaptação à subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio.<sup>180</sup> Assim, definir-se-iam os papéis de autor (que é titular da pretensão) e réu (que resiste a ela). De modo geral, essa construção logra contaminar até mesmo o pensamento de autores que não compartilham das posições de CARNELUTTI.<sup>181</sup>

Cumpram também notar que as recorrentes críticas à teoria carneluttiana já fornecem o material necessário para aceitar que o réu exerce pretensão processual quando se prostra contra o fundo da demanda inicial: assim como a *lide* é conceito sociológico<sup>182</sup> (e não jurídico, nem muito menos processual), também padece

<sup>177</sup> Assim entendem MANDRIOLI (*Corso...*, cit., v. 1, p. 86) e ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 9).

<sup>178</sup> *Instituciones...*, cit., v. 1, p. 28.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>180</sup> A resistência, segundo CARNELUTTI (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 31), se distinguiria em duas figuras: a contestação (“não tenho que subordinar meus interesses aos alheios”) e a lesão (“não subordino meus interesses aos alheios”), de modo a ensejar dois tipos de lide: a de *pretensão contestada* e a de *pretensão insatisfeita*.

<sup>181</sup> BONA CIACCIA CAVALLARI produziu alentada monografia (*La contestazione nel processo civile*, 2 v.) sobre o conceito de *contestazione* para o direito italiano (que nada tem a ver com o conceito de peça de defesa, dado pelo art. 297 do nosso CPC). Segundo propõe o aludido trabalho, *contestazione* é o ato pelo qual *qualquer das partes* refuta alegação da outra, contrapondo-se, assim e em princípio, à pretensão. O engano exposto pela referida monografista é justamente identificar que caberia apenas ao réu formular *contestazione* à *pretensa* do autor, ignorando que os fenômenos são análogos (pois no segundo caso também há uma afirmação propositiva de direitos) e que a *contestazione* não tem necessariamente caráter negativo (como reconhece a mesma monografista italiana, *idem*, v. 1, p. VIII e XVI e p. 85 ss).

<sup>182</sup> Ao ver da esmagadora maioria da doutrina, constitui erro metodológico incontornável a colocação da lide como centro de todo o sistema (a esse respeito, seguindo ordem cronológica, CALAMANDREI, *Il concetto di “lide” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, *Rivista di diritto processuale civile*, p. 7, 1928; LIEBMAN, *Recurso da decisão*



do mesmo pecado a *resistência* (pois ocorre, quando muito, no plano do direito material pelo sujeito passivo de uma determinada prestação obrigacional).<sup>183</sup>

Não podemos deixar de assinalar que a teoria de CARNELUTTI simplifica demasiadamente a fenomenologia jurídica, tornando-a exclusivamente unilateral, considerando que os sujeitos se dividem entre aqueles titulares de direitos e aqueles que violam esses direitos e resistem em repará-los.<sup>184</sup> Essa construção simplista ignora que, em qualquer relação jurídica bilateral, o normal é que haja pretensões e resistências recíprocas. E mais: aquele que se arroga titular de direito violado pode estar desamparado pelo ordenamento positivo e, ainda assim, constranger a outra parte da relação jurídica material. Desse modo, o sujeito, que em tese seria apto a resistir, pode muito bem ter interesse em obter tutela jurisdicional em face de seu adversário (quando menos de cunho meramente declaratório).

Assim, atrelar pretensão ao autor e resistência ao réu ignora a advertência corretíssima de SATTÁ de que “é um mero acaso que o autor seja autor”.<sup>185</sup> GALENO LACERDA endossou esse entendimento partindo do próprio conceito carneluttiano de lide:

[a]dvirta-se, contudo, que lide, ou conflito, constitui realidade dialética, que pressupõe dois ou mais sujeitos em confronto. Deste fato resulta uma consequência para a qual ainda não se atentou devidamente. Referimo-nos à circunstância de que a lide, em regra, provoca direitos de ação *contrários para ambas as partes*.<sup>186</sup>

que declara prescrita a ação, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 196; e DINAMARCO, O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 253). Afinal, não importa o que efetivamente ocorreu no plano material, mas sim o que efetivamente foi trazido ao processo pelo demandante. Nem mesmo a atenuação considerada por CARNELUTTI da “lide parcial” (*Sistema...*, cit., v. 1, p. 307) é capaz de convencer, tendo LIEBMAN (O despacho saneador e o julgamento do mérito, *Estudos...*, cit., p. 96-97) considerado que “[p]ara o processo, interessa o que for nele deduzido efetivamente e não importam os outros fatos que podem ocorrer pelo mundo afora. [...] O jurista, e de modo especial o processualista, só pode cuidar de fenômenos reais, isto é, dos processos efetivamente propostos e das lides que forem realmente levadas perante os juízes e na medida em que o forem”. Todavia, adiante, LIEBMAN tenta uma posição de conciliação com as ideias de CARNELUTTI ao considerar que os pedidos das partes “moldam” a relação jurídica controvertida (*rectius*, a lide) para levá-la ao processo (idem, p. 102).

<sup>183</sup> FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., p. 123-124) afirmava, com acerto, que “[a] resistência à pretensão é fenômeno extraprocessual [...]. A contestação do pedido dá origem à controvérsia, que, como conceito jurídico, se apresenta diverso e dessemelhante do conceito de lide ou litígio. Sem contestação pode haver lide, uma vez que o réu prossegue virtualmente na sua resistência à pretensão do autor. A controvérsia em torno do litígio, no entanto, só surgirá se o réu, impugnando o pedido, deduzir em juízo a sua resistência e as respectivas razões ou fundamentos”. No mesmo sentido, MILYON PAULO DE CARVALHO (*Do pedido...*, cit., p. 53).

<sup>184</sup> Justamente por isso nos parece que GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 34-35) errou ao distinguir a demanda (com a qual “la parte pone obiettivamente un quesito sull'esistenza di una *própria* situazione giuridica”) da exceção (que permite que “la parte pone un quesito sull'esistenza o sul modo di essere di una situazione giuridica *altrui*”). Não vemos diferença nenhuma entre a situação jurídica daquele que pede a declaração de que a mesma dívida não existe. Sob o ponto de vista processual, a relação jurídica não pertence apenas a um dos litigantes.

<sup>185</sup> Domanda giudiziale..., cit., p. 822, por nós já traduzido.

<sup>186</sup> *Comentários...*, cit., v. 8, t. 1, p. 29, destaque do original.

Adiante, o mestre gaúcho completa:<sup>187</sup>

o conflito de interesses apresenta a peculiaridade devida, sem dúvida, à importância jurídica e social do problema, de constituir fato gerador de direito subjetivo processual de ação para *ambas as partes*. Qualquer delas, em regra, surgida a lide, tem ação para reclamar a jurisdição e a consequente eliminação do litígio. Trata-se de ações evidentemente contrárias. A ação condenatória, de um lado, opõe-se a declaratória negativa do outro. A declaratória negativa, contrapõe-se a positiva. A constitutiva por uma causa contradiz-se com a constitutiva por motivo diverso, ou também com a declaratória negativa e vice-versa.

Outro acatado jurista riograndense, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO,<sup>188</sup> também constatou essa (inexorável) realidade (embora a tenha erroneamente rotulado de “excepcional”):

em regra, pode-se dizer que o direito material predetermina *a priori* a polarização, pois é dele que emergem a legitimação ativa e a passiva para a causa. Considerados uma certa relação jurídico-material e um dado remédio jurídico-processual, identificados estão a pessoa que pode ser o autor e a que pode ser réu. Muito excepcionalmente, inexistente essa predeterminação das legitimações: *a situação jurídica é tal que qualquer dos sujeitos pode ajuizar a ação em face dos outros* (grifou-se).

As transcrições aqui apresentadas coadunam-se perfeitamente com a amplitude que demos à demanda declaratória, nos termos dos itens 7.4.4 e 10.5, *supra*.

A polarização do direito material, a rigor, apenas torna *mais raro* que o sujeito passivo de uma determinada obrigação tome a iniciativa de ir a juízo.<sup>189</sup> Afinal, quando a demanda é baseada em lesão a um direito (é *repressiva*), a demonstração do interesse processual é fácil; todavia, quando ocorre no plano material mera ameaça (exigindo atuação jurisdicional *preventiva*), isso depende da demonstração de interesse de agir, o que nem sempre é fácil de fazer em concreto. Ademais, não raro o sujeito passivo da relação obrigacional, mesmo que premido pela ameaça extrajudicial, deixará de tomar a iniciativa, com a esperança de que seu opositor não o faça também.

<sup>187</sup> Idem, p. 31.

<sup>188</sup> *Comentários...*, cit., v. 8, t. 3, p. 414.

<sup>189</sup> ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 107) limita-se a afirmar que o sujeito ativo da relação obrigacional, *como regra*, é o autor do processo. LUIZ RODRIGUES WAMBIER, sem considerar esses aspectos, afirmou que a demanda do mutuário contra o mutuante representa uma “inversão dos papéis” (Considerações sobre a parte incontroversa da demanda na ação movida pelo devedor: os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004. *Revista de Processo*, nº 143, p. 29-31).

A despeito de tudo isso, não há por que distinguir a posição dos sujeitos da relação de direito material, dentro do processo, mormente pela sua secularmente reconhecida autonomia.

Nesse passo, superadas as concepções carneluttianas e sopesada a devida distinção entre pretensão material e processual, tem-se que essa última pode perfeitamente ter cunho declaratório<sup>190</sup> ou constitutivo,<sup>191</sup> e ser negativa,<sup>192</sup> de tal modo que o réu tem igual possibilidade e direito de subordinar o autor ao seu próprio interesse, mediante provimento jurisdicional que reconheça, pelo menos, que inexistente o direito afirmado pela demanda inicial. Atacando, quanto ao mérito, a demanda do autor, estará exercendo pretensão processual.

Os estudiosos que negam a existência de uma pretensão na resposta de mérito do réu, quando tendente apenas à rejeição da demanda do autor, continuam apegados a resquícios da concepção *material* de pretensão, ligada à ideia de *condenação*, de modo que o réu só exerceria pretensão quando pedisse que o juiz obrigasse o autor a alguma prestação.<sup>193</sup>

Descartado o conceito de *resistência*, e assumido que a afirmação contida na resposta de mérito do réu à demanda inicial constitui *pretensão processual*, é forçoso reconhecer que, ao contrário do entendimento francamente majoritário da

<sup>190</sup> A propósito, v. g., os espanhóis GUASP e ARAGONESES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 266) e, na doutrina pátria, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 104).

<sup>191</sup> Assim entende LUIGI ORSI (Pretessa, *Enciclopedia del diritto*, v. 35, p. 373). Com efeito, para reconhecer que haja pretensão processual à constituição ou desconstituição de relações jurídicas, é preciso afastá-la do conceito de pretensão processual, que está ligada à ideia de direito a uma prestação que não foi cumprida pelo obrigado, não incluindo as situações em que uma parte sujeita a outra a uma mudança de situação jurídica, por meio do que se convencionou chamar de direito potestativo ou poder formativo.

<sup>192</sup> Assim, entendem também GUASP e ARAGONESES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 266) e DINAMARCO (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 271).

<sup>193</sup> Ilustra bem a nossa crítica o pensamento de ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS (*Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, p. 33). O acatado doutrinador espanhol, após negar que a resposta formulada pelo réu, no sentido de obter a rejeição da demanda do autor, "carece de sentido propio e independiente", adiante afirma o seguinte: "[s]abido es que el demandado puede, en ocasiones, solicitar una condena del actor: mas, en tal caso, estará formulando reconvencción o demanda reconvencional. Si así sucede, habrá un proceso con pluralidad de objetos principales: las pretensiones de una y otra parte tienen, entonces, sustancia propia e igual naturaleza y contienen la afirmación de al menos dos acciones, que constituirán otros tantos objetos procesales". É indistigável a identificação de "pretensão" e "condenação", remetendo diretamente à pretensão material, a qual longe está de ter qualquer relevância na definição do objeto litigioso do processo e dos problemas a ele correlatos.

doutrina,<sup>194</sup> tem ela aptidão de ampliar o objeto litigioso do processo.<sup>195</sup> A solução da demanda do réu passará a fazer, portanto, parte do *meritum causae*,<sup>196</sup> e isso tem repercussões significativas na relação processual.<sup>197</sup>

Não nos iludimos em pensar que haja, aqui, uma absoluta novidade, já que a doutrina sempre reconheceu que o réu amplia o objeto do processo quando maneja os meios típicos de contra-ataque, aos quais já fizemos incontáveis referên-

<sup>194</sup> CHIOVENDA (Sulla "eccezione", *Saggi...*, cit., p. 151, e *Instituições...*, cit., v. 1, p. 481). SÉRGIO COSTA (Eccezione, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 260), LIEBMAN (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 149-150), FABBRINI (L'eccezione di merito..., cit., p. 339), MARIO DINI (*La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, p. 54-55), GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 246), BALBI e TARZIA (Riconvenzione..., cit., p. 668), COMOGLIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 269), CAVALLARI (*La contestazione nel processo civile*, v. 1, p. 91), ENZO VULLO (*La domanda riconvenzionale...*, cit., p. 90-91), LOCATELLI (*L'accertamento incidentale ex lege: profili*, p. 28-29), MONTERO AROGA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 212-214), ANTÓNIO MONTALVÃO MACHADO e PAULO PIMENTA (*O novo processo civil*, p. 144-146), PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 4, p. 189), AMARAL SANTOS (*Da reconvenção...*, cit., p. 65), FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 115) e ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 2, p. 263), entre outros.

<sup>195</sup> As opiniões alinhadas à nossa, além de isoladas, não são categóricas, pois admitem que haja a ampliação do objeto do processo pela defesa apenas sob determinadas circunstâncias limitativas. Assim, CARNELUTTI (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 34, e *Direito e processo*, p. 177), ANTUNES VARELA, BEZERRA e NORA (*Manual...*, cit., p. 297 e 323) e ALBERTO DOS REIS (*Código...*, cit., p. 40). Um pouco mais amplamente, BONA CIACCIA CAVALLARI (*La contestazione nel processo civile*, v. 1, p. 10): "[l]a domanda non può concepirsi come primo atto del potere di azione, senza l'attività di contestazione, che individua la controversia che animerà il processo". LIEBMAN (O despacho saneador e o julgamento do mérito, *Estudos...*, cit., p. 102-103) sinalizou a aproximação da pretensão do autor daquela do réu, constituindo *ambas* o objeto do processo: "[n]aturalmente a improcedência do pedido do autor equivale à procedência da contestação do réu, que pediu a rejeição da ação proposta. Pedido e contestação representam dois pedidos em conflito e a função do juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme ao direito, concedendo ou negando, em consequência, a medida requerida pelo autor. Esse conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em juízo, representa seu substrato material. Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a lide, ou seja, o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz. [...] Lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa".

<sup>196</sup> Essa acepção se afina até com a etimologia do termo *mérito* que, conforme ensaio de DINAMARCO (O conceito de mérito..., *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 254): "etimologicamente é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para exame". Anota o autor que o termo vem do latim "merere", que significa pedir.

<sup>197</sup> É comum a afirmação em doutrina que da caracterização do objeto litigioso do processo deflui a definição de diversas questões como competência, legitimidade, litispendência, coisa julgada, conexão e continência, cumulação de pedidos, prejudicialidade (declaratória incidental), litisconsórcio e coisa julgada etc. Vide, na doutrina italiana, CERINO CANOVA (*La domanda giudiziale...*, cit., p. 113 ss), na doutrina espanhola, DE LA OLIVA SANTOS (*Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, p. 24-25) e, entre nós, BUZAID (*Da lide: estudo sobre o objeto litigioso...*, cit., p. 74), DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 108) e CRUZ e TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 26), cuja lição importa transcrever: "a individuação da demanda delinea-se de suma importância, uma vez que guarda estreitíssima vizinhança com outros importantes institutos processuais, como a litispendência, a coisa julgada, a cumulação de ações e a modificação da demanda".

cias.<sup>198</sup> A diferença é considerar que a resposta de mérito do réu será via de regra demanda, para se chegar aos mesmos resultados já alcançados pela doutrina.<sup>199</sup>

### 10.9.2 Elementos da demanda do réu

A partir da ideia de que o réu, ao apresentar resposta de mérito, fundada no pedido de rejeição da demanda inicial, exerce pretensão contra o autor, cumpre demonstrar que essa pretensão se estrutura da mesma forma que aquela que anima a demanda inicial.

Também não se vislumbra aqui novidade, pois a doutrina que se dedicou ao estudo da exceção substancial sempre reconheceu que não há propriamente diferença entre a sua estrutura e aquela assumida pela demanda<sup>200</sup> (como, aliás, a doutrina civilista também equipara a pretensão material e a exceção, conforme consagrado pelo art. 190 do CC vigente).

Dissolvido o conceito de exceção substancial (Capítulo 7, *supra*), esse paralelismo estrutural com a demanda inicial facilmente se estende a qualquer resposta de mérito do réu, que passa a ser analisada a partir do conceito (estrito)

<sup>198</sup> Basta verificar a extensa lista de autores citados no Capítulo 9, *supra*, dedicados ao exame desses meios de contra-ataque.

<sup>199</sup> Veja-se o que disse a respeito RICARDO DE BARROS LEONEL (*Causa de pedir e pedido*, p. 101): “[T]odavia, é necessário considerar que entre a formulação da demanda pelo autor (consustanciada no pedido, iluminado pela causa de pedir), e a decisão, materializada no dispositivo esclarecido pela motivação, insere-se a atividade defensiva do réu. Esta faz que (a) pontos afirmados pelo autor e impugnados pelo réu transformem-se em questões (pontos duvidosos ou controversos), (b) sejam opostos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, e (c) sejam eventualmente deduzidas pretensões pelo próprio demandado (pedido contra-posto, reconvenção, denunciação da lide, chamamento ao processo, ação declaratória incidental etc.)”.

<sup>200</sup> Assim já dizia, ainda na década de 1920, MARIO BELLAVITIS (*L'identificazione delle azioni*, p. 161 ss). Já CAPPELLETTI (*L'eccezione come contraddiritto del convenuto...*, cit., p. 268) anota que “non riesco a vedere come l'eccezione in senso proprio non possa farsi corrispondente, sul piano della dinamica giuridica, ossia della teoria degli atti, alla figura della domanda”. Em seu outro estudo sobre o tema aqui já aludido (*Eccezione e analisi dell'esperienza...*, cit., p. 645), o saudoso jurista é ainda mais categórico: “l'eccezione riguarda il contenuto della domanda del convenuto, il qual contenuto, come tutti sanno, è fatto di *affermazioni*. Tutti sanno, invero, che il convenuto può limitarsi a negar il fatto costitutivo allegato dall'attore; oppure allegare un fatto impeditivo o estintivo di questo. Ora una domanda del convenuto c'è anche nel primo caso”. No mesmo sentido posiciona-se ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 196), SATTA (*Domanda giudiziale...*, cit., p. 822), FABBRINI (*L'eccezione di mérito...*, cit., p. 403) e GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 247), o qual patenteia que “[l]a struttura dell'eccezione non è (né potrebbe) essere diversa della struttura essenziale della domanda”. Mais recentemente, COMOGGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 234), ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 7-9) e ORIANI (*Eccezione...*, cit., p. 297). Esse último aponta que a exceção tem os mesmos elementos da demanda: fato, norma e consequências jurídicas. GIANNOZZI (*La modificazione della domanda nel processo civile*, p. 22-23) propõe um conceito mais aberto de demanda, considerando o sistema elástico de preclusões vigente na Itália entre 1950-1990, de tal sorte que ela se formaria e teria seus contornos desenhados no curso da *trattazione*. Tomada essa concepção, fica ainda mais claro visualizar a semelhança entre a estrutura da defesa em geral (e da exceção em particular) com a da demanda. CONSOLO (*Domanda giudiziale*, cit., p. 78) reconhece essa semelhança, mas nega que na exceção haja afirmação de um direito substancial. Nesse aspecto, discordamos frontalmente de suas conclusões, como já se viu.

de demanda, com sua fórmula milenar de *partes, pedido e causa de pedir*.<sup>201</sup> Simplesmente não vislumbramos nenhum obstáculo legal para essa compreensão<sup>202</sup> e, mesmo que houvesse algum, o princípio da isonomia tornaria duvidosa a constitucionalidade de qualquer limitação dessa natureza.

Quanto ao pedido do réu, ele se desdobra (tal como o do autor) em *imediato* (consistente em um provimento jurisdicional que, como regra, será meramente declaratório) e *mediato*<sup>203</sup> (que recai sobre um *bem da vida*, em sentido amplo, o que inclui a declaração judicial).<sup>204</sup>

Não há mesmo por que excluir que o réu também formule pedido quando apresenta resposta de mérito,<sup>205</sup> pois manifesta

ato de declaração de vontade [...] no sentido da obtenção de dois resultados indissociáveis, quais sejam, o imediato, ou de força, consistente na provisão jurisdicional de determinada espécie, e o mediato, ou efeito, consistente no bem da vida objeto da relação de direito material.<sup>206</sup>

Nesse passo, o pedido do réu deverá se ater aos mesmos requisitos daqueles enunciados para os do autor, sobre os quais não cabe maior aprofundamento.

Igualmente é bem antiga e disseminada a ideia de que há uma *causa excipien-di*<sup>207</sup> (ou “causa de resistir”),<sup>208</sup> que encerra os motivos de fato e de direito pelos

<sup>201</sup> Conforme vasta doutrina recolhida no item 6.2.1, *supra*.

<sup>202</sup> Aliás, pelo contrário, uma leitura atenta do CPC sinaliza a plena compatibilidade do texto legal como a proposta interpretativa aqui formulada. Com efeito, o art. 2º do CPC sinaliza essa possibilidade de interpretação: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” (grifou-se). A parte final do art. 128 do CPC também pode ser interpretada nesse mesmo sentido, ao estabelecer que ao juiz é “defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte” (grifo nosso), a indicar que o dispositivo não se limitou a tratar do pedido e da causa de pedir da demanda do autor. Já o art. 515, § 2º, por outro lado, dá a impressão de que o réu, ao se defender, não formularia pedido: “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais” (grifou-se). Essa interpretação meramente literal não infirma nossas conclusões, contudo.

<sup>203</sup> A ideia de que a pretensão seria “brifronte” é bem vincada por DINAMARCO (*O conceito de mérito...*, *Fundamento...*, cit., t. 1, p. 236, e *Instituições...*, cit., v. 2, p. 108). Na doutrina estrangeira é comuníssima também essa ideia (valendo citar, apenas para exemplificar, MANDRIOLI, *Corso...*, cit., v. 1, p. 103, e MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO E BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional...*, cit., p. 120).

<sup>204</sup> A doutrina que se dedicou ao estudo da demanda declaratória reconhece que o *accertamento* judicial pode ser considerado um bem da vida, que integra o patrimônio do indivíduo, v. g., CHIOVENDA (*Principii...*, cit., p. 173), CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Teoria e prática da tutela jurisdiccional*, p. 160) e BEDAQUE (*Efektividade do processo...*, cit., p. 309). BUZAID (*Ação declaratória no direito brasileiro*, p. 113) é enfático ao dizer: “[a] certeza jurídica é um bem”.

<sup>205</sup> Exatamente nesse sentido, GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 32) afirma, com base em vastíssima doutrina de seu país, que “[i]l *petitum* si fa generalmente coincidere con il ‘provvedimento’”.

<sup>206</sup> MILTON PAULO DE CARVALHO, *Do pedido no processo civil*, p. 78.

<sup>207</sup> CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 53) registra que as Decretais do Papa Gregório IX, de 1234, já registravam o paralelismo entre *causa petendi* e *causa excipien-di*.

<sup>208</sup> Essa expressão é preferida por CASSTO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 461).

quais o réu afirma direito seu em face do autor,<sup>209</sup> havendo aí evidente identificação com a *causa petendi*<sup>210</sup> (respectivamente remota e próxima), enxergando-se em ambas “fato ou conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão (processual) do demandante: *ex facto oritur ius* – o fato gera o direito e impõe um juízo”.<sup>211</sup> E estando também o réu sujeito ao princípio da eventualidade,<sup>212</sup> decorre daí que à sua demanda se aplique igualmente a regra da substanciação.<sup>213</sup>

Poderá ocorrer que os fatos em que se baseia a demanda do réu sejam exatamente os mesmos que aqueles já narrados pelo autor, mas com interpretação distinta. Mostra-se também igualmente possível que a versão fática delineada pelo autor seja acatada *in totum* pelo réu ao formular sua demanda, que se baseia em diversa interpretação ou aplicação do direito que rege a espécie. A sobreposição das causas de pedir, que pode ocorrer com relativa frequência, não é capaz de infirmar a conclusão de que há efetivamente uma demanda do réu contraposta à do autor, em que é possível identificar seus três elementos, incluindo a causa de pedir.<sup>214</sup>

Caracterizada a resposta de mérito do réu como demanda, haverá de se aplicar a ela também o princípio da adstrição ou congruência (CPC, arts. 128 e 460),

<sup>209</sup> Nesse sentido, ZANZUCCHI (*Nuove domande...*, cit., p. 384) afirma textualmente que a *causa petendi* da defesa direta do réu é a inexistência do direito reclamado pelo autor. CAPPELLETTI, por seu turno, assenta que os fatos impeditivos ou extintivos do direito do autor são, em realidade, fatos constitutivos do direito do réu (Eccezione come contraddiritto del convenuto, cit., p. 269). No mesmo sentido, confira-se ainda PADURA BALLESTEROS (*Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, p. 134-137).

<sup>210</sup> Há diversas passagens do CPC que mencionam, embora não textualmente, a *causa excipendi*, aproximando-a da *causa petendi*. Primeiramente, o art. 300 impõe ao réu o ônus de expor suas “razões de fato e de direito”, ou seja, fórmula muito similar à do art. 282, III, que determina ao autor que exponha, na peça inicial, “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Já o art. 315 admite a reconvenção se for conexa ao “fundamento da defesa”, em evidente aproximação com a causa de pedir. Depois, o art. 515, § 1º, refere-se à defesa com “mais de um fundamento”, da qual o juiz acolheu apenas um, que enseja a devolução dos demais, não apreciados, ao Tribunal.

<sup>211</sup> CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, p. 24-25. Outra bela definição de causa de pedir dada pela doutrina, e que se aplica claramente à resposta de mérito do réu, é aquela dada por GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 31): “La *causa petendi* è concepita come un elemento composito, comprendente la descrizione-affermazione del fatto e un ‘elemento di diritto’.”

<sup>212</sup> O autor recebe dos arts. 264 e 294 do CPC a liberdade de alterar o pedido e a causa de pedir até que o réu tenha sido citado, o que não assiste ao réu, premido pelos arts. 297, 300 e 303 do CPC. Mas trata-se apenas de uma diferença quanto ao *prazo preclusivo* assinado aos litigantes, visto que o princípio da eventualidade (que decorre da conjugação do *princípio da concentração* com a *preclusão*) aplica-se igualmente a autor e réu. A propósito, CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 140) e o nosso *Preclusão processual civil* (p. 164-165).

<sup>213</sup> A correlação entre o princípio da eventualidade e a regra da substanciação é bem enfatizada por CRUZ E TUCCI (em particular no ensaio *A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação*, *Revista do Advogado*, nº 39, p. 39-43).

<sup>214</sup> Preferimos usar a expressão *causa de pedir do réu*, em vez de *causa excipendi*, porque nos manifestamos contrários ao conceito de exceção (Capítulo 7, *supra*). Também descartamos a expressão *causa de resistir* por coerência à conclusão de que a *resistência* é, se tanto, fenômeno extraprocessual. O réu *pede*, não *resiste*.

exigindo-se do magistrado o enfrentamento do(s) pedido(s) do réu e de sua(s) causa(s) de pedir.<sup>215</sup>

Essa situação nem sempre é inteiramente visível porque a posição das partes na relação processual é responsável por “mascarar” esse fenômeno. Afinal, ao julgar o pedido do autor também julga concomitantemente a demanda do réu, formulada com sua resposta de mérito.<sup>216</sup>

Mas não há nenhum impedimento para a configuração da resposta de mérito do réu como demanda no fato de haver dois pedidos de tutela jurisdicional opostos, lógica e mutuamente excludentes, de tal modo que, ao rejeitar um, o juiz acolha necessária e automaticamente o outro (independentemente de haver a respeito pronúncia explícita e específica).<sup>217</sup> Esse exato fenômeno ocorre muitas vezes quanto à reconvenção (que deve ser resolvida juntamente com a demanda inicial pela mesma sentença – CPC, art. 318) e a jurisprudência aceita com naturalidade que a sentença afirme textualmente em sua parte final apenas a improcedência da demanda inicial,<sup>218</sup> mesmo porque há tempos reconhece-se que o “dispositivo” da sentença deve ser fruto de interpretação de todo o ato em seu conjunto, e não apenas da leitura de sua parte final.<sup>219</sup>

Nem mesmo quanto à causa de pedir articulada pelo réu, não há dificuldade em visualizar o “dever decisório” do juiz, pois o fenômeno é o mesmo que aquele aplicável ao autor, que suscita mais de uma *causa petendi*, cada qual apta por si só ao acolhimento do pedido. Com efeito, impõe-se ao julgador a análise dos

<sup>215</sup> PONTIQUO VITOR MOREIRA DA FONSECA, com acerto, que “a congruência seria a conformidade entre o conteúdo da sentença e todas as pretensões que formam o objeto material do processo” (*A congruência da tutela jurisdicional*, cit., p. 129, destaque nosso).

<sup>216</sup> PONTES DE MIRANDA (*Tratado das ações*, t. 2, p. 7) não se deixou enganar por esse mascaramento do fenômeno, ao afirmar o seguinte: “[o] que surpreende, na análise dos dados históricos, que não se haja levado em conta que o demandado que contesta exerce pretensão à tutela jurídica, e tal pretensão somente é exercida em contestação porque se antepôs o exercício à pretensão à tutela jurídica de outrem”.

<sup>217</sup> GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 35), embora rejeite que a exceção seja enquadrável como demanda, reconhece que sua oposição provoca a “*coesistenza delle due istanze nello stesso processo, dove, tendendo a risultati opposti, sono collidenti*”.

<sup>218</sup> Essa afirmação conta com firme apoio na jurisprudência do STJ, citando-se à guisa de exemplo dois julgados: “[r]econvenção. Silêncio do magistrado no dispositivo da sentença a seu respeito. Não importa em nulidade da decisão o defeito formal ocorrido, quando a procedência da ação implica necessariamente na rejeição do pedido reconvenicional” (REsp 40619/RJ, 4ª T., Rel. Ministro Barros Monteiro, j. 8-3-1994). “A simples ausência de dispositivo expresso quanto à reconvenção não torna nula a sentença se a procedência total da ação revela implicitamente – em razão da contraposição dos pedidos – a rejeição total do pedido reconvenicional” (REsp 431058/MA, 3ª T., Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 5-10-2006).

<sup>219</sup> Sobre o tema há interessante acórdão do STJ, cujo trecho merece transcrição: “4. A interpretação do que venha a ser a parte dispositiva do julgado não deve ser restritiva a ponto de considerar apenas o que estiver contido no final do voto. [...] 5. Não se mostra razoável entender que as manifestações decisórias não sejam parte dispositiva apenas por não estarem no último parágrafo do voto. É evidente que não se tratam de mera fundamentação. Cada uma das questões suscitadas são decididas, com a apresentação dos motivos e a conclusão a que chega o órgão julgador. Desse modo, é perfeitamente possível encontrar-se mais de um dispositivo em determinado julgado” (REsp 900.561/SP, 1ª T., Rel. Ministra Denise Arruda, j. 24-6-2008).



fatos principais invocados<sup>220</sup> e quanto aos secundários, podem ser eles descartados, porquanto impertinentes, desde que de forma *motivada*.<sup>221</sup> Eventualmente, a demanda do autor e a do réu se assentarão sobre os mesmos fatos, mas com interpretação sobre eles com “sinais invertidos”,<sup>222</sup> o que também não nega a validade de nossa conclusão. Ou seja, a demanda do réu, sem sombra de dúvida, tem aptidão para “ativar o poder(-dever) decisório” do juiz.

<sup>220</sup> TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Omissão judicial...*, cit., p. 113) equiparou justamente o dever do juiz de examinar da mesma forma a causa de pedir (delineada pela “*ratio* que, por si só, pode levar à procedência da demanda”) e a “razão de defesa” (que é a “*ratio*, que por si só, pode levar à improcedência do pedido, ou à extinção do processo sem julgamento de mérito”). Nos tribunais, lamentavelmente, o tema não recebe de ordinário a mesma solução, sendo comuníssimo o entendimento de que o julgador pode se abster de manifestar-se sobre todas as questões suscitadas se encontrar fundamento suficiente em parte delas. Isso só é válido se as razões forem invocadas em ordem de *subsidiariedade*. Para ilustrar essa contraposição de posições sobre o tema, cumpre citar dois julgados do STJ (um bem recente, outro mais antigo, ambos do mesmo Relator) colhidos a esmo na imensurável quantidade de acórdãos sobre o tema: “[é] sabido que as partes têm direito subjetivo constitucional a que a entrega da prestação jurisdicional se faça de modo completo e com fundamentação enfocando os temas levantados oportunamente no curso da lide. É dever, conseqüentemente, da decisão judicial, apreciar e decidir as alegações dos litigantes, enfrentando-os de modo direto e determinando posicionamento claro, objetivo e definido a respeito” (REsp 146496/SP, 1ª T., Rel. Ministro José Delgado, j. 4-2-1999, destacamos). “Todos os pontos necessários ao deslinde da controvérsia foram analisados, sendo despcienda a apreciação exaustiva de todos os argumentos levantados pela parte, bastando que se enfrente a questão principal da lide, o que ocorreu na hipótese dos autos” (REsp 1006403/RJ, 1ª T., Rel. Ministro José Delgado, j. 20-5-2008, grifou-se).

<sup>221</sup> TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Omissão judicial...*, cit., p. 355 ss) reconheceu que a sentença não precisa necessariamente levar em consideração todos os fatos secundários alegados pelas partes, pois há aqueles irrelevantes ou que não foram provados. Contudo, essas circunstâncias, que autorizam sejam os fatos secundários desprezados, *devem ser explicitadas na sentença*.

<sup>222</sup> Para melhor ilustrar nosso pensamento, recorremos ao seguinte exemplo: a causa de pedir de uma demanda que exige prestação de contrato bilateral é o inadimplemento do réu, ao passo que este pode opor demanda fundada no inadimplemento do autor (exceção de contrato não cumprido). Há, como leciona GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 265), uma (comuníssima) sobreposição de fatos que integram a mesma *fattispecie*. Mas se trata de uma sobreposição parcial, como bem demonstra o mesmo jurista peninsular: “[s]e le opposte parti tendono a decisioni fra di loro incompatibili. il collegamento fra le due domande è dato da una parziale (mai totale) identità degli elementi di fatto: non vi è dunque comunanza di titolo, ma può comunque ritenersi lato sensu la connessione considerata dall'art. 36. Se A rivendica il bene a. nei confronti di B che assume a sua volta di esserne proprietario, l'elemento comune, nei fatti esposti nelle due domande, è l'esistenza del bene a., mentre diverse sono le circostanze per le quali ciascuna parte prospetta che si sia costituito in suo favore un diritto di proprietà. Ancora: se A agisce per l'adempimento del contratto e B ne chiede l'annullamento per vizio del consenso, l'identità del fatto sottoposto dalle due parti all'esame del giudice è limitata alla esistenza del contratto: dato che la *fattispecie* prospettata da B comprende un elemento ulteriore (l'errore, la violenza o il dolo). Negli esempi riportati sub c) l'inconciliabilità dei provvedimenti richiesti hinc et inde si profila peraltro in due modi diversi. Nel primo, e meramente logica perchè non s'intenderebbe l'imputazione del medesimo diritto, sulla stessa cosa, contemporaneamente, a due soggetti diversi, esclusa un'esplicita previsione legale (come quella concernente la contitolarità). Nel secondo, è tecnico-giuridica: costituisce, infatti, una particolare configurazione della legge quella del diritto all'annullamento del contratto, il cui esercizio, attuato che sia, impedisce definitivamente che possa ex adverso esercitarsi il diritto nascente dal contratto stesso. In quest'ultima ipotesi, si configurano due situazioni giuridiche sostanziali che coesistono essendosi realizzate le rispettive *fattispecie*, fino a che, per il loro esercizio simultaneo in iudicio, una non escluda definitivamente l'altra” (*La pronuncia d'ufficio*, p. 36-37).

### 10.9.3 Condições da demanda do réu

Como demanda, a resposta de mérito oferecida pelo réu também se sujeita à demonstração de legitimidade, interesse e possibilidade jurídica (as chamadas condições da ação que desde momento anterior preferimos denominar *condições da demanda* – item 3.2.2, *supra*).

Mais uma vez aqui a questão não é de todo estranha ao nosso direito positivo, a começar pelo fato de que o art. 3º do CPC vigente<sup>223</sup> dispõe que “[p]ara propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

Quanto ao interesse de agir do réu, não se trata de algo diverso do interesse do autor, pois o réu igualmente *age*, como reconhecia o próprio LIEBMAN (a quem se deve a estruturação das “condições da ação”, tal como acolhida em nosso sistema).<sup>224</sup> Tanto que o interesse de agir há de ser vislumbrado não apenas na demanda inicial e na resposta, mas em todos os atos praticados ao longo do processo<sup>225</sup> (isso é particularmente visível nos recursos).<sup>226</sup>

Essa conclusão não é afastada nem mesmo pela constatação de que é muito difícil (senão impossível) enxergar hipótese em que o réu esteja desprovido de interesse de agir para responder à demanda do autor.

Como a Constituição garante o direito de acesso ao Poder Judiciário para imunizar “ameaça a direito”, é evidente que o réu terá interesse em demandar o autor depois que este, ao propor a demanda inicial, deflagrou claríssima ameaça à sua esfera jurídica. O mesmo fenômeno persiste, ainda que “encoberto” pela decorrência das posições assumidas pelos litigantes.<sup>227</sup>

<sup>223</sup> Esse dispositivo copia o art. 100 do CPC italiano e, segundo DINAMARCO (Os institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 93), não reproduz a impropriedade do art. 2º do CPC/1939 e do art. 76 do CC/1916, no sentido de autorizar a propositura da demanda por “legítimo interesse econômico, ou moral”. O que é necessário é o interesse *jurídico*, que não se confunde com o interesse econômico ou moral, em que pese a dificuldade da tarefa de separar as hipóteses. Registre-se que o CPC uruguaio também tem norma similar (art. 11.2).

<sup>224</sup> LIEBMAN, *Manuale...*, cit., v. 1, p. 130: “*agire* significa perseguire in giudizio la tutela del próprio diritto e il termine *azione* designa il corrispondente diritto”.

<sup>225</sup> Mais uma vez é de absoluto rigor invocar o pensamento de LIEBMAN: “[I]nteresse è un requisito non della sola azione, ma di tutti i diritti processuali: diritto di contraddire, cioè, de diffendersi (cfr. art. 100 cit.), diritto di proporre un'eccezione in senso stretto [...]; diritto di impugnare una sentenza sfavorevole ecc.” (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 138).

<sup>226</sup> Não há dúvidas de que, mesmo manejado pelo réu, o recurso se sujeita a requisitos de admissibilidade que revelam ser desdobração das condições da ação. A propósito, NERY JR. (*Teoria geral dos recursos*, p. 233) confirma a existência de paralelismo “entre as condições da ação e os pressupostos processuais, de um lado, e os pressupostos dos recursos, de outro”, o qual “é inevitável e salutar, já que se trata, por assim dizer, da repetição do direito de ação em fase posterior do procedimento”. Essa mesma ideia pode muito bem ser levada para além do campo recursal.

<sup>227</sup> Aqui, e mais uma vez, discordamos de CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 262-263): “[p]ara o réu, por força mesma do seu ingresso compulsório na relação processual, não se exige, enquanto sujeito titular do direito de defesa, a comprovação da legitimidade ou do interesse, a despeito da redação do art. 3º, cujas imperfeições foram anotadas”.

Como reconheceu há tempos ZANZUCCHI,<sup>228</sup> não se trata aí de uma ameaça qualquer, já que é feita judicialmente, “com solene publicidade e com a manifestação de uma vontade decidida de perseguir [o direito sobre o qual se funda a demanda do autor] até sua esperada realização”. Todas as dificuldades que o réu teria para demonstrar interesse processual na propositura de demanda declaratória autônoma ficam facilmente superadas quando seu adversário toma a iniciativa de instaurar o processo<sup>229</sup> e promove sua citação.<sup>230</sup>

Por isso, o interesse do réu em responder à demanda do autor para obter a declaração de que este não tem o direito afirmado pela petição inicial<sup>231</sup> preenche, *in re ipsa*, os três requisitos eleitos pela doutrina<sup>232</sup> para caracterizar o estado de incerteza que autoriza a demanda declaratória: (a) ela é *objetiva* (pois não existe “impressão” de dúvida, e sim certeza criada pela propositura da demanda pelo autor), (b) é *jurídica* (relativa aos direitos reclamados pelo autor) e (c) é *atual* (já que nasceu com a propositura da ação, não se resumindo a uma mera possibilidade futura).

Já no tocante à legitimidade do réu em demandar o autor, ela como regra decorrerá de sua legitimidade passiva para responder à demanda inicial. Há aí uma relação de incidibilidade, que, contudo, não impede a perfeita caracterização do fenômeno.<sup>233</sup>

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO<sup>234</sup> destacam a simetria de posições entre autor e réu, de modo que, somente se ambos foram legitimados (e isso é normalmente recíproco), se verificará possível demanda do réu contraposta à demanda do autor.<sup>235</sup>

<sup>228</sup> *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 197-198, já traduzido.

<sup>229</sup> Assim também pronunciou-se CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 73): “Interesse, como necessidade de tutela jurisdicional para ver afastada uma situação de desconforto, tem o réu em razão mesmo da posição por ele ocupada na relação processual: não lhe fora dada a opção entre ser ou não parte no processo. Vale dizer: o seu interesse em defender-se advém, exatamente, do status de parte alcançado em decorrência da citação [...]”.

<sup>230</sup> Comungam da mesma opinião MARIO BELLAVITIS (*L'identificazione delle azioni*, p. 164) e, bem recentemente, COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 279): “Interesse e legittimazione a contraddire scaturiscono, di per sé, dalla vocatio in jus e dal vanto del proprio diritto (o dal diniego del diritto altrui), che l'attore enuncia con la sua domanda, nonché dalla stessa prospettazione dei fatti costitutivi, che costui allega ad integrazione della fattispecie giuridica invocata nei confronti del soggetto passivo convenuto.”

<sup>231</sup> PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, cit., t. 1, p. 189) delimita o fenômeno em termos similares: “o interesse do autor ou do réu é o que ele tem na prestação jurisdicional que pode ser-lhe favorável, no dizer final da justiça”.

<sup>232</sup> V. g., BUZARD (*A ação declaratória...*, cit., p. 264 ss).

<sup>233</sup> A propósito, CASSIO SCARPINELLA BUENO afirma que “o réu é sempre parte legítima para sustentar, quando menos, sua ilegitimidade” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 458). Assim também, BEDAQUE, enfaticamente, sustentou que “[a] simples inclusão de alguém no polo passivo de uma demanda já lhe confere interesse e legitimidade para contestar” (*Código...*, cit., p. 45). No mesmo sentido, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 384).

<sup>234</sup> *Lezioni...*, cit., p. 264.

<sup>235</sup> Mostra-se imprescindível transcrever a lição dos processualistas italianos citados (*idem*, *ibidem*): “Simmetria di posizioni, in funzione del merito della controversia, significa anche identità di denominatori comuni (seppure a segno, percosi dire, invertito). E interesse e la legittimazione a contraddire altro non sono, sul

A identidade de requisitos é simétrica, porque o conflito é um só, e as demandas de autor e réu, justapostas, serão solucionadas conjuntamente.<sup>236</sup>

Em resumo, tem-se aqui proposta de interpretação que revela que a norma contida na parte final do art. 3º do CPC não é inútil, ao contrário do que se costuma dizer.<sup>237</sup>

Com maior facilidade se enxerga que a demanda do réu esteja sujeita à necessidade de possibilidade jurídica do pedido.<sup>238</sup> A formulação de uma resposta absurda, e que contém pretensão de plano proibida pelo ordenamento jurídico, enseja (como vimos no item 3.2.2, *supra*) sua inadmissibilidade, que resultará na revelia.<sup>239</sup> Se essa inadmissibilidade for parcial, abre-se caminho para a aplicação do art. 273, § 6º, do CPC,<sup>240</sup> cuja técnica, aliás, é igual à do art. 330, II, do mesmo diploma.<sup>241</sup> Pode haver, aqui, manifestação da terceira (e mais controvertida) condição da ação, embora o fenômeno não seja reconhecido como tal.

## 10.10 Demanda do réu, valor da causa e taxa judiciária

Outro aspecto a ser considerado, a fim de reconhecer caráter de demanda à resposta de mérito do réu, ainda que portadora de mero pedido de “improcedência da demanda inicial”, concerne a duas exigências legais, em princípio, aplicá-

piano sostanziale, se non il rovescio di una stessa medaglia, il cui diritto è rappresentato dall'interesse e dalla legittimazione ad agire. Al pari dell'attore, che conviene l'avversario avanti al giudice, proponendo nei suoi confronti una domanda, il convenuto, ha il potere di reagire e, ove intenda farlo, è libero di esercitare una sorta di contro-azione, proponendo a sua volta nei confronti dell'attore un'altra (ed opposta) domanda, diretta quantomeno alla reiezione della prima.” A mesma opinião é acolhida por ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 60-61).

<sup>236</sup> A existência dessa “simetria de legitimidades” se confirma também à luz do parágrafo único do art. 315 do CPC (“Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem”). Apesar da confusa redação, frequentemente criticada, a doutrina em peso considera que o dispositivo trata da hipótese de *substituição processual*, exigindo-se que o juiz verifique se o substituto-réu pode demandar ou se o substituto-autor pode ser demandado (assim, BARBOSA MOREIRA, *A resposta do réu...*, cit., p. 257, FORNACIARI JR., *A reconvenção...*, cit., p. 91-92, CRUZ e TUCCI, *Reconvenção*, p. 63-64).

<sup>237</sup> Assim a entende BEDAQUE (*Efetividade do processo...*, cit., p. 297-298), ainda lembrando que o dispositivo é cópia do art. 100 do CPC italiano, no qual tal disposição é igual e severamente criticada.

<sup>238</sup> Coerentemente, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 262-263) também considera inviável a aplicabilidade dessa terceira condição à resposta do réu: “[a] derradeira condição da ação, possibilidade jurídica do pedido, não tem pertinência no direito de defesa, posto que o réu, enquanto tal, salvo nas ações chamadas dúplices (*verbi gratia*, possessórias) não deduz qualquer pedido perante o órgão jurisdicional, posto que não há qualquer bem jurídico a ser alcançado no processo”.

<sup>239</sup> Assim entendeu CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 459). Diferentemente, para CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 263): “[n]ão poderá haver indeferimento da contestação se esta apresentar-se destituída de logicidade (art. 295, parágrafo único, II) ou nela houver formulado o réu requerimentos incompatíveis entre si (*idem*, inciso IV)”.

<sup>240</sup> Aqui também SCARPINELLA BUENO (*idem*, *ibidem*).

<sup>241</sup> Conforme leciona, há anos, MARINONI (*Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*, p. 99 ss).

veis ao arquétipo do contra-ataque, ou seja, a demanda reconvençional. Referimo-nos à atribuição de valor à causa e ao recolhimento da taxa judiciária.<sup>242</sup>

Quanto ao primeiro aspecto, a partir do momento em que se reconheça que a resposta de mérito do réu tem caráter de *demand*a, poderia se cogitar de reconhecer-lhe a aplicabilidade do art. 258 do CPC<sup>243</sup> (dando-se à expressão *causa* o sentido de *demand*a).<sup>244</sup>

O STJ já considerou em diversas oportunidades que mesmo a atribuição de valor à demanda reconvençional pode ser simplesmente dispensada, quando houver coincidência com o valor da causa principal:

[n]os termos da jurisprudência da Terceira Turma deste Tribunal, a ausência de valor à causa não macula a petição inicial a ponto de provocar o indeferimento, à medida que a jurisprudência já assentou que em tais casos o valor é o mesmo da ação principal (REsp 761.262/PR, 3ª T., Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 17-4-2008).<sup>245</sup>

Aplicando-se o mesmo raciocínio desenvolvido nesse julgado, é perfeitamente possível dispensar a atribuição de valor à resposta do réu que não contém uma demanda reconvençional propriamente dita, e se limite ao pedido de improcedência da demanda inicial. Nesse caso, é mais do que evidente a coincidência entre o valor das demandas do autor e do réu.<sup>246</sup>

<sup>242</sup> Esses dois aspectos merecem ser considerados, a despeito de serem marginais para caracterização do fenômeno processual. De fato, o primeiro (valor da causa) constitui formalidade meramente acessória; o segundo toca a observância de normas de índole tributária (que regem o recolhimento do tributo devido ao Estado pelo serviço judiciário).

<sup>243</sup> “A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.”

<sup>244</sup> Assim leciona DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 105): “Outra palavra de sentido entrelaçado com esses conceitos [demanda, ação, pedido e lide] é causa [...]. Como demanda e causa são conceitos muito próximos, falar em causa com tal significado não prejudica o entendimento, sendo que essa é uma palavra que transmite razoavelmente a ideia da aspiração unilateral trazida a juízo e do fenômeno bilateral do conflito que envolve quem formulou a demanda e o seu adversário. O mal está no frequente emprego da palavra *causa* com o significado de processo, o que desvirtua conceitos e confunde ideias.”

<sup>245</sup> No mesmo sentido, REsp 241.990/SP e REsp 138.425/MG, ambos relatados pelo Ministro Menezes Direito, e REsp 331.187/PB, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior. Nesses três julgados, trata-se da hipótese de embargos à execução e da identidade do valor dessa causa em relação à da execução embargada, mas cujo raciocínio jurídico aplica-se aqui analogicamente, sem maior problema.

<sup>246</sup> O autor cobra dívida e o réu alega que a dívida foi objeto de pagamento, prescrição ou novação; o autor cobra indenização por ato ilícito, e o réu alega que não há direito a recebimento dessa verba; o autor pede a declaração de existência de determinada relação jurídica e o réu pede a declaração de inexistência. Em todos esses casos, o valor da demanda do réu é correspondente ao da demanda inicial.

Nesse passo, o valor atribuído pelo autor à demanda inicial cumprirá *todos* os fins dessa formalidade,<sup>247</sup> como a determinação da competência,<sup>248</sup> do procedimento, da fixação da base de cálculo para multas por atos contrários ao dever de boa-fé (arts. 14, parágrafo único, 18, *caput* e § 2º, 557, § 2º, 538, parágrafo único, 601, todos do CPC) e cálculo da taxa judiciária (quando sua base de cálculo for o valor da causa).<sup>249</sup>

Apenas para essa última finalidade é que haveria de questionar se nossa proposta ampliativa da resposta do réu haveria de repercutir no recolhimento da taxa judiciária. Em outras palavras: restaria saber se a lei que rege a taxa judiciária, ao prever sua incidência quanto à “reconvenção” ou à “demanda declaratória incidental”,<sup>250</sup> abrange qualquer resposta de mérito, por nós aqui considerada igualmente como *demand*a.<sup>251</sup>

Todavia, a *demand*a do réu que contém apenas pedido de rejeição da demanda do autor não se subsume à hipótese de incidência da taxa judiciária de “reconvenção” e “declaratória incidental”, que devem ser interpretadas restritivamente, por força do art. 108, § 1º, do CTN).<sup>252</sup> Não por outra razão, o TJSP considera

<sup>247</sup> Exatamente nesse sentido, FORNACIARI JR. (*A reconvenção...*, cit., p. 164) reconheceu que “[a] importância do valor da causa na reconvenção é reduzida”, mormente porque “o rito e a competência, que são dois dados determinados a partir do valor da causa, já estão consolidados, desde a propositura da ação”.

<sup>248</sup> A resposta do réu será evidentemente processada pelo juízo que recebeu a peça inicial, o que é expresso para os meios típicos de contra-ataque (CPC, art. 109).

<sup>249</sup> Não se pode esquecer, ainda, que a demanda do réu é ato que integra processo já instaurado e diz respeito ao mesmo litígio já delineado pelo autor, sendo natural que não se sujeitará às exatas mesmas formalidades que a petição inicial, mesmo quando entram em cena os meios típicos de contra-ataque, ninguém nega que o réu esteja dispensado de indicar “os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu” (informações de regra já listadas na peça inicial, *ex vi* do art. 282, II, do CPC) e o “requerimento para citação” (que é desnecessária na espécie, a teor do art. 316 do CPC). Podemos aqui traçar um paralelo com os recursos, cuja interposição, segundo ARAKEN DE ASSIS (*Manual dos recursos*, p. 36), difere do ajuizamento da demanda inicial pelos seguintes aspectos: “[...] comparou-se a interposição do recurso e o ajuizamento da ação, assinalando-se três diferenças, hoje ainda invocáveis na vigência do CPC de 1973: (a) a dedução do pedido recursal não se reveste das mesmas formalidades do pedido originário, exceto por imposição de norma expressa – v. g., na apelação, o art. 514, III –, ‘cuja superfluidade ressaltaria se se houve de satisfazer, *in genere*, os mesmos requisitos’; (b) não se promove a citação do recorrido; (c) prescinde-se da juntada de novo instrumento de mandato, porque o preexistente já habilita o procurador a praticar ‘todos os atos do processo’ (art. 38). O traço específico e comum aos remédios arrolados no art. 496 consistiria no efeito não fazer surgir processos distintos, mas simplesmente de provar a extensão do mesmo processo em que se proferiu a decisão recorrida”.

<sup>250</sup> A Lei 4.592/1985 do Estado de São Paulo, hoje revogada, estabelecia a necessidade de pagamento de custas relativamente à reconvenção e à “declaração incidente”, mas as diferia para final (art. 4º, § 4º, IV). A Lei 11.608/2003, que a sucedeu, manteve a mesma disciplina quanto à declaratória incidental (art. 5º, III), mas determinou que a reconvenção fosse preparada no ato de ajuizamento (art. 4º, I). No âmbito da justiça federal, a reconvenção está isenta de custas (art. 7º da Lei Federal 9.289/1996), não havendo disposição sobre a declaratória incidental.

<sup>251</sup> Essa dúvida levantada não tem repercussão prática se a lei relativa à taxa judiciária não obriga o recolhimento de custas para reconvir, ajuizar demanda declaratória incidental ou apresentar pedido contraposto; tampouco nos casos em que o réu goze de benefício da gratuidade legal (Fazenda Pública, Ministério Público) ou requerida nos termos da Lei 1.060/1950.

<sup>252</sup> “Art. 108 [...] § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.”

que não cabe o recolhimento da taxa judiciária pela formulação de pedido contraposto no procedimento sumário<sup>253</sup> (apesar de ter natureza reconvençional)<sup>254</sup> e pela apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença (que é figura de todo igual aos embargos à execução, esses, sim, sujeitos à taxa judiciária em nosso Estado).<sup>255-256</sup>

De qualquer maneira, o entendimento absolutamente pacífico no STJ é o de que a falta de valor da causa<sup>257</sup> e de recolhimento das custas<sup>258</sup> enseja o dever do juiz de determinar ao interessado que emende seu ato (CPC, art. 284), ainda que bem depois de tê-lo recebido. O vício não implica de imediato a inadmissibilidade do ato.

*De lege ferenda*, consideramos plenamente viável que o custo do processo fosse *todo* adiantado por quem o instaurou, de tal modo que a intervenção do réu, mesmo responsável pelo aumento do serviço judiciário (o que fica claro nas hipóteses em que esse maneja os meios típicos de contra-ataque), não deveria implicar novo recolhimento de taxa judiciária<sup>259</sup> (tal como ocorre na Justiça Federal, cujas custas estão regidas pela Lei 9.289/1996).

<sup>253</sup> AI 1151907-0/5, 33ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Sá Duarte, j. 27-2-2008.

<sup>254</sup> Como vimos no item 9.2, *supra*.

<sup>255</sup> AI 7256027-1, 18ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Rubens Cury, j. 1º-9-2008.

<sup>256</sup> De qualquer forma, não se pode esperar extrair lógica das normas atinentes à fixação do valor da causa e à fixação da taxa judiciária, já que situações processualmente iguais são tratadas de forma bem diferente. A lei estadual paulista sobre custas hoje vigente (Lei 11.608/2003) nada fala da denunciação da lide, apesar de tratar-se evidentemente de demanda. A lei que a precedia (Lei 4.952/1985, art. 6º, VI) isentava o executado de pagar taxa judiciária para opor embargos à execução, aos quais sempre se reconheceu natureza de “demanda incidente”.

<sup>257</sup> “Processo civil. Reconvenção. Julgamento de improcedência do pedido formulado na ação principal, e de procedência do pedido formulado na reconvenção. Pretensão, da parte derrotada, de anulação de todo o processo, com fundamento na circunstância de não ter sido atribuído valor da causa à reconvenção. Hipótese em que não foi dada, ao reconvinente, a oportunidade para saneamento do vício. Impossibilidade de anulação de todo o processado, que afrontaria ao princípio da instrumentalidade. Recurso não conhecido. Nos termos da jurisprudência da Terceira Turma deste Tribunal, a ausência de valor à causa ‘não macula’ a petição inicial a ponto de provocar o indeferimento, à medida que a jurisprudência já assentou que em tais casos o valor é o mesmo da ação principal. Ademais, seria atentar contra o princípio da instrumentalidade e da razoável duração do processo anular todo o procedimento que já se desenvolveu por diversos anos, com dispêndio de recursos públicos e de material humano, meramente por apego a uma formalidade, notadamente na hipótese em que não se possibilitou, ao autor reconvinente, que emendasse sua petição inicial, na origem” (REsp 761262/PR, 3ª T., Rel. Ministro Nancy Andrighi, j. 17-4-2008).

<sup>258</sup> “Processo civil. Reconvenção. Preparo. Falta. Distribuição. Cancelamento. Descabimento. Intimação. Necessidade. Após formada a relação processual, deve o juiz intimar a parte para efetivar o preparo, antes de determinar o cancelamento da distribuição (art. 257 do CPC)” (EDcl no REsp 816563/BA, 5ª T., Rel. Min Felix Fischer, j. 17-8-2006). No mesmo sentido: REsp 208241/ES, 2ª T., Rel. Ministro Castro Meira, j. 16-12-2004, e REsp 434980/MG, 4ª T., Rel. Ministro Barros Monteiro, j. 9-11-2004.

<sup>259</sup> Essa sugestão seguiria lógica análoga àquela que inspira o art. 836, II, do CPC, que dispensa o réu residente em país estrangeiro de prestar caução para reconvir.

## 10.11 Resposta do réu e contraditório

Nossas proposições não causam absolutamente nenhuma dificuldade no terreno procedimental. Isso porque o sistema já prevê (CPC, art. 326) que o autor será intimado a se manifestar sobre os fatos alegados na resposta do réu – na prática, em homenagem à tradição, denomina-se esse ato de “réplica”, conforme examinado no item 8.6, *supra* –, o que já é suficiente para que se estabeleça o contraditório sobre a demanda do réu.

O ideal seria que, em homenagem ao princípio da isonomia, o prazo para o autor responder à demanda do réu fosse igual ao prazo assinado a este para responder à demanda inicial, exatamente como ocorre com a reconvenção (CPC, art. 316).<sup>260</sup> Mas o mais importante é que o ordenamento já prevê a “bilateralidade da audiência” e, ainda que não a previsse, seria obrigatório ao juiz observá-la.

De qualquer sorte, em face das mesmas restrições já usualmente aceitas para a “reconvenção da reconvenção” (as quais atendem ao imperativo do regime rígido de estabilização do objeto litigioso), *em princípio* não se poderá reconhecer que a resposta do autor sobre a demanda do réu seja, por sua vez, também demanda.

Isso porque seu âmbito *tende* a ser limitado apenas ao reforço do pedido e ao da causa de pedir da demanda inicial para, com isso, refutar a demanda do réu. A ausência de um objeto próprio (visto que a pretensão do autor já está deduzida pela demanda) impediria que falássemos, aqui, em nova e diferente demanda. A contraposição que dá a feição dialética ao processo compreende a demanda inicial e a resposta do réu, que são, como regra, mutuamente excludentes.

Entretanto, quando a demanda do réu versar questões novas, que não se situam na órbita do pedido e da causa de pedir contida na demanda inicial, não há como negar que a “réplica” do autor eventualmente também seja portadora de demanda. Basta pensar que o réu alegue, em sua defesa, compensação, e o autor seja forçado a mostrar que a dívida invocada pelo réu está paga. Tem-se aí, pelos mesmos fundamentos já declinados, uma demanda declaratória movida pelo autor.

<sup>260</sup> Curioso observar que o CPC português aproxima as hipóteses de “réplica” e “contestação à reconvenção”, conforme se infere dos seus arts. 502 e 503: “Artigo 502º 1. À contestação pode o autor responder na réplica, se for deduzida alguma exceção e somente quanto à matéria desta; a réplica serve também para o autor deduzir toda a defesa quanto à matéria da reconvenção, mas a esta não pode ele opor nova reconvenção. 2. Nas ações de simples apreciação negativa, a réplica serve para o autor impugnar os factos constitutivos que o réu tenha alegado e para alegar os factos impeditivos ou extintivos do direito invocado pelo réu. 3. A réplica será apresentada dentro de 15 dias, a contar daquele em que for ou se considerar notificada a apresentação da contestação; o prazo será, porém, de 30 dias, se tiver havido reconvenção ou se a acção for de simples apreciação negativa.” “Artigo 503º 1. Se houver réplica e nesta for modificado o pedido ou a causa de pedir, nos termos do artigo 273º, ou se, no caso de reconvenção, o autor tiver deduzido alguma exceção, poderá o réu responder, por meio de tréplica, à matéria da modificação ou defender-se contra a excepção oposta à reconvenção. 2. A tréplica será apresentada dentro de 15 dias a contar daquele em que for ou se considerar notificada a apresentação da réplica.”



Em tal proposição não há propriamente novidade absoluta, dado que o art. 325 do CPC consente que o autor formule demanda declaratória incidental após a resposta do réu. Embora tenhamos acima (item 10.5, *supra*) descartado tecnicamente essa possibilidade de manejo da declaratória incidental pelo autor, depa-ramo-nos aqui com demonstração inequívoca de que o sistema não é totalmente infenso à ampliação do objeto litigioso do processo, por obra do autor, após a contestação, excepcionando-se o comando estrito dos arts. 264 e 294 do CPC.

Nessa mesma linha, poder-se-ia cogitar ainda que, em raríssimas hipóteses, haverá necessidade de contraditório sobre a réplica do autor (sempre que, nela, se reconhecer uma nova demanda, de acordo com os critérios acima elencados).

Servimo-nos novamente do mesmo exemplo acima enunciado: o réu pode pedir ao juiz que reconheça que o recibo de quitação apresentado pelo autor seja desconsiderado pois foi obtido por coação. Nesse caso, a “tréplica”, a despeito de não estar prevista em nosso CPC em vigor, seria forçosa e traria consigo nova demanda. O prazo poderia ser assinado pelo juiz (à falta de disposição legal), ou basear-se na norma geral do art. 185 (cinco dias). Esse aspecto procedimental, entendemos, não é relevante, desde que observado o contraditório.

Antes que se levante, aqui também, o argumento *ad terrorem* de que ficaria aberta a porta para indefinida alteração do objeto litigioso, é evidente que esse encadeamento de demandas seria raríssimo e deveria respeitar como requisito principal a *conexidade* com a demanda precedente.

Assim, em “réplica”, o autor haveria de articular demanda conexa à demanda do réu; em “tréplica”, o réu deveria trazer matéria necessariamente conexa à “réplica”. Essas oportunidades de ampliar o objeto litigioso do processo não poderiam se prestar a incluir, pura e simplesmente, pretensões que poderiam ter sido veiculadas nas primeiras intervenções de autor e réu. Preserva-se, assim, a estabilização do objeto litigioso, lastreada no princípio da eventualidade.

## 10.12 Autonomia da resposta de mérito do réu (proposta de reinterpretção dos arts. 267, § 4º, e 317 do CPC)

A caracterização, como demanda, da resposta do réu que contém mero pedido de improcedência da demanda inicial também reserva impactos concernentes ao *impulso processual*.<sup>261</sup> O tema em alguma medida já constituiu objeto de nossa investigação anterior,<sup>262</sup> sendo possível servirmo-nos aqui da síntese de algumas conclusões lá alcançadas como ponto de partida.

<sup>261</sup> ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 9) destaca que essa é um dos principais benefícios de reconhecer a existência de uma *ação autônoma do réu*, de tal modo que o juiz se pronuncia sobre o mérito da demanda do réu, mesmo que haja qualquer impedimento para tanto concernente à demanda do autor.

<sup>262</sup> *Preclusão processual civil*, p. 278-286.

Partindo-se do pressuposto de que o Poder Judiciário é inerte<sup>263</sup> (age apenas por provocação, como decorrência, sobretudo, do dever de imparcialidade), o direito positivo deve propor-se a resolver a quem caberá dar impulso ao processo já instaurado por iniciativa do interessado.<sup>264</sup> Vigora no nosso processo civil – assim como na maioria dos ordenamentos atuais – a regra do *impulso oficial*,<sup>265</sup> como decorre dos arts. 262<sup>266</sup> e 125, II,<sup>267</sup> ambos do CPC brasileiro.

Há dois modos diferentes de operação do princípio do impulso oficial: o primeiro se manifesta quando inviável o prosseguimento do processo como um todo, ensejando sua extinção sem resolução de mérito (depois de preclusa a oportunidade de o litigante praticar o ato que permitiria a retomada de sua tramitação). O segundo modo, bem mais restrito, consiste em dar seguimento ao processo, com a preclusão de determinado ato processual, sem prejuízo do ulterior julgamento do mérito.

Assim, se o autor cumpriu o esquema mínimo para que sua demanda seja admissível, mas adiante se omitiu quanto a outra atividade processual, como regra não haverá espaço para que se decrete a extinção do processo por força do art. 267, III, do CPC (que rege o que se convencionou chamar de “abandono do processo”). O caso é de excluir o direito à prática do ato individualmente considerado, que não interfere na demanda anteriormente proposta de modo válido. Aplica-se aí a chamada “teoria do isolamento dos atos processuais”, de forma que a desconformidade de um ato com o modelo legal só afetará os atos que dele forem diretamente dependentes.<sup>268</sup>

Por outro lado, se a demanda inicial apresenta algum defeito que impede que o processo prossiga, e o autor, mesmo regularmente intimado, não promove atos e diligências para regularizá-lo, aí sim haverá a necessidade de extinção do processo sem exame de mérito.<sup>269</sup> Mas, nessa hipótese, normalmente configura-se a

<sup>263</sup> Esse preceito resulta do art. 2º do CPC: “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”

<sup>264</sup> Está-se, aqui, diante de um dos principais aspectos do que BARBOSA MOREIRA chamou de “divisão do trabalho” no processo (O problema da “divisão do trabalho”..., cit., p. 7-14). A ideia de que o processo é uma divisão de trabalho já vem impressa na obra de CARNELUTTI (*Diritto e processo*, p. 124), que afirmava: “Giurisdizione e azione, azione e giurisdizione sono le due forze, centrifuga e centripeta, che fanno muovere il meccanismo processuale. Si spiega, con quello che è stato detto nel capitolo precedente, che il processo è lavoro: lavoro del giudice, delle parti e dei loro ausiliari.”

<sup>265</sup> Todavia, é evidente que o impulso oficial não exclui de todo o impulso pelas partes, que continua existindo, ainda que com espaço reduzido, como notaram CALAMANDREI (*Instituciones...*, cit., v. 1, p. 323) e COUTURE (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 172-173).

<sup>266</sup> “Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

<sup>267</sup> “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: II – velar pela rápida solução do litígio.”

<sup>268</sup> Aplica-se por analogia, aqui, o que dispõe o art. 249, *caput* e § 1º, do CPC.

<sup>269</sup> Opera-se uma preclusão, para a qual pouco importa qual seria a vontade do agente. Daí por que nos parece desprovido de lógica ou sentido o entendimento de que o juiz deve interpretar a vontade do sujeito, para saber de sua intenção em abandonar ou não o processo (como entende, por exemplo, MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários...*,

“ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” (CPC, art. 267, IV), e não “abandono” (CPC, art. 267, III), sendo desnecessárias as formalidades de intimação pessoal (CPC, art. 267, § 1º).<sup>270</sup> Portanto, o abandono do processo, pelo autor, se revela hipótese extremamente rara (para não dizer inexistente).<sup>271</sup>

Resta-nos então investigar o caso de *desistência* (ou seja, renúncia expressa à demanda inicial, sem atingir o direito por ela invocado, hipótese catalogada no art. 267, VIII, do CPC).

A propósito, é fundamental atentar para a regra do art. 267, § 4º, segundo a qual “[d]epois de decorrido o prazo para a resposta o autor não poderá, sem

cit., v. 2, p. 422). O regime preclusivo adotado exclui a necessidade dessa interpretação, conforme demonstrou há décadas LENT, em interessante artigo já citado (Obblighi e oneri nel processo civile, cit., p. 155).

<sup>270</sup> O STJ tem entendido (a nosso ver sem razão) que “o não recolhimento das despesas processuais acarreta a extinção do processo nos termos do art. 267, III, do CPC, sendo imprescindível, todavia, que tenha ocorrido a prévia intimação pessoal da parte, conforme dispõe o § 1º do art. 267 do CPC” (AgRg no Ag 825.936/RJ, 5ª T., Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 17-4-2007). Esse entendimento conflita, além do mais, com o disposto no art. 257 do CPC: “[s]erá cancelada a distribuição do feito que, em 30 (trinta) dias, não for preparado no cartório em que deu entrada”.

<sup>271</sup> É realmente muito difícil enxergar caso de “omissão [que] constitua obstáculo intransponível para o funcionamento do impulso oficial e, por conseguinte, para a marcha do procedimento” (palavras de ARAÚJO CINTRA, em Abandono da causa no novo Código de Processo Civil, *Revista Forense*, nº 254, p. 171). O exemplo dado pelo autor – falta de recolhimento de honorários para prova pericial – não caracteriza hipótese de abandono do processo, mas sim implica a preclusão da prova, com o julgamento de acordo com as regras de distribuição de ônus probatório instituídas pelo art. 333 do CPC. Outro exemplo recorrente, a falta de juntada do comprovante de recolhimento de custas judiciais, constitui falta de pressuposto para constituição e desenvolvimento válido do processo. A ausência de indicação do endereço do réu para citação também. Em suma, todos os exemplos recorrentes de situação em que se cogitaria a aplicação do art. 267, III, do CPC resolvem-se em outros caminhos. Quando muito, haveríamos de considerar a aplicação desse dispositivo na execução de título extrajudicial, cumprimento de sentença e nos procedimentos de jurisdição voluntária. Todavia, nos dois primeiros casos há normas que autorizam a suspensão do processo (CPC, arts. 475-J, § 5º, e 791, III) e, no último, há autorização para o juiz não “observar critério de legalidade estrita” (CPC, art. 1.109). Ademais, em todos esses casos verifica-se uma flexibilidade do regime preclusivo (como notamos no nosso *Preclusão processual civil*, p. 283-286), pela preponderância do interesse do exequente (na execução de título extrajudicial e no cumprimento de sentença) e pela ausência de contenciosidade (nos procedimentos de jurisdição voluntária). Por isso, nesses casos, a prática consagrou o “arquivamento provisório” dos autos.

o consentimento do réu, desistir da ação”.<sup>272</sup> Diversos ordenamentos processuais acolhem norma similar.<sup>273</sup>

Há dois modos de interpretar esse dispositivo: o primeiro é considerar que a renúncia do autor à sua demanda é *ineficaz* sem aquiescência do réu; o segundo é reputar que a negativa do réu produz a inversão dos papéis na relação processual. Parece-nos que nenhuma das soluções é adequada.

A primeira desconhece o preceito (firmado na teoria geral do direito<sup>274</sup> e acolhido expressamente pelo art. 158 do CPC)<sup>275</sup> de que a renúncia é ato jurídico *unilateral*.<sup>276</sup> A segunda transforma o réu em autor de demanda movida contra si próprio.<sup>277</sup> Ainda que se inverta o “sinal” da demanda, a solução é algo esdrúxula.<sup>278</sup>

<sup>272</sup> Embora tenhamos assentado que o abandono do processo pelo autor (CPC, art. 267, III) é situação raríssima, a jurisprudência e a doutrina tomam de empréstimo a regra do art. 267, § 4º, para afirmar que a extinção do processo por esse fundamento depende da concordância do réu, conforme Súmula 240 do STJ, assim redigida: “[a] extinção do processo, por abandono de causa pelo autor, depende de requerimento do réu”. Na doutrina, CRUZ E TUCCI (Abandono do processo, *Temas...*, cit., p. 26) registra a posição de diversos autores nesse mesmo sentido, ainda que discorde dela, por entender que a regra é o impulso oficial e que o interesse do réu seria secundário, em face do interesse público em retirar do foro processos abandonados. Com o devido acatamento, não existe razão para excluir do âmbito de incidência do § 4º do art. 267 do CPC a hipótese de *abandono do processo pelo autor* (mesmo que rara). Tal como ocorre no caso de *desistência da ação* (CPC, art. 267, VIII), verifica-se no *abandono* (inciso III) o ato do autor apto a encerrar o processo independentemente da prolação de decisão sobre o mérito. A principal diferença é que o abandono representa atitude *omissiva, tácita*, e a *desistência* é ato *comissivo, expresso* (a propósito das diferenças entre as figuras, confira-se CRUZ E TUCCI, *Desistência da ação*, p. 5 ss). Reforça nossa posição a constatação de que o Código (art. 267, II) previu uma específica situação de abandono do processo *por ambas as partes*, que ensejará a sua extinção sem resolução de mérito, depois de transcorrido o prazo de um ano (nesse caso, e apenas nele, vislumbra-se que à omissão do autor acresceu-se a do réu, como ensina COSTA MACHADO, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 254). Um último argumento para lastrear a mesma conclusão é realçado em particular por ARRUDA ALVIM (*Manual...*, cit., v. 2, p. 367), segundo o qual admitir que o abandono do processo pelo autor possa levar à extinção do processo mesmo contra a vontade do réu abre possibilidade de o autor burlar a discordância do réu quanto à sua desistência expressa da ação.

<sup>273</sup> A mesma norma acha-se positivada nos arts. 290 e 306.1 do CPC italiano atual e no § 271 da ZPO alemã, por exemplo. O art. 296 do CPC português diferencia a “desistência do pedido” (equivalente à renúncia do direito sobre o qual se funda a ação, fenômeno referido pelo art. 269, V, do CPC) da “desistência da instância” (que corresponde à “desistência da ação” que figura no art. 267, VIII, do CPC). E, tal como no nosso sistema, a primeira desistência exige concordância do réu, mas a segunda, não.

<sup>274</sup> Sobre os atos jurídicos unilaterais em geral, MOTA PINTO assentou que “[é] desnecessária a anuência do adversário, a eficácia do negócio unilateral não carece da concordância de outrem” (*Teoria geral do direito civil*, p. 388).

<sup>275</sup> “Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais” (destacamos).

<sup>276</sup> Assim destaca ROMANO, ao examinar exatamente a mesma situação (*Lazione di accertamento negativo*, p. 17).

<sup>277</sup> Rejeitando essa interpretação, GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 247).

<sup>278</sup> O nosso sistema conhece situações em que alguém “assume” a posição de outrem como *autor da demanda inicial, sem alterar a sua substância*, como nos casos em que qualquer cidadão ou o MP pode assumir a ação popular (no lugar do autor original que desistiu da demanda ou abandonou o processo – art. 9º da Lei 4.717/1965). O mesmo ocorre na ação civil pública movida e abandonada por algum colegitimado, e que pode ser substituída pelo MP (art. 5º, § 3º, da Lei 7.347/1985).

A interpretação que nos parece mais razoável é a de que a desistência da demanda do autor só importará na extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VIII) se o réu desistir também da sua demanda contraposta.<sup>279</sup> Ou seja, não se retira do fenômeno o dado essencial de que a renúncia é ato unilateral nem se invertem os papéis de autor e réu. Trata-se de entendimento que pode perfeitamente ser extraído do CPC, considerando-se que o “consentimento” do réu (previsto no art. 267, § 4º, do CPC) traz em si a renúncia à sua própria demanda.

Essa solução justifica, em primeiro lugar, que a norma do § 4º do art. 267 seja interpretada de modo que dependa da anuência do réu a desistência da demanda manifestada antes do fim do “prazo para a resposta”, mas depois da efetiva apresentação de contestação.<sup>280</sup> A interpretação aqui aventada também explica adequadamente por que o réu revel não precisa ser consultado sobre a desistência da demanda do autor (CPC, art. 321):<sup>281</sup> como ele não apresentou demanda, não há objeto sobre o qual possa recair renúncia.<sup>282</sup> Portanto, o dado essencial para compreensão da espécie não está no “interesse do réu ao julgamento de mérito da demanda do autor”,<sup>283</sup> o qual pode existir mesmo que o réu seja revel. O que

<sup>279</sup> Esse é o entendimento de ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 7): “per stabilire se la domanda e l'azione del convenuto abbiano una loro própria dignità teórica non v'è altra via che chiedersi se il mentovato potere di ottenere la definizione della lite nel mérito esista come pottere autonomo ed indipendente da quello omologo dell'attore, se cioè sai in grado di sopravvivere anche quando quello sai malamente esercitato ovvero per qualsiasi ragione venga meno”.

<sup>280</sup> Como entendem, por exemplo, MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 451) e NELTON DOS SANTOS (*Código...*, cit., p. 775). Aliás, em outro estudo, MONIZ DE ARAGÃO (*Desistência da ação*, RF, nº 324, p. 45) propôs interpretação ainda mais ampla, no sentido de que, após a citação do réu, o autor estaria impedido de renunciar à sua demanda, por considerar que em diversas situações a esfera jurídica do réu é atingida antes da apresentação de contestação, como no caso das liminares (antecipatórias de tutela ou não) ou de averbação da petição inicial em matrícula de imóvel (Lei 6.015/1973, arts. 167, I, 21), ou ainda em razão das consequências oriundas da simples distribuição da peça inicial (como o apontamento em órgãos de proteção ao crédito ou o estabelecimento do marco inicial para se considerar ocorrente a fraude à execução, segundo interpretação mais rigorosa do art. 593, II, combinado com o art. 263, ambos do CPC). Assim, o autor conclui que “[m]elhor solução, portanto, é subordinar a desistência da ação ao consentimento do réu a partir do momento em que consumada a citação, instante no qual se perfaz a relação processual. [...] esse momento deve ser antecipado para o instante em que ocorrida alguma invasão na esfera jurídica do réu, se anterior à realização da citação. De lege ferenda o alvitre se afigura superior ao que o legislador adotou”.

<sup>281</sup> Veja-se que a redução do pedido recebe tratamento igual ao da desistência da ação (MILTON PAULO DE CARVALHO, *Do pedido...*, cit., p. 143), mas os acréscimos ou substituições quanto ao pedido e à causa de pedir têm regras diferentes. A anuência do réu é necessária (CPC, art. 264, parágrafo único) mesmo sendo ele revel (CPC, art. 321). Isso se explica pelo fato de que aqui não há ato de renúncia do réu.

<sup>282</sup> Sobre isso, confirmaram-se, mais uma vez, novamente MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários...*, cit., v. 5, p. 451) e NELTON DOS SANTOS (*Código...*, cit., p. 775).

<sup>283</sup> Trata-se desse de entendimento consagrado. À guisa de exemplo confira-se na doutrina italiana a opinião de SÉRGIO COSTA (*Eccezione. Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 259) e, na doutrina alemã, de LENT (*Diritto processuale civile tedesco*, p. 171). O STJ perfiha a mesma ideia: “[a] regra impositiva [do art. 267, § 4º do CPC] decorre da bilateralidade formada no processo, assistindo igualmente ao réu o direito de solucionar o conflito. Precedentes: REsp 651.721/RJ, DJ 28-9-2006; REsp 460.748/DF, DJ 3-8-2006; REsp 380.022/SC, DJ 25-3-2002” (REsp 901.497/AM, 1ª T., Rel. Ministro Luiz Fux, j. 1ª-4-2008).

irrompe relevante é o fato de ter o réu apresentado resposta ou não, pois o ato omissivo ou comissivo de um sujeito não pode atingir o ato de outrem.<sup>284</sup>

A doutrina também costuma extrair do art. 267, § 4º, do CPC a interpretação de que, se o réu se limitou a pedir a extinção do processo sem resolução de mérito, não poderia opor-se à desistência da demanda inicial,<sup>285</sup> em face da *preclusão lógica*. Não há como concordar ou discordar desse entendimento sem lhe dedicar um pouco mais de atenção. Parece-nos que o melhor modo de interpretar essa questão é considerar o *conteúdo da defesa processual* oposta pelo réu.

Se o vício apontado disser respeito *exclusivamente* à demanda do autor, pode muito bem ocorrer de o réu pedir que ela (e apenas ela) seja rejeitada sem exame de mérito, *sem prejuízo do prosseguimento do processo para julgamento de sua própria demanda*.<sup>286</sup> Pensemos no exemplo da falta de recolhimento de custas (CPC, art. 267, IV), ou de prestação de caução (CPC, art. 835), ou ainda a perempção (CPC, art. 267, V). Nesses casos, a defesa processual invocada pelo réu atinge apenas a demanda inicial, e não o processo como um todo. A demanda do réu não pode ser considerada subsidiária ao pedido de extinção do processo.

O mesmo raciocínio se aplica no tocante à litispendência e à coisa julgada, que podem impedir a demanda do autor (CPC, art. 267, V), sem afetar o conteúdo da demanda do réu, que não poderia ser extinta sem exame de mérito.<sup>287</sup> A recíproca é verdadeira.

Por fim, haverá determinadas condições, ligadas ao *processo*, que são comuns a ambas as demandas, como a competência e a imparcialidade do juiz. Qualquer deslocamento do processo de um foro, juízo ou juiz não implicará separação das demandas de autor e réu.<sup>288</sup>

O mesmo se diga quanto ao acolhimento da alegação de existência da convenção de arbitragem (CPC, art. 267, IX), que, como regra, afetará concomitantemente as duas demandas contrapostas (a menos que, excepcionalmente, as

<sup>284</sup> Nesse sentido, BALBI (*La decadenza anel processo di cognizione*, p. 83) e o nosso (*Preclusão processual civil*, p. 106).

<sup>285</sup> DINAMARCO, porém, ressalva que, “[s]e o réu pediu em preliminar a extinção do processo sem ressaltar a preferência pela improcedência da demanda, ele próprio já terá adiantado que lhe satisfaz a tutela menos intensa, consistente apenas na liberação dos vínculos que a litispendência lhe impõe. Nesse caso, não tem direito de opor-se à desistência da ação” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 141).

<sup>286</sup> ALBERTO ROMANO considera que essa é uma decorrência do entendimento de que a defesa do réu constitua uma ação autônoma (*Lazione di accertamento negativo*, p. 7-9).

<sup>287</sup> Basta pensar na hipótese de demanda inicial de cobrança de determinada prestação contratual, que contraria sentença anterior passada em julgado declarando inválida a cláusula contratual em que se baseia a pretensão. Citado, o réu pode invocar a coisa julgada e apresentar demanda pedindo que o juiz invalide o contrato como um todo. Essa pretensão do réu não está obstada pela coisa julgada, mas a demanda inicial, sim.

<sup>288</sup> Para a reconvenção e a declaratória incidental, esse entendimento se extrai do art. 109 do CPC: “O juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantia e outras que respeitam ao terceiro interveniente.”

pretensões por elas vinculadas não sejam oriundas do mesmo ato ou contrato ao qual se refere a convenção arbitral).

Merece especial atenção, ainda, a hipótese de falta de um pressuposto processual subjetivo ao autor (e. g.: a ausência de acompanhamento ou representação do responsável pelo incapaz, a ausência de poderes do administrador de sociedade para constituir advogado etc.).

Fato como esse impede que o processo prossiga para julgamento da demanda do réu, visto que não se pode considerar que o autor tenha sido dela adequada e validamente comunicado (tal comunicação foi feita em nome de pessoa desprovida de poderes).

Nada impediria, contudo, que fosse procedida, nesse caso, a *citação pessoal* do autor, na pessoa de quem realmente pode representá-lo. Não há regra técnica processual que vede essa saída. A demanda do réu está ajuizada e não há razão para descartá-la apenas porque o autor não se considerou representado na demanda inicial.

Outra discussão a ser suscitada no tocante a esse aspecto concerne à demonstração de *interesse de agir* do réu em prosseguir com sua demanda. Segundo maciça corrente jurisprudencial, para “discordar” da “desistência da ação” o réu precisaria demonstrar um motivo justo para essa oposição.<sup>289</sup>

Parece-nos que o simples fato de o autor já ter ameaçado uma vez a posição jurídica do réu concreta e solenemente, por meio do ajuizamento da demanda, e a possibilidade de fazê-lo novamente (dado que a “desistência da ação” produz sentença terminativa – CPC, art. 267, VIII) é razão suficiente para que se reconheça interesse do réu no prosseguimento de sua demanda.<sup>290</sup>

<sup>289</sup> A necessidade de avaliação do interesse do réu no prosseguimento do processo, em caso de desistência da demanda do autor, estava explicitamente prevista no CPC de 1939 (“art. 181. Apresentada a contestação, o autor não poderá, sem consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação. Parágrafo único. A recusa do réu será rejeitada, se da desistência não lhe resultar prejuízo”). O art. 267, § 4º, do CPC de 1973 não reproduziu essa exigência, mas o STJ a considera necessária, como se vê dos seguintes julgados: “A recusa do réu ao pedido de desistência deve ser fundamentada e justificada, não bastando apenas a simples alegação de discordância, sem a indicação de qualquer motivo relevante” (REsp 976861 SP, 2ª T., Rel. Ministro Castro Meira, j. 2-10-2007). No mesmo sentido: REsp 241780 PR, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17-2-2000. Da jurisprudência daquela Corte colhem-se exemplos de “justificativas aceitáveis” para que o réu oponha-se à extinção do processo com base no art. 267, VIII, do CPC: “[é] justificável a oposição à desistência da ação fundamentada no art. 3º da Lei 9.469/97, que determina que a Fazenda Nacional somente poderá concordar com a desistência se o demandante renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação” (REsp 651.721/RJ, 1ª T., Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 12-9-2006). “Mesmo quando a desistência ocorre em ação de divórcio, na qual não houve reconvenção, há interesse do cônjuge réu no prosseguimento do processo, não só para obter a declaração de improcedência do pedido em relação à ‘causa petendi’ deduzida como também para alcançar, a seu respeito, a eficácia da ‘res iudicata’ (material)” (REsp 90738/RJ, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 9-6-1998).

<sup>290</sup> PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 225), ao comentar o art. 181, parágrafo único, do CPC de 1939, já havia reconhecido essa circunstância: “a recusa do réu deve fundar-se em motivo justo. Ora, justo será sempre o motivo se o autor, ao formular o pedido [de desistência] não se comprometer a não mais acionar o réu sobre o mesmo objeto. De fato, se assim não fosse, ficaria o réu sujeito a ser trazido novamente a juízo para contrariar as mesmas pretensões. A desistência, por conseguinte, a que o réu não tenha direito de opor-se sem

No fim das contas, a proposta de interpretação que ora fazemos é no sentido de aplicar a qualquer resposta do réu a norma do art. 317 do CPC – que prescreve que “[a] desistência da ação, ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção”<sup>291</sup> –, *com os temperamentos aqui indicados*.

O que não se pode aceitar é que se exclua a aplicação do art. 317 do CPC às hipóteses em que não se caracterizou formalmente a *reconvenção*, tampouco conduzir essa regra ao extremo de considerar que a demanda do réu não sofrerá qualquer impacto no caso de a demanda inicial ter sido rejeitada sem resolução de mérito. Vimos que em diversas situações a extinção da demanda inicial se baseará em circunstância que impede também o prosseguimento da demanda do réu.

Para encerrar o presente assunto, ele ainda merece duas últimas complementações.

Considerando-se que a renúncia da demanda é ato unilateral, o autor pode livremente dispor dela, e a “discordância” manifestada pelo réu, nos termos do art. 267, § 4º, implica que, a partir de então, o processo prosseguirá *apenas para julgamento da demanda do réu*.

Para entender essa afirmação, socorremo-nos de um exemplo: o autor ajuíza demanda cobrando dívida; o réu se defende, afirmando que já a pagou. A desistência da demanda do autor (mesmo com a recusa do réu em aceitá-la) gerará efeitos no processo, porque *impedirá que o juiz julgue procedente a demanda inicial e condene o réu ao pagamento da dívida*.

A partir do ato de desistência da demanda inicial, haverá redução do objeto do processo, que comportará apenas o julgamento acerca da questão suscitada pela resposta do réu, isto é, se ele pagou a dívida originalmente reclamada pelo autor ou não.<sup>292</sup> Trata-se de decorrência necessária de que a demanda do réu e do autor são cumuladas no mesmo processo, e que a segunda compõe o seu objeto litigioso.

motivo legítimo, é aquela que assume um caráter de verdadeira e própria confissão do autor. Nunca, porém, a do litigante que apenas deseja prevalecer-se da tolerância do réu para escoimar a petição inicial de vícios substanciais revelados pelo contraditório e reinstaurar o juízo com a superioridade de quem já conhece todos os elementos da defesa”. Esclareça-se que o CPC/1939 não trazia norma como a do art. 269, V, do diploma vigente, que reconhece foro de sentença de mérito àquela que homologa a “renúncia sobre a qual se funda a ação”.

<sup>291</sup> CRUZ E TUCCI considera que o preceito deve ser estendido para a declaratória incidental, tanto para a hipótese de abandono (Abandono do processo, *Temas...*, cit., p. 25) como para a hipótese de desistência da ação principal (*Desistência da ação*, p. 19).

<sup>292</sup> Esse é também o entendimento de ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 30 e 47-48), embora reconheça que, como regra, o processo caminhará contendo o mesmo objeto, pela natural identidade entre demanda do réu e do autor.



De outra banda, embora seja difícil de imaginar tal situação na prática, não haveria nada que impedisse que o réu desistisse de sua demanda; a partir daí, rigorosamente ele deve ser considerado revel.

Parte das considerações aqui desenvolvidas aplica-se também quanto aos atos de disposição dos *direitos* suscitados por autor e réu. É comum o entendimento de que, havendo “renúncia do direito sobre o qual se funda a ação” (CPC, art. 269, V), o réu não precisaria ser ouvido, por não haver a partir daí mais interesse no prosseguimento do processo, que já foi encerrado com uma sentença de mérito.

Mais uma vez aqui é necessário verificar se a demanda do réu contém matérias que extrapolam os limites do simples pedido do autor. Pense-se que o autor cobra em sua demanda prestação contratual, e o réu alega que a cláusula em que se baseia a cobrança é abusiva. A renúncia do direito sobre o qual se funda a ação (direito de crédito) não satisfaz integralmente o réu, persistindo o direito no prosseguimento de sua demanda, apenas com o objetivo de o juiz reconhecer se a cláusula é nula ou não.<sup>293</sup> Para que o processo fosse definitivamente encerrado, o autor haveria que, concomitantemente, “reconhecer juridicamente o pedido” formulado pelo réu em sua resposta. Somente aí haveria ensejo para a extinção total do processo, com duplo fundamento: incisos II e V do art. 269 do CPC.

### 10.13 Antecipação de tutela em favor do réu

Partindo-se do pressuposto de que a resposta de mérito do réu constitui pedido de tutela jurisdicional, parece perfeitamente possível que haja *antecipação* desses efeitos, nos casos legais (CPC, art. 273, I, II e § 6º, CPC).

Essa possibilidade é bem aceita quando se trata das hipóteses de reconvenção, pedido contraposto, “ação dúplice” ou embargos à execução,<sup>294</sup> situações em que a doutrina e a jurisprudência não titubeiam em considerar que o réu assume condição de autor, pois contra-ataca. Nossa proposta é considerar que, mesmo fora desses casos, a providência antecipatória pode ser deferida ao réu, desde que preenchidos os requisitos legais.<sup>295</sup>

Naturalmente terá ele uma dificuldade maior de comprovar em especial a urgência (CPC, art. 273, I), haja vista que não foi ele o responsável por instaurar o processo. Mas desde que esse, e os demais requisitos, estejam preenchidos, não

<sup>293</sup> A conclusão similar chegou ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 43).

<sup>294</sup> Todos esses casos são admitidos de modo quase unânime pela doutrina (v. g., ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação da tutela*, p. 62, SÉRGIO SAHIONE FADEL, *Antecipação da tutela no processo civil*, p. 25, JOÃO BATISTA LOPES, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, p. 54-57, TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Antecipação da tutela*, p. 115, CARREIRA ALVIM, *Tutela antecipada*, p. 184-186, LUIZ GUILHERME MARINONI, *A antecipação da tutela*, p. 172-174, SCARPINELLA BUENO, *Tutela antecipada*, p. 42-43).

<sup>295</sup> ESTEVÃO MALLET (*Antecipação da tutela no processo trabalhista*, p. 72 ss) destacou justamente essa possibilidade de maneira pioneira.

há obstáculo *prima facie*, à antecipação de tutela em favor do réu, por uma simples razão de isonomia.

MONIZ DE ARAGÃO deu particular ênfase a esse aspecto, quando examinou a figura da antecipação de tutela logo após o advento da lei que a instituiu, asseverando que a

antecipação de tutela foi concebida unilateralmente, criada para atender quem inicia o processo e não para resguardar quem é chamado a nele defender-se. Sob esse ângulo, padece de inconstitucionalidade, pois em face do princípio da isonomia os litigantes devem ser tratados com igualdade. Se é certo que [...] os autores podem estar mais necessitados de tal proteção, é evidente que haverá casos em que o réu é que precisa de amparo. Para afastar a mácula, capaz de pôr a perder a inovação, espera-se que os juízes, em interpretação construtiva da lei, estendam-na também ao réu, quando e se for o caso.<sup>296</sup>

Também não há obstáculo algum no fato de que a resposta do réu (que não se enquadra como contra-ataque típico) formula pedido de cunho declaratório. A doutrina reconhece que essa modalidade de pedido não é infensa à antecipação de tutela.<sup>297</sup>

LUIZ RODRIGUES WAMBIER<sup>298</sup> prospectou interessante aplicação da antecipação de tutela em favor do réu, ao analisar os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004, que estabelece procedimentos para concessão e manutenção de liminar em favor do tomador de crédito imobiliário, para suspender a exigibilidade do crédito. Um desses requisitos é, justamente, o depósito do “valor incontroverso” pelo autor. Nesse passo, aplicar-se-ia o art. 273, § 6º, do CPC *em favor do réu*. Semelhante

<sup>296</sup> Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, *Reforma do Código de Processo Civil*, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Coord.), p. 237.

<sup>297</sup> A doutrina acata, com razoável tranquilidade, que alguns efeitos da tutela declaratória sejam objeto de antecipação de tutela, como, por exemplo, “a suspensão de penalidade objeto de discussão em ação declaratória e a exclusão do nome do autor do cadastro de devedores” (JOÃO BATISTA LOPES, *Ação declaratória*, p. 110). FRANCISCO ANTÔNIO DE BARROS SILVA NETO, em monografia específica sobre o tema (*A antecipação da tutela nos processos declaratórios*), apoiou-se em doutrina estrangeira para estruturar as possibilidades de tutela de urgência em demanda meramente declaratória em quatro categorias: “a) a antecipação dos efeitos produzidos por demandas acessórias ou vinculadas àquela de mero acerto; b) a inibição de atos ou comportamentos que seriam ilegítimos caso acolhida a demanda declaratória; c) o disciplinamento provisório do direito subjetivo controverso, em função conservativa da situação de fato ou antecipatória da regulamentação final e d) a antecipação do efeito declarativo próprio do pronunciamento de mérito” (*idem*, p. 159-160). Na jurisprudência do STJ, esse entendimento também encontra eco: “Hipótese em que o Superior Tribunal de Justiça deu provimento a recurso especial anteriormente interposto contra acórdão que confirmara a atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento, firmando o entendimento de ser possível a concessão de tutela antecipada em ação declaratória e de ter sido a medida corretamente deferida, tendo em vista a presença dos requisitos previstos no art. 273 do CPC” (REsp 915.938/MG, 5ª T., Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 29-5-2008). No mesmo sentido: REsp 473.072/MG, 5ª T., Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 17-6-2003.

<sup>298</sup> Considerações sobre a parte incontroversa da demanda na ação movida pelo devedor: os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004. *Revista de Processo*, nº 143, p. 29-31.

solução, a despeito de disposição legal, caberia relativamente à demanda que visa rever créditos bancários em geral, com pedido de liminar para exclusão do nome do autor de órgãos de proteção ao crédito.<sup>299</sup>

Em suma, não temos pretensão nenhuma de esgotar esse tema nem a rica casuística que poderia ser examinada.<sup>300</sup> Apenas é de absoluto rigor assentar que ao réu poderá perfeitamente ser antecipada tutela sempre que figurar na condição de demandante, na acepção ampla que aqui procuramos delinear.

<sup>299</sup> A embasar o raciocínio sobre a necessidade de depósito da parcela incontroversa, LUIZ WAMBIER cita incontáveis julgados do STJ (idem, p. 30-32).

<sup>300</sup> Colhemos da jurisprudência um acórdão interessantíssimo, assim ementado: “[a]gravo de instrumento. Ação civil pública. Indeferimento de antecipação de tutela. Pretensão de passagem pela fazenda vizinha para dar continuidade às obras de reparação do dano ambiental. Antecipação da tutela pretendida pelo corréu, que confessou a ação. Agravante que não resistiu à pretensão e quer cumprir sua obrigação. Recurso conhecido. Agravo provido. Concessão da tutela antecipada” (TJSP, 3ª Câm. de Direito Público, AI 280.863-5/0-00, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. 19-11-2002, v. u., BAASP 2.340, 10-16-11-2003). Do voto extrai-se o seguinte: “Pela narrativa verifica-se a ocorrência de uma hipótese absolutamente inusual, na qual o corréu da ação civil pública vem a requerer a antecipação da tutela para que possa dar cumprimento à sua obrigação com a qual acorda. Como a tutela antecipada foi indeferida, interpôs o presente agravo de instrumento. O indeferimento da tutela antecipada requerida pelo réu foi corretamente indeferida por ser evidentemente parte ilegítima para requerer a providência. Isso porque a antecipação de tutela é um instituto processual que visa antecipar os efeitos do provimento jurisdicional definitivo. Bem por isso só tem legitimidade para requerê-la quem deduziu a pretensão, mas jamais quem deve suportá-la, salvo as hipóteses excepcionais das ações dúplices ou de reconvenção. Como não versa a ação sobre ações possessórias e não é o caso de oferta de reconvenção, somente o autor da ação civil pública é que poderia fazer o pedido, sendo o agravante parte ilegítima, como bem asseverou o juízo monocrático. Todavia, não se pode olvidar para além dessa decisão única, que a situação foi criada por uma circunstância que a todos passou despercebida, qual seja a possibilidade de falta de interesse de agir em relação ao agravante. Com efeito, como se verifica da leitura dos autos, o agravante em momento algum resistiu à pretensão do Ministério Público e à sua obrigação de reparar o dano ambiental. Em verdade, assim que instado pelo Ministério Público, firmou pacto de ajustamento, comprometendo-se a reparar o dano ambiental, apresentou o cronograma de obras e a elas deu início, sendo obstado, todavia, em sua conclusão pelo corréu proprietário da Fazenda na qual o dano ambiental se concretizou. O agravante não resistiu e não resiste à pretensão do Ministério Público, antes, ao contrário, deseja cumprir sua obrigação, tendo inclusive, como réu, requerido a antecipação da tutela. A resistência à pretensão de reparação do dano ambiental é tão somente do corréu proprietário do imóvel onde ele se efetivou. Essa questão, todavia, há de ser examinada pelo juiz *a quo* no momento do julgamento conforme o estado do processo. Considerando-se todas essas circunstâncias, dá-se provimento ao agravo, concedendo a tutela antecipada para que não se perpetue o dano ambiental que o agravante-réu na ação civil pública quer reparar.”

## Limitações Objetivas e Subjetivas à Resposta do Réu

### 11.1 Repensando os limites impostos à resposta do réu

Depois de termos delimitado os poderes do juiz no caso de *omissão* do réu em responder à demanda inicial (Capítulo 8), estudado os meios típicos de contra-ataque do réu em face do autor (Capítulo 9) e concluído que a resposta de mérito do réu deve ser interpretada, sempre, como demanda na acepção estrita do termo (Capítulo 10), convém agora rever criticamente os limites objetivos e subjetivos a ela impostos.

O norte da exposição respousará, ainda e sempre, nos princípios constitucionais da isonomia e do contraditório, que implicam a necessidade de reduzir as diferenças entre as posições jurídicas de autor e réu ao mínimo inerente à ordem em que ambos atuam na relação jurídica processual.

### 11.2 Limites objetivos à resposta de mérito

#### 11.2.1 Conexidade com a demanda inicial

Pensando-se a resposta do réu em limites amplos, parece-nos haver dois limites objetivos bem claros a ela: um geral e outro excepcional.

Tratemos do primeiro, aqui, o qual é aplicável à generalidade dos casos, que é a *conexidade* entre a demanda do autor e a resposta do réu.<sup>1</sup> Quanto à recon-

<sup>1</sup> Esse aspecto é lembrado, mas não aprofundado, por CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 286).

venção, essa exigência é expressa (CPC, art. 315),<sup>2</sup> mas a mesma lógica se aplica à resposta de mérito de modo geral.

Não se tem aqui, contudo, uma regra que viole a paridade de armas, tornando a resposta do réu *inferior* à demanda do autor, visto que também essa última deve observar a regra da conexidade para a *cumulação objetiva inicial*<sup>3</sup> (ou cumulação de pedidos – CPC, art. 292, § 1º, I).<sup>4</sup> Vale dizer: o autor não poderá cumular pedidos que não tenham qualquer conexidade (ou ao menos afinidade) entre si, da mesma forma que o réu não pode apresentar resposta que não seja conexa à demanda do autor.<sup>5</sup>

Essas considerações, embora necessárias, beiram o óbvio e nada informam sobre a extensão desse limite objetivo, cumprindo-nos dar um passo adiante para definir exatamente qual o alcance dessa exigida conexidade.

Parece-nos adequada visão mais ampla, que extraia dos vários dispositivos que regem o fenômeno da conexidade (e, conseqüentemente, da cumulação de demandas em geral) solução compatível com os dois principais vetores que a ins-

<sup>2</sup> “Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.”

<sup>3</sup> Sem atentar para esse aspecto, MANDRIOLI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 84 ss) enfatiza que a grande diferença entre a posição do autor e do réu é a de que esse último ingressa no processo com os limites do seu objeto previamente traçados.

<sup>4</sup> De fato, o STJ reconhece que o art. 292, § 1º, I, do CPC, ao exigir que os pedidos a serem cumulados na petição inicial sejam “compatíveis”, indica a necessidade de conexão (REsp 616.690/DF, 1ª T., Rel. Ministro José Delgado, j. 5-8-2004; REsp 243.674/PE, 2ª T., Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 28-10-2003; e CC 31.242/SP, 1ª S., Rel. Ministro Paulo Medina, j. 13-11-2002). Saía aos olhos que a *conexidade* seja o fio condutor comum entre diversos dispositivos do CPC (como os arts. 46, I a III, 103, 292, § 1º, I, e 315). Afinal, é da jurisprudência do STJ o reconhecimento de que o art. 103 do CPC “deixou de contemplar outras formas de conexão” (REsp 309668/SP, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21-6-2001). Em sentido similar, REsp 594.748/RS, 1ª T., Rel. Ministro Teori Zavascki, j. 17-8-2006. Nesse passo, o fenômeno projeta-se de formas distintas no campo da reconvenção, pluralidade de partes e cumulação de pedidos, conforme entendem, na doutrina italiana, VINCENZO DE PETRIS (*Connessione* (dir. proc. civ.), *Enciclopedia del diritto*, v. 9, p. 10-23) e, entre nós, DINAMARCO (*Litisconsórcio*, p. 87-88, e *Instituições...*, cit., v. 2, p. 161 ss), CRUZ E TUCCI (*A causa petendi...*, cit., p. 215-219), OLAVO DE OLIVEIRA NETO (*Conexão por prejudicialidade*, p. 66-67) e BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA (*Conexidade e efetividade processual*, p. 75-77). Neste momento da exposição não nos interessa em particular a cumulação subjetiva de demandas, ainda que se reconheça que, como regra, ela implica igualmente uma cumulação objetiva (como aponta DINAMARCO, *Litisconsórcio*, p. 42). O tema será analisado no item 11.3, *infra*.

<sup>5</sup> Concordamos plenamente com BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA (*Conexidade e efetividade processual*, p. 341-342), quando afirma que o art. 315 do CPC não relaciona duas hipóteses diferentes de cabimento para a reconvenção, mas apenas uma, já que a defesa sempre haverá de ter conexidade com a demanda inicial, de tal modo que a reconvenção “conexa [...] com o fundamento da defesa” o será também quanto à demanda inicial.

piram: a economia processual e a harmonização de julgados,<sup>6-7</sup> os quais não de ser examinados à luz do direito material controvertido.<sup>8</sup>

Rigorosamente, não há como o direito positivo estabelecer com exatidão um critério único a ser aplicado a todo e qualquer caso,<sup>9</sup> havendo aí razoável amplitude dos poderes do juiz.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> A propósito da necessidade de harmonização de julgamentos, há enfáticos julgados do STJ: “[o] malefício das decisões contraditórias sobre a mesma relação de direitos consubstancia a espinha dorsal da construção doutrinária inspiradora do princípio do *simultaneus processus* a que se reduz a criação do *forum connexitatis materialis*. O acatamento e o respeito às decisões da Justiça constituem o alicerce do Poder Judiciário que se desprestigiaria na medida em que dois ou mais Juízes preferissem decisões conflitantes sobre a mesma relação jurídica ou sobre o mesmo objeto da prestação jurisdicional. A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas, preexistam um liame que as torne passíveis de decisões unificadas” (CC 22.123/MG, 1ª S., Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, j. 14-4-1999).

<sup>7</sup> A ideia de que a cumulação de demandas (de modo geral) se presta à economia processual e à harmonização de julgados é universal. Apenas para ilustrar, na doutrina espanhola, confira-se DE LA OLIVA SANTOS e Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*Derecho procesal civil*, p. 191) e GUASP e ARAGONESES (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 289). Na doutrina portuguesa, v. g., JOSÉ LEBRE DE FREITAS (*Introdução ao processo civil*, p. 177-178). Entre nós, DINAMARCO (*Litisconsórcio*, p. 61) destaca essas utilidades do litisconsórcio, SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 437) faz o mesmo expressamente também quando se trata de intervenção de terceiros e finalmente, BONDIOLO, para realçar a importância da reconvenção (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 185).

<sup>8</sup> Apontando a necessidade de extrair do direito material controvertido os elementos para verificação da conexidade, e. g., TOMÁS PARÁ FILHO (*Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*, p. 153), OLAVO DE OLIVEIRA NETO (*Conexão por prejudicialidade*, p. 64-65) e BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA (*Conexidade e efetividade processual*, p. 86-87).

<sup>9</sup> Justamente a propósito disso é que BARBOSA MOREIRA critica, aliás, a solução dada por nosso Código em vigor de “definir” o que é conexão (art. 103) e testemunha que os principais ordenamentos estrangeiros usados para comparação jurídica deixaram de adotar esse expediente (*A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, p. 102). Adiante, o jurista conclui que: “[d]e tudo que ficou dito ressalta a inconveniência de amarrar a figura da conexão de causas a um leito de Procusto, assinando-lhe dimensões rigorosas e inalteráveis. Qualquer tentativa de conceptualização rígida será pouco idônea, em nossa opinião, para levar a solução satisfatória o problema da admissibilidade da reconvenção, ao ângulo do requisito a que chamamos substancial” (idem, p. 163).

<sup>10</sup> Esse é o veredicto de BARBOSA MOREIRA (*A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, p. 162 ss), embora reconheça não haver “arbitrio”: “[t]al problema só pode ser bem resolvido na perspectiva da valoração dos interesses em jogo. A ela procederá, diante da espécie, o órgão judicial, não de maneira arbitrária, mas à luz dos critérios que procuramos delinear, com a maior clareza possível”. BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA (*Conexidade e efetividade processual*, p. 258) seguiu uma linha mais precisa e objetiva tomando em conta fenômeno mais amplo: “[o] saldo das considerações tecidas nos leva, até aqui, ao seguinte panorama: a reunião de demandas conexas é um dever *prima facie* do juiz, que há de ser cumprido, se possível em grau máximo, por meio do *simultaneus processus*. Aplicação dessa técnica, contudo, deverá ceder quando outros valores se revelarem contextualmente mais importantes que a justiça formal. Temos duas hipóteses em que isso ocorre muito visivelmente: I – o número excessivo de situações substanciais conexas, que veda sejam todas reunidas em um mesmo processo e, quando menos, em um mesmo juízo por força do princípio constitucional da razoável duração (CRFB, art. 5º, LXXVIII); II – a especialização do aparelho judiciário, desenhada pelas normas rígidas de competência, que impedem ostensivamente o fenômeno da modificação da competência (CPC, art. 102), hipótese em que restará apenas o socorro à suspensão de um dos processos, nos termos anteriormente sugeridos”. Parece claro que, quanto ao primeiro aspecto, há bastante liberdade de valoração do juiz, sem que haja uma *faculdade* propriamente dita, como erroneamente decide-se em diversos tribunais (como no seguinte julgado do STJ: “a reunião dos processos é uma *faculdade* do magistrado e não uma obrigação (art. 105 do CPC), competindo ao mesmo dirigir ordenadamente o feito, verificando a *oportunidade e conveniência* do processamento e julgamento em conjunto das ações” (REsp 305.835/RJ, 5ª T., Rel. Ministro Jorge Scartezini, j. 3-10-2002 – destaques nossos).

No fim das contas, os problemas envolvidos na análise da conexidade da demanda do réu em relação à demanda do autor não discrepam das dificuldades que atormentam aqueles que se ocuparam da conexidade em geral e da conexidade entre demanda inicial e reconvenção em particular,<sup>11</sup> não cabendo aqui, por fidelidade aos objetivos traçados, uma investigação mais profunda a respeito.

De qualquer modo, o reconhecimento da ausência da conexidade não deve ensejar a rejeição da resposta do réu sem enfrentamento do seu mérito (solução muitas vezes empregada para a reconvenção),<sup>12</sup> tampouco sua pura e simples desconsideração (porquanto considerada impertinente ou irrelevante).

A resposta de mérito do réu, porquanto portadora de demanda, representa importante ato integrante do exercício dos direitos constitucionais de ação e de defesa, de tal modo que a solução a ser dada pelo magistrado que reconhece a ausência (total ou parcial) de conexão dela com a demanda inicial é similar àquela em que se rejeita a distribuição por dependência de demanda autônoma (CPC, art. 253).

Ou seja, a resposta do réu pode muito bem ser *desmembrada* (tendo sido formulada com feições típicas de reconvenção<sup>13</sup> ou não), mantendo-se no processo a demanda do réu conexa à demanda inicial e distribuindo-se (livremente) a demanda desprovida desse atributo.

<sup>11</sup> Para tanto, BARBOSA MOREIRA (*A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, p. 164) designa as seguintes “hipóteses sensíveis” para reconhecimento de conexidade entre demanda inicial e reconvenção: “a) as de identidade (total ou parcial) do objeto ou da causa de pedir na ação originária e na reconvenção; b) as de comunhão ou entrelaçamento de questões relevantes, com aproveitamento da atividade instrutória, indispensável ao respectivo deslinde, para a formação do convencimento judicial em ambas as causas; c) as de inter-relação lógica entre os julgamentos, com perigo de contradição nesse plano, se decididas separadamente as lide”. CRUZ E TUCCI (*Da reconvenção*, p. 76-77), também examinando a questão sob o ângulo da reconvenção, anota a tendência de que o art. 315 do CPC seja lido de modo mais aberto que o art. 103 do CPC, permitindo a reconvenção mesmo quando não houver entre ela e a demanda inicial comunhão de objeto ou causa de pedir (contra, AMARAL SANTOS, *Da reconvenção...*, cit., p. 195-196, que identificava a conexidade para a demanda reconvenção da conexidade para reunião de demandas autônomas).

<sup>12</sup> Com efeito, prevalece a posição (errada) de que a ausência de conexão representa “falta de interesse de agir” do reconvinte. Assim se manifestou HUMBERTO THEODORO JR. (*Curso...*, cit., v. 1, p. 455) e recente jurisprudência (em acórdão particularmente mal redigido e fundamentado): “[o] reconhecimento da ausência de conexão, entre o pedido reconvenção e a ação principal, equivale ao reconhecimento da ausência de interesse de agir, logo, ausência de uma das condições da ação, o que implica indeferimento da inicial” (TJSP, 22ª Câm. Dir. Priv., ED em AI 1082154-0/3, Rel. Des. Vanderci Alvares, j. 14-8-2007).

<sup>13</sup> O desmembramento da demanda reconvenção que não pode ser processada em conjunto com a demanda inicial, para que corra autonomamente, era solução prestigiada nas Ordenações do Reino Português (Ord. Af. 3.29.1; Ord. Man. 3.24; Ord. Fil. 3.32.1), e tinha embasamento também em norma geral contida no art. 116 do CPC de 1939, assim redigido: “Antes de proferida a sentença, o juiz poderá ordenar, *ex officio*, ou a requerimento, a cumulação de ações conexas, *bem como, antes de finda a instrução, o desmembramento de ações cumuladas*” (destacamos). Hodiernamente, a solução é acolhida (quanto à reconvenção) pela legislação processual italiana (arts. 103.2 e 104.2, CPC, cf. BARBI-TARZIA, *Riconvenzione*, cit., p. 680). Apesar de não haver dispositivo similar em nosso atual Código, não haveria razões para negar sua aplicação. BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 102) sugere exatamente isso também quanto à reconvenção. Estava com a razão PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 299), ao dizer, ainda na vigência do CPC de 1939, que “[p]or diversos caminhos se vai a Roma”.

Essa técnica não é usualmente aceita,<sup>14</sup> exceto quando se trata de desmembramento da demanda movida em litisconsórcio multitudinário (CPC, art. 46, parágrafo único).<sup>15</sup> A forma para essa operação é o que menos importa, sendo fácil a operacionalização da solução aqui proposta.<sup>16</sup>

### 11.2.2 Limitações horizontais à cognição

O segundo limite objetivo à demanda do réu é aplicável apenas a determinados casos taxativamente previstos em lei e se refere à *limitação horizontal da cognição judicial*, ou seja, o direito positivo predetermina as matérias passíveis de serem invocadas na resposta de mérito à demanda inicial.

Exemplos da aplicação dessa técnica não faltam: (a) na “ação consignatória” (CPC, art. 896, e Lei 8.245/1991, art. 67, V);<sup>17</sup> (b) na “ação renovatória da

<sup>14</sup> Os tribunais, contudo, não prestigiam essa solução. E a prova disso é que nem mesmo é aventado o desmembramento de pedidos incompatíveis entre si, para que um continue no processo já instaurado, e outro dê ensejo à instauração de um segundo processo automaticamente e sem necessidade de repropósito da demanda (quando isso for possível). Quando se deparam com pedidos cumulados na demanda inicial incompatíveis entre si, os tribunais ou aplicam à risca o art. 295, parágrafo único, IV, do CPC (decretando a inépcia da inicial), ou excluem um deles para autorizar o prosseguimento do feito com o outro. Essa segunda solução vem sendo acolhida no STJ: “[a]o verificar a existência de pedidos incompatíveis, é lícito ao juiz excluir um deles e determinar o prosseguimento da demanda em relação ao outro” (REsp 904.810/PR, 3ª T., Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 15-2-2007). “Processual civil. Recurso especial. Extinção do processo. Pedidos incompatíveis. Aplicação da regra *‘utile per inutile non vitiatur’*. Economia processual. Possibilidade de exame de um dos pedidos” (REsp 167.899/SP, 5ª T., Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 6-8-1998). Em outro julgado, ficou decidido que a escolha cabe ao autor (REsp 204.611/MG, 4ª T., Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 16-5-2002). Não se pode negar a possibilidade de os pedidos serem desmembrados, para que cada qual dê origem a um processo distinto, desde que preenchidos os requisitos para tanto. O espírito é aproveitar ao máximo as atividades realizadas. O STJ também tem se sensibilizado para isso, como se infere do seguinte julgado: “A extinção prematura do processo de conhecimento sem o julgamento do mérito não obstará o ajuizamento de nova ação, porque a lide não foi solucionada (CPC, art. 268). Essa solução demandará maior dispêndio de tempo, dinheiro e atividade jurisdicional, e vai de encontro aos princípios que informam a economia e a instrumentalidade do processo civil, cada vez menos preocupado com a forma e mais voltado para resultados substanciais” (REsp 837449/MG, 1ª T., Rel. Ministra Denise Arruda, j. 8-8-2006).

<sup>15</sup> Nessa hipótese, tanto a doutrina (v. g., BEDAQUE, *Código...*, cit., p. 120, e SCARPINELLA BUENO, *Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 455) como a jurisprudência têm considerado possível destrinchar a demanda inicial, com a criação de mais de um processo autônomo, cada qual com um grupo limitado e razoável de litisconsortes facultativos. Digno de nota ainda o reiterado entendimento de que os processos resultantes do desmembramento deverão tramitar todos perante o mesmo juízo, por exegese do art. 253, II, do CPC (assim, e. g., TRF 3ª R., CC 95030711193, Rel. Juiz Manoel Alvares, j. 2-12-1997, e TJSP, CC 162.036-7, Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. 1ª-9-2008). No mais, não é usualmente aceita a ideia de que demandas cumuladas possam ser repartidas para tramitação em processos autônomos.

<sup>16</sup> Não há nenhum problema que a serventia judicial extraia cópias das peças e as encaminhe para a distribuição, acompanhadas de cópia da decisão determinando o desmembramento. Trata-se de operação que se baseia em cópias de peças dos autos. Mais simples que isso, impossível. Talvez a relutância em aceitar esse tipo de operação seja resquício de épocas anteriores à criação da fotocopiadora, em que se exigiam penosas transcrições manuscritas. Os tempos são outros. Basta um mínimo de boa vontade.

<sup>17</sup> Nesses dois procedimentos especiais existem as mesmas limitações de matérias a serem alegadas pelo réu em contestação. São elas: ausência de recusa ou mora do credor; justeza da recusa havida, o depósito não se efetivou do modo e no tempo previstos e o depósito não é integral. OVIDIO BAPTISTA DA SILVA (*Procedimentos espe-*



locação” (Lei 8.245/1991, art. 72);<sup>18</sup> (c) na “ação de busca e apreensão” de bem objeto de alienação fiduciária (art. 3º, § 2º, do Decreto-lei 911/1969);<sup>19</sup> (d) na “ação de desapropriação” (art. 20 do Decreto-lei 3.365/1941);<sup>20</sup> (e) na “ação de conversão de separação em divórcio” (art. 36 da Lei 6.515/1977);<sup>21</sup> (f) nos embargos à execução contra a Fazenda Pública (CPC, art. 741) etc.

Essa limitação, muitas vezes, é feita de forma a *proibir* a reconvenção, como na conversão da separação em divórcio (art. 36 da Lei 6.515/1977)<sup>22</sup> e nos embargos à execução fiscal (art. 16, § 3º, da Lei 6.830/1980).<sup>23</sup> Isso significa que a resposta do réu deverá ser limitada apenas ao pedido de rejeição do pedido do autor (o que, conforme acima examinado, não impede que seja caracterizada como demanda).

É também comum que a reconvenção seja *limitada horizontalmente*, como ocorre exatamente no pedido contraposto (cabível, como vimos no item 9.2, *supra*, no rito sumário e no Juizado Especial Cível Estadual) e na ação de indenização por dano moral decorrente da lei de imprensa (art. 49 da Lei 5.250/1967), em que se limita a reconvenção “de igual ação” (art. 57, § 5º).

Essa técnica de limitação à cognição também não atenta quanto às garantias constitucionais da isonomia e do contraditório. Mesmo porque não gera efeitos apenas ao réu, mas também ao autor. Nos procedimentos especiais acima indica-

dos, também o autor está adstrito a formular pedido e causa de pedir de acordo com balizas prévia e expressamente fixadas.<sup>24</sup>

Em todos esses casos há da mesma forma uma *limitação horizontal* da cognição, que será *parcial e exauriente*, para usar a expressão de WATANABE.<sup>25</sup> Tem-se aí uma das técnicas empregadas para a outorga de *tutela jurisdicional diferenciada*, a qual consiste, segundo DINAMARCO,<sup>26</sup> em “excluir o conhecimento de pretensões que virtualmente poderiam ser suscitadas (cognição incompleta, plano cognitivo horizontal)”.<sup>27</sup> O objetivo, aqui, é sempre o da celeridade processual,<sup>28</sup> mediante a “adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”.<sup>29</sup>

Não há, assim, propriamente inferiorização da posição do réu, sendo legítima a limitação das matérias passíveis de serem articuladas na sua resposta de mérito. Tem-se aí um segundo e excepcional limite objetivo à demanda do réu.

ciais, p. 38) anota que “[o] entendimento de que a ação de consignação em pagamento deva ser uma demanda sumária, cujo campo litigioso seja menor do que a inteira extensão das questões controvertidas, capazes de aflorar em contestação, é uma concepção tradicional do direito brasileiro”. Malgrado a amplitude da segunda matéria aludida pelos dispositivos citados (justeza da recusa do credor), ainda assim considera-se que haja, nesse procedimento especial, a limitação horizontal à cognição judicial. Ovídio BAPTISTA DA SILVA (*Procedimentos especiais*, p. 38-47) faz longa e profunda incursão por esse tema, quanto à análise dessa hipótese que, de fato, é a que suscita as maiores dúvidas e reflexões. Por estranho aos escopos deste estudo, não há por que seguir adiante.

<sup>18</sup> “Art. 72. A contestação do locador, além da defesa de direito que possa caber, ficará adstrita, quanto à matéria de fato, ao seguinte: I – não preencher o autor os requisitos estabelecidos nesta lei; II – não atender, a proposta do locatário, o valor locativo real do imóvel na época da renovação, excluída a valorização trazida por aquele ao ponto ou lugar; III – ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores; IV – não estar obrigado a renovar a locação (incisos I e II do art. 52).”

<sup>19</sup> “§ 2º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.”

<sup>20</sup> “Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.”

<sup>21</sup> “Art. 36. [...] Parágrafo único. A contestação só pode fundar-se em: I – falta do decurso de 1 (um) ano da separação judicial; II – descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.”

<sup>22</sup> “Art. 36. Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção.”

<sup>23</sup> “§ 3º Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão arguidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.”

<sup>24</sup> Veja-se, por exemplo, que o mandado de segurança, que exige que os fatos da causa sejam provados por prova documental pré-constituída, a “ação monitória” exige “prova escrita sem eficácia de título executivo” (CPC, art. 1.102-A) e a “ação consignatória” deve se fundar nas hipóteses previstas no direito material (CC, art. 335. “A consignação tem lugar: I – se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma; II – se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos; III – se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil; IV – se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento; V – se pender litígio sobre o objeto do pagamento.”

<sup>25</sup> *Da cognição...*, cit., p. 116.

<sup>26</sup> *Instituições...*, cit., v. 3, p. 735.

<sup>27</sup> FLÁVIO YARSHIEL (*Tutela jurisdicional*, p. 126) explica esse fenômeno da seguinte forma: “[n]as hipóteses em que o legislador dita taxativamente as matérias articuláveis na defesa ele o faz com o objetivo de limitar a cognição – em extensão ou horizontalmente – levando em conta a natureza da relação material controvertida, com o fito de propiciar formas de tutela mais céleres. Obviamente, os fundamentos porventura existentes e que estão excluídos do objeto do conhecimento do juiz ficam reservados para as ‘vias ordinárias’, isto é, devem ser admitidos como base para ‘ação autônoma’”. Em sentido similar, MARINONI (*Curso...*, v. 1, p. 312-313). Sem observar esse aspecto, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 263) afirma que “para que a garantia constitucional da ampla defesa, ao contrário daquela de demanda, não existam, na sistemática do procedimento, quaisquer limitações”.

<sup>28</sup> Não se quer dizer com isso que os processos que não versam matérias eleitas pelo legislador como carentes de *tutela jurisdicional diferenciada* não exijam também meios céleres e ágeis. O que preconiza a doutrina, nesse mister, é que determinadas situações jurídicas exigem *mais* celeridade que outras. Exemplifica DINAMARCO que o mandado de segurança, o processo monitório, o processo dos Juizados Especiais Cíveis, as demandas envolvendo improbidade administrativa são todos meios de *tutela diferenciada* (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 735-740).

<sup>29</sup> KASUO WATANABE, *Da cognição...*, cit., p. 36.

### 11.3 Limites subjetivos à resposta de mérito: revisão crítica das possibilidades de ampliação subjetiva do processo por ato do réu

Importa também esclarecer os limites à resposta do réu no tocante à ampliação subjetiva do processo. O que nos move aqui é verificar a possibilidade de o réu demandar alguém *além* do autor ou de fazê-lo *litisconsorciado* com terceiro.<sup>30</sup>

Textualmente, o CPC vigente autoriza que o réu interfira na composição subjetiva do processo em cinco situações: (a) apontando a existência de litisconsorte necessário não citado (cuja inclusão o juiz pode determinar até mesmo de ofício – CPC, art. 47, parágrafo único); (b) pedindo ao juiz o desmembramento do litisconsórcio multitudinário (o que também pode ser feito *ex officio* – CPC, art. 46, parágrafo único); (c) promovendo o chamamento ao processo (CPC, art. 77), mediante o qual o réu provoca o alargamento do polo passivo da demanda já movida pelo autor; (d) realizando a nomeação à autoria, de tal modo que o réu original, que é parte ilegítima, indique a parte legitimada para substituí-la (CPC, art. 62 ss); e (e) denunciando terceiro à lide (CPC, art. 70), de tal maneira a coativamente integrá-lo ao processo, para assumir simultaneamente a qualidade de litisconsorte passivo à demanda principal (CPC, art. 75, I) e réu da demanda regressiva.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> No direito espanhol, essa possibilidade é contemplada pelo art. 407.1 da LEC, tanto no caso de litisconsórcio necessário quanto voluntário (facultativo). No mesmo sentido, o CPC português preceitua em seu art. 274.2 o seguinte: “Se o pedido reconvenicional envolver outros sujeitos que, de acordo com os critérios gerais aplicáveis à pluralidade de partes, possam associar-se ao reconvinte ou ao reconvindo, pode o réu suscitar a respectiva intervenção principal provocada, nos termos do disposto no artigo 326.” Todavia, o art. 274.5 dá poderes ao juiz de limitar o litisconsórcio facultativo: “No caso previsto no número anterior e não se tratando de litisconsórcio necessário, se o tribunal entender que, não obstante a verificação dos requisitos da reconvenção, há inconveniente grave na instrução, discussão e julgamento conjuntos, determinará, em despacho fundamentado, a absolvição da instância quanto ao pedido reconvenicional de quem não seja parte primitiva na causa, aplicando-se o disposto no nº 5 do artigo 31.”

<sup>31</sup> Deixamos de adicionar a esse rol uma sexta hipótese, que é o pedido de exibição de documento em face de terceiro (CPC, arts. 360-362). Ainda que a corrente largamente dominante seja no sentido de que se trata de verdadeira demanda incidental (v. g., PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, cit., t. 4, p. 460-461, AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas...*, cit., v. 2, p. 429, NERY JR.-ROSA NERY, *Código...*, cit., p. 739, MARINONI-MITIDIERO, *Código...*, cit., p. 361), entendemos tratar-se de simples incidente da fase probatória. Primeiro, parece-nos altamente discutível que haja efetiva ampliação subjetiva ou objetiva do processo nesse caso com uma demanda incidental, visto que o terceiro limitar-se-á a apresentar o documento ou coisa, ou negar-se a fazê-lo, sem que isso interfira no objeto litigioso do processo principal. O documento exibido serve de prova, apenas, para julgamento da pretensão inicial. Segundo, a ordem dirigida ao terceiro pode ser expedida *ex officio*, e nesse caso só se poderia aceitar que houvesse demanda se reconhecêssemos aqui exceção ao princípio da inércia da jurisdição, o que parece não se justificar. Terceiro, as providências prescritas pelos arts. 360 a 362 do CPC não discrepam *substancialmente* daquelas adotadas para conduzir testemunha que, conquanto intimada, deixar de comparecer à audiência (CPC, art. 412, *caput*). Apenas as primeiras são mais complexas que as segundas, mas, em ambos os casos, tem-se ordem judicial dirigida à pessoa estranha ao processo para que cumpra seu dever de colaborar com o Poder Judiciário no desempenho da atividade instrutória do juiz (dever, aliás, imposto pelos arts. 339 e 341 do CPC). Nem mesmo o fato de haver a cautelar nominada de “exibição” (CPC, arts. 844-845) refuta nossa conclusão, pois fosse assim haveríamos de classificar o pedido de realização de perícia como demanda incidental, apenas porque também é admissível a sua produção antecipada em medida cautelar (CPC, art. 846 ss). Também não

Nos quatro primeiros casos, os fenômenos não se identificam com o da *demanda do réu*, dado que a integração de litisconsorte necessário, a exclusão de litisconsortes facultativos, o chamamento ao processo<sup>32</sup> ou a nomeação à autoria não encerram pretensão processual do réu em face de quem quer que seja, mas apenas meio de modificar subjetivamente a própria demanda inicial do autor (dela excluindo réus, integrando-a de réus não originalmente incluídos, ou substituindo réu que tenha nela figurado).<sup>33-34</sup>

Diferentemente, no caso da denúncia da lide, enxerga-se, com todos os contornos, uma *demanda*, pela qual o réu veicula pretensão regressiva em face de terceiro,<sup>35</sup> a qual é subsidiária em relação ao pedido de improcedência da demanda inicial.<sup>36</sup>

A questão que se coloca, então, é se a denúncia da lide constituiria a *única* hipótese de o réu demandar terceiro dentro da mesma relação jurídica processual instaurada por demanda do autor. A resposta mais aceita a essa indagação é a *positiva*.

Com efeito, o art. 315 do CPC indica que a reconvenção é instrumento dirigido contra o autor. Nesse passo, a interpretação mais acatada é a de que seria

impressiona que o art. 360 use o termo *citação* já que esse ato não é dirigido apenas ao réu, mas também ao “interessado” (CPC, art. 213), figura suficientemente ampla para abranger o terceiro detentor de documento que interessa à instrução processual. Ou seja, a citação não transforma o terceiro em réu de demanda incidente. Ademais, tanto o termo *citação* (art. 360) quanto o termo *sentença* (art. 361), não raro são mal usados (o art. 999 do CPC fala em *citação* do MP e da Fazenda Pública para o inventário, o art. 719 do CPC menciona “sentença” para nomeação de administrador de usufruto de móvel ou imóvel, o art. 17 da Lei 1.060/50 usa o termo *sentença* quanto à decisão que resolve a impugnação ao benefício da gratuidade de justiça). Por todas essas razões, resolvemos excluir essa hipótese do nosso rol de casos em que o réu provoca ampliação subjetiva do processo.

<sup>32</sup> De qualquer sorte, somos forçados a reconhecer que o chamado ao processo, ao integrá-lo e apresentar resposta de mérito, deduz demanda contra o autor, pois se torna réu tal qual o chamante já o era desde a propositura da demanda inicial.

<sup>33</sup> ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Intervenção de terceiros*, p. 56) traça a já consagrada classificação entre “intervenção de terceiros por ação e por inserção”, figurando no primeiro caso apenas a denúncia da lide e a oposição, e no segundo o chamamento ao processo, a nomeação à autoria e a assistência. Quanto à nomeação à autoria, realmente não existem maiores dúvidas de que não encerra demanda do réu, mas sim visa corrigir a demanda do autor (com sua aquiescência) que fora proposta contra parte ilegítima. Todavia, há profunda e antiga discussão no que toca ao chamamento ao processo. Há autores de nomeada que entendem que se trataria de pretensão do réu contra terceiro para exercer direito de regresso (THEODORO JR., *Curso...*, cit., v. 1, p. 159, e NERY JR.-ROSA NERY, *Código...*, cit., p. 449, entre outros). Entretanto, parece-nos correta a corrente oposta (também perflhada por processualistas de escol, como ARRUDA ALVIM, *Manual...*, cit., v. 2, p. 186, FLÁVIO CHEIM JORGE, *Chamamento ao processo*, p. 36-37, e SCARPINELLA BUENO, *Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 514-515, entre outros), que considera o chamamento ao processo meio de alterar forçosamente a demanda inicial do autor. Afinal, do contrário, o instituto seria de todo inútil, sendo suficiente para viabilizar o direito de regresso do réu a denúncia da lide.

<sup>34</sup> Apenas nesses casos vislumbramos uma *resposta de mérito* que não se reveste do caráter de demanda.

<sup>35</sup> Embora seja plenamente admissível que a denúncia seja manejada por um corréu contra o outro (como entende, na esteira de toda a doutrina e jurisprudência, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Intervenção de terceiros*, p. 103).

<sup>36</sup> Também reconhecendo que a denúncia da lide representa veiculação de *demanda*, v. g., DINAMARCO (*Intervenção de terceiros*, p. 28) e SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 499, embora use o termo *pedido*).

inviável que a reconvenção tivesse em seu polo passivo o autor e um terceiro,<sup>37</sup> havendo minoritárias vozes destoantes.<sup>38</sup>

Da mesma forma, é comum o entendimento de que o terceiro não pode compor litisconsórcio com o réu para a reconvenção,<sup>39-40</sup> havendo também recentes

<sup>37</sup> Na doutrina, vejam-se AMARAL SANTOS (*Da reconvenção...*, p. 151-154) e, enfaticamente, FURNACIARI JR. (*Da reconvenção...*, cit., p. 93): “[a] reconvenção já pressupõe um processo em andamento e, desta forma, a legitimidade para a mesma está previamente definida. Assim, não é dado ao réu da ação (reconvinte), valendo-se da mesma, trazer ao processo outras pessoas para com ele demandar contra o reconvinde; da mesma forma, não pode o reconvinte propor sua ação contra quem não seja autor da demanda já pendente, pois, naquela hipótese, estaria sendo autor da reconvenção (reconvinte), quem não era réu da ação e nesta estaria sendo réu da reconvenção (reconvindo) quem não era autor da ação”. Colhem-se na jurisprudência diversos julgados nesse sentido, como se vê de NEGRÃO, GOUVÊA e BONDIOLI (*Código...*, p. 455, nota ao art. 315): “[n]ão se admite reconvenção dirigida, ao mesmo tempo, contra o autor e contra quem não é parte no processo (RJTJESP 73/338, RT 639/83 e RJTJESP 118/357, maioria). Nem pode o réu ajuizar reconvenção contra quem não é o autor da demanda já pendente (RT 637/87)”. A mesma tese ecoa em diversos tribunais: “Como a reconvenção é uma ação do réu contra o autor, no mesmo processo, não é possível a alteração das partes, através da reconvenção” (TJSC, AI 2005.022457-1, Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 11-11-2005). “A reconvenção deve ser conexa com a ação principal ou com o fundamento de defesa, sendo descabido à parte reconvinte trazer terceiros à relação discutida” (TJRS, Ap. 70019622224, Rel. Des. Guinther Spode, j. 26-6-2007). “A reconvenção só pode ser oposta ao autor” (TJSP, AI 015.798-4/0-00, Rel. Des. José Roberto Lino Machado, j. 2-4-1998).

<sup>38</sup> Para NERY JR.-ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 702), “[p]ode ser ajuizada reconvenção contra o autor da principal e terceiro, toda vez que estes forem litisconsortes necessários-unitários passivos na ação reconvenicional [...]. Mesmo em se tratando de litisconsórcio passivo facultativo simples, é admissível a reconvenção deduzida contra terceiro que se encontrar nessa situação litisconsorcial, já que não há obstáculo legal e esse procedimento é recomendado pelo princípio da economia processual”. BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 105) alinha-se a essa posição: “[r]egistre-se que não existe vedação no ordenamento jurídico para a reconvenção que envolva terceiros em seu polo ativo ou passivo nem para a reconvenção dirigida conjuntamente a autor e a corréu da demanda inicial. Demandas reconvencionais com essas características maximizam o resultado do processo”. Na jurisprudência, NEGRÃO, GOUVÊA e BONDIOLI (*Código...*, p. 455, nota ao art. 315) anotam julgado que admite que a reconvenção seja dirigida contra o autor e terceiro “quando o integrante novo trazido na contra-ação formar, com o autor da demanda inicial, um litisconsórcio necessário ou quando os direitos ou as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito” (RSTJ 105/361).

<sup>39</sup> FURNACIARI JR. (*A reconvenção...*, cit., p. 94) e MARINONI-MITIDIERO (*Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 322), cuja lição importa transcrever: “o alvitre mais restritivo, que inadmita a demanda com terceiro e contra terceiro nos casos figurados, é o mais conforme ao ideal de patrocinar economia processual com a reconvenção, já que evita o potencial e indesejável tumulto processual oriundo do ingresso de terceiro em processo já pendente. Razões ligadas à duração razoável do processo igualmente convergem nesse sentido. Exige-se no mais que as partes figurem com a mesma qualidade jurídica na ação e na reconvenção (art. 315, parágrafo único, CPC). Vale dizer: é necessário que exista identidade subjetiva bilateral entre ação e reconvenção”.

<sup>40</sup> Há acórdãos que não admitem a ampliação subjetiva pela reconvenção nem mesmo na hipótese de litisconsórcio necessário: “[a] cumulação processual derivada da *reconvitio* tem não só de subordinar-se aos pressupostos do artigo 315, como ainda deve poder adaptar-se ao rito procedimental que é imposto para o curso do processo cumulativo. Assim sendo, não caberá reconvenção se esta implicar a formação de litisconsórcio necessário, antes inexistente” (TJSP, AI 151.295-4/7, Rel. Des. Leite Cintra, j. 31-5-2000). “Não se admite reconvenção que, para validade do processo, exigiria litisconsórcio passivo necessário entre o autor reconvindo e terceiro estranho à causa principal” (TJSP, Ap. 092.349-4/5, Rel. Des. Cezar Peluso, j. 22-2-2000). Ainda do mesmo TJSP, AI 351.184-4/9, Rel. Des. Isabela Gama de Magalhães, j. 7-8-2008, e AI 7095924-9, Rel. Des. José Tarcísio Beraldo, j. 6-12-2006). No STJ há um esparso pronunciamento, em que o voto condutor considera possível que a reconvenção seja subjetivamente ampliada, embora não tenha reconhecido no caso *sub examine* o cabimento da técnica por outras razões: “Não tenho nenhuma dúvida que é possível e até recomendável ‘a ampliação subjetiva da relação processual, mediante reconvenção que lhe traga sujeitos antes estranhos a ela’, uma vez que tudo quanto for ‘possível deve ser feito para extrair do processo o máximo proveito útil’ [...]. Todavia,

opiniões minoritárias discordantes.<sup>41</sup> O entendimento majoritário concernente à declaratória incidental é exatamente o mesmo, malgrado não haver nos dispositivos que a regulam norma similar à do art. 315 do CPC.<sup>42</sup>

Parece-nos que *as restrições subjetivas à demanda do réu só se justificam na medida das limitações objetivas referidas nos itens 11.2.1 e 11.2.2, supra, sob pena de manifesta violação ao princípio constitucional da isonomia.*

As resistências à admissão de que o réu possa formular demanda que amplie subjetivamente o processo se deve à minuciosa e ultrapassada tipicidade das modalidades de intervenção de terceiro previstas no CPC pátrio em vigor. Nossa legislação vergou ao peso da tradição<sup>43</sup> e continua prestando vassalagem à herança das Ordenações do Reino Português,<sup>44</sup> a qual permanecera viva também no próprio direito lusitano vigente até 1995<sup>45</sup> (e naquela oportunidade foi abandonada).

essa ampliação subjetiva, em tese, e dependendo das peculiaridades de cada caso, só pode ocorrer ou quando o integrante novo trazido na contra-ação formar, com o autor da demanda inicial, um litisconsórcio necessário, ou quando os direitos ou as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito” (REsp 147944/SP, 4ª T, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 18-12-1997).

<sup>41</sup> Contra, reputando possível que terceiro entre no processo para reconvir em litisconsórcio com o réu, novamente (e coerentemente) NERY JR.-ROSA NERY (*Código...*, cit., p. 702) e BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 109): “[n]o ordenamento jurídico nacional, repise-se, não existe nenhum dispositivo de lei que proíba a inserção de novas pessoas na relação jurídica processual em decorrência da reconvenção”.

<sup>42</sup> Merecem menção os arestos citados por NEGRÃO-GOUVÊA-BONDIOLI (*Código...*, cit., p. 464, nota ao art. 325): “As partes, na declaratória incidental, devem ser as mesmas da ação principal (RT 703/208, JTA 61/70, RJTJERGS 170/350), pois não cabe declaratória incidental contra quem não é parte no feito (RJTJESP 31/173).” Veja-se ainda outro julgado: “[a]ção declaratória incidental. Ação principal. Partes não coincidentes. Extinção sem julgamento do mérito [...] Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito do processo declaratório ajuizado incidentalmente nos autos dos embargos de terceiro, cujo polo subjetivo for mais amplo que o dessa ação principal” (TJMG, Ap. 2.0000.00.427045-1/000(1), Rel. Des. Heloisa Combat, j. 1ª-10-2004).

<sup>43</sup> DINAMARCO (*Litisconsórcio*, p. 31) realça que os meios de intervenção de terceiro previstos resultam de “técnicas e expedientes diversos, herdados de sua expediência multissecular e de mais de uma civilização”.

<sup>44</sup> Não nos cabe, por fidelidade ao objeto da tese, aprofundar aqui o exame das origens históricas das modalidades de intervenção de terceiros. Cabe, apenas, breve nota sobre os dois mais típicos meios. A nomeação à autoria (de origem romana, como ensina BARBI, *Comentários...*, cit., v. 1, t. 2, p. 326) estava prevista nas Ordenações do Reino Português (Ord. Af. 3.41.pr, Ord. Man. 3.31.pr e Ord. Fil. 3.44.pr.) e pouco mudou desde então, passando pelo CPC de 1939 (art. 99), e continuando a ser instrumento cabível para o réu-detentor e o réu-preposto (CPC/1973, arts. 62 e 63) dar o seu lugar no polo passivo do processo à parte legítima. Já a denunciação da lide tem suas mais remotas raízes no direito romano clássico (como explica a minudente obra de ARAÚJO CINTRA, *Chamamento à autoria*, p. 11 ss), tendo sido previsto no direito lusitano reinol para a específica hipótese de evicção (Ord. Af. 4.59.2, Ord. Man. 3.30.2 e Ord. Fil.3.45.2). Vários Códigos estaduais (art. 25 ss CPC/BA, art. 262 ss CPC/MG etc.) e o CPC de 1939 mantiveram essa mesma feição limitada do instituto (o diploma nacional denominava-o de “chamamento à autoria” – art. 95), tendo cabido ao CPC de 1973 rebatizá-lo, ampliando o rol de hipóteses de seu cabimento para além da evicção (art. 70, I a III).

<sup>45</sup> De fato, os sistemas de intervenção de terceiros do CPC brasileiro e do CPC português, até 1995, eram bastante próximos. A “nomeação à ação” (art. 325) correspondia à nossa nomeação à autoria, cabível quando o réu possuísse “em nome alheio” a coisa reclamada pelo autor. O “chamamento à autoria” lusitano (art. 330) correspondia à nossa denunciação da lide, com cabimento limitado à hipótese de evicção. Já o “chamamento à demanda” português (art. 335) era equivalente ao chamamento ao processo do direito pátrio, com os exatos mesmos casos do art. 77 do CPC brasileiro, acrescido da hipótese de um cônjuge chamar o outro para responder por dívida contraída no interesse do casal. Além disso, o Código português previa, tal como o nosso, a assistên-

Não é de espantar, então, que o nosso sistema receba críticas há décadas.<sup>46</sup> Estamos convencidos de que o legislador teria andado melhor se tivesse adotado como paradigma o direito italiano<sup>47</sup> ou fosse alterado com inspiração no direito português após a profunda reforma operada em 1995.<sup>48</sup> Nesses dois ordenamentos, há figuras bem mais amplas, que se assentam em critérios homogêneos e coerentes, muito diferente do que ocorre no CPC pátrio.

A demanda do réu poderia muito bem ser dirigida contra o terceiro, isoladamente ou em litisconsórcio com o autor, em toda e qualquer situação, se nosso sistema contemplasse de maneira genérica a *intervenção litisconsorcial forçada* (também chamada de *coata* ou *provocada*). Essa figura tem uma expressão muito limitada entre nós, por meio do chamamento ao processo (CPC, art. 77). Nas hipóteses típicas da lei, autoriza-se a formação de litisconsórcio ulterior a pedido de uma das partes, citando-se terceiro.<sup>49</sup> Bastaria rejeitar a tipicidade do art. 77 para abrir caminho para a intervenção litisconsorcial forçada genérica.

cia e a oposição (arts. 340 e 347). As diferenças ficavam exclusivamente por conta da existência da oposição *provocada* (art. 352) e da *intervenção principal voluntária e provocada* (arts. 356 e 361, respectivamente), figuras que não existem no ordenamento brasileiro.

<sup>46</sup> LIEBMAN, ao anotar a tradução brasileira das *Instituições* de CHIOVENDA, criticou essa tipicidade dos meios de intervenção de terceiros (v. 2, p. 335, nota 1). Fizeram críticas similares, ainda na vigência do CPC de 1939, ARAÚJO CINTRA (*Do chamamento à autoria*, p. 5) e BARBOSA MOREIRA (*Intervenção litisconsorcial voluntária, Direito processual civil (estudos e pareceres)*, p. 21). O CPC de 1973 aprimorou o sistema do diploma anterior, dando-lhe melhor sistematização, mas mantendo praticamente inalterada sua estrutura e tipicidade. Haveria aí um terreno fértil para uma mudança legislativa profunda. Todavia, a única proposta a respeito de que temos notícia foi preparada pelo Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, submetida à discussão no âmbito do Instituto Brasileiro de Direito Processual e publicada na *Revista de Processo* (Intervenção de terceiros no CPC, *de lege ferenda*, *Revista de Processo*, nº 159, p. 119-133). Com o respeito devido, a proposta de reforma mostra-se bem tímida, exageradamente apegada à secular tipicidade dos meios de intervenção de terceiro previstos em nosso CPC, e preocupada apenas com a melhora conceitual do texto do Código e do seu regramento procedimental. Apesar de louvável a iniciativa, ela poderia ser bem mais ousada.

<sup>47</sup> O CPC italiano prevê a intervenção litisconsorcial voluntária tanto ativa quanto passiva (art. 105), a intervenção coata por pedido da parte (art. 106) e por determinação *ex officio* (art. 107), hipóteses suficientemente amplas para abarcar a nomeação à autoria, o chamamento ao processo, a denunciação da lide e a oposição, e sobrar espaço para uma participação muito mais efetiva de terceiros no processo.

<sup>48</sup> Em 1995, o legislador português reconheceu que as três primeiras modalidades de intervenção de terceiros acima listadas eram definidas com base em “critérios heterogêneos” (conforme declarado pela Exposição de Motivos do Decreto-lei 329-A/95) e desapareceram, sendo reconduzidas a uma das seguintes figuras: (a) intervenção principal, pela qual o interveniente adquire a condição de litisconsorte do autor ou réu, de modo espontâneo ou provocado (arts. 320 a 329); (b) intervenção acessória, pela qual o réu exerce demanda regressiva contra terceiro (arts. 331 a 334); (c) a assistência (arts. 335 a 341); e (d) a oposição, mediante a qual o terceiro deduz pretensão incompatível com uma ou ambas as partes originais, de modo espontâneo e provocado (arts. 342 a 350). Se o nosso sistema tivesse essa estrutura, não haveria por que negar a hipótese de o réu se litisconsorciar a terceiro para demandar o autor, ou demandar o autor litisconsorciado com terceiro.

<sup>49</sup> Isso resolveria em particular a situação da alegação da usucapião como matéria de defesa, pouco importando a sua modalidade (ordinária, extraordinária, especial urbana ou rural – vide item 9.7.3, *supra*), permitindo que fossem citados os eventuais condôminos do autor da demanda inicial (e que com ele não precisaram se litisconsorciar), os confrontantes do bem disputado, os terceiros e as Fazendas Federal, Estadual e Municipal. Também abrir-se-ia caminho para que o réu pleiteasse de maneira inteiramente eficaz a decretação de nulidade ou anulabilidade de negócio que constitui base da demanda inicial, movida apenas por um dos credores solidários. E assim por diante.

Do mesmo modo, não haveria por que negar que terceiro pudesse demandar o autor em litisconsórcio com o réu. Para isso, é suficiente admitir, como alguns doutrinadores de expressão, que a *intervenção litisconsorcial voluntária ativa*<sup>50</sup> seria admitida por nosso sistema, de modo que aquele que não figurava como parte na demanda inicial possa ingressar voluntariamente no processo como *litisconsorte*, e não como mero *assistente*.

<sup>50</sup> BARBOSA MOREIRA foi um dos primeiros estudiosos a dar maior atenção ao tema (Intervenção litisconsorcial voluntária, *Direito processual civil (estudos e pareceres)*, p. 21-38) denunciando a falta de menção à espécie pelo CPC de 1939 (a qual persiste no diploma em vigor), mas afirmando *de lege lata* o pleno cabimento da intervenção litisconsorcial voluntária. Nesse ensaio, BARBOSA MOREIRA recorda que a Lei 221, de 22-11-1894, editada pouco após a proclamação da República para tratar da organização da recém-criada justiça federal, previa em seu art. 13, § 2º, que em processos contra entes federais para reparação de lesão a direitos individuais “poderão tomar parte no pleito os terceiros que tiverem um interesse jurídico na decisão da causa”. Esse dispositivo sempre deu munção para a doutrina reconhecer existente essa modalidade de intervenção de terceiro (e. g., GUILHERME ESTELLITA, *Do litisconsórcio no direito brasileiro*, p. 235, para quem havia aí um litisconsórcio ativo ulterior por “afinidade de questões”). Essa mesma regra continuou presente na legislação de organização da justiça federal sucessiva, como o art. 10, § 2º, da Lei 6.032/1974 (como aponta DINAMARCO, na obra *Litisconsórcio*, p. 54-55), e o art. 14, § 2º, da Lei 9.289/1996 (como pontua DINAMARCO, em estudo mais recente feito em suas *Instituições...*, cit., v. 2, p. 70 e 381), dispositivo hoje em vigor com a seguinte redação: “§ 2º Somente com o pagamento de importância igual à paga até o momento pelo autor serão admitidos o assistente, o *litisconsorte ativo voluntário* e o oponente” (grifou-se). Esses dispositivos esparsos continuam a fornecer base para enxergar, hoje, o cabimento da *intervenção litisconsorcial voluntária*, a qual DINAMARCO reputa cabível em dois casos: do sujeito que se acha na mesma situação jurídica do demandante e poderia ter, com ele, formado um litisconsórcio facultativo (CPC, art. 46, IV) e à do colegitimado do demandante ao ataque do mesmo ato. CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 143-146) considera possível que haja intervenção litisconsorcial voluntária apenas no primeiro exemplo dado por DINAMARCO (servidor que intervém em mandado de segurança de outro servidor em situação jurídica idêntica à sua), rejeitando no segundo caso (o colegitimado que intervém nada pede, sendo mais correto enquadrá-lo como assistente litisconsorcial). Todavia, a jurisprudência majoritária manifesta-se em sentido contrário, vedando a inclusão de litisconsorte ativo até mesmo antes da citação do réu. Ou seja, o autor teria liberdade para, antes da citação, alterar os elementos objetivos da demanda (CPC, arts. 264, parágrafo único, e 294), mas nunca incluir novos litisconsortes ativos. Citem-se como exemplo dois julgados do STJ: “[a] inclusão de litisconsortes ativos facultativos em momento ulterior ao ajuizamento da ação fere o princípio do juiz natural, insculpido no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/88, independentemente da apreciação da liminar e da efetivação da citação do réu” (REsp 931535/RJ, 1ª T., Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 25-10-2007). “Não é admissível a formação de litisconsórcio ativo facultativo após o ajuizamento da ação, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, em face de propiciar ao jurisdicionado a escolha do juiz” (REsp 24743/RJ, 5ª T., Rel. Ministro Edson Vidigal, j. 20-8-1998). Ainda no mesmo sentido: REsp 437.288/RJ, 1ª T., Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 24-8-2004, e AgRg no RMS 706/DF, 1ª T., Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, j. 18-11-1992. Esse fundamento usado pelo STJ (assentado no princípio do juiz natural) não sobrevive a uma análise mais detida. A prevalecer tal fundamento, também violaria o princípio do juiz natural a oposição (que é manejada para mera conveniência do terceiro, desejoso de evitar o proferimento de uma sentença desfavorável, que poderia ser livremente contrastada em processo autônomo). Ademais, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Partes e terceiros...*, cit., p. 146) aponta, corretamente, que o art. 253, inciso II, com redação dada pela Lei 11.280/2006, espanca o argumento de suposta violação ao princípio do juiz natural (“Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: [...] II – quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda”). Acrescentamos ainda ser um absurdo contrassenso o sistema autorizar o juiz a dar pela improcedência liminar de processo repetitivo (CPC, art. 285-A) por razões de celeridade e isonomia, mas vedar que demandas idênticas sejam cumuladas no mesmo processo depois que tenha sido aforado. O propósito de uniformizar decisões de 1º grau, instituído de um lado, é desprestigiado do outro.



Quando for o caso de litisconsórcio necessário, não se poderia nem mesmo cogitar de impedimento, havendo pronunciamentos doutrinários, tanto antigos<sup>51</sup> como recentes,<sup>52</sup> acatando nessa hipótese o cabimento da *reconvenção* subjetivamente ampliativa. Mas, ainda se se tratar de litisconsórcio facultativo, a mesma solução se impõe.

Essas duas proposições de demanda do réu subjetivamente ampliativa também não comprometem a estabilização da relação processual (técnica consagrada em nosso sistema, por imperativo de ordem e celeridade processual), pois ambas teriam lugar apenas na fase postulatória, sob pena de preclusão. Já a vedação do art. 264 do CPC não representa obstáculo, já que se aplica apenas ao autor, não ao réu.<sup>53</sup> E, ainda que assim não fosse, o princípio da estabilidade do objeto litigioso do processo não é absoluto, cedendo em diversas situações como, por exemplo, em face da oposição,<sup>54</sup> a qual, apresentada a qualquer momento *antes da audiência*, implica processamento simultâneo com a demanda inicial (CPC, art. 59).

A viabilidade da proposição aqui formulada pode ser atingida por uma interpretação mais ampla do nosso sistema, à luz do princípio constitucional da isonomia, dando-se mais liberdade para o réu responder à demanda inicial (atacando o autor e terceiro, ou atacando o autor na companhia de terceiro).<sup>55</sup>

Afinal, ao autor é conferido o poder de formular a demanda inicial incluindo no polo ativo ou passivo uma pluralidade de sujeitos mesmo que apenas ligados por simples “afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito” (CPC, art. 46, IV), que é, de longe, o mais tênue critério para formulação do litisconsórcio facultativo<sup>56</sup> (a ponto de haver doutrina que o considera um litisconsórcio impróprio).<sup>57</sup> Nem é preciso chegar tão longe na delimitação dos poderes do réu. Propõe-se que, havendo *conexidade*<sup>58</sup> de sua demanda com aquela ajuizada pelo autor, deve ser admitida a ampliação subjetiva.

O que não se pode aceitar é a limitação da demanda do réu apenas para conveniência da celeridade do autor, tão somente porque ele tomou a dianteira em ajuizar sua demanda.<sup>59</sup> Haveria, nesse raciocínio, desprezo completo à garantia constitucional de isonomia, que se traduz na “paridade de armas”.

A solução aqui proposta não se legitima apenas no princípio constitucional da igualdade, mas também no espírito que norteia o litisconsórcio, as modalidades de intervenção de terceiros e os meios de cumulação de demandas e processos em geral, isto é, a exigência de economia processual e a busca pela harmonia de julgados, que, antes de tudo, se revestem de interesse público e que são observados quanto à demanda do autor.

Também não assombra o argumento *ad terrorem* de que a admissão de terceiros para demandar ao lado do réu ou para ser demandado ao lado do autor provocaria excessivo alargamento da fase postulatória. Primeiro, a complexidade normal das relações de direito material tornaria raro ver sucessivas demandas cumuladas nesse caso. Ademais, ninguém estranha denúncias da lide sucessivas, o que é textualmente aceito (CPC, art. 73). E, por último, se as demandas não fossem cumuladas no mesmo processo, seriam ajuizadas autonomamente

<sup>51</sup> GUILHERME ESTELLITA (*Do litisconsórcio no direito brasileiro*, p. 221-212) lança mão do exemplo de contrato envolvendo três partes, do qual figuram no processo apenas duas, uma como autor e outra como réu. Se este quiser reconvir, para pedir a declaração de nulidade do contrato, só poderá fazê-lo se ampliar subjetivamente o processo. Daí conclui que, “[e]m caso tal, impedir o réu de formular o seu pedido reconvenicional, pela só consideração de importar a mesma em trazer à lide pessoas a ela estranhas, não parece a solução, nem justa, nem legal. Importaria essa interpretação em privá-lo do direito de reconvir, sem se poder apontar na lei qualquer base à restrição. Realmente, a lei não impõe que o pedido reconvenicional diga respeito exclusivamente ao autor; exige, apenas, que seja capaz de modificar ou excluir o pedido do autor. Nada mais”. O argumento, vazado no CPC de 1939, persiste atual.

<sup>52</sup> Recentemente, BONDIOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit., p. 111) aponta com propriedade que: “[n]os casos de litisconsorte necessário (art. 47), em que a presença de determinadas pessoas na relação jurídica processual é exigida para a viabilidade do julgamento da causa, a admissão da demanda reconvenicional subjetivamente ampliativa pode ser condição para a preservação do próprio direito à reconvenção [...] Nessas circunstâncias, quando a reconvenção também se prestar de alguma forma para a resistência diante da demanda inicial, ou seja, quando ela tiver aptidão para criar cenário que conduza à improcedência desta [...], a subtração do direito de reconvir tem consequências ainda mais graves, pois repercute no próprio direito de ampla defesa do réu (CF, art. 5º, LV), que fica sensivelmente prejudicado”.

<sup>53</sup> DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 70) entende que o disposto no art. 264 do CPC, que dispõe sobre a estabilização (objetiva e subjetiva) da demanda, aplica-se apenas ao autor: “[f]eita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei” (destaques nossos). De fato, do contrário, não faria sentido que o réu provocasse a nomeação à autoria, o chamamento ao processo e a denúncia da lide, que alteram a estrutura subjetiva do processo (como bem demonstra DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, p. 24-33).

<sup>54</sup> SALVADOR DA COSTA (*Os incidentes da instância*, p. 82), aludindo ao processo português, afirma peremptoriamente que as modalidades de intervenção de terceiros (que em seu país são bem mais amplas que aqui, como vimos acima) são exceções perfeitamente admitidas e admissíveis ao “princípio da estabilização da instância”.

<sup>55</sup> Não nos interessa indagar das hipóteses de atuação do terceiro *sem* se litisconsorciar com o réu.

<sup>56</sup> E, para tornar ainda mais amplo esse comando, o STJ considera possível que o autor cumule na demanda inicial pedidos contra réus distintos, os quais estão ligados pela mera “afinidade” de questões: “É admissível a cumulação de pedidos contra réus distintos, quando houver afinidade de questões por um ponto comum de fato e de direito (art. 46, IV do CPC)” (REsp 291.311/RO, 4ª T., Rel. Ministro Barros Monteiro, j. 22-2-2005). No mesmo sentido, REsp 204.611/MG, 4ª T., Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 16-5-2002).

<sup>57</sup> Sobre isso, confira-se DINAMARCO (*Litisconsórcio*, p. 86-91).

<sup>58</sup> De fato, é bem sabido que o art. 46, IV, do CPC, ao autorizar o litisconsórcio por mera “afinidade de questões”, permite a cumulação subjetiva sem que haja conexidade. BRUNO SHVEIRA DE OLIVEIRA (*Conexidade e efetividade processual*, p. 76-79) observa justamente que a afinidade representa laço muito mais frágil que a conexidade e com ela não se confunde.

<sup>59</sup> Por isso mesmo é altamente criticável acórdão do TJSP que assentou que: “sendo a reconvenção autêntica ação do réu admitida no processo instaurado pelo autor, subordina-se sua cumulação processual aos pressupostos específicos do artigo 315 da Lei adjetiva civil, não se justificando, dado formular outra pretensão insatisfeita, venha a acarretar, como na espécie em testilha, onerosidade ao autor com demandas contra ele intentadas, parte que tomou a iniciativa de invocar a tutela jurisdicional” (TJSP, AI 151.295-4/7, Rel. Des. Leite Cintra, j. 31-5-2000).

e poderiam ser reunidas por conexão, gerando o exato mesmo resultado,<sup>60</sup> com inútil dispêndio de tempo e energia.<sup>61</sup>

Em suma, a análise do processo sob o prisma do réu implica também uma mudança de visão sobre institutos como o litisconsórcio e a intervenção de terceiros, que foram estruturados tendo como base o “processo civil do autor”.

<sup>60</sup> BARBOSA MOREIRA (Ações cumuladas. Necessidade de julgamento explícito de todas, *Temas de direito processual* – 2ª série, p. 136) apontou, com precisão, inexistir diferença do ponto de vista prático entre a cumulação de demanda inicial (pelo litisconsórcio ou cumulação de pedidos) e a cumulação superveniente (decorrente da reunião de processos que começaram autônomos). Ambas atendem às mesmas finalidades.

<sup>61</sup> BARBOSA MOREIRA (Intervenção litisconsorcial voluntária, *Direito processual civil*, cit., p. 30-31) ataca justamente esse formalismo vazio que obriga a dedução de demanda autônoma, para depois ensejar a reunião de processos por conexão: “[o] argumento se reduziria, em última análise, a barrar o caminho mais curto e rápido para atingir o mesmo resultado a que se considera lícito chegar através de um rodeio. Forçar uma pessoa a propor ação autônoma, para só depois permitir-lhe requerer a união desta com outra anteriormente proposta, em vez de aceitar que tal pessoa, desde logo, intervenha no processo preexistente, ao lado do autor primitivo, cuja situação à sua se equipara, é raciocinar, evidentissimamente, ao arrepio do princípio da economia processual, é obrigar partes e órgãos judiciários a um dispêndio mais que supérfluo de atividade”.

## Conclusões

1. A análise das teorias “clássicas” sobre o direito de ação revela, em primeiro lugar, que o direito de defesa sempre foi relegado a um plano secundário pela ciência processual civil e, em segundo lugar, que todas as teorias dualistas, embora preocupadas apenas com a posição do autor, de um modo ou de outro reconheceram implicitamente que o Estado-juiz também outorga ao réu tutela jurisdicional. Essa constatação, contudo, não produziu resultados concretos na construção e interpretação dos institutos processuais que são correntemente examinados sob a ótica incompleta do autor.

Essas teorias sobre o direito de ação, apesar de terem sido fonte de inúmeros debates ao longo de décadas, perderam, em grande medida, utilidade atual, visto que o conceito de ação só pode ser extraído à luz do sistema constitucional de cada nação. De qualquer sorte, o estudo dessa doutrina afigurou-se útil por duas razões fundamentais: mostrar que as diversas teorias construídas sobre o tema se completam, cada qual desvendando um aspecto ou faceta do direito de ação; e sinalizar que o direito de defesa é digno de igual importância e destaque como instituto fundamental do direito processual civil.

2. A superação das teorias “clássicas” sobre a ação e a defesa decorre da consciência de que tais garantias têm assento constitucional, na categoria dos direitos fundamentais. Tem-se aqui manifestação inequívoca do fenômeno por muitos denominado “constitucionalização do direito”.

Sob o prisma constitucional, a primeira e mais simples projeção do direito de ação é o *direito ao processo*, garantindo que qualquer reclamo do jurisdicionado possa ser levado ao Estado-juiz e receba alguma resposta devidamente motivada. Todavia, o direito de ação não se esgota aí, pois engloba o direito à tutela jurisdicional que se consubstancia, primordialmente, na sentença de mérito, que exa-

mina e compõe o litígio levado à autoridade judiciária. A evolução da compreensão dessa garantia constitucional implicou o reconhecimento de que o direito de ação não se resume à outorga pura e simples de tutela jurisdicional por meio da sentença de mérito, mas exige que o comando contido na decisão jurisdicional se embase em um devido processo legal e que produza resultados práticos efetivos, adequados e tempestivos.

Desse caminho evolutivo extraem-se duas importantes consequências: a primeira é o reconhecimento de que o processo é instrumento público de solução de conflitos, não se prestando unicamente para satisfazer pretensões, mas sim a outorgar tutela jurisdicional a ambos os litigantes, em especial àquele que tem razão; a segunda é a de que o direito de ação não se exaure no ato de iniciativa processual (demanda inicial), mas se desdobra em um feixe de posições jurídicas exercitáveis ao longo de todo o processo com o objetivo de obter a tutela jurisdicional plena.

Situados os contornos do direito de ação dentro dessas novas fronteiras, é evidente que ele se aproxima e se confunde com o direito de defesa, pois, por imperativo do tratamento isonômico e paritário, ambos se materializam num conjunto (quase) igual de poderes exercitáveis ao longo do processo, para obtenção da tutela jurisdicional. As únicas diferenças entre ação e defesa toleradas pela ordem constitucional são aquelas que sejam inerentes à posição de iniciativa tomada pelo autor.

Assim, *ação* e *defesa*, como categorias fundamentais do direito processual civil, acabam se fundindo e se diluindo em torno do conceito de tutela jurisdicional.<sup>1</sup> Sem prejuízo dessas seguras conclusões, não abandonamos a terminologia tradicional, que denomina o autor titular da ação e o réu, titular da defesa. No entanto, não há mais como qualificá-los como “aquele que pede e aquele em face de quem é pedido”, respectivamente, e sim abraçar a concepção de que autor e réu são os “sujeitos do contraditório”.

3. A análise do direito de defesa no plano infraconstitucional revela abertamente que ele se desdobra num rol extenso de meios de “resposta”, a maioria conotado por uma tipicidade marcante, herança de sistemas que precederam o Código vigente.

Em regra, as formas e denominações estabelecidas para os diversos meios de resposta do réu são inteiramente dispensáveis. O que importa, em substância, é separar os meios de resposta do réu que concernem à regularidade do processo e aqueles que tocam o fundo da demanda inicial (*defesas processuais* e *defesas de mérito*).

<sup>1</sup> Exatamente assim CASSIO SCARPINELLA BUENO pontuou que “a ação deixou de ser o polo metodológico do direito processual civil, sendo substituído pelos conceitos e pelos desdobramentos da ‘tutela jurisdicional’” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 333).

Quanto às defesas processuais do autor e do réu, procuramos demonstrar que elas tendem a uma íntima aproximação, existindo um rol bem extenso e variado de matérias de cunho processual que podem ser alegadas por ambos os litigantes. Entretanto, pela posição assumida pelas partes na relação processual, o elenco de defesas processuais passíveis de alegação pelo réu é bem maior do que aquele disponível ao autor. De qualquer sorte, em ambos os casos, a regra quase absoluta é de que o controle da regularidade do processo deve ser feito de ofício, havendo pouquíssimo espaço para matérias cuja cognição depende da alegação do interessado.

No tocante às respostas de mérito, a doutrina largamente dominante as divide entre aquelas que configuram simples *defesa* e aquelas que encerram *contra-ataque*. Apenas nessa segunda categoria haveria propositura de *demandas* em sentido estrito, mediante as quais se exercitaria uma nova e diferente *pretensão processual*, importando assim na *ampliação do objeto litigioso do processo*. Essa é a posição tradicional em doutrina, que em momento subsequente do trabalho tivemos o ensejo de criticar.

4. Na categoria das defesas de mérito, dois métodos de análise (cunhados em tempos remotos) continuam sendo correntemente aplicados: a separação entre as matérias que constituem defesa direta e indireta e a distinção entre as matérias de defesa passíveis de cognição *ex officio* e aquelas que dependem da provocação do interessado. As defesas indiretas, e que só podem ser conhecidas se invocadas pelo interessado, se costumam denominar de “exceções substanciais”, instituto de contornos fortemente inspirados na *exceptio* do direito romano clássico.

Contudo, o exame atento dessas duas concepções expõe que ambos são imprestáveis para caracterização dos poderes do réu no processo.

Primeiro, é difícil a distinção entre matérias de defesa diretas e indiretas e, ademais, ainda que fosse possível fazê-la de modo consistente, sua relevância desponta apenas no momento do julgamento, em que o juiz, se necessário, lançará mão das regras que distribuem o ônus probatório.

No mais, a separação entre matérias cognoscíveis *ex officio* e *ope exceptionis* tem utilidade apenas no caso de omissão do réu e, não bastasse, esbarra em duas dificuldades: o direito positivo não se preocupa em fazer tal definição na esmagadora maioria dos casos e, quando o faz, não se baseia em critérios objetivos e lógicos, mas sim se deixa influenciar por concepções remanescentes de épocas passadas.

Concluimos, a partir daí, que o conceito de exceção substancial mostra-se de todo inútil, cumprindo-nos buscar *no campo processual* os parâmetros para delimitação das matérias que o juiz pode conhecer *ex officio*. Isso porque o direito material só fornece respostas a essa investigação nas raras situações em que se exige expressamente a provocação do interessado ou impõe a cognoscibilidade de ofício.

A análise acerca de matérias que o juiz pode conhecer de ofício e daquelas que dependem de arguição do interessado, feita à luz do direito processual civil, trilha os mesmos caminhos considerando-se as posições do autor e do réu.

Entretanto, essa perquirição tem maior projeção e relevância quanto às matérias que beneficiam ao réu no julgamento da demanda inicial. Afinal, o autor suscita as matérias que lhe são favoráveis na demanda inicial, sobrando pouco espaço para que o juiz precise conhecer de outros pontos relativos à mesma pretensão. O fato de a demanda do réu ser dispensável para validade do processo e para seu regular caminhar torna muito mais relevante que se examinem as matérias de defesa que o juiz pode conhecer *ex officio*.

Após esse profundo exame, alcançamos a conclusão de que, excluídas aquelas matérias que a lei determina que o juiz *não* conheça de ofício, as demais poderão sê-lo, constituindo-se aqui como limites apenas o núcleo fático da causa de pedir invocada pelo autor (fatos principais da demanda inicial) e o próprio pedido por ele formulado. Nessa mesma medida, o juiz pode exercer seus poderes instrutórios livremente.

Não olvidamos que, na prática, é difícil que o juiz tenha elementos suficientes para exercer todos esses poderes sem nenhuma colaboração do réu. Todavia, na hipótese de o juiz fazê-lo, é absolutamente importante que ele permita o prévio contraditório, estabelecendo verdadeiro “diálogo” com as partes (em especial com o autor).

5. Para além desse ponto, mostrou-se necessário investigar, no extremo oposto, as situações identificadas pela doutrina majoritária em que a conduta do réu se consubstancia em contra-ataque ao autor, mediante os quais exerce pretensão processual, para o fim de ampliar o objeto litigioso do processo. Costuma-se identificar que o sistema põe à disposição do réu os seguintes instrumentos: reconvenção, pedido contraposto, contestação às “ações dúplices” e demanda declaratória incidental.

A análise desses institutos indica como caminho seguro a fusão de todas as figuras de contra-ataque do réu em torno da demanda reconvenicional,<sup>2</sup> que se apresenta como o “arquétipo” do contra-ataque do réu.

Exclui-se dessa categoria a defesa nas verdadeiras “ações dúplices”, as quais se caracterizam em razão da natureza do direito material deduzido, permitindo que o réu possa receber tutela jurisdicional plena *idêntica* àquela pretendida pelo autor, *independentemente de apresentar qualquer resposta à demanda inicial*.

Por outro lado, reforçamos que as formalidades em torno dos meios típicos de contra-ataque são completamente dispensáveis. Basta que conste da resposta do réu, de modo expresso, pedido de tutela jurisdicional que não seja a “improce-

dência da demanda inicial” para que se considere suficientemente caracterizado o meio típico de contra-ataque.

Mas mesmo depois de tais reparos quanto aos meios típicos de contra-ataque, cremos ter demonstrado que eles se mostram insuficientes para adequada tutela do réu, seja porque são mal interpretados e mal implicados, seja porque deixam descobertas determinadas situações-limite entre defesa e contra-ataque.<sup>3</sup> Aliás, eles são, antes, prova eloquente da inferioridade da posição do réu no processo e do atraso no estudo do direito de defesa em relação ao direito de ação.

6. A partir da comparação entre os poderes que o juiz pode exercer de ofício para julgar a demanda do autor em favor do réu (tema tratado no Capítulo 8) e os meios pelos quais ao réu se faculta contra-atacar o autor (do que nos ocupamos no Capítulo 9), abriu-se o caminho para definir o objeto da defesa de mérito.

Nossa proposta foi relativizar o binômio “defesa/contra-ataque” (que se justifica muito mais por razões históricas e por resquícios privatistas incompatíveis com o ordenamento processual atual), classificando-se a resposta de mérito do réu à luz do conceito técnico e estrito de *demanda*.<sup>4</sup>

Para tanto, partimos de uma premissa constitucional (as diferenças de tratamento entre autor e réu devem se resumir ao mínimo inerente à ordem em que cada qual toma parte do processo) e duas premissas infraconstitucionais (o componente declaratório de toda sentença é sempre dúplice e, como consequência, a improcedência do pedido do autor, com a declaração de que ele não possui o direito reclamado pelo fundamento suscitado, já pode se produzir sem qualquer intervenção do réu).

7. A partir de tais premissas, a relativização entre defesa e contra-ataque permite uma nova moldura de interpretação para a resposta do réu que se limita a requerer expressamente a “improcedência da demanda do autor”, com base nas seguintes razões:

- a) o primeiro e mais importante ato de exercício do direito de ação pelo autor é a demanda inicial e, por razões de isonomia, o primeiro ato de exercício de defesa deve ter efeitos, tanto quanto possível, iguais;

<sup>3</sup> Parece-nos que nem mesmo a ampliação do cabimento dos meios “típicos” de contra-ataque já previstos bastaria para a redução da posição de inferioridade do réu em relação ao autor, pois insiste na distinção entre defesa e contra-ataque, contra a qual nos prostramos firmemente contra, mormente à luz da Constituição Federal.

<sup>4</sup> O vazio deixado pela excessiva amplitude dado ao conceito de ação e defesa é preenchido pelo conceito de *demanda* (que sendo inicial ou incidental constitui a mais importante manifestação do direito de ação, pelo qual o cidadão introduz no Poder Judiciário pedido de outorga de tutela jurisdicional plena). Aqui, nossa proposta segue a diretriz já há tempos acolhida pela doutrina alemã, conforme notícia DINAMARCO (Das ações típicas, *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 333): “[h]oje, os alemães praticamente alijam a ação, nos seus tratados e nas preocupações monográficas. Falam de *Klage*, que é a demanda, ato de iniciativa e portador da pretensão que constitui o objeto litigioso do processo, mas poucos dizem da *Klagerecht*, que é o direito de demandar ou (como diríamos nós) a ação”.

<sup>2</sup> Como vimos, assim sustentou recentemente BONDOLI (*A sistematização da reconvenção...*, cit.).



- b) não faz sentido reduzir a resposta de mérito do réu à alegação de matérias que, salvo expressas exceções, o juiz já poderia reconhecer de ofício. A caracterização da resposta de mérito do réu como demanda atende também a um imperativo de ordem lógica;
- c) a recusa do caráter de demanda à resposta do réu que pede a improcedência da demanda inicial prende-se, em grande medida, a um culto à figura da demanda declaratória incidental, que, a nosso ver, é fruto de um artificialismo criado e mantido pela lei. Das várias críticas suscitadas a essa técnica processual, a mais contundente é a de que a questão prejudicial que versa sobre existência ou inexistência de relação jurídica será enfrentada pelo juiz, sempre, de modo imperativo, mediante operação lógica que em nada difere daquela empregada quanto ao mérito da demanda inicial;
- d) não se pode igualmente reputar que a proposta aqui apresentada resulte em uma “coação” do sistema para o réu demandar. Apenas altera-se a moldura de interpretação da resposta do réu (que ele está livre para apresentar ou não), para enquadrá-la como demanda. Prestigia-se o interesse público (para extrair do processo o máximo resultado possível) e descarta-se o pernicioso vício de reconhecer indiscriminadamente renúncia tácita pelas partes sobre direitos processuais;
- e) ontologicamente não existe diferença entre a afirmação de um direito feita pelo réu como defesa de mérito e como contra-ataque, constituindo-se em qualquer caso o exercício de uma pretensão processual que poderia constituir objeto de uma demanda inicial, autônoma;
- f) a distinção entre *pretensão* e *resistência* (que era bem vincada por CARNELUTTI, cuja lição persiste muito influente até hoje) carrega forte ranço privatista e não se compatibiliza com o modelo processual atual;
- g) aliás, a negação de que o réu exerça pretensão processual ao apresentar resposta de mérito deve-se à má compreensão da amplitude de cabimento da demanda declaratória (em especial, a negativa) e a resquícios do conceito de pretensão material, que é intimamente relacionado à ideia de condenação a uma prestação;<sup>5</sup>
- h) na resposta de mérito do réu podem-se enxergar os três elementos da demanda (partes, pedido e causa de pedir), sendo ainda cabível a análise da sua legitimidade, de seu interesse de agir e da sua possibilidade jurídica do pedido e da causa de pedir.<sup>6</sup> Ou seja, a estrutura da resposta

de mérito do réu é, efetivamente, a de uma *demand*a, na acepção técnica estrita do termo.

O êxito da proposta aqui apresentada depende apenas do estabelecimento de uma *nova moldura de interpretação da resposta de mérito do réu* (para que se a considere, como regra, demanda), sem que com isso se subverta o sistema (nossa proposta é, pois, *de lege lata*, não *de lege ferenda*).

Naturalmente que não podíamos deixar de perquirir que reflexos esse novo método trará à interpretação da demanda do autor. E daí concluímos pela necessidade de verificar a crise de direito material por ele exposta, de maneira que se o autor desde logo apontar crise de certeza sobre relação jurídica prejudicial ao seu pedido “principal”, a análise da primeira questão deve ser feita pelo juiz em caráter *principaliter*.<sup>7</sup>

8. Considerando-se que a resposta de mérito do réu configura demanda, é evidente sua aptidão para ampliação do objeto litigioso do processo, e isso ocorre mesmo que parta da exata mesma base fática e jurídica da demanda do autor. A demanda declaratória incidental é evidência clara de que a ampliação do objeto litigioso do processo não depende da ampliação da cognição judicial. O que importa é que haja *pretensão processual*.

Como tal, a demanda do réu impacta diversos setores do sistema processual, em especial a definição dos limites da coisa julgada e a indução de litispendência.

A proposta aqui apresentada compatibiliza-se perfeitamente com a técnica adotada pelo CPC brasileiro nesses terrenos, pois não desvirtua as normas que limitam a coisa julgada material ao dispositivo da sentença de mérito (CPC, arts. 469 e 470), mas apenas exige que o operador interprete a sentença de modo a considerar o julgamento da demanda do autor e do réu. Em vez de uma “operação lógico-jurídica” de “identificação” de demandas, são necessárias duas, com todos os problemas já bem descritos pela doutrina que enfrentou o tema (dos quais conscientemente nos esquivamos). O mesmo raciocínio é reclamado na análise da litispendência.

9. Embora não fosse nosso objetivo esgotar o exame de todas as consequências que a tese aqui adotada traz para o sistema, optamos por identificar algumas.

Com base nas premissas acima assentadas, enxerga-se de modo nítido a autonomia da demanda do réu em relação à do autor, interpretando-se conjuntamente os arts. 267, § 4º, e 317 do CPC, para extrair solução intermediária entre ambos. Procuramos demonstrar que o ato de disposição da demanda, por qualquer dos litigantes, é (e deve ser) ato unilateral (que não depende de anuência de outrem),

<sup>5</sup> Assentamos ao longo da exposição que o conceito de pretensão material é bem distinto do conceito de pretensão processual, tendo o primeiro utilidade escassa para a ciência processual civil e o segundo é utilíssimo para desenhar os contornos do objeto litigioso do processo.

<sup>6</sup> Independentemente das polêmicas em torno das condições da ação, das quais nos mantivemos propositalmente afastados, assentamos nossa posição de qualificá-las como *condições da demanda*, em coerência com o conceito de ação traçado ao longo da exposição.

<sup>7</sup> Disso decorre que a declaratória incidental deve, mesmo, versar sobre questão *nova*, que não foi trazida pela demanda inicial. E quando a resposta do réu suscitar tal questão prejudicial, considerar-se-á proposta a demanda declaratória a respeito, tornando desnecessário que o autor a proponha quando intimado da resposta do réu.

mas não prejudica (nem poderia) a demanda do adversário. Pela mesma lógica, os vícios processuais que atingem apenas a demanda de uma das partes não podem prejudicar aquela apresentada pela outra.

Por derradeiro, com o objetivo de reforçar que o método de análise aqui proposto implica mudança de perspectiva de diversos institutos processuais, sinalizamos a necessidade de reforçar entendimento, disseminado na doutrina e pouco aplicado na prática, no sentido de que o réu também pode perfeitamente pedir antecipação de tutela, ainda que o provimento final que espera do processo seja meramente declaratório.

10. A alteração da perspectiva de análise da resposta do réu baseia-se na aplicação de uma *nova moldura de interpretação*, baseada na superação da diferença entre defesa e contra-ataque do réu.<sup>8</sup>

A despeito de se tratar de uma operação que chega a ser sutil, suas consequências são bem profundas, a começar pela redefinição dos *limites objetivos e subjetivos* à demanda do réu.

Quanto aos primeiros, a demanda do réu deve ser *conexa* à do autor (tal como está textualmente previsto no art. 315 do CPC para a reconvenção) e, quando o caso, deve observar as limitações horizontais de cognição impostas em determinados procedimentos especiais (que nos parecem limitações legítimas, mesmo à luz da garantia constitucional de tratamento paritário entre as partes).

Quanto aos segundos, o presente livro convida a uma profunda reflexão sobre a tipicidade do sistema de intervenção de terceiros do nosso CPC, que continua repetindo as mesmas figuras que foram há séculos previstas nas Ordenações do Reino Português. Sob o ponto de vista constitucional, não pode prevalecer a solução adotada pelo nosso CPC de autorizar que a única demanda do réu que amplia subjetivamente o processo seja a *denúnciação da lide*. Parece-nos impossível impedir que, fora dos casos do art. 70 do CPC, o réu formule demanda em face do autor e de um terceiro (o que ordenamentos estrangeiros denominam *intervenção principal* ou *litisconsorcial forçada*). Pelas mesmas razões, não podemos vislumbrar óbice para o réu se litisconsorciar com terceiro para demandar o autor (aplicando-se aqui a figura da *intervenção litisconsorcial voluntária*, que doutrinadores de expressão sustentam existir no ordenamento brasileiro), a despeito do silêncio do CPC.

11. Para encerrar: as ferramentas necessárias à mudança da perspectiva de análise da posição do réu no processo civil estão há muito tempo à disposição do

<sup>8</sup> Se na introdução a este trabalho adornamos o nosso pensamento com versos de John Lennon e Paul McCartney, não custa transcrever versos extraídos de outra canção dos mesmos compositores (e recolhida no mesmo álbum já citado, "Rubber Soul", 1965), intitulada "I'm looking through you", a fim de mostrar que o mesmo objeto (no caso, aqui, o direito de defesa) pode permanecer o mesmo, e mudarem os olhos que o veem (que é exatamente o que propomos): "I'm looking through you, where did you go / I thought I knew you, what did I know / You don't look different, but you have changed / I'm looking through you, you're not the same."

intérprete, de modo que as propostas aqui apresentadas não carecem de nenhuma alteração legislativa, mas principalmente de uma mudança de *mentalidade*.<sup>9</sup>

E, antes que se objete que a ampliação de poderes do réu (aqui alvitada) implicará maior demora à prestação da tutela jurisdicional (ao arripio do art. 5º, LXXVIII, da CF), importa lembrar que a efetividade do processo não se assenta exclusivamente na celeridade processual<sup>10</sup> e, muito menos, na celeridade processual conferida apenas à demanda formulada pelo autor.

Ademais, o aumento de poderes do réu aqui proposto desponta importante no (antes chamado) "processo de conhecimento", para o qual o réu não é chamado para cumprir obrigação insatisfeita, mas para participar do contraditório e permitir que o juiz, ao final, elimine a crise instaurada entre as partes, dando razão a uma ou a outra.<sup>11</sup>

Em suma, o autor só é autor porque correu antes ao Poder Judiciário. E o réu não pode ser tratado como delinquente, apenas por ser réu.

<sup>9</sup> BEDAQUE vem destacando a importância desse aspecto, ao qual não se costuma dar muita atenção: "[É] preciso, pois, iniciar um movimento com o objetivo de mudar a mentalidade de todos os que influem na concepção e condução do processo. Não bastam alterações legislativas se o aplicador das regras mantiver-se apegado ao formalismo estéril" (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 53).

<sup>10</sup> BARBOSA MOREIRA, aliás, arrolou como o primeiro "mito" do processo atual a "rapidez acima de tudo (quanto mais depressa, melhor)" (O futuro da justiça: alguns mitos, *Temas de direito processual* – 8ª série, p. 5).

<sup>11</sup> Bem diferente, contudo, é a situação do réu na execução (de título judicial ou extrajudicial), que se instaura pressupondo descumprimento de obrigação previamente reconhecida. Aqui, contudo, parece-nos que a mais recente onda de reformas do CPC (Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) cuidou, em boa hora, de reduzir os poderes do réu em opor-se à execução, sem que com isso se tenha violado o princípio da isonomia, o qual, em sede de execução, ganha contornos bem diversos, de modo absolutamente legítimo, aliás. Para além dessa consideração, haveríamos de adentrar no espinhoso terreno que, logo na introdução deste trabalho, havíamos nos comprometido a não invadir.

## Bibliografia

- ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito português: conceito e fundamentos*. Coimbra: Almedina, 1986.
- ALBERTO DOS REIS, José. *Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. (1950). Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. 3.
- ALBERTON, Genaceia da Silva. Considerações sobre o princípio dispositivo e o princípio da oralidade segundo Cappelletti. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 21, nº 62, p. 75-86. set./dez. 1991.
- ALMAGRO NOSETE, José. *Derecho procesal*. Madrid: Trivian, 1995. t. 1, v. 1 e 2.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA JR., João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 4. ed. atualizada por João Mendes Neto. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.
- ALSINA, Hugo. Defensas y excepciones. *Scritti giuridici in onore di Francesco Canelutti*. Padova: Cedam, 1950. v. 2, p. 51-72.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento*, a cura di Francesco Canelutti. Milano: Giuffrè, 1951. v. 1.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Da reconvenção no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1966.
- \_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 20. ed. rev., atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Fungibilidade de meios de conversão do ato praticado no processo civil brasileiro e possibilidade de escolha dentre meios processuais postos à disposição das partes*. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, nº 744, p. 725-750, out. 2005.
- ANDOLINA, Italo Augusto. Il tempo ed il processo. *Revista de Processo*, v. 34, nº 176, p. 259-274, out. 2009.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Consignação em pagamento. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 461-474.
- \_\_\_\_\_; BENETTI, Sidnei Agostinho. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 9.099/95*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ANTUNES VARELA; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. Napoli: Jovene, 1952.
- ARAGONESES, Pedro. *Sentencias congruentes: pretensión, oposición, fallo*. Madrid: Aguilar, 1957.
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. Ação declaratória incidental. *Revista de Processo*, v. 5, nº 20, p. 9-55, out./dez. 1980.
- \_\_\_\_\_; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; SOUZA, James M. Martins. *Código do Consumidor comentado e legislação correlata*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. Defesa da posse e ações possessórias. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reflexos do Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodium, 2006. p. 299-354.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1 e 2.
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Cumulação de ações*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Manual da execução*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. Partes legítimas, terceiros e sua intervenção no processo executivo. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, nº 61, p. 5-14, jul. 1994.
- \_\_\_\_\_. *Procedimento sumário*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 97, nº 354, p. 27-57, mar./abr. 2001.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Ajuris*, v. 15, nº 44, p. 25-44, nov. 1988.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Compensação – II. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 16, p. 323-328.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- AZEVEDO, Laurentino de. *Da compensação no direito romano e no direito brasileiro civil e comercial*. São Paulo: Typ. do Globo, 1920.
- AZEVEDO, Luiz Carlos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_; COSTA, Moacyr Lobo da. *Estudos de história do processo: recursos*. São Paulo: Fieo, 1996.
- AZEVEDO, Luiz Carlos; TARZIA, Giuseppe. Riconvenzione (diritto processuale civile). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1980. v. 40, p. 665-685.

- BALBI, Celso Edoardo. *La decadenza nel processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1983.
- BAPTISTA, José João. *Processo civil I: parte geral e processo declarativo*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Procedimentos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 1, t. 2.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. 1979. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- \_\_\_\_\_. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, v. 19, nº 74, p. 126-135, abr./jun. 1994.
- \_\_\_\_\_. A resposta do réu no sistema do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 1, nº 2, p. 249-262, abr./jun. 1976.
- \_\_\_\_\_. *Direito aplicado I (acórdãos e votos)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual civil (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Iuris, 1974.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *RF*, São Paulo: Forense, v. 99, nº 366, p. 119-126, abr. 2003.
- \_\_\_\_\_. O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, v. 30, nº 122, p. 9-21, abr. 2005.
- \_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, v. 11, nº 41, p. 7-14, jan./mar. 1986.
- \_\_\_\_\_. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 95
- \_\_\_\_\_. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. 1967. Tese (Livre-docência em Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil: direito das obrigações – 1ª parte*. 5. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1968.



BEDAQUE, José Roberto dos Santos et al. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Garantia de amplitude da produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 151-189.

\_\_\_\_\_. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir de pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13-52.

\_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 35, p. 183-211, jun. 1991.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELLAVITIS, Mario. *Identificazione delle azioni*. 2. ed. rinnov. Padova: Litotipo Univ., 1924.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERZOSA FRANCOS, Maria Victoria. *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*. Córdoba: Ediciones del Almendro, 1984.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1956. v. 1 e 4.

BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1936.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *A sistematização da reconvenção no processo civil brasileiro*. 2008. Tese (Doutoramento) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. 3 v.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A causa petendi nas ações reivindicatórias. Teses estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 138-155.

\_\_\_\_\_. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o reexame. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 98, nº 361, p. 47-72, maio/jun. 2002.

\_\_\_\_\_. *Da ação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BRAGHITTONI, R. Ives. *O princípio do contraditório no processo: doutrina e prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRUGI, Biagio. *Azione (storia)*. *Novissimo digesto italiano – Appendice*. Torino: Utet, 1980. p. 108-119.

BRUNNER, Henrich; SCHWERIN, Claudius von. *Historia del derecho germánico*. Tradução e notas de José Luiz Álvarez López. Barcelona: Labor, 1936.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

\_\_\_\_\_. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BUONCRISTIANI, Dino. *Allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória do direito brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1986.

BUZAID, Alfredo. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 72-132.

\_\_\_\_\_. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1956.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972.

\_\_\_\_\_. *Exposição de motivos ao Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 1964.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. La demanda. *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, v. 100, nº 4, p. 1045-1069, 2001.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950. v. 2, p. 487-522.

\_\_\_\_\_. Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, p. 3-22.

\_\_\_\_\_. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996. 3 v.

\_\_\_\_\_. La condanna, *Opere giuridiche*, a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1972. v. 5, p. 483-494.

\_\_\_\_\_. La relatività del concetto di azione. *Studi sul processo civile*. Padova: Cedam, 1947. v. 5, p. 1-26.

\_\_\_\_\_. Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda, nel XXV anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927. p. 131-171.

\_\_\_\_\_. *Proceso e democrazia*. Padova: Cedam, 1954.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso, 1960.

\_\_\_\_\_. Ação – I. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 163-170.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Da revelia do demandado*. Salvador: Progresso, 1960.

\_\_\_\_\_. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Esboço de uma teoria das nulidades. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, nº 56, p. 7-20, out./dez. 1989.

\_\_\_\_\_. Exceção – II. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 34, p. 335-359.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANNATA, Carlo Augusto. *Difesa (diritto romano)*. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. 3, p. 613-614.

\_\_\_\_\_. *Eccezione (diritto romano)*. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. 6, p. 349-349.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPONI, Remo. *La rimessione in termini nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *El principio dispositivo e sus principales manifestaciones. El proceso civil en el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973.

\_\_\_\_\_. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1962. 2 v.

\_\_\_\_\_. *Eccezione come contraddittorio del convenuto*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 16, p. 266-275, 1961.

\_\_\_\_\_. *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 13, p. 1610-1619, 1959.

CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento, a cura di Francesco Carnelutti*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2, p. 693-772.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Ação declaratória incidental no Novo Código de Processo Civil*. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 62, nº 458, p. 26-30, dez. 1973. Republicado em *RT*, v. 93, nº 822, p. 755-759, abr. 2004.

\_\_\_\_\_. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Do rito sumário na reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiros*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiros no CPC, de lege ferenda*. *Revista de Processo*, v. 33, nº 159, p. 119-133, maio 2008.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e competência*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1959.

\_\_\_\_\_. *Eccezione e analisi dell'esperienza*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 15, p. 644-650, 1960.

\_\_\_\_\_. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. 3 v.

\_\_\_\_\_. *Progetto del Codice di Procedura Civile, presentato alla sottocommissione reale per la riforma del Codice di Procedura Civile - parte prima*. Padova: Cedam, 1926.

\_\_\_\_\_. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Un lapsus evidente?* *Rivista di Diritto Processuale*, v. 15, p. 446-449, 1960.

CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição*. Notas de Arnold Wald. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958. 2 v.

CARRATTA, Antonio. *Il principio della non contestazione nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1995.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Código de Processo Civil reformado*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipada*. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2003.

CARVALHO, Luiz Antonio da Costa. *Da reconvenção no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: Mattos, 1936.

CARVALHO, Milton Paulo de. *A prática do procedimento sumário na reforma do Código de Processo Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 423-438.

\_\_\_\_\_. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CAVALLARI, Bona Ciaccia. *La contestazione nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1992. 2 v.

CAVALLINI, Cesare. *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*. Napoli: Jovene, 2003.

CERINO CANOVA, Augusto. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*. In: ALLORIO, Enrico. *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: Utet, 1980. v. 2, p. 7-228.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945. 3 v.

\_\_\_\_\_. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Ristampa. Napoli: Jovene, 1965.

\_\_\_\_\_. *Saggi di diritto processuale civile*. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1993. 3 v.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Abandono da causa no novo Código de Processo Civil*. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 72, nº 254, p. 171-175, abr./maio/jun. 1976.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4.

\_\_\_\_\_. *Do chamamento à autoria: denúncia da lide*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Estado sobre a ação meramente declaratória: retorno à supremacia doutrinária de Chiovenda*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

COLESANTI, Vittorio. *Eccezione (diritto processuale civile)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 14, p. 172-205.

\_\_\_\_\_. *Enrico Tullio Liebman e la dottrina dell'azione e dell'eccezione. Enrico Tullio Liebman oggi: riflessioni sul pensiero di um maestro*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 19-34.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 45, p. 673-741, 1991.

\_\_\_\_\_. *Il principio di economia processuale*. Padova: Cedam, 1980. v. 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_ . Padova: Cedam, 1981. v. 2.

\_\_\_\_\_. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.

\_\_\_\_\_. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 48, p. 465-490, 1993.

\_\_\_\_\_. *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

CONSOLO, Claudio. Domanda giudiziale. *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*. Torino: Utet, 1998. v. 7, p. 44-110.

CORNU, Gerard; FOYER, Jean. *Procédure civile*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial: modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais*. 2008. Tese (Doutoramento) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. *O objeto litigioso no processo civil: a pretensão processual à tutela jurisdicional efetiva*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 2: Institutas de Gaio e de Justiniano, vertidas para o português, em confronto com o texto latino.

CORTESE, Ennio. Eccezione (diritto intermedio). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 14, p. 139-150.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1961.

\_\_\_\_\_. *Confissão e reconhecimento do pedido*. São Paulo: Saraiva, 1983.

COSTA, Salvador da. *Os incidentes da instância*. 4. ed. atual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA, Sérgio. Domanda giudiziale. *Nuovo digesto italiano*. Torino: Utet, 1934. v. 5, p. 159-165.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Novíssimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. 6, p. 161-169.

\_\_\_\_\_. Eccezione. *Nuovo digesto italiano*. Torino: Utet, 1937. v. 5, p. 259-263.

\_\_\_\_\_. Eccezione (diritto vigente). *Novíssimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1960. v. 6, p. 349-343.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Barueri: Manole, 2007.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

\_\_\_\_\_. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*. Tradução de Hilomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.

\_\_\_\_\_. Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma/Lexis Nexis, 2003. t. 1, p. 19-67.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus probatório*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Abandono do processo. *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 15-31.

\_\_\_\_\_. *A causa petendi na ação reivindicatória. Questões práticas de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 11-31.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi na ação de usucapião extraordinária*. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Processo civil: evolução 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 153-168.

\_\_\_\_\_. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. A denominada "situação substancial" como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista de Processo*, v. 17, nº 68, p. 271-281, out./dez. 1992.

\_\_\_\_\_. A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. *Revista do Advogado*, nº 39, p. 39-43, jul. 1993.

\_\_\_\_\_. Aspectos atuais do conceito de "exceção substancial" a partir da teoria chiovendiana. *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 1-13.

\_\_\_\_\_. *Da reconvenção: perfil histórico e dogmático*. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. *Desistência da ação*. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234-262.

\_\_\_\_\_. Identificação de ações – apreciação *incidenter tantum* – não abrangência pelo julgado – inexistência de coisa julgada material – enriquecimento indevido. *Revista Jurídica*, v. 49, nº 289, p. 43-57, nov. 2001.

\_\_\_\_\_. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade objetiva e a qualificação jurídica da demanda. *Revista do Advogado*, nº 44, p. 38-42, out. 1994.

\_\_\_\_\_. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_; TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios, RT, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 788, p. 92-107, jun. 2001.

\_\_\_\_\_. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *LEX: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v. 24, nº 119, p. 11-26, jan./fev. 1990.

\_\_\_\_\_. Para um conceito de irregularidade processual. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 83-108.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo: Dialética, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho procesal: introducción*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

\_\_\_\_\_. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. 3. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

\_\_\_\_\_. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005.

DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Cedam, 1937.

DE PETRIS, Vincenzo. Connessione (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1961. v. 9, p. 10-23.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355-371.
- DEMARCHI, Juliana. Ações dúplices, pedido contraposto e reconvenção. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2006. p. 39-49.
- DENTI, Vittorio. *Eccezione nel processo civile. Dall'azione al giudicato*. Padova: Cedam, 1983. p. 64-85.
- \_\_\_\_\_. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Dall'azione al giudicato*. Padova: Cedam, 1983. p. 46-63.
- \_\_\_\_\_. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 39, p. 443-464, 1984.
- DI BLASI, Ferdinando Umberto. Difesa (in generale). *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. 3, p. 615-618.
- DIAS, Carlos Alberto da Costa. Retenção por benfeitorias. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, nº 66, p. 46-51, out./dez. 1993.
- DIAZ, Clemente A. La exposición de los hechos de la demanda. In: MORELLO, Augusto M. (Org.). *Los hechos hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 3-22.
- DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DIDIER JR., Fredie. A sentença meramente declaratória como título executivo – aspecto importante da reforma processual civil brasileira de 2005. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte (Coord.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 245-251.
- \_\_\_\_\_. Aspectos processuais da prescrição: conhecimento *ex officio* e alegação em qualquer fase do procedimento. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no Código Civil (uma análise multidisciplinar)*, p. 57-68.
- \_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Regras processuais no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. *Revista de Processo*, v. 29, nº 116, p. 54-66, jul./ago. 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Capítulos da sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira. *Enrico Tullio Liebman oggi*. Milano: Giuffrè, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Execução civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 t.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. 4 v.
- \_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Ônus de afirmar e *causa petendi* – Os documentos indispensáveis a propositura da demanda – Ônus de afirmar e ônus de impugnação específica (CPC, art. 302) – Pedido determinado e sentença ilíquida – Confissões de dívida como declarações de vontade constitutivas – Honorários advocatícios (parecer). *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 94, nº 341, p. 215-238, jan./mar. 1998.
- \_\_\_\_\_. Ônus de contestar e os efeitos da revelia. *Revista de Processo*, v. 11, nº 41, p. 185-197, jan./mar. 1986.
- \_\_\_\_\_. Os institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 1, p. 112.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não cumprimento*. 2007. Tese (Doutoramento) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- DINI, Mario. *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1954.
- \_\_\_\_\_. Riconvenzione. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. 15, p. 965-972.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- EICHMANN. *Manual de derecho eclesiástico: a tenor del codex iuris canonici*. Tradução da 3. ed. alemã por T. Gómez Piñán. Barcelona: Bosch, 1931. v. 2.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin; NIPPERDEY, Hans Carl. *Tratado de derecho civil*. Tradução e notas de Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935. v. 2, t. 1.
- ESCOBEDO, Felicia. *Eccezione in senso sostanziale: studio di diritto processuale*. Milano: Istituto Editoriale Scientifico, 1927.
- ESTELLITA, Guilherme. *Da ação declaratória no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficina do Livro Vermelho, 1933.
- \_\_\_\_\_. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. 1955. Tese (Concurso à Cadeira de Direito Judiciário Civil) – Faculdade Nacional de Direito, Rio de Janeiro.
- ESTEVES, Carolina Bonadiman. *(In)disponibilidade do direito processual civil: uma análise crítica do seu reflexo sobre a atividade do juiz e das partes à luz dos princípios fundamentais*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- FABBRINI, Giovanni. *Eccezione di mérito nello svolgimento del processo di cognizione. Scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1989. v. 1, p. 333-404.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- \_\_\_\_\_. Ação consignatória fundada em dúvida quanto à titularidade do crédito. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 8, t. 3.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. Fatos notórios e máximas de experiência. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 100, nº 376, p. 3-10, nov./dez. 2004.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.



- FALZEA, Angelo. Accertamento. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1968. v. 1, p. 205-219.
- FAZZALARI, Elio. Azione civile (teoria generale e diritto processuale). *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*. Torino: Utet, 1991. v. 2, p. 30-42.
- \_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1995. 2 v.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*. 1989. Tese (Doutoramento) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- FERNANDEZ, Elizabeth. Atenuação do princípio do dispositivo: êxito ou frustração? *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, São Paulo, v. 49, nº 286-288, p. 279-292, jul./dez. 2000.
- FERREIRA, William Santos. Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – compatibilizações processuais e materiais. In: ASSIS, Araken de et al. (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 543-556.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Direito de retenção*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1944.
- FONSECA, Vitor Moreira da. *A congruência da tutela jurisdicional*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- FORNACIARI JR., Clito. *A reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1983.
- \_\_\_\_\_. Devolução das parcelas pagas supõe pedido. *Tribuna do Direito*, v. 9, nº 105, p. 417, jan. 2004.
- \_\_\_\_\_. Pedido contraposto. *Processo civil: verso e reverso*. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2003. p. 93-98.
- \_\_\_\_\_. *Reconhecimento jurídico do pedido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- FRAGA, Affonso. *Instituições do processo civil do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1940. 3 v.
- FRANCO, Ary Azevedo. *A prescrição extintiva no Código Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Bastos, 1950.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GERALDES, Antônio dos Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Coimbra: Almedina, 1999. 2 v.
- GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GIANNOZZI, Giancarlo. *La contumácia nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.
- \_\_\_\_\_. *La modificazione dellla domanda nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1958.
- GODINHO, Carlos. Indenização por benfeitorias. *Tribuna do Direito*, v. 12, nº 158, p. 12, ago. 2007.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GONZAGA, N. Tolentino. *Extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1925.
- GONZÁLEZ CASTRO, Manuel Antonio. *La acción meramente declarativa*. Córdoba: Alveroni, 2007.
- GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na ação declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004.
- GRASSO, Biagio. Prescrizione (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1980. v. 35, p. 56-75.
- GRASSO, Edoardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 21, p. 580-609, 1966.
- \_\_\_\_\_. *La pronuncia d'ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967.
- \_\_\_\_\_. L'interpretazione della preclusione e nuovo processo civile de primo grado. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 48, p. 639-655, 1993.
- GRECO, Leonardo. Concurso e cumulação de ações. *Revista de Processo*, v. 32, nº 147, p. 11-26, maio 2007.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- \_\_\_\_\_. Ação (direito de) – II. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 170-180.
- \_\_\_\_\_. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, nº 16, p. 22-29, mar./abr. 2002.
- \_\_\_\_\_. O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo. *O processo em sua unidade II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 56-69.
- \_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*. 7. ed. rev. e atual. Cizur Menor: Aranzandi Thomson Civitas, 2005. t. 1.
- GUIMARÃES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GUINCHARD, Serge; VINCENT, Jean. *Procédure civile*. 27. ed. Paris: Dalloz, 2003.
- HABSCHEID, Walter J. Loggetto del processoneel diritto processuale civile tedesco. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 35, p. 454-464, 1980.
- HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937.
- IGLESIAS, André de Freitas. Condenação versus declaração – a polémica do título executivo do inciso I do art. 475-N do CPC. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte (Coord.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35-92.
- JARDIM, Afrânio Silva. O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno. *Revista de Processo*, v. 11, nº 44, p. 166-175, out./dez. 1986.
- JAUERING, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25. ed. refundida da obra criada por Frederich Lent. Coimbra: Almedina, 1998.

JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JUNOY, Joan Picó i. *Las garantías constitucionales del proceso*. 1. ed. 3ª reimpressão. Barcelona: Bosch, 2002.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle e revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie*. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile: la novella del 1990 (appunti per gli studenti)*. Milano: Giuffrè, 1991.

LACERDA, Galeno. As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 70, nº 246, p. 160-166, abr. 2003.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 8, t. 1.

\_\_\_\_\_. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

\_\_\_\_\_. O Código e o formalismo processual. *Ajuris*, v. 10, nº 28, p. 7-14, jul. 1983.

LASSO, Anna. *Le eccezioni in senso sostanziali*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e dissolução da união estável*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *A prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENTI, Frederich. *Diritto processuale civile tedesco*. Tradução de Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962.

\_\_\_\_\_. Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 10, p. 150-158, 1954.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. São Paulo: Renovar, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 7, p. 327-332, 1952.

\_\_\_\_\_. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001.

\_\_\_\_\_. Exceção e reconvenção – arguição de nulidade de contrato (parecer). *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 44, nº 120, p. 382-383, dez. 1948.

\_\_\_\_\_. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 15, p. 552-565, 1960.

\_\_\_\_\_. *Intorno ai rapporti tra azione e eccezione*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 15, p. 449-452, 1960.

\_\_\_\_\_. *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento, a cura di Francesco Carnelutti*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 1, p. 581-607.

LIEBMAN, Enrico. *L'azione nella teoria del processo civile. Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 22-53.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1932. 2 v.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1980. 2 v.

\_\_\_\_\_. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.

LIMA, Maria Rosinete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

LIOTA, Filippo. *Domanda giudiziale (diritto intermedio)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 13, p. 812-816.

LOCATELLI, Francesca. *L'accertamento incidentale ex lege: profili*. Milano: Giuffrè, 2008.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, v. 6, nº 23, p. 45-60, jul./set. 1981.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 3 v.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2006. p. 9-25.

\_\_\_\_\_. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-131.

LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. *Eccezione (diritto romano)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 14, p. 135-139.

MACHADO, Antônio Montalvão. *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro e São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo trabalhista*. São Paulo: LIT, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Considerações acerca de certa tendência legislativa à atenuação do dogma nemo ad factum praecise cogit potest*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Processo civil: evolução 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 259-272.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007. 2 v.

\_\_\_\_\_. *Riflessioni in tema di "petitum" e di "causa petendi"*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 39, p. 465-480, 1984.

MARCATO, Antonio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. 6. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARCATO, Antonio Carlos. (Coord.) et al. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Das exceções rituais no processo civil brasileiro: competência, impedimento e suspeição*. 1989. Tese (Doutoramento) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. *Procedimentos especiais*. 8. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1: Teoria geral do processo.

\_\_\_\_\_. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela de direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmicas sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 197-252.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipada, julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3: *Execução*.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Edição atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, 2000.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. 5 v.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. 4 v.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v. 1 a 4.

MARTINS, Sandro Gilbert. Anotações sobre a ação declaratória incidental. *Revista de Processo*, v. 30, nº 128, p. 279-286, out. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1.

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Direito processual civil*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

\_\_\_\_\_. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MENESTRINA, Francesco. *Pregiudiciale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.

MERÊA, Manuel Paulo. *Resumo das lições de história do direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1925.

MESQUITA, Luiz Miguel de Andrade. *Reconvenção e exceção no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2009.

MICHELI, Gian Antonio. *Lonere della prova*. Padova: Cedam, 1966.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 231-254.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 10. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

\_\_\_\_\_. Desistência da ação. *RF*, Rio de Janeiro: Forense, v. 89, nº 324, p. 45-48, out./dez. 1993.

\_\_\_\_\_. Preclusão (processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 141-183.

\_\_\_\_\_. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. 6. ed. atual. por J. M. Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 1.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho jurisdiccional II, proceso civil*. 13. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

\_\_\_\_\_. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Tradução e prefácio de Franco Cipriani. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 11. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo, ação e pretensão. *Revista de Processo*, v. 13, nº 47, p. 109-123, jul./set. 1987.

MORTARA, Ludovico. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*. 4. ed. Milano: Dott. Francesco Vallardi, 1923. v. 2.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. 12ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

NAPPI, Pasquale. La domanda proposta in via riconvenzionale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 43, p. 751-813, 1995.

NASI, Antonio. Contraditório (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1961. v. 9, p. 700-708.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luís Guilherme Aida. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Celso. Ação (classificação) – III. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 181-191.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contra-ataque do réu: indevida confusão entre as diferentes espécies (reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice). *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 1, nº 9, p. 24-33, dez. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.
- \_\_\_\_\_. Pretensão do réu de manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva – pedido contraposto previsto pela lei material (art. 479, CC). In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reflexos do Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodium, 2006. p. 247-260.
- \_\_\_\_\_; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *Reformas do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil brasileiro (contribuição ao estudo dos atos postulatorios). 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Efetividade e tutela jurisdicional. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, nº 98, p. 7-32, jun. 2005.
- \_\_\_\_\_. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Manual de revelia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA NETO. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ORESTANO, Riccardo. *Lazione (in generale)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 4, p. 785-829.
- ORIANI, Renato. *Eccezione*. *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*. Torino: Utet, 1998. v. 7, p. 262-311.
- ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ORSI, Luigi. *Pretessa*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 35, p. 359-373.
- OTTOLENGHI, Mauricio A. *Demanda*. *Enciclopedia jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. t. 6, p. 461-490.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa de. *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- PALERMO, Antonio. *Pretessa*. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. 13, p. 803-808.
- \_\_\_\_\_. *Studi sulla "exceptio" nel diritto classico*. Milano: Giuffrè, 1956.
- PANZA, Giuseppe. *Prescrizione*. *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*. Torino: Utet, 1998. v. 16, p. 226-242.
- PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964.
- PAULA, Cláudio Cesar de. *Declaração incidente: ação declaratória incidental e arguição de falsidade documental*. Campinas: Millennium, 2005.
- PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. 7. ed. melhorada. Rio de Janeiro: Garnier, 1907.
- PEKELIS, Alessandro. *Azione*. *Novissimo digesto italiano – Appendice*. Torino: Utet, 1980. p. 91-108.
- PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *O direito fundamental à tutela jurisdicional*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Rio de Janeiro: Garnier, 1906.
- PEYRANO, Jorge W. *Los hechos secundarios del proceso civil*. In: MORELLO, Augusto M. (Org.). *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 93-98.
- PINTAÚDE, Gabriel. *Tutela jurisdicional (no confronto doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovidio Baptista da Silva e no pensamento de Flávio Luiz Yarshell)*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmicas sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 197-252.
- PINTO, Erica Rusch Daltro. *Distribuição do ônus da prova à luz do princípio da igualdade*. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). *Constituição e processo*. Salvador: JusPodium, 2007. p. 115-154.
- PINTO FERREIRA, Luís. *Da resposta do réu*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Exceção – I*. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 34, p. 329-335.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 1 a 17.
- \_\_\_\_\_. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. v. 8.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 6, 24 e 25.
- \_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, t. 1.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_ . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 2.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- PROTO PISANI, Andrea. *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo de Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodium, 2007. p. 89-97.
- \_\_\_\_\_. *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi*. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 45, p. 386-413, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.
- PROVERA, Giuseppe. *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*. Torino: G. Giappichelli, 1951.
- \_\_\_\_\_. *Linee generali di uno studio sui "iudicia contraria"*. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, nº 8, fasc. 1, p. 113-135, 1942.
- PUGLIATTI, Salvatore. *Eccezione (teoria generale)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 14, p. 151-172.
- PUGLIESE, Giovanni. *Azione (diritto romano)*. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. v. 2, p. 24-29.



- PUGLIESE, Giovanni. Domanda giudiziale (diritto romano). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 13, p. 807-812.
- \_\_\_\_\_. Giudicato civile (diritto vigente). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 18, p. 785-893.
- \_\_\_\_\_. Giudicato civile (storia). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 18, p. 727-785.
- \_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1990.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- RAMALHO, Joaquim Inácio. *Praxe brasileira*. São Paulo: Typographia Ypiranga, 1869.
- RANGEL, Ruy Manoel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1938.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.
- RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode conhecer de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 495-499.
- RICCI, Gian Franco. *Allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 46, p. 835-874, 1992.
- RICO, Osvaldo da Silva. *Da reconvenção e da compensação no direito brasileiro*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Tradução de Mariano Ovejero. Buenos Aires: El Foro, 2003.
- ROCHA, José de Moura. *Compensação*. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 16, p. 301-322.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Manual de execução civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 4: *Responsabilidade civil*.
- \_\_\_\_\_. *Transação*. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 74, p. 277-285.
- ROMANO, Alberto A. *Lazione di accertamento negativo*. Napoli: Jovene, 2006.
- ROSA, Elieser. *Novo dicionário de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. t. 1 e 2.
- SALVIOLI, Giuseppe. *Storia del diritto italiano*. Torino: Utet, 1921.
- SANPOS SALGADO, M. *Reconvenção*. Barcelona: Nereo, 1962.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.
- SANTOS, Gildo dos. *Locação e despejo: comentários à Lei 8.245/91*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- SANTOS, Nelson dos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.
- SATTA, Salvatore. *Accertamento incidentale*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 1, p. 243-246.
- \_\_\_\_\_. *Diritto processuale civile*. 8. ed. Padova: Cedam, 1963.
- \_\_\_\_\_. *Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. v. 13, p. 816-820.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.
- \_\_\_\_\_. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.
- \_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1 e v. 2, t. 1.
- \_\_\_\_\_. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3 e 5.
- \_\_\_\_\_. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, v. 33, nº 161, p. 261-270, jul. 2008.
- \_\_\_\_\_. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.
- SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Tradução de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.
- SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti*. Roma: Anonima Romana Editoriale, 1936.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1955. v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto cautelar*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei nº 11.232/2005. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 186-209.
- \_\_\_\_\_. *Contribuição ao estudo da preclusão processual civil: conceito, dinâmica e interpretação*, 2005. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- \_\_\_\_\_. *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no novo Código Civil e no direito processual civil*. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 183-202.
- \_\_\_\_\_. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, v. 32, nº 146, p. 49-68, abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Reconhecimento *ex officio* da cláusula de eleição de foro e exceção de incompetência relativa (artigos 112, parágrafo único, 114 e 305 do CPC). In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 210-214.

\_\_\_\_\_. Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 161-230. (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 8.)

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Lei dos juizados especiais cíveis anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Do valor da causa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, v. 22, nº 86, p. 174-184, abr./jun. 1997.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Sentença que reconhece obrigação como título executivo (art. 475-N, I, acrescido pela lei 11.232/2005), *Revista Jurídica*, v. 54, nº 344, p. 19-43, jun. 2006.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso*. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada. Madrid: La Ley, 2000.

\_\_\_\_\_. *La compensación en el proceso civil*. Madrid: Trivium, 1988.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. O princípio da fungibilidade no processo civil. 2005. Tese (Doutoramento) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: Cedam, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação declaratória e incidente de falsidade: falso ideológico e intervenção de terceiro. *Revista de Processo*, v. 13, nº 51, p. 32-41, jul./set. 1988.

\_\_\_\_\_. A exceção de prescrição no processo civil: impugnação do devedor e decretação de ofício pelo juiz. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo César Pinheiro (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 303-323.

\_\_\_\_\_. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 1. ed. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória. *Revista de processo*, v. 21, nº 81, p. 82-97, jan./mar. 1996.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3, t. 2.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

\_\_\_\_\_. Embargos de declaração: remédio hábil para introduzir no julgamento o *ius superveniens*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 601-619.

\_\_\_\_\_. Exceção – III. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 34, p. 359-367.

\_\_\_\_\_. *O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Processo cautelar*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 2002.

\_\_\_\_\_. *Processo de execução*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 1999.

\_\_\_\_\_. O novo Código Civil e as regras heterotrópicas de natureza processual. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reflexos do Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodium, 2006. p. 125-143.

TORDINO, Luiz Justo Severo. *Da reconvenção*. 1978. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

TORTI, Roberto Raúl et al. *El proceso ordinario en la Provincia de Buenos Aires y en La Nación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

TRABA, José María Torres. La reconvenção. In: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (Coord.). *Defensas y excepciones*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 77-132.

TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco ed italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. *Da contumácia no processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1964.

\_\_\_\_\_. Demanda reconvenção (ou reconvenção). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 23, p. 251-257.

VELLANI, Carlo. La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 55, p. 979-1054, 2001.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico, nulidade e anulabilidade, de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1, 2 e 4.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6. ed. agg. Napoli: Jovene, 2002. v. 1.

VESCOVI, Enrique. Modificación de la demanda. *Revista de Processo*, v. 8, nº 30, p. 207-212, abr./jun. 1983.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A novação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes et al. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

VIGORITTI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1973.

VULLO, Enzo. *La domanda riconvenzionale nel ordinario di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1995.

- WACH, Adolf. *Prętenسیون de declaración*. Tradução de Juan M. Semon. Buenos Aires: Ejea, 1962.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.
- \_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.
- \_\_\_\_\_. Considerações sobre a parte incontroversa da demanda na ação movida pelo devedor: os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004. *Revista de Processo*, v. 32, nº 143, p. 26-41, jan. 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WATANABE, Kazuo. Ação dúplice. *Revista de Processo*, v. 8, nº 31, p. 138-143, jul./set. 1983.
- \_\_\_\_\_. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.
- WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polêmicas sobre la "actio"*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de "ação dúplice". In: \_\_\_\_\_.; MORAES, Mauricio Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 563-574.
- \_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 6. ed. atual. Milano: Giuffrè, 1964. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*: arts. 490-491 CPC. Milano: Società Editrice Libreria, 1916.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. Defesas do executado. In: BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio (Coord.). *A nova execução de títulos judicial: comentários à Lei 11.232/2005*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 129-167.
- \_\_\_\_\_. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*, v. 17, nº 109, p. 45-56, mar. 2003.

Formato 17 × 24 cm  
Tipologia Charter 11/13  
Papel Alta Alvura 75 g/m<sup>2</sup> (miolo)  
Supremo 250 g/m<sup>2</sup> (capa)

Número de páginas 344  
Impressão Yangraf

**Heitor Vitor Mendonça Sica** é professor doutor do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, bacharel em Direito, mestre e doutor em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Advogado em São Paulo. Autor do livro *Preclusão processual civil*, já em sua 2ª edição (2008), publicado pela Editora Atlas.