

CASSIO SCARPINELLA BUENO

Curso
Sistemizado de
**DIREITO
PROCESSUAL
CIVIL**

Procedimento comum:
ordinário e sumário

7ª edição
Revista e atualizada

2
Tomo
I

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,
das 8:30 às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62)

3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo

Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo

Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)

3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 –

Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 –

Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)

2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-22143-7

Bueno, Cassio Scarpinella
Curso sistematizado de direito processual civil :
procedimento comum : ordinário e sumário, vol. 2, tomo I /
Cassio Scarpinella Bueno. – 7. ed. rev. e atual. – São
Paulo : Saraiva, 2014.
Bibliografia.
1. Processo civil I. Título.
CDU-347.9

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito processual civil 347.9

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente editorial Thaís de Camargo Rodrigues
Assistente editorial Poliana Soares Albuquerque
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt
Bressan / Flavia Gutterres Falcão de Oliveira
Projeto gráfico Lais Soriano
Arte e diagramação Jessica Siqueira
Revisão de provas Amélia Kassis Ward / Paula Brito Araújo
Serviços editoriais Marília Cordeiro / Tatiana dos Santos Romão
Capa Muiraquitã Editoração Gráfica

Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 4-11-2013

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

O autor é Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUCSP. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUCSP. Membro e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Técnica de Apoio à elaboração do relatório-geral na revisão do projeto do novo Código de Processo Civil no âmbito do Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o mesmo Projeto no âmbito da Câmara dos Deputados. Advogado.

Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.
(Ricardo Reis)

A *Ela*, porque “*ser* é preciso” (...)

ABREVIATURAS

- AASP—Associação dos Advogados de São Paulo
ACi/Ree Nec.—Apelação Cível e Reexame Necessário
ACO— Ação Cível Originária
ADI— Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-MC— Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag—Agravado de Instrumento
AgRg na Pet.— Agravado Regimental na Petição
AgRg no Ag— Agravado Regimental no Agravado de Instrumento
AgRg no AgRg no REsp— Agravado Regimental no Agravado Regimental no Recurso Especial
AgRg no AREsp— Agravado Regimental no Agravado em Recurso Especial
AgRg no CC— Agravado Regimental no Conflito de Competência
AgRg no CComp— Agravado Regimental no Conflito de Competência
AgRg no REsp— Agravado Regimental no Recurso Especial
AgRg nos EDcl no REsp— Agravado Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
AI—Agravado de Instrumento
AI-AgR— Agravado Regimental no Agravado de Instrumento
AO— Ação Originária
c/c— combinado com
CC— Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002)
CComp— Conflito de Competência
CF— Constituição Federal (de 5 de outubro de 1988)
CNJ— Conselho Nacional de Justiça
coord.— coordenação
CP— Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)
CPC— Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)
CTN— Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966)

Des.—Desembargador
DJ— Diário da Justiça
DJe— Diário da Justiça eletrônico*
DJE— Diário da Justiça Eletrônico*
DJERS— Diário da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
d.m.— decisão monocrática
EAREsp— Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial
EC— Emenda Constitucional
ed.— edição
EDcl no AgRg no CComp— Embargos de Declaração no Agravo Regimental
no Conflito de Competência
EREsp— Embargos de Divergência no Recurso Especial
FGTS— Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBDP— Instituto Brasileiro de Direito Processual
IDC— Incidente de Deslocamento de Competência
j.m.v.— julgamento por maioria de votos
j.un.— julgamento por unanimidade
LC— Lei Complementar
LICC— Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de
setembro de 1942), renomeada pela Lei n. 12.376/2010 para Lei de
Introdução às normas do Direito Brasileiro.
Min.— Ministro(a)
MP— Medida Provisória
OAB— Ordem dos Advogados do Brasil
p.— página(s)
p./—para
Pet.— Petição
Pet-AgR— Agravo Regimental na Petição
PL—Projeto de Lei
PLS—Projeto de Lei iniciado no Senado Federal
QO— Questão de Ordem
RE— Recurso Extraordinário
RE-AgR— Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
rel.— relator(a)

rel. p./acórdão—relator(a) para o acórdão
REsp— Recurso Especial
RMS— Recurso ordinário em mandado de segurança
RO— Recurso Ordinário
RT— Revista dos Tribunais
STF— Supremo Tribunal Federal
STJ— Superior Tribunal de Justiça
ss.— seguintes
t.— tomo
TJSP—Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UNIDROIT— Institut international pour l’unification du droit privé (Instituto
para a unificação do direito privado)
v.— veja
vol.— volume

* O número que segue à abreviatura refere-se ao exemplar do Diário da Justiça e a data é a da sua *disponibilização* na página do Tribunal. Quando não indicado nenhum número, a data é a da *publicação* do Diário da Justiça.

Abreviaturas

Nota à 7ª edição

Nota à 6ª edição

Nota à 5ª edição

Nota à 4ª edição

Nota à 3ª edição

Nota à 2ª edição

INTRODUÇÃO

1. O chamado “processo de conhecimento”
2. Do “processo de conhecimento” ao procedimento comum (ordinário e sumário).
3. As “fases” do procedimento comum ordinário como paradigma de estudo

PARTE I – COMPETÊNCIA

Capítulo 1 – Introdução

1. Considerações iniciais
2. Critérios de classificação da competência
 - 2.1. Competência absoluta e competência relativa
 - 2.2. Outros critérios classificatórios da competência
3. Competência internacional e competência interna

Capítulo 2 – Competência interna

1. Considerações iniciais
2. Regras de competência na Constituição Federal
 - 2.1. Supremo Tribunal Federal
 - 2.2. As “justiças especiais”

2.3. A competência da Justiça Federal de primeira instância

3. Regras de identificação de competência do Código de Processo Civil: competência de foro

4. Competência de juízo

4.1. Competência dos Juizados Especiais Cíveis

5. Estabilização da competência (*perpetuatio jurisdictionis*)

Capítulo 3 – Modificação da competência

1. Considerações iniciais

2. Conexão

3. Continência

4. Vontade das partes: foro de eleição

5. Vontade do réu

6. Prevenção

7. Declaração de incompetência

7.1. A nulidade da cláusula de eleição de foro

Capítulo 4 – Conflito de competência

1. Considerações iniciais

2. Procedimento

3. Competência e julgamento

PARTE II – FASE POSTULATÓRIA

Capítulo 1 – Petição inicial

1. Considerações iniciais

2. Elementos da petição inicial

3. Visão panorâmica do art. 282

4. Competência

5. Partes

5.1. Qualificação do autor e do réu

5.2. Pluralidade de partes (*litisconsórcio*)

6. Causa de pedir

7. Pedido

7.1. Pedido certo e determinado

7.1.1. Pedido genérico

7.1.2. Especialmente o art. 285-B

7.2. Cumulação de pedidos

7.2.1. Regras para a cumulação de pedidos

7.2.2. Cumulação subjetiva

7.2.3. Cumulação de pedidos pelo réu

7.3. Pedido cominatório

7.4. O pedido e as obrigações alternativas

7.5. Especificamente as obrigações indivisíveis

7.6. Pedidos “implícitos” e efeitos *anexos* da sentença

7.7. Interpretação restritiva do pedido

7.8. Alteração do pedido

7.8.1. Limite procedimental da alteração do pedido

8. Valor da causa

8.1. Critérios codificados para o valor da causa

9. Provas

9.1. Juntada de documentos com a petição inicial

9.2. Documentos em poder do réu

9.3. Ausência de documentos indispensáveis

9.4. Documentos originais e em cópia

10. Citação

11. Antecipação da tutela

12. Assinatura do advogado

13. Outros elementos da inicial

14. Distribuição da petição inicial

15. Irregularidades na petição inicial

Capítulo 2 – Juízo de admissibilidade da petição inicial

1. Considerações iniciais

2. Juízo positivo de admissibilidade: o recebimento da inicial

2.1. O mandado de citação

2.1.1. Irregularidades no mandado de citação

- [2.2. Efeitos materiais da citação](#)
- [2.3. Efeitos processuais da citação](#)
- [2.4. Recurso do recebimento da inicial](#)
- [3. Juízo negativo de admissibilidade: rejeição da inicial com fundamento no art. 295](#)
 - [3.1. Apelação da sentença que indefere a inicial nos casos do art. 295 \(art. 296\)](#)
 - [3.2. O indeferimento da petição inicial nos casos do art. 285-A](#)
 - [3.2.1. Matéria controvertida unicamente de direito](#)
 - [3.2.2. Sentença de total improcedência em casos idênticos](#)
 - [3.2.3. Repetição da sentença de improcedência](#)
 - [3.2.4. A apelação do autor](#)
 - [3.2.5. A citação do réu](#)
- [4. Juízo neutro de admissibilidade: emenda ou complementação da petição inicial](#)
 - [4.1. Emendas sucessivas](#)
 - [4.2. Prorrogação do prazo](#)

Capítulo 3 – Defesas do réu

- [1. Considerações iniciais](#)
- [2. Contestação](#)
 - [2.1. O princípio da concentração da defesa](#)
 - [2.2. Defesas processuais](#)
 - [2.2.1. Inexistência ou nulidade da citação](#)
 - [2.2.2. Incompetência absoluta](#)
 - [2.2.3. Inépcia da petição inicial](#)
 - [2.2.4. Perempção, litispendência e coisa julgada](#)
 - [2.2.5. Conexão](#)
 - [2.2.6. Incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização](#)
 - [2.2.7. Convenção de arbitragem](#)
 - [2.2.8. Carência de ação](#)

2.2.9. Falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar

2.2.10. Outras “preliminares”

2.3. Defesas substanciais

2.4. Prazo para contestação

3. Exceções

3.1. Exceção de incompetência

3.1.1. A apresentação da exceção de incompetência

3.2. Exceção de impedimento e suspeição

4. Reconvenção

4.1. Pressupostos da reconvenção

4.2. O procedimento da reconvenção

4.3. O julgamento da reconvenção

Capítulo 4 – Outros comportamentos do réu

1. Considerações iniciais

2. Pedido incidental de declaração

3. Desmembramento do litisconsórcio

4. Nomeação à autoria

5. Denúnciação da lide

6. Chamamento ao processo

7. Impugnação ao valor da causa

8. Incidente de falsidade documental

9. Exibição de documento ou coisa

10. Justiça gratuita

11. Revelia

12. Reconhecimento jurídico do pedido

13. Dinâmica das respostas do réu

PARTE III – FASE ORDINATÓRIA

Capítulo 1 – Providências preliminares

1. Considerações iniciais

2. A identificação das providências preliminares

3. Contestação do réu
4. Exceções
5. Reconvenção
6. Revelia
7. Pedido incidental de declaração
8. Litisconsórcio e intervenção de terceiros
9. Impugnação ao valor da causa
10. Incidente de falsidade
11. Justiça gratuita
12. Reconhecimento jurídico do pedido
13. Especificamente o saneamento do processo
14. A estabilização da demanda

Capítulo 2 – Julgamento conforme o estado do processo

1. Considerações iniciais
2. Extinção do processo
3. Julgamento antecipado da lide
 - 3.1. O inciso I do art. 330
 - 3.2. O inciso II do art. 330
 - 3.3. Julgamento antecipado da lide e antecipação da tutela jurisdicional
4. Audiência preliminar
 - 4.1. Hipóteses de realização da audiência preliminar
 - 4.2. O fim da “fase *ordinatória*” e o início da “fase *instrutória*”

PARTE IV – FASE INSTRUTÓRIA

Capítulo 1 – Teoria geral das provas

1. Considerações iniciais
2. Conceito, delimitação do tema e classificações
3. Prova e cognição judicial
4. Sistemas de avaliação da prova
5. Presunções e indícios
6. Os princípios relativos às provas
7. Objeto da prova

- 8. Ônus da prova
- 9. Meios de prova
- 10. A dinâmica da prova

Capítulo 2 – Depoimento pessoal

- 1. Considerações iniciais
- 2. Interrogatório
- 3. O depoimento pessoal (propriamente dito)
- 4. O depoimento por iniciativa da própria parte
- 5. A produção do depoimento
- 6. Recusa do depoimento pessoal

Capítulo 3 – Confissão

- 1. Considerações iniciais
- 2. Classificação
- 3. A produção da confissão
- 4. A indivisibilidade da confissão
- 5. A anulação da confissão
- 6. Abrangência da confissão

Capítulo 4 – Exibição de documento ou coisa

- 1. Considerações iniciais
- 2. Exibição requerida em face da parte contrária
- 3. Exibição requerida perante terceiro
- 4. Exibição determinada de ofício

Capítulo 5 – Prova documental

- 1. Considerações iniciais
- 2. A prova documental classificada quanto à sua autoria
 - 2.1. Documentos públicos e privados
 - 2.2. Documentos autênticos e não autênticos. Cópias de documentos
 - 2.3. Documentos autógrafos e heterógrafos
- 3. Produção da prova documental
- 4. Incidente de falsidade documental
 - 4.1. Campo de incidência da arguição de falsidade

4.2. Procedimento da arguição de falsidade

Capítulo 6 – Prova testemunhal

1. Considerações iniciais

2. A pertinência da prova testemunhal

3. Testemunhas

4. A produção da prova testemunhal

4.1. Casos excepcionais de oitiva das testemunhas

5. A inquirição da testemunha

Capítulo 7 – Prova pericial

1. Considerações iniciais

2. O perito

2.1. A imparcialidade do perito

3. Os assistentes técnicos

4. A produção da prova pericial

5. A dispensa da perícia

6. A análise da perícia pelo juiz

7. As despesas com a perícia

Capítulo 8 – Inspeção judicial

1. Considerações iniciais

2. Objeto da inspeção judicial

3. Inspeção judicial e perícia

4. Produção da inspeção judicial

5. O “princípio da identidade física do juiz” e a inspeção judicial

Capítulo 9 – Audiência de instrução e julgamento

1. Considerações iniciais

2. Abertura e adiamento da audiência

3. Conciliação

4. Instrução e debates

5. Julgamento

PARTE V – FASE DECISÓRIA

Capítulo 1 – Sentença

1. O conceito legal de sentença

1.1. A sentença e a sua função processual

1.2. Sentença e “processo de conhecimento” e “processo de execução”

2. Momentos em que a sentença pode ser proferida

3. Os possíveis conteúdos da sentença

3.1. Sentenças *terminativas* (art. 267).

3.1.1. Indeferimento da inicial

3.1.2. Paralisação do processo

3.1.3. Ausência de pressupostos processuais de existência e validade e ocorrência de pressupostos processuais negativos

3.1.4. Ausência de condições da ação

3.1.5. Convenção de arbitragem

3.1.6. Desistência da ação

3.1.7. “Intransmissibilidade” da ação

3.1.8. Confusão entre autor e réu

3.1.9. Outros casos

3.2. Sentenças *definitivas* (art. 269).

3.2.1. Acolhimento ou rejeição do pedido

3.2.2. Reconhecimento jurídico do pedido

3.2.3. Transação

3.2.4. Decadência ou prescrição

3.2.5. Renúncia do direito sobre o qual se funda a ação

4. A sentença como ato processual

4.1. Os elementos essenciais da sentença

4.2. Outros elementos da sentença

4.3. Ausência de algum elemento da sentença

5. Capítulos da sentença

6. Correlação entre pedido e sentença

6.1. Vícios da sentença

6.2. Pedido certo e sentença ilíquida

6.3. Sentença e relação jurídica condicional

- 7. A sentença e os fatos e o direito supervenientes
 - 7.1. Fato novo e o autor
 - 7.2. Fato novo e o réu
 - 7.3. Direito novo
 - 7.4. Aplicação do art. 462 no âmbito dos Tribunais
 - 7.5. O art. 462 e a sucumbência
- 8. O “princípio da invariabilidade da sentença”
 - 8.1. O art. 463, *caput*, depois da Lei n. 11.232/2005
 - 8.2. Inexatidões materiais ou erros de cálculo
 - 8.3. Embargos de declaração
 - 8.4. Embargos de declaração e erros materiais ou de cálculo
- 9. Efeitos principais da sentença
 - 9.1. Os arts. 466-A a 466-C
- 10. Efeitos anexos da sentença
 - 10.1. Hipoteca judiciária
 - 10.2. Outros efeitos anexos da sentença
- 11. Efeitos reflexos da sentença

Capítulo 2 – Coisa julgada

- 1. Considerações iniciais
- 2. Coisa julgada formal e coisa julgada material
- 3. Funções positiva e negativa da coisa julgada
- 4. Os limites objetivos da coisa julgada
 - 4.1. A eficácia preclusiva da coisa julgada: o “princípio do dedutível e do deduzido”
 - 4.2. A justiça da decisão
 - 4.3. Coisa julgada e cognição jurisdicional
- 5. Limites subjetivos da coisa julgada
- 6. Limites temporais da coisa julgada
- 7. Meios de contraste da coisa julgada
 - 7.1. A relativização da coisa julgada

PARTE VI – PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Capítulo 1 – Introdução

1. Considerações iniciais

2. Hipóteses de cabimento do procedimento sumário

2.1. Ainda as hipóteses de cabimento do procedimento sumário: os Juizados Especiais

Capítulo 2 – Fase postulatória

1. Petição inicial

2. Citação e audiência preliminar

3. As respostas do réu

Capítulo 3 – Fases ordinatória, instrutória e decisória

1. Atividade ordinatória e julgamento conforme o estado do processo

2. Audiência de instrução e julgamento

Capítulo 4 – Peculiaridades procedimentais

1. Atos processuais não admitidos no procedimento sumário

2. Aspectos recursais

3. Conversão do procedimento sumário em ordinário

PARTE VII – PLURALIDADE DE PARTES E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Capítulo 1 – Introdução

1. Explicação inicial

2. Premissas necessárias

2.1. Direito material e direito processual

2.2. Partes e terceiros: apresentação de um critério distintivo útil

2.3. O fenômeno da intervenção de terceiros no Código de Processo Civil

2.4. Efeitos reflexos das decisões jurisdicionais e coisa julgada

2.5. Princípio da economia e da eficiência processuais

3. Legitimação ordinária e extraordinária

3.1. Substituição processual e sucessão processual

Capítulo 2 – Litisconsórcio

1. Considerações iniciais

- [1.1. As classificações do litisconsórcio](#)
- [1.2. O litisconsorte como “parte plúrima”](#)
- [2. Litisconsórcio facultativo](#)
 - [2.1. Hipóteses de litisconsórcio facultativo](#)
 - [2.2. O parágrafo único do art. 46: a *limitação* do litisconsórcio facultativo](#)
 - [2.3. Litisconsórcio facultativo sucessivo, alternativo ou eventual](#)
 - [2.4. Intervenção litisconsorcial voluntária](#)
- [3. Litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário](#)
 - [3.1. A ausência de participação de litisconsorte necessário e a “ineficácia” da sentença](#)
 - [3.2. A arguição da ausência do litisconsorte necessário](#)
 - [3.3. A ausência do litisconsorte necessário: a intervenção por determinação judicial](#)
 - [3.4. A legitimidade dos cônjuges em juízo](#)
- [4. O art. 48 e o princípio da autonomia dos litisconsortes](#)
 - [4.1. O art. 48 e o litisconsórcio unitário](#)
 - [4.2. A diversidade de procuradores e o litisconsórcio](#)

Capítulo 3 – Assistência

- [1. Considerações iniciais](#)
- [2. O interesse jurídico do assistente: a assistência simples e a litisconsorcial](#)
- [3. O pedido de assistência](#)
- [4. A atuação processual do assistente](#)
- [5. O assistente e a coisa julgada](#)
- [6. A justiça da decisão](#)
- [7. O recurso de terceiro prejudicado e a assistência](#)

Capítulo 4 – Oposição

- [1. Considerações iniciais](#)
- [2. A apresentação da oposição](#)
- [3. A citação dos opostos](#)
- [4. Litisconsórcio entre os opostos](#)
- [5. Julgamento](#)

Capítulo 5 – Nomeação à autoria

1. Considerações iniciais
2. Hipóteses de cabimento
3. A nomeação à autoria como dever do réu
4. O pedido de nomeação à autoria
5. A recusa do nomeado
6. A aceitação do nomeado pelo autor

Capítulo 6 – Denúnciação da lide

1. Considerações iniciais
2. Obrigatoriedade da denúnciação da lide
3. Hipóteses de cabimento
4. Procedimento
5. A denúnciação sucessiva da lide
6. O comportamento processual do denunciado
7. Julgamento
 - 7.1. As verbas de sucumbência

Capítulo 7 – Chamamento ao processo

1. Considerações iniciais
2. A finalidade do instituto
3. Hipóteses de cabimento
 - 3.1. O devedor de alimentos e o art. 1.698 do Código Civil
 - 3.2. As seguradoras e o parágrafo único do art. 788 do Código Civil
4. Procedimento
5. O litisconsórcio entre os chamados
6. O autor não pode chamar ao processo
7. Chamado ao processo, efeitos da sentença e coisa julgada

Capítulo 8 – *Amicus curiae*

1. Considerações iniciais
2. O *amicus curiae* como *um* fiscal da lei
3. A previsão do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro
4. Atividade processual

Apêndice 1 – Pequeno Glossário de Direito Processual Civil

Apêndice 2 – Uma breve incursão no “novo Código de Processo Civil”

Bibliografia consultada

Sites consultados

NOTA À 7ª EDIÇÃO

É extremamente recompensador redigir a nota, ainda que breve, que abre a 7ª edição do volume 2, tomo I, do meu *Curso sistematizado de direito processual civil*.

De pronto, agradeço – e muito – os comentários com relação ao trabalho que têm chegado a mim por variadas formas, seja em uma conversa depois de alguma palestra ou aula em algum lugar do Brasil, um *e-mail* ou um bate-papo na sala de professores na minha querida PUCSP com meus caríssimos colegas de magistério. Agradeço não só os elogios, mas também as críticas, que, sobretudo quando negativas, fazem-me pensar e repensar o trabalho, aperfeiçoando-o, esclarecendo-o e complementando-o. Transformando-o, por isso mesmo, em um trabalho *vivo* que, felizmente, vem ganhando a cada ano uma nova edição sempre com algo mais a ser dito, debatido ou analisado. Incentivos como estes seriam o bastante para justificar uma nova edição.

É desejável, contudo, ir além. Também justifica esta edição a necessidade de inserir novas e interessantes decisões dos nossos Tribunais – inclusive as novas Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo –, que querem, sempre, ilustrar a matéria exposta ao longo do volume. Com relação aos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, quis deixar mais claros os casos que foram julgados (ou estão prontos para ser) como “Recursos Especiais Repetitivos”, já que, para eles, em rigor, deve ser aplicada a disciplina constante do art. 543-C do Código de Processo Civil, exposta pelo n. 4.4 do Capítulo 11 da Parte I do volume 5 deste *Curso*. Não obstante as observações críticas lá tecidas – mormente quanto à duvidosa possibilidade de *lei* delegar competência *constitucionalmente* fixada para julgamento do Recurso Especial –, o destaque é relevantíssimo justamente por causa do regime diferenciado de observância da decisão tomada pelo STJ quando adotada aquela técnica de julgamento pelos demais Tribunais.

Do ponto de vista normativo, o novo art. 285-B, introduzido pela Lei n. 12.810/2013, e “completado” pela Lei n. 12.873/2013, que acrescentou o § 2º àquele dispositivo, foi devidamente tratado e contextualizado em espaço próprio, o n. 7.1.2 do Capítulo 1 da Parte II.

Com relação ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, o Apêndice respectivo traz breves comentários comparativos aos Projetos aprovados no Senado Federal (PLS n. 166/2010) e na Comissão Especial da Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010) sem veicular, contudo, os textos respectivos. A efetiva comparação entre o Projeto a ser aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados – que vem sendo chamado de “Emenda Aglutinativa Substitutiva Global” – e o Projeto aprovado no Senado Federal, com os respectivos textos, é tarefa que desenvolvo em outro trabalho meu especialmente dedicado a tanto: *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados – Senado Federal (PLS 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010)*, no prelo da Editora Saraiva.

Para cá e neste momento, sem a conclusão dos trabalhos legislativos, justifica-se a mesma ressalva que fechou a Nota Introdutória da edição anterior: tal circunstância não é – e nem pode ser – óbice para o estudo do direito processual civil vigente. Ainda é tempo de e para estudar o Código de Processo Civil em vigor, sistematizando-o, como aqui se propõe, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”.

A finalidade do Apêndice, por isso mesmo, esgota-se em *informar* o leitor a respeito das propostas centrais do Projeto de Novo Código de Processo Civil, tendo presente o que já foi aprovado no Senado em dezembro de 2010 e o que, ao tempo de fechamento desta edição, ainda pendia de aprovação no Plenário da Câmara dos Deputados a partir do que foi aprovado na Comissão Especial, instituída para debater o Projeto naquela Casa Legislativa.

O *Curso* como um todo tem objetivo diverso. Ele quer, como sempre quis, ir além: ele quer *formar* um pensamento contemporâneo (“neconcretista”) do direito processual civil brasileiro desde os primeiros momentos em que o estudante de Direito tem contato com a matéria. Um pensamento que não se contenta (e não se conforma) com a mera *informação*, tão fácil e disponível na atualidade, mas que a trabalha (e a retrabalha) para permitir uma adequada *formação* dos futuros profissionais do Direito.

Assim, e só assim, melhores dias para o direito processual civil e para o papel que ele deve desempenhar em um Estado Constitucional virão. Inclusive – e nem poderia ser diferente – na geração de mais pensamento crítico sobre as tantas questões que ele apresenta e, como também não poderia deixar de ser, no exercício diuturno e responsável de cada uma das funções essenciais à Administração da Justiça.

Cassio Scarpinella Bueno

4 de novembro de 2013

NOTA À 6ª EDIÇÃO

É muito gratificante redigir a breve nota que abre a 6ª edição do volume 2, tomo I, deste *Curso sistematizado de direito processual civil*.

Esta nova edição, a exemplo das dos outros volumes do *Curso*, vem revista pelas mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre os temas aqui enfrentados, inclusive pelas respectivas novas súmulas daquele Tribunal. Também importantes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo são mencionadas, todas elas com o intuito de ilustrar a exposição, ofertando ao leitor um quadro bastante fiel (e atual) das discussões existentes sobre os variados assuntos aqui tratados.

Com relação ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, cabe dizer que, à época em que foi fechada esta edição, os trabalhos de revisão perante a Câmara dos Deputados não estavam, ainda, concluídos, sendo prematura, por isto, a veiculação do Relatório-Geral até então elaborado.

A ausência da conclusão dos trabalhos legislativos sobre um *novo* Código de Processo Civil, contudo, não é – e nem pode ser – óbice para o estudo do direito processual civil vigente. É este, e não aquele, o objetivo do presente trabalho, que vem sendo perseguido pelas edições anteriores e, como sua receptividade parece demonstrar, tem conseguido alcançar.

Em suma: ainda é tempo (e necessário e indispensável) de e para se estudar o Código de Processo Civil em vigor, sistematizando-o, como aqui se propõe, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”.

Cassio Scarpinella Bueno

NOTA À 5ª EDIÇÃO

A cada novo ano uma nova edição. É com esse pensamento que vem a público a quinta edição do volume 2, tomo I, deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, dedicado ao exame do “procedimento comum: procedimento ordinário e sumário” e das intervenções de terceiro identificadas como tais pelo Código de Processo Civil.

Ainda é tempo de pensarmos, todos, no Código de Processo Civil *reformado*, no Código de Processo Civil *vigente*. O Projeto do novo Código de Processo Civil tramita na Câmara dos Deputados sob o número 8.046/2010 e ainda não vejo razão para tratar do direito *projetado*, sem o perigo de *confundir* o leitor, estudante ou estudioso do direito processual civil, sobre o que é *de lege lata* e o que é *de lege ferenda*. Até porque a função exercida pela Câmara dos Deputados para os fins do *caput* do art. 65 da Constituição Federal não parece querer ser meramente homologatória dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil e do substitutivo que, em seu lugar, foi aprovado pelo Senado Federal (PLS n. 166/2010). As notícias a respeito da tramitação do Projeto, em especial aquelas disponibilizadas por aquela própria Casa Legislativa, dão conta de intenso debate entre os parlamentares responsáveis pela condução dos trabalhos, a Comissão de especialistas nomeada, a exemplo do que ocorreu no Senado Federal, para auxiliar nos trabalhos legislativos, e os mais diversos setores do Estado e da sociedade civil. E mais: modificado o Projeto no âmbito da Câmara dos Deputados, seu retorno para o Senado Federal é impositivo em função do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal. Tudo para que o processo legislativo seja o *devido*, em consonância com o “modelo constitucional” respectivo.

Por isso, temos, ainda aqui, de nos concentrar no direito vigente e na necessidade de sua *sistematização*. Evidentemente que esse comportamento não exclui a necessidade de efetiva *participação* no processo legislativo,

iniciativa que, no exato limite das minhas possibilidades e capacidade, tenho tido a oportunidade e o privilégio de vir tomando. O que quero destacar, apenas e tão somente, é que não acho oportuno *mesclar* duas frentes de trabalho que se mostram bastante diferentes. Decididamente não é a proposta deste *Curso*. Suficiente, por isso, o Apêndice 2, que passou a incorporar o volume desde a 4ª edição, e que deve ser lido para matar a sede *informativa*; não, contudo, a *formativa*. Quererão saciar estas edições futuras deste *Curso*, na exata medida em que o processo legislativo seja concluído e, evidentemente, em que o caríssimo leitor mostre interesse em saber o que este *Curso* terá a dizer a respeito da necessária – sempre necessária e indispensável – *sistematização* de um novo Código de Processo Civil.

Essa nova edição vem enriquecida, em consonância com a pertinência dos temas aqui discutidos, com as Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e com recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Tudo para ilustrar mais adequadamente a exposição facilitando a sua compreensão.

Cassio Scarpinella Bueno
novembro de 2011

NOTA À 4ª EDIÇÃO

O ano de 2010 viu a 3ª edição do vol. 2, tomo I, deste *Curso sistematizado de direito processual civil* esgotar-se rápida e completamente. A Editora Saraiva solicitou-me, por isso, a preparação de uma nova edição, a 4ª, que agora vem a público.

Ela traz alguns novos julgados e as mais recentes Súmulas, buscando, com a iniciativa, ilustrar um pouco mais alguns momentos da exposição feita, seguindo, no particular, o norte da edição anterior. O texto foi também revisto para acomodar as imprescindíveis remissões à Lei n. 12.153/2009, que instituiu, no âmbito da Justiça dos Estados (e do Distrito Federal) os chamados Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Nessa nova edição o que vem sendo chamado de “novo Código de Processo Civil” é trazido como um Apêndice. Entendo que é prematuro para um trabalho que quer, antes de tudo, lidar com o direito processual *vigente*, analisando-o e sistematizando-o a partir do “modelo constitucional do direito processual civil” expor o que será, oportunamente, *um* novo Código de Processo Civil brasileiro. É o caso de esperarmos, todos, participando dele, evidentemente, pela conclusão do “processo *legislativo*”. Até lá, não há outra postura, para trabalho com o propósito deste, que não a de (ainda) voltarmos a nossa atenção ao direito vigente, querendo tirar dele o seu melhor, realizando e concretizando o tão propalado “modelo constitucional”. Ir além parece querer especular com as propostas que estão sendo debatidas no foro adequado. Longe de orientar, desorientam; longe de informar, desinformam e, pior, não formam; traem, portanto, o objetivo de um *Curso*, qualquer que seja ele.

Que a *escolha* retratada pelo parágrafo anterior não soe fora de seu contexto. Não se trata de criticar o Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux e relatado pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, nem de querer ser indiferente a ele; também não se trata de deixar de levar em conta as discussões travadas a seu

respeito no Senado Federal e as modificações lá introduzidas, que culminaram na aprovação do PLS n. 166/2010 por aquela Casa Legislativa em meados de dezembro de 2010 e o envio do substitutivo para discussão na Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar sob o número 8.046/2010. Trata-se, apenas, de enaltecer a importância do debate, institucional inclusive, daquela proposta na tramitação que uma lei, qualquer lei, *deve ter* no nosso “modelo constitucional”. *Processo*, vale insistir sobre o que este *Curso*, desde o princípio, fez e faz questão de tratar no n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, não é algo exclusivo do Poder Judiciário, do exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz. É algo inerente à *atuação* de todo o Estado; ao menos de modelos de Estado como é o nosso, Democrático e de Direito.

O clamor por um novo e “imediato” Código de Processo Civil talvez mostre o quanto estamos, todos nós, desacostumados com o “*processo legislativo*”; talvez habituados demais – e de forma perigosamente indiferente – às constantes edições de Medidas Provisórias sobre os mais variados temas, inclusive sobre o direito processual civil¹. Menos mal que não são mais reedições de reedições de medidas provisórias, graças ao art. 1º da Emenda Constitucional n. 32/2001. Mas, mesmo assim, nem sempre há *relevância e urgência* a justificar a edição de diversos daqueles atos com *força de lei*; no passado, no presente e, certamente, também no futuro. Objetivamente falando, não há nenhuma relevância e menos ainda urgência na aprovação de um novo Código de Processo Civil. Deixemos as nossas duas Casas Legislativas falarem a seu respeito a partir do excelente Anteprojeto que foi apresentado ao Senado Federal. Ouçamos a sociedade, ouçamos as Instituições, jurídicas ou não. Ouçamos a academia. E tenhamos consciência de que, nesse meio tempo, mesmo com a aprovação do Substitutivo pelo Senado Federal, o melhor a fazer é compreendermos adequadamente o direito *posto*, tal qual vigente, que tem que ser lido, construído e compreendido, para ser aplicado, desde a Constituição Federal. Até para que, desse prisma de análise, possamos contribuir, de alguma forma *pensada e refletida*, para um novo Código de Processo Civil.

No momento oportuno, será o caso de *sistematizar* também um novo Código de Processo Civil. Não é esse, vale a ênfase, o momento para um trabalho com a missão e com o papel que este *Curso* quer desempenhar e,

graças ao bom leitor, vem desempenhando, nos últimos anos nas suas sucessivas edições.

Como decorrência do quanto consta dos parágrafos anteriores, duas medidas se mostram mais que suficientes para permitir que este *Curso* e a sistematização nele proposta dialoguem *suficientemente* com o que está em discussão no Congresso Nacional: a primeira é a exposição, com a necessária brevidade, dos pontos centrais propostos pelo Substitutivo ao Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, tal qual aprovado pelo Senado Federal, que dizem respeito à matéria tratada ao longo do volume; a segunda é transcrever os respectivos dispositivos daquele Projeto de Lei. Para tanto, volta-se o já anunciado Apêndice 2.

Quero agradecer, uma vez mais, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, dedicaram alguma consideração ou alguma palavra ao trabalho. Que esta 4ª edição seja tão bem recebida quanto a anterior e como os demais volumes deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, que, neste ano de 2011, chega, finalmente, à sua versão completa, tal qual idealizada, com os seus 7 volumes, cada um deles voltado, única e exclusivamente, à missão de tornar mais eficiente o exercício da função jurisdicional civil, lida, pensada, entendida e sistematizada a partir do “modelo constitucional de direito processual civil”.

Tanto mais importantes, sinceras e cabíveis as palavras do parágrafo anterior diante da escolha que os formandos da Faculdade de Direito da PUCSP neste ano de 2010 fizeram ao escolher o meu nome para Patrono de sua Turma. Não posso e não quero deixar de *retribuir* aquela homenagem: quero homenagear aqui aqueles que me homenagearam. Vocês foram os primeiros a estudar direito processual civil por este *Curso*. Vocês, mais que todos, viram e experimentaram a construção de cada um desses volumes e cada uma das ideias neles contidas. Muito obrigado a todos vocês pelo reconhecimento do meu trabalho; ao completar a elaboração de todos os volumes do *Curso*, não poderia querer experimentar, com vocês, outra sensação; não poderia querer coisa diversa. Que vocês possam, ao seguir o seu próprio caminho, colher frutos e flores das sementes que plantamos juntos, ainda melhores do que aqueles que agora vocês me dão. E que vocês sejam, a partir do que conversamos nestes últimos quatro anos, instrumentos decisivos na realização do Direito. Instrumentos afinadíssimos ao diapásão

constitucional, aptos a tocar não só a mais bela das melodias, mas, também, senão principalmente, a bem harmonizá-la. Sejam felizes sempre.

Cassio Scarpinella Bueno
dezembro de 2010

1 Para quem se interessar ou desejar se aprofundar nessa temática que, em outro trabalho, tive a oportunidade de chamar de “Contrarreforma do Código de Processo Civil”, elegendo a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 (ainda vigente...) como pano de fundo, tomo a liberdade de indicar a leitura do meu *O poder público em juízo*, publicado pela Editora Saraiva. A edição mais recente, a 5ª, é de 2009.

NOTA À 3ª EDIÇÃO

As mesmas considerações e preocupações que animaram a elaboração da 2ª edição deste trabalho fazem-se presentes na preparação de mais uma edição. O ano de 2009 foi, felizmente, mais um período de muito trabalho, muito estudo e muitas reflexões sobre o direito processual civil, dentro e fora do tão acolhedor como desafiador ambiente das salas de aula, da graduação ao doutorado, na maior parte do Brasil.

Que esta 3ª edição seja tão bem recebida quanto a anterior e como os demais volumes deste *Curso sistematizado de direito processual civil*.

Cassio Scarpinella Bueno
outubro de 2009

NOTA À 2ª EDIÇÃO

Considerando a boa acolhida da 1ª edição do vol. 2, tomo I, deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, entendi ser importante preparar uma nova edição não só para, revisando o texto, deixar algumas ideias, noções e conclusões mais claras, mas também – e principalmente –, desenvolver mais demoradamente alguns pontos e introduzir alguns novos julgados do STF e do STJ, inclusive as mais recentes súmulas relativas aos temas aqui tratados, que, desde o fechamento editorial anterior, chegaram a meu conhecimento e que se mostraram importantes para ilustrar melhor a exposição dos temas tratados ao longo do volume e as conclusões alcançadas.

Também quis incorporar à nova edição, a rica vivência – diária, confesso –, dos resultados veiculados pela edição anterior na sua aplicação no exercício do magistério, a partir, sobretudo, das turmas de graduação da Faculdade de Direito da PUCSP que estão sob minha responsabilidade, onde tenho tido o privilégio de colocar à prova a metodologia e as conclusões aqui expostas em um ambiente acadêmico que se mostrou e tem-se mostrado incrivelmente recompensador.

De outra parte, a intensa atividade acadêmica que tive o privilégio de desenvolver ao longo dos anos de 2007 e 2008 em outras instituições de ensino por todo o Brasil, em cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado viabilizaram, também, um constante diálogo entre as propostas de “sistematização do direito processual civil” veiculadas no *Curso* com os alunos, suas experiências e suas necessidades. A revisão do texto, espero, terá condições de espelhar este amadurecimento.

Por ora, só me resta agradecer a todos aqueles que, de alguma forma, dedicaram alguma consideração ou alguma palavra ao trabalho. Todas elas foram recebidas como verdadeiro *incentivo* para aprimorar, sempre e cada vez mais, este *Curso* que só quer tornar menos complicado e mais efetivo o exercício da função jurisdicional civil.

Cassio Scarpinella Bueno
outubro de 2008

1. O CHAMADO “PROCESSO DE CONHECIMENTO”

Em geral, a matéria que se segue à exposição da chamada “teoria geral do processo” – ou como este *Curso* preferiu denominar, teoria geral do direito processual civil – é a relativa ao “processo de conhecimento”.

Não há por que negar que é aquele o nome que o próprio Código de Processo Civil dá ao seu maior Livro (à sua maior *parte*), que compreende os arts. 1º a 565, pouco menos da metade de seus 1.220 dispositivos. Contudo, pelas razões já expostas pelo n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, o uso daquela nomenclatura impõe uma série de ressalvas e ponderações.

São, aliás, tantas as ressalvas e tantas as ponderações quanto àquela expressão que o tomo I deste vol. 2 não poderia valer-se daquele rótulo para identificar a matéria sobre a qual ele se dedica. O que se põe para estudar em seguida à teoria geral do direito processual civil, destarte, não pode ser chamado de “processo *de conhecimento*”.

Até porque, quando se analisa o Livro I do Código de Processo Civil, é perceptível que ele disciplina, a um só tempo, temas que, mesmo na concepção tradicional, vão muito além do chamado “processo de conhecimento”. É o que se dá, por exemplo, com os arts. 273, 461 e 461-A, estudados nos vols. 3 e 4 do *Curso*, porque dizem respeito à prestação da *tutela jurisdicional* e não ao desenvolvimento de uma específica *atividade jurisdicional*; com os arts. 471-I a 475-R, que dizem respeito, uma vez mais, à prestação da tutela jurisdicional *executiva*; com os arts. 475-A a 475-H, que são atos voltados à preparação da prestação da tutela jurisdicional *executiva*; e com os arts. 476 a 565, que se ocupam do “processo nos tribunais” e dos “recursos”, temas que dizem respeito, mesmo na concepção tradicional, vale a ênfase, a todo e qualquer “processo” e não só ao chamado “processo de conhecimento”.

Todos estes assuntos que foram, por diversas razões, dispostos lado a lado em um mesmo “Livro” do Código de Processo Civil merecem, para sua adequada compreensão, ser tratados separadamente. Isto, contudo, não significa dizer – e nem poderia ser diferente – que as vicissitudes daqueles diversos temas que dizem respeito à matéria aqui tratada não serão indicadas ao longo da exposição. O que se põe é que a distinção de cada um daqueles institutos e seu exame apartado dos demais é medida impositiva para sua melhor compreensão. A compreensão do *todo* pressupõe a compreensão de suas específicas *partes*.

Com base nas afirmações dos parágrafos anteriores, mormente quando lidas a partir daquelas que ocupam o n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, é correto entender que a expressão “processo de conhecimento”, a despeito de ela ser empregada pelo próprio Código de Processo Civil, deve ser abandonada.

É importante, contudo, não se perder nos *nomes* adotados por tais ou quais razões pela lei processual civil brasileira ou pelos processualistas em geral. O que importa é examinar aquilo que é descrito e estudado *sob* os nomes, aquilo que é por eles *nominado*. No caso do direito processual civil atual – é ler o Livro I do Código de Processo Civil –, não há mais como querer insistir na ideia de que tudo aquilo que está lá disciplinado pertence à mesma realidade e aceita, indistinta e perenemente, acima de quaisquer modificações experimentadas pelo próprio direito positivo, a classificação que se justificava há mais de um século atrás. As classificações querem estudar o direito. E o direito muda. É o direito, tal qual ele é, que leva a classificações com vistas à sua melhor compreensão. Não o contrário.

É esta a razão pela qual este *Curso* pretende, neste volume, dar ênfase ao estudo da *atividade jurisdicional* que, em determinadas situações, faz-se necessária para que o Estado-juiz reconheça a existência de um direito carente de tutela jurisdicional. O que se põe para exame é como a atuação do Estado-juiz – o *processo*, seu método institucionalizado de atuação, portanto – volta-se ao *reconhecimento* de um dado direito, ao desempenho de uma *atividade* predominantemente *intelectual* do magistrado, que se deixará convencer de quem faz jus à tutela jurisdicional para então, a partir deste reconhecimento, atuar em prol da satisfação concreta, palpável, daquele jurisdicionado.

É certo, contudo, que o processo não se volta apenas ao *reconhecimento* do direito pelo Estado-juiz. Há aqueles casos em que tal reconhecimento não é o bastante para a satisfação daquele que rompe a inércia da jurisdição. Há, por isso mesmo, atividades jurisdicionais verdadeiramente *complementares* com vistas à satisfação do direito tal qual reconhecido. Seu estudo, contudo, não é objeto de considerações nesta sede. Por ora, basta pesquisar como o Estado-juiz *reconhece* direitos, deixando para outros momentos do *Curso* a pesquisa em torno de sua *satisfação*. Aqui, é suficiente examinar a prática dos atos destinados ao *reconhecimento* do direito e não aos atos voltados à sua *realização*. Nestes, a ênfase recai sobre atos *materiais* do juiz; aqui, a ênfase está nos atos *intelectuais*. São eles que dizem respeito ao estudo presente.

Para discernir adequadamente estas duas atividades e viabilizar sua melhor compreensão, não é equivocado entender identificar no *processo* duas *etapas*, cada qual voltada a uma distinta finalidade da atuação jurisdicional: uma “etapa *cognitiva*” voltada ao *reconhecimento* do direito e uma outra destinada à realização daquele direito, tal qual reconhecido, a “etapa *executiva*”. Nada há, no sistema processual civil da atualidade, que afaste a possibilidade de estas duas etapas desenvolverem-se até mesmo *concomitantemente*, tendência, aliás, das “Reformas do Código de Processo Civil” (v. n. 2.7 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1). As condições pelas quais isto se dá, contudo, são de todo indiferentes para os fins aos quais se volta o presente volume.

Importa analisar de perto, com a profundidade necessária, a “etapa *cognitiva*”, aquela voltada ao *reconhecimento* do direito de alguém que rompe a inércia da jurisdição com esta finalidade. O que releva é o exame dos diversos atos e fatos que se organizam ao longo do processo com vistas ao desenvolvimento ótimo da atividade *intelectual* do magistrado com o objetivo de *reconhecer* o direito aplicável à espécie, isto é, a definição de quem tem e de quem não tem razão do ponto de vista de direito material e, portanto, faz jus à tutela jurisdicional.

Para o que interessa no desenvolvimento deste volume, a *atividade* jurisdicional precede, necessariamente, a prestação da *tutela jurisdicional*. Não há, para os fins aqui tratados, *tutela* jurisdicional sem *atividade* jurisdicional prévia. Por esta razão, a dicotomia entre “etapa *cognitiva*” e

“*etapa executiva*” é bastante esclarecedora. E o que importa é o exame daquela *atividade* jurisdicional e não da *tutela* que, com ela, é obtida, objeto de exame nos vols. 3 e 4 do *Curso*. Até porque, pelas razões expostas pelo n. 8.4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, *atividade* jurisdicional e *tutela* jurisdicional não se confundem e não podem ser confundidas. A ênfase deste volume recai na *atividade* jurisdicional e não na *tutela* jurisdicional.

2. DO “PROCESSO DE CONHECIMENTO” AO PROCEDIMENTO COMUM (ORDINÁRIO E SUMÁRIO)

De acordo com as considerações do número anterior, é correto o entendimento de que não há propriamente um “*processo* de conhecimento”. O que há – e assim deve ser entendido – é a ênfase, em determinadas situações da movimentação do Estado-juiz, de determinadas “*atividades* jurisdicionais” que são desempenhadas com vistas à prestação da “*tutela* jurisdicional” pedida em consonância com os critérios classificatórios propostos no n. 8 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1.

A diversidade destas *atividades* e, bem assim, das *tutelas* não tem o condão de alterar o que, por definição, não aceita variação: o *processo*. Ela, contudo, é suficiente para variar o *procedimento*, isto é, a organização dos atos processuais. Importa, em função destas considerações, analisar os atos processuais no devido contexto de sua prática, isto é, em termos de organização interna ao *processo* e, portanto, como *procedimento* (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

O objeto ao qual se dedica este volume é o da atividade jurisdicional voltada ao *reconhecimento de direito* desde o instante em que o autor, verificando qual órgão jurisdicional tem competência para tanto, rompe a inércia da jurisdição com a apresentação de sua “*petição inicial*” até o proferimento da “*sentença*” e sua análise como ato processual, inclusive o que diz respeito à tendência de ela, em determinadas circunstâncias, tornar-se imutável *no* processo (“*coisa julgada formal*”) e o que tiver sido decidido por ela tornar-se imutável mesmo *fora* do processo (“*coisa julgada material*”). Os *efeitos* deste reconhecimento do direito, bem assim os momentos em que eles podem ser sentidos, contudo, não dizem respeito ao

estudo aqui empreendido. Eles ocupam outros volumes do *Curso*. Vale repetir: *atividade* jurisdicional não se confunde com *tutela* jurisdicional.

O Código de Processo Civil e a legislação processual civil extravagante disciplinam de variadas maneiras a *atividade* jurisdicional voltada ao *reconhecimento* do direito para, com base neste reconhecimento, prestar a *tutela* jurisdicional adequada.

Para os fins presentes, importa o estudo do que é chamado “procedimento *comum*”, aí compreendidos, por força dos arts. 271 e 272, o procedimento *ordinário* e o *sumário*, assim entendido o procedimento *padrão* pelo qual se apresenta ao Estado-juiz uma *pretensão* e, dando ensejo à necessária atuação do Estado-juiz, se quer obter uma resposta jurisdicional com o proferimento de uma sentença, seja qual for o seu conteúdo. É o estudo do que há entre a provocação do início da prestação da tutela jurisdicional – a ruptura da inércia do Estado-juiz – e a resposta jurisdicional do juízo de primeiro grau de jurisdição com o proferimento da sentença.

Outros *procedimentos*, isto é, outras organizações de atos que intermedeiam a provocação inicial do Estado-juiz e o proferimento de alguma resposta àquele pedido, existem pelas mais variadas razões. Eles, contudo, justamente por não serem o procedimento “comum”, o “padrão”, mas *especiais*, são objeto de exame apartado nos demais tomos deste mesmo vol. 2.

E ao longo do procedimento, mesmo o comum, alguns incidentes que podem ocorrer —como, por exemplo, a apresentação de recursos ou a admissão de serem sentidos *fora* do plano processual os efeitos da tutela jurisdicional (que não se confunde necessariamente com a sentença) – não são tratados aqui. É que nenhum daqueles incidentes interfere no objeto estudado neste volume: a ordem dos atos e fatos processuais que se desenvolvem desde a provocação inicial do Estado-juiz até a resposta final daquele mesmo órgão jurisdicional.

3. AS “FASES” DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO COMO PARADIGMA DE ESTUDO

Para melhor estudar o “procedimento *comum*”, tanto o procedimento *ordinário* como o procedimento *sumário*, este *Curso* optou por valer-se de

uma proposta de distinção entre “fases” do procedimento. Por “fases” do procedimento devem ser entendidas as divisões ideais, geralmente aceitas com algum consenso pela doutrina, sobre o agrupamento de determinadas atividades a serem desenvolvidas pelos sujeitos do processo ao longo do tempo e que permitem, pelas suas semelhanças e objetivos comuns, seu estudo lado a lado.

As “fases” do *procedimento* aqui mencionadas não se confundem com as “etapas” do *processo* de que se ocupou o n. 1, *supra*.

O que se põe em relevo é que a *etapa cognitiva* convida a uma análise das diversas e variadas atividades nela desenvolvidas que, consoante sejam suas afinidades, podem ser reunidas em grupos mais específicos, as *fases*. As fases aqui sugeridas como guias de estudo estão compreendidas na etapa cognitiva; são subdivisões menores dela, que, por sua vez, é uma divisão (ideal) do processo.

O que distingue uma fase da outra – assim como se dá com as *etapas do processo* – é a *preponderância* da *atividade* jurisdicional a ser desempenhada em cada qual.

Dentro da “etapa cognitiva”, isto é, em que a atividade jurisdicional a ser desenvolvida é precipuamente dirigida ao *reconhecimento* do direito (atividade intelectual do juiz), a partir do que vai poder ter início a “etapa executiva” – ambas em um mesmo *processo* –, é possível a distinção das seguintes “fases”: *postulatória*, *ordinatória*, *instrutória* e *decisória*.

Na “fase *postulatória*”, *preponderam* os atos em que as partes (e eventuais terceiros) apresentam ao Estado-juiz o material sobre o qual discutem, as razões de seu conflito e a tutela jurisdicional que se aguarda seja a elas concedida. É a fase em que o juiz ouve as partes e eventuais terceiros, que *postulam*, isto é, que *pedem* tutela jurisdicional, para definir sobre o que e para quem deverá decidir, outorgando-a.

Na “fase *ordinatória*”, o juiz volta-se a definir quais os próximos atos do procedimento que devem ser praticados a partir do ocorrido na fase *postulatória*, inclusive no que diz respeito à sanação de eventuais vícios ou irregularidades que podem comprometer o desempenho de sua atividade voltada ao reconhecimento do direito com observância do “modelo constitucional do processo civil”. Nela o juiz verifica a regularidade dos atos até então praticados e, mais amplamente, a regularidade do próprio

processo, e constata como e em que medida prosseguirá a sua atuação, colocando-o, assim, em *ordem*.

Na “fase *instrutória*”, o juiz, por determinação sua (“de ofício”) ou deferindo requerimentos das partes (e de eventuais terceiros), autoriza a produção de provas para a formação de seu convencimento sobre os fatos relevantes e pertinentes para o julgamento. Ele pratica atos de *instrução* no sentido de trazer para o processo todos os elementos que reputa fundamentais para ter condições de decidir, isto é, de *reconhecer* quem faz jus à tutela jurisdicional e em que extensão.

Na “fase *decisória*”, o juiz, convencido de todas as circunstâncias essenciais, profere sentença. Ele *decide* reconhecendo ou não a existência do direito reclamado pelo autor, pelo réu ou, até mesmo, por eventuais terceiros, ou, ainda, reconhecendo que não pode chegar a tanto. Tanto quanto reconhecido o direito, poderão se seguir, consoante o caso, outras fases que dizem respeito a outra *etapa* do processo, a “executiva”, em que a atividade jurisdicional volta-se precipuamente à *satisfação* daquele direito tal qual reconhecido, isto é, à prática de atos *materiais*.

É importante ter presente o que significa dizer que estas fases são classificadas pelas atividades jurisdicionais nelas praticadas *preponderantemente*, isto é, as atividades jurisdicionais que se espera sejam praticadas em primazia.

Na perspectiva da disciplina dada pelo Código de Processo Civil a cada uma delas, o que se espera da fase *postulatória* é que as partes apresentem as razões pelas quais a tutela jurisdicional deve ser prestada em seu favor. Pode ocorrer, contudo, que o juiz se veja obrigado a praticar atos *ordinatórios*, assim, por exemplo, quando determina a emenda da petição inicial para que o autor remova dela algum vício que possa comprometer, antes de tudo, o exercício da ampla defesa do réu (v. Capítulos 3 e 4 da Parte II).

Na fase *ordinatória*, a impossibilidade do saneamento de algum vício do processo pode levar ao reconhecimento de que não há como o Estado-juiz atuar, proferindo, o magistrado, sentença neste sentido, de *extinção* do processo (arts. 267 e 329; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte III e n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte V).

Na fase *instrutória*, as partes podem requerer a produção de provas e o juiz deve *decidir* sobre a necessidade de sua produção. Embora a *finalidade* dela seja a de produzir provas para formar o conhecimento do magistrado, há “postulações” e “decisões” a ela inerentes.

Na fase *decisória*, por fim, a expectativa da disciplina codificada é que o juiz decida, isto é, profira *sentença*. Pode acontecer, contudo, que ele sinta necessidade da produção de outras e diversas provas, reabrindo, por assim dizer, a fase *instrutória*.

Tanto são verdadeiras as observações dos parágrafos anteriores que não há qualquer mácula na não realização de qualquer das fases descritas para o procedimento ordinário. Muito pelo contrário, uma vez que a inércia da jurisdição seja rompida com a apresentação da petição inicial pelo autor, põe-se ao magistrado a possibilidade concreta de, desde logo, proferir sentença quando presentes seus pressupostos específicos: seja para negar ao autor a possibilidade de provocação escorreita do Estado-juiz (art. 295; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II), seja para negar a ele, desde logo, o direito que afirma possuir em face do réu (art. 285-A; v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte II).

Como a “etapa cognitiva” que diz respeito a este volume é aquela que se desenvolve mediante o *procedimento comum* e como, de acordo com o parágrafo único do art. 272, é o procedimento *ordinário* o referencial subsidiário para todos os demais procedimentos, inclusive o *sumário*, não há como recusar serem as fases daquele procedimento o paradigma adotado para a exposição. É esta a razão pela qual o exame do “procedimento sumário” é feito em parte própria (a Parte VI) logo depois da exposição, nas Partes II a V, do “procedimento ordinário”. A iniciativa busca viabilizar que o leitor perceba e analise melhor as diferenças entre um e outro.

O volume, contudo, não estaria completo se não fossem pelas Partes I (“competência”) e VII (“pluralidade de partes e intervenção de terceiros”).

Embora nenhum destes assuntos peculiarize, como tal, o procedimento comum, ordinário ou sumário, o seu exame nesta sede é inafastável porque é o estudo do primeiro que viabiliza a apresentação de uma petição inicial, o ato pelo qual se rompe a inércia da jurisdição, perante o órgão jurisdicional devidamente competente, isto é, aquele que pode *validamente* desempenhar

a *atividade* jurisdicional aqui estudada e gerar, com ela, os efeitos sensíveis no plano material, a *tutela* jurisdicional.

No que diz respeito à pluralidade de partes e à intervenção de terceiros, não há por que negar que, na perspectiva da disciplina dada pelo Código de Processo Civil, é no procedimento comum e, mais ainda, no procedimento ordinário, que o seu maior rendimento será alcançado pela sua própria razão de ser. Como não são temas que se esgotam com os problemas aqui tratados, contudo, seu exame nos demais volumes do *Curso* é providência inarredável.

Parte I

COMPETÊNCIA

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O n. 5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 já definiu competência. Ela é *medida* da jurisdição, é a quantidade de jurisdição que pode e deve ser exercida pelo juiz em cada caso concreto. É certo que a jurisdição, como qualquer outro “poder” (função) do Estado, é “una” e “indivisível”, mas isto não quer significar que ela não possa ser compartimentada (como, de resto, ela é) para ser melhor exercida. A competência, por isso mesmo, é a forma pela qual especializa-se o exercício da jurisdição, a forma pela qual se reparte, entre os diversos órgãos jurisdicionais, o seu exercício. Bastante significativo, a este propósito, o art. 86, segundo o qual “as causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral”. O “juízo arbitral” aí referido é excludente da *necessidade* da atuação jurisdicional, um pressuposto processual *negativo*, portanto, nas condições discutidas no n. 3.3.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 e no n. 2.2.7 do Capítulo 3 da Parte II deste volume. Os “limites de sua competência” representam a noção precisa que se deve ter presente sobre o tema aqui analisado.

Também no que diz respeito à competência, a fonte normativa primeira é a Constituição Federal. Estão nela, com efeito, pertencendo, portanto, ao “modelo constitucional do direito processual civil”, as largas linhas da estrutura judiciária brasileira, não só no que diz respeito à sua estruturação *orgânica*, isto é, quais são os órgãos jurisdicionais que existem no ordenamento jurídico brasileiro, mas também com respeito à sua estruturação *funcional*, é dizer, em que casos aqueles órgãos devem, ou não, atuar.

Para o estudo presente, que ocupa a Parte I deste volume do *Curso*, importa destacar os casos que, desde a Constituição Federal, podem dar

ensejo ao exercício da competência pelos variados órgãos jurisdicionais em processos jurisdicionais que tramitem de acordo com as regras do procedimento ordinário ou sumário. As demais hipóteses de competência traçadas constitucionalmente dizem respeito a outros temas que, a seu tempo, são enfrentados por este *Curso*. Assim, por exemplo, no que diz respeito à *competência originária* dos Tribunais Superiores para processar e julgar mandados de segurança contra atos de determinadas autoridades (arts. 102, I, *d*, e 105, I, *b*, da Constituição Federal), tema para o qual se volta o tomo III do vol. 2, e o exercício da *competência recursal* do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais (arts. 102, II, *a*, e III, 105, II, *b* e *c*, e III, e 108, II, da Constituição Federal, respectivamente), tema para o qual se volta o Capítulo 11 da Parte I do vol. 5.

Foi esta a razão pela qual, desde o n. 5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, este *Curso* reservou o estudo da competência para os diversos momentos em que o tema fosse exigido ao ensejo da formulação de um *pedido* para o Estado-juiz. Aqui, ao ensejo do estudo do procedimento ordinário e do sumário, põe-se, desde logo, o problema de pesquisar para qual órgão jurisdicional a “petição inicial” deve ser dirigida (art. 282, I; v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte II).

Mas não só a identificação da competência traçada pela Constituição Federal importa ao desenvolvimento desta Parte. É imperioso estudar também as regras do Código de Processo Civil sobre o assunto. Sua importância é tanto maior porque o Código não se limita a dar as diretrizes para verificar qual é o órgão jurisdicional competente mas, muito além, dá as linhas mestras do que pode ser chamado de “teoria geral da competência”, já que é nele que está a disciplina de variados outros assuntos que vão além da mera identificação do juízo competente. Assim, por exemplo, as regras relativas à *fixação*, à *modificação* e ao *controle* da competência encontram, no Código de Processo Civil, disciplina que não pode deixar de ser examinada. A estes temas voltam-se os capítulos seguintes.

Para tanto, embora sem pretender repetir as considerações do n. 5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, é importante retomar o “guia prático” lá proposto que tem como missão auxiliar na pesquisa relativa à identificação

do órgão jurisdicional competente, desenvolvendo-o para os fins que interessam ao estudo que agora tem início.

Para aquela finalidade, é mister levar em consideração os seguintes passos: (a) identificar se o caso deve ser julgado pela Justiça brasileira; (b) se sim, se aquele caso é reservado originariamente para algum Tribunal Superior; (c) se se trata de caso afeto a um órgão jurisdicional “especial”, isto é, à Justiça do Trabalho, Eleitoral ou Militar (v. n. 4.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1); (d) se negativa a resposta, e, portanto, na medida em que o caso deva ser julgado pelos órgãos jurisdicionais “comuns”, isto é, os “não especiais”, se a hipótese é de competência da “Justiça Federal” de segunda instância (art. 108 da Constituição Federal) ou de primeira instância (art. 109 da Constituição Federal) e, neste caso, verificar que os chamados “juizados *especiais* federais” têm competência *absoluta*, isto é, excludente para o julgamento das causas tratadas pela Lei n. 10.259/2001 (v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte VI e n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo II); (e) com a resposta negativa à última questão, o caso é da justiça comum *estadual*. Nesse passo, contudo, ainda se põe a necessidade de pesquisar se há regra de competência *originária* do Tribunal de Justiça, pesquisa que deve considerar também as respectivas Constituições Estaduais e, na medida em que não haja uma tal previsão, a competência é do juízo de primeira instância, quando, ainda, restará verificar se a causa deve, ou não, ser julgada por um “juizado especial estadual”, de acordo com a Lei n. 9.099/1995 e com a Lei n. 12.153/2009, em se tratando de conflitos envolvendo as pessoas jurídicas de direito público estaduais, municipais ou distritais (v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte VI).

Os passos das letras “d” e “e” conduzem necessariamente, vale repetir, a um complemento consistente na localização do *foro*, isto é, do território (subseção judiciária ou comarca) e do *juízo*, isto é, qual dos diversos órgãos jurisdicionais (“vara”) que ocupam o mesmo foro competente.

Em caráter mais didático, os passos a serem dados são os seguintes:

- (a) identificação da jurisdição brasileira;
- (b) identificação da competência originária do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- (c) identificação da competência de alguma “justiça especial” (trabalhista, eleitoral ou militar);

(d) identificação da competência da Justiça Federal de segunda ou de primeira instância e, neste caso, o *foro* (território) respectivo;

(e) identificação da competência da Justiça Estadual de segunda ou de primeira instância e, neste caso, o *foro* (território) respectivo;

(f) identificação do *juízo* (órgão jurisdicional ou “vara”) competente, verificando em que medida a causa comporta exame, ou não, perante os chamados “juizados *especiais* federal ou estaduais” inclusive os da Fazenda Pública. Se se tratar de hipótese de incidência das Leis ns. 10.259/2001, 9.099/1995 ou 12.153/2009, respectivamente, a competência é do juizado especial (v. n. 4.1 do Capítulo 2).

O desenvolvimento desta Parte seguirá cada um daqueles passos, com seus respectivos desdobramentos. Finda esta análise, os demais temas relativos à competência, que se relacionam não só com a sua identificação, mas também com a sua fixação e modificação, são abordados nos capítulos seguintes.

2. CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Antes de passar ao exame propriamente dito da “competência” é importante fixar algumas premissas que ajudarão na compreensão dos assuntos tratados nos números seguintes.

É bastante comum a doutrina apresentar algumas classificações sobre o tema “competência”. Estas classificações buscam, de uma forma ou de outra, compatibilizar as considerações de alguns processualistas, estrangeiros e brasileiros, ao disposto no Código de Processo Civil, em especial nos seus arts. 91, 93 e 111. Importa ter presente, contudo, que todo critério classificatório é mero auxiliar voltado à melhor compreensão do objeto em estudo. O critério – e com os adotados pelo próprio direito positivo não se passa diferentemente – não pode resultar numa pior ou má compreensão do que é classificado. Isto seria admitir uma verdadeira negação de sua própria razão de ser.

2.1. Competência absoluta e competência relativa

A doutrina distingue duas grandes classes de competência, a partir do art. 111: a “absoluta” e a “relativa”. Cada uma destas classes aceita uma subdivisão. Da competência *absoluta* se pode cogitar em razão da “matéria” (definida pela natureza da causa a ser julgada) ou “funcional” (definida pelo órgão jurisdicional que vai atuar ao longo do processo). Pode-se cogitar da competência *relativa*, de seu turno, em razão do “território” (definida em função da localização de pessoas ou coisas) ou em razão do “valor” (definida pelo valor da causa).

A competência *absoluta* distingue-se da *relativa* pela presença ou não do interesse público na sua fixação. Disto decorrem seus respectivos regimes jurídicos.

São os seguintes os atributos da chamada competência *absoluta*: ela é “pressuposto de *validade* do processo” (v. n. 3.2.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Ela é passível de apreciação de ofício, isto é, sem provocação das partes (art. 113), pelo que ela pode ser questionada a qualquer tempo (arts. 113, *caput*, e 301, II) independentemente de observância de forma prevista em lei (“exceção de incompetência”; v. n. 7 do Capítulo 3 e n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II) e, por isso mesmo, não há preclusão quanto à ausência de sua alegação (arts. 113, § 1º, e 301, § 4º), porque ela não se “prorroga” em nenhum caso (STJ, 2ª Seção, CComp 94.051/GO, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 13.8.2008, DJe 21.8.2008). Sua não observância gera nulidade dos atos decisórios (art. 113, § 2º). Importa destacar, a esse propósito, que por mais grave que seja o vício relativo à competência, o juiz é sempre competente para apreciar a sua própria competência. Naqueles casos em que a natureza da competência é absoluta, não é passível de modificação por vontade das partes, ao contrário do que o art. 111, *caput*, expressamente autoriza para os casos de competência relativa, com a chamada “cláusula de eleição de foro”.

A competência *relativa*, de seu turno, por não ser pressuposto de *validade* do processo (v. n. 3.2.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), pode ser modificada por vontade das partes pela chamada “eleição de foro” ou pela inércia do réu em argui-la a tempo e modos devidos pela chamada “exceção de incompetência” (arts. 112, *caput*, e 114; v. ns. 4 e 5 do Capítulo 3 e n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II). Ela, diferentemente do caso em que o critério de fixação é de natureza absoluta, não é passível de declaração de ofício; seu

reconhecimento depende, por isso mesmo, de manifestação de vontade da parte. Sua não observância não tem o condão de criar qualquer nulidade para o processo ou para quaisquer atos decisórios.

Alguns autores (assim, v.g., Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. I, p. 102) escrevem que, rigorosamente, não é correto tratar de “*competência absoluta*” ou de “*competência relativa*” porque tanto em um como em outro caso o tema só é relevante para o plano do processo na hipótese em que o órgão jurisdicional não tem competência, isto é, na hipótese de *incompetência*. Por isto, para eles, imperioso referir-se a “*incompetência absoluta*” ou “*incompetência relativa*”. A observação é correta, mas se refere à *consequência* da ausência de competência. Antes da análise do que se verifica nos casos de incompetência – que, como destacado de início, variarão conforme se trate de um ou de outro critério – é mister identificar qual o órgão jurisdicional (em sentido amplo) é competente e, para isto, nada há de errado em considerar os critérios classificatórios aqui apresentados no seu aspecto *positivo*, isto é, quando eles se fazem presentes. Para a identificação da competência (esta a *causa* da qual a incompetência é *consequência*) aqueles mesmos critérios devem ser levados em conta – porque servem para *fixar* a competência de um órgão jurisdicional ou porque podem, legitimamente, conduzir à *modificação* da competência.

Convém colocar em relevo, contudo, que, não obstante o uso amplamente predominante das locuções “*competência absoluta*” e “*competência relativa*” – ao qual não foge este *Curso* –, o que é “absoluto” e “relativo” não é a competência em si mesma considerada, mas o *critério* que a identifica e, conseqüentemente, que lhe empresta seu peculiar regime jurídico, que são os expostos no início deste número.

2.2. Outros critérios classificatórios da competência

Há outras classificações usualmente encontradas na doutrina que merecem destaque neste número e que são úteis para compreender o tema ao longo da apresentação e desenvolvimento da matéria.

A competência pode ser *originária* ou *derivada*, consoante seja o órgão jurisdicional que primeiro conhece do processo. Para o procedimento

comum (ordinário e sumário) interessa os casos de competência *originária*, por isso a preocupação com a identificação do órgão jurisdicional competente que deve ser indicado na petição inicial (art. 282, I; v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte II).

A competência pode ser *objetiva* ou *subjetiva*. É *objetiva* a competência definida pela matéria (natureza), pelo valor da causa e pelo território. É *subjetiva* quando a competência é definida pelas pessoas envolvidas na causa, como se dá, por exemplo, com o inciso I do art. 109. O Código de Processo Civil não faz menção expressa a este critério.

A competência pode ser *exclusiva* ou *concorrente*, assim entendidos os critérios que, quando aplicados, podem dar ensejo à diversidade de órgãos jurisdicionais igualmente competentes para processar e julgar uma mesma causa. A chamada “competência absoluta” (v. n. 2.1, *supra*) é, por sua própria natureza, *exclusiva*. Por esta razão é que a *concorrência* de competência só é concebível nos casos em que o critério para fixação da competência for relativo.

A competência pode ser de *foro* ou de *juízo*. A palavra “foro” deve ser entendida como o *território* onde um determinado órgão jurisdicional exerce competência. A regra geral da competência de *foro* é a do art. 94: domicílio do réu. A competência de *juízo*, de sua parte, diz respeito à identificação do específico órgão jurisdicional que atuará no caso. Para definir o juízo, é mister observar a natureza da lide, a distribuição (arts. 91 e 251) e a matéria discutida, levando-se em conta inclusive as normas de organização local da Justiça Federal e de cada Justiça Estadual. Em um mesmo *foro* pode haver mais de um *juízo* (arts. 106, 107, 219 e 253).

Há diversas situações, desde a Constituição Federal, em que específicas classes de pessoas têm definidas situações diferenciadas de competência. É o que é usualmente chamado de “foro especial” ou “foro por prerrogativa”, ou, ainda, “foro privilegiado” em contraposição ao “foro comum”, que é aquele em que não há regra diferenciada quanto à fixação da competência em razão do território ou da pessoa. O Código de Processo Civil prevê a hipótese nos incisos do art. 100, objeto de análise no n. 3 do Capítulo 2.

Com base no Código de Processo Civil, é bastante usual a doutrina referir-se a outras classes de competência: a competência fixada em razão da *matéria* (arts. 91, 92 e 111); a competência *funcional* (art. 93; o art. 111

refere-se a ela como competência pela “hierarquia”); a fixada em razão do *valor* (arts. 91, 92 e 111) e a fixada em razão do *território* (arts. 94 a 100 e 111). É o caso de expor as ideias mais amplas de cada uma delas para viabilizar uma melhor percepção das demais considerações a serem apresentadas ao longo desta Parte.

A chamada “competência *material*” é aquela estabelecida em razão da natureza da causa, à “matéria” sobre a qual versa o conflito levado ao Estado-juiz para solução. “Juízos de família”, por exemplo, têm competência para processar e julgar quaisquer demandas que digam respeito a relações familiares ou as derivadas de uma união estável (art. 9º da Lei n. 9.278/1996) e, de acordo com o entendimento da 3ª Turma do STJ (REsp 1.291.924/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 28.5.2013, DJe 7.6.2013), também as questões relativas à união homoafetiva. Numa mesma subseção judiciária (Justiça Federal) pode haver distinção, para julgamento, de execuções fiscais e conflitos relacionados à Previdência Social. A investigação desse critério de competência, como acentua o próprio art. 91, depende sempre do exame das mais variadas normas de organização judiciária e variam de Estado para Estado para a sua respectiva justiça e de Região para Região para a Justiça Federal. A competência fixada em razão da matéria tem natureza *absoluta*.

A chamada “competência *funcional*” é aquela definida pela específica função que um órgão jurisdicional exerce em um dado processo. Este critério justifica-se quando em um mesmo processo faz-se necessário o desenvolvimento de atividades jurisdicionais de mais de um juízo. É o que se verifica no plano dos recursos, em que a competência é fixada nos diversos graus de jurisdição, razão pela qual o art. 111 refere-se a esta classe de competência em função da “hierarquia” (v. n. 4.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), verdadeiro caso de competência *derivada*; no cumprimento de sentença (art. 475-P); para o cumprimento de atos a pedido de outro juízo por cartas precatórias (art. 747 e Súmula 46 do STJ). A competência funcional tem natureza *absoluta*.

A competência fixada em função do *valor* é aquela definida pelo valor envolvido na demanda, valor este que é requisito expresso da petição inicial (art. 282, V; v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte II e n. 2 do Capítulo 1 da Parte VI para o procedimento sumário), o chamado “valor da causa”. É comum a

lição que a natureza desta competência é *relativa*, o que significa dizer que às partes cabe, em última análise, deliberar sobre o órgão jurisdicional perante o qual vão litigar. O art. 111 dá ensejo a este entendimento. Ocorre, contudo, que há *outros fatores* que interferem na interpretação *isolada* daquele dispositivo legal. Há situações em que, a despeito da fixação da competência em função do *valor* da causa, a competência tem natureza absoluta e, como tal, não pode ser alterada por vontade das partes ou do próprio juízo. É o que se dá, por exemplo, no plano dos chamados Juizados Especiais federais, em que é expresso o § 3º do art. 3º da Lei n. 10.259/2001 (v. n. 4.1 do Capítulo 2 e n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo II) e também no plano dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 2º, § 4º, da Lei n. 12.153/2009; v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 2, tomo II).

Por fim, a chamada “competência *territorial*” é aquela que se define pelo território. É a competência de *foro* já apontada anteriormente. O Código de Processo Civil ocupa-se extensivamente dela em seus arts. 94 a 100, sendo seu exame feito pelo n. 3 do Capítulo 2. Tal qual regulada pelo Código de Processo Civil, não há como negar tratar-se de competência de natureza *relativa*, cabível, pois, manifestação de vontade das partes para *modificá-la* (v. ns. 4 e 5 do Capítulo 3), a não ser no caso regulado pelo art. 95, em que prevalece o entendimento de que a competência, porque definida pela localização de bem imóvel (*forum rei sitae*), tem caráter *absoluto* e, como tal, não pode ser alterada (v. n. 3 do Capítulo 2).

O território como elemento de fixação da competência, contudo, aceita diversas variantes. Há casos em que, por força de *outras normas jurídicas* – as chamadas “normas de organização judiciária” –, as divisões *territoriais* de uma comarca não são passíveis de escolha pelas partes (“foro de eleição”) e nem de questionamento pela chamada “exceção de incompetência”. Nestes casos, posto ser o *território* o elemento definidor da competência, sua natureza é, por força das normas jurídicas que as estabelecem, *absoluta*. É o que se dá com os chamados “foros regionais” que existem em alguns Estados brasileiros (v. n. 3 do Capítulo 2).

A exposição que ocupa os parágrafos anteriores não pode ser entendida como se cada “classe” apresentada fosse estanque ou estática. Como toda classificação, é possível que os diversos critérios mostrem-se concomitantemente, impondo àquele que o examina identificar as suas

diversas características para emprestar-lhe o escoreito regime jurídico. O que se deve ter presente, e é este o objetivo da exposição deste número, é evidenciar que a competência pode ser definida pelos mais variados critérios, consoante sejam as opções políticas constantes do ordenamento jurídico, desde o plano constitucional até as normas de organização judiciária federal ou estadual.

Não há óbice, por isso mesmo, a que sejam oferecidos outros critérios de classificação que tomem como base para melhor compreender o tema aqui estudado os “elementos da ação”, isto é, os dados elementares que caracterizam, como única, uma *demanda* (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1): as *partes*, o *pedido* e a *causa de pedir*.

É o que pode se dar, por exemplo, com relação às *partes*, assim na competência *originária* dos Tribunais (arts. 102, I, *d*, e 105, I, *b*, da Constituição Federal); na competência da Justiça Federal quando a União e entidades administrativas federais forem autoras, rés ou intervenientes (art. 109 da Constituição Federal); quando for ré pessoa jurídica de direito privado (art. 100, IV, *a*). Também com relação à *causa de pedir*, como, por exemplo, na situação do bem imóvel na chamada “ação real” (art. 95, segunda parte) ou no cumprimento de disposições de última vontade (art. 96). Por fim, é também o que se pode verificar com relação ao *pedido* tal qual formulado pelo autor. É o caso de o alimentando pedir alimentos (art. 100, II); do devedor que pretende a anulação ou substituição do título extraviado ou destruído (art. 100, III); da reparação pelo acidente de veículos (art. 100, parágrafo único), apenas para oferecer alguns exemplos.

Em todos estes casos, contudo, é importante constatar que a diferença reside no *critério* de classificação e não no objeto classificado, a competência. Os dados relevantes empregados pelo legislador constitucional ou pelo infraconstitucional para distribuir a competência entre os demais órgãos judiciários são, em qualquer caso, os *mesmos*. Trata-se, é importante frisar, do estudo e da análise de um mesmo *sistema* jurídico, pelo que não há como *variar* o que é relevante para a fixação ou modificação da competência. O que é possível de ser feito – e o é, com bastante frequência, embora nem sempre devidamente colocada em relevo – é *variar* a forma (os critérios) de exame daqueles mesmos elementos.

Por esta razão é que, mais importante que compreender os *critérios* classificatórios aqui expostos como se eles fossem justificáveis e úteis em si mesmos – e não o são –, é empregá-los para os fins que se ocupam os números e os capítulos seguintes, quais sejam, a pesquisa em torno da identificação e da modificação da competência no direito processual civil.

3. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL E COMPETÊNCIA INTERNA

De acordo com o “primeiro passo” colocado em destaque no n. 1, *supra*, impõe-se verificar, antes de tudo, se um determinado caso pode ser julgado pelos órgãos jurisdicionais brasileiros. O tema é tratado pelos arts. 88 a 90, que rende, em geral, classificação consistente em “competência internacional” e “competência interna”, isto é, a competência que diz respeito aos órgãos jurisdicionais estrangeiros e brasileiros respectivamente.

Os referidos dispositivos, contudo, ocupam-se não de *competência* mas, mais ampla e tecnicamente, de *jurisdição*. Eles se referem àqueles casos em que as autoridades judiciárias brasileiras podem e devem conhecer de alguns casos e em que medida o direito brasileiro não tolera que juízes ou juízos de outros ordenamentos jurídicos apreciem certas questões. Quando menos, em que os efeitos de decisões proferidas por órgãos jurisdicionais estrangeiros não podem ser sentidos no território brasileiro.

Tanto assim que o art. 90 traz regra diferente para o regime da litispendência, pressuposto processual *negativo*, que tem como finalidade o de impedir a constituição e o desenvolvimento válido de um segundo processo em que haja identidade de partes, causa de pedir e pedido (v. n. 3.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 e n. 2.2.4 do Capítulo 3 da Parte II). Como a hipótese aqui tratada, contudo, é de *jurisdição* e não de competência, o dispositivo descarta a ocorrência da litispendência com demandas idênticas que estão em trâmite perante órgãos jurisdicionais estrangeiros. Por isso, dispõe a regra, não há óbice para que os órgãos jurisdicionais brasileiros conheçam da *mesma* causa e das que, de uma forma ou de outra, relacionam-se com ela e que foram apresentadas perante órgãos jurisdicionais de outros países. A mesma disciplina, a despeito do

silêncio do art. 90, deve ser reservada para os casos de coisa julgada, dada identidade, para o direito brasileiro, de seu regime jurídico com a litispendência (v. n. 3.3.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 e n. 2.2.4 do Capítulo 3 da Parte II).

O art. 88 ocupa-se dos casos em que o direito brasileiro aceita que as decisões dos órgãos jurisdicionais podem vir a surtir efeitos no território nacional. É o que a doutrina em geral chama de “competência *concorrente*” (v. n. 2.2, *supra*) mas que, pelos fundamentos expostos de início, só pode ser entendido como “*jurisdição* concorrente”. Para tanto, é mister que à “sentença estrangeira” seja concedido o chamado *exequatur*, isto é, a autorização (homologação) que se faz indispensável para que a decisão estrangeira possa surtir seus efeitos em território nacional. O procedimento de homologação de sentenças estrangeiras, de competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, da Constituição Federal), é disciplinado pelos arts. 483 e 484 e é objeto de exame no Capítulo 5 da Parte II do vol. 5.

Antes da homologação da sentença estrangeira, tem plena aplicabilidade o art. 90, sendo indiferente para a *justiça brasileira* a existência de *idêntica* “ação” em curso (“litispendência”) ou já julgada (“coisa julgada”) perante órgão jurisdicional estrangeiro. Do mesmo modo, não é óbice para a homologação a existência, no Brasil, da pendência de demanda idêntica àquela cuja sentença se pretende cumprir em território nacional. Obstáculo surge quando se homologa a sentença *antes* do término do processo ou inversamente, isto é, quando o processo que tramita na justiça brasileira termina *antes* da homologação. Em qualquer uma dessas duas hipóteses, para a lei brasileira, o processo que ainda estiver em curso deverá ser extinto em função do pressuposto processual negativo (art. 267, V; v. n. 3.1.3 do Capítulo 1 da Parte V), desde que a justiça brasileira seja “competente”, isto é, tenha *jurisdição* a ser exercida de acordo com os arts. 88 ou 89.

Os órgãos jurisdicionais brasileiros têm jurisdição, sem prejuízo de outros órgãos estrangeiros (por isso, “*jurisdição concorrente*”), quando o réu, independentemente de sua nacionalidade, tiver domicílio no Brasil (art. 88, I), reputando-se, de acordo com o parágrafo único do art. 88, domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal; quando o local de cumprimento da obrigação for o Brasil, independentemente de onde ela tenha sido assumida (art. 88, II) – ainda que

os pagamentos ao longo do contrato tenham sido feitos no exterior (STJ, 3ª Turma, REsp 804.306/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 19.8.2008, DJe 3.9.2008) – ou quando o fato constitutivo do direito do autor – o inciso III do art. 88 vale-se da palavra “ação” – tiver origem em território no Brasil. O art. 88 revoga, por ser norma mais recente, o art. 12, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil, o Decreto-lei n. 4.657/1942, hoje chamada de “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”, pela Lei n. 12.376/2010.

A submissão do Estado estrangeiro à justiça brasileira não deve ser questionada quando a causa de pedir envolver atos de *gestão* e não atos de *império* e é sempre dependente da prévia citação do réu, descabida a extinção liminar do processo sob aquele fundamento. Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, RO 70/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 27.5.2008, DJe 23.6.2008 e STJ, 3ª Turma, RO 64/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 13.5.2008, DJe 23.6.2008.

O art. 89, de sua parte, disciplina os casos em que o ordenamento jurídico brasileiro não aceita a manifestação dos órgãos jurisdicionais estrangeiros. É o que a doutrina em geral chama de competência (melhor *jurisdição*, pelas razões já expostas) “privativa” ou “exclusiva” (v. n. 2.2, *supra*). Não que, por qualquer razão do direito de cada país, não possa acontecer de um Tribunal estrangeiro manifestar-se sobre as situações lá previstas, mas – e é isto que interessa para o estudo do direito processual civil –, se isto se verificar, não haverá como pretender que aquela decisão seja cumprida no Brasil, é dizer amplamente, ela não poderá gerar quaisquer de seus efeitos no território brasileiro porque a hipótese não é passível de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Aquele Tribunal, em casos como estes, negará o *exequatur* por força do disposto no dispositivo examinado.

De acordo com a regra, a jurisdição dos órgãos jurisdicionais brasileiros é exclusiva com relação aos imóveis situados no Brasil (art. 89, I, que revoga o § 1º do art. 12 da LINDB), independentemente da natureza da causa de pedir, isto é, se a demanda é fundada em direito pessoal ou em direito real, e para processar o inventário e partilha de bens situados no Brasil, mesmo quando o autor da herança for estrangeiro e tenha residido em outro país (art. 89, II). Desde que presentes os pressupostos exigidos pelos arts. 982 e 1.031, ambos com a redação dada pela Lei n. 11.441/2007, não há

como negar que, para estas situações, a aplicação da lei brasileira conduzirá, até mesmo, à desnecessidade da atividade jurisdicional, sendo suficiente a atuação do oficial do Registro de Imóveis do respectivo local.

CAPÍTULO 2

Competência interna

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os arts. 91 a 93 fornecem as diretrizes genéricas da “competência interna”, isto é, os amplos parâmetros que deverão ser observados para a identificação dos órgãos jurisdicionais brasileiros quando, concorrente ou exclusivamente, for sua a *competência* para processar e julgar alguma causa.

A fonte normativa das regras de competência, no entanto, não se esgota no Código de Processo Civil. Os próprios arts. 91 e 93 são expressos no reconhecimento de que ela pode ser regrada desde a Constituição Federal e pelas normas de organização judiciária, sempre respeitados, neste último caso, os ditames do Código de Processo Civil (assim, por exemplo, o art. 92, II, *derrogado* pelos arts. 982 e 1.031, na redação da Lei n. 11.441/2007) e, superiormente, da própria Constituição Federal e das Constituições dos Estados, que também trazem uma série de regras sobre a organização judiciária e sobre a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, sempre de acordo com o “modelo constitucional do direito processual civil”.

Para este capítulo, sob o nome “competência interna”, cabe o estudo da identificação da competência dos diversos órgãos jurisdicionais levando-se em conta o “guia” exposto no n. 1 do Capítulo 1 e a ressalva feita desde então, isto é, para este volume do *Curso*, interessa a pesquisa em torno da competência de uma demanda que tramitará sob as regras do procedimento comum, ordinário ou sumário.

2. REGRAS DE COMPETÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Fixada a necessidade de atuação de órgão jurisdicional brasileiro (arts. 88 e 89), impõe-se o exame para verificar quais órgãos jurisdicionais

deverão atuar em cada caso concreto. O ponto de partida para realização desta pesquisa é a Constituição Federal, o que conduz alguns autores a chamá-la de “competência *constitucional*”. Se ela impuser, para algum Tribunal, a competência para processar e julgar a demanda, é desnecessário o exame do Código de Processo Civil para esta finalidade. Também é a Constituição Federal que fornece elementos seguros para discernir se a hipótese reclama atuação das “justiças *especiais*” ou não e, entre a justiça “comum”, se o caso é de competência da Justiça Federal ou, residualmente, da Justiça Estadual.

A proposta deste número é identificar cada um destes casos, dando ênfase, como não poderia deixar de ser, às hipóteses que dizem respeito ao objeto do direito processual civil (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1).

2.1. Supremo Tribunal Federal

O art. 102, I, da Constituição Federal disciplina os casos em que o Supremo Tribunal Federal desempenhará competência *originária*, isto é, atuará como órgão de primeiro e único grau de jurisdição (v. n. 2.2 do Capítulo 1).

Das várias hipóteses lá previstas, as que merecem menção neste volume do *Curso* são as da alínea *e* (“o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território”); hipótese que, de acordo com a jurisprudência predominante no STF, exclui a execução – ACO 709/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 28.8.2013, DJE 30.8.2013); da alínea *f* (“as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”); da alínea *n* (“a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados”); e da alínea *r* (“as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”).

As hipóteses das alíneas *e* e *f* fundamentam-se na circunstância de ser garantido, perante o Supremo Tribunal Federal, o pacto federativo brasileiro perante organismos internacionais e a ordem interna. Está na pauta do Supremo Tribunal Federal, a este propósito, saber se, para os fins da alínea *f*

do art. 102, I, é ele o Tribunal *originariamente* competente quando em ação popular promovida contra ato normativo editado por Estado intervém a União Federal no processo para os fins do art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/1965, a “lei da ação popular” (STF, Pleno, ACO-QO 622/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão). Os votos proferidos até a oportunidade são no sentido positivo.

A alínea *n* busca salvaguardar a imparcialidade do juízo. À medida que os integrantes da magistratura, pessoalmente, tenham interesse em dada demanda, os órgãos aos quais pertencem não ostentam aquela garantia que guarda raízes expressas na Constituição Federal (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). A hipótese, contudo, exige que haja *impedimento* formalizado dos membros do Tribunal, diretriz que decorre da Súmula 623 do STF. De outra parte, por força da Súmula 731 daquele mesmo Tribunal, “para fim da competência originária do Supremo Tribunal Federal, é de interesse geral da magistratura a questão de saber se, em face da LOMAN, os juízes têm direito à licença-prêmio”.

As “ações” em face do Conselho Nacional de Justiça (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) ou em face do Conselho Nacional do Ministério Público (v. n. 3.4 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1) justificam a competência do Supremo Tribunal Federal em função da sua própria composição e pelo seu *status* no “modelo constitucional do direito processual civil”. O membro do STF, que compõe o CNJ (art. 103-B, I, da Constituição Federal) está *impedido* para o julgamento em face do que dispõe o art. 134, II, do Código de Processo Civil, interpretado analogicamente, ou, quando menos, é *suspeito* por força do inciso V do art. 135.

Em todos estes casos que, bem analisados, são definidos em função de específicas *pessoas* envolvidas no litígio, independentemente de qualquer outra exigência, a petição inicial respectiva deverá ser apresentada ao Supremo Tribunal Federal porque é dele, exclusivamente, a competência originária para processamento e julgamento daquelas demandas.

De acordo com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, estas “ações”, as chamadas “ações cíveis originárias” – melhor entendê-las como “processos” –, observarão o procedimento estabelecido nos seus arts. 247 a 251 e 273 a 275, a não ser que a provocação do Supremo Tribunal Federal dê-se por algum “procedimento especial” (v. n. 2 da Introdução), assim, por

exemplo, o mandado de segurança quando a disciplina a ser observada é a da Lei n. 12.016/2009 e, subsidiariamente, o disposto nos arts. 200 a 206 de seu Regimento Interno (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo III).

2.2. As “justiças especiais”

A Constituição Federal também indica quais os casos em que as chamadas “justiças especiais”, isto é, a Justiça Trabalhista, Eleitoral e Militar, devem julgar certos casos em função da matéria ou das pessoas envolvidas nos litígios. Os casos não previstos para aqueles órgãos jurisdicionais são, residualmente, de competência da chamada “justiça comum”, sempre entendidas as expressões entre as aspas com as considerações e ressalvas que ocupam o n. 4.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1.

Algumas interessantes questões a respeito do tema foram trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada “Reforma do Judiciário” e, por isso, merecem menção, ainda que breve.

Uma delas diz respeito à identificação da competência para julgamento das demandas que envolvam servidores públicos estatutários à luz do inciso I do art. 114 da Constituição Federal, acrescentado por aquela Emenda Constitucional. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADI-MC 3.395/DF (rel. Min. Cezar Peluso, j.m.v. 5.4.2006, DJ 10.11.2006, p. 274), já teve oportunidade de decidir que aquele dispositivo não pode ser interpretado para tirar da justiça “comum”, isto é, a não trabalhista, aquelas demandas sempre que o vínculo profissional mantido entre o Poder Público e o servidor for estatutário, isto é, regido preponderantemente pelo direito administrativo e não pela Consolidação das Leis do Trabalho, orientação que voltou a prevalecer mais recentemente (STF, Pleno, RE 573.202/AM, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 21.8.2008, DJE-173 12.9.2008). O Superior Tribunal de Justiça, de seu turno, já teve oportunidade de sumular que, a despeito das alterações promovidas no precitado dispositivo constitucional: “Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente” (Súmula 363, STJ).

Outra questão relaciona-se à competência para processamento e julgamento das demandas indenizatórias, por dano moral ou patrimonial, derivadas de acidente de trabalho. Para elas, a EC n. 45/2004,

acrescentando o inciso VI ao art. 114 da Constituição Federal, determinou a competência da Justiça do Trabalho. O problema que se põe é com relação aos impactos da nova ordem nos processos em curso quando da promulgação daquela medida. A melhor orientação é a de que, com a entrada em vigor daquela regra, em 1º de janeiro de 2005, todos os processos devem ser enviados, da justiça comum para a Justiça do Trabalho, com a preservação da validade de todos os atos processuais e dos julgamentos já proferidos antes do advento daquela Emenda Constitucional, mais ainda quando já transitados em julgado, por força do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. É este o entendimento que decorre do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* a que se refere o art. 87 do Código de Processo Civil (v. n. 5 do Capítulo 2). O Supremo Tribunal Federal tem entendido diferentemente em parte, reconhecendo que a competência da Justiça do Trabalho só se justifica nos casos em que ainda não houve proferimento de sentença de mérito. É o que se lê, a título exemplificativo, nos seguintes julgados: Pleno, CComp 7.204/MG, rel. Min. Carlos Britto, j.m.v. 29.6.2005, DJ 9.12.2005, p. 5; 1ª Turma, RE-AgR 465.387/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j.un. 21.11.2006, DJ 7.12.2006, p. 48; e 2ª Turma, RE-AgR 491.690/SP, rel. Min. Eros Grau, j.un. 28.11.2006, DJ 2.2.2007, p. 148. A orientação acabou ensejando a edição da Súmula Vinculante n. 22 daquela Corte: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004”. A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de entender que cabe àquele Tribunal reconhecer a nulidade de “sentença *terminativa*” (v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte V) proferida por juízo cível determinando que o recurso de apelação a ela dirigido seja julgado, desde logo, pelo Tribunal Regional do Trabalho competente. Trata-se do CComp 69.143/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 9.5.2007, DJ 24.5.2007, p. 309, orientação que, com as devidas adaptações, também foi observado pela 3ª Turma no RO 89/BA, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 16.8.2011, DJe 26.8.2011, que entendeu competente a Justiça do Trabalho a despeito de o réu ser organismo internacional (art. 109, II, da Constituição Federal; v. n. 2.3, *infra*). A matéria, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, recebeu tratamento pela Súmula 367, cujo enunciado é o

seguinte: “A competência estabelecida pela EC n. 45/2004 não alcança os processos já sentenciados”. A 2ª Seção daquele Tribunal, na Rcl 7.122/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 11.4.2012, DJe 7.5.2012, contudo, tendeu à interpretação dada pelo STF, consubstanciada na precitada Súmula Vinculante n. 22.

Uma última hipótese, também trazida pela mesma Emenda Constitucional, relaciona-se com os §§ 4º e 5º do art. 125 da Constituição Federal. De acordo com os dispositivos, compete aos juízes de direito da Justiça Militar dos Estados julgar as “ações judiciais contra atos disciplinares militares” (STJ, 3ª Seção, CComp 54.518/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 8.3.2006, DJ 2.8.2006, p. 226, e STJ, 2ª Turma, RMS 40.737/PE, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 16.4.2013, DJe 25.4.2013), e não, por exemplo, demanda que pretende invalidar ato administrativo que exonera militar em estágio probatório e, conseqüentemente, a reintegração do militar (STJ, 3ª Seção, CComp 54.553/SP, rel. Min. Nilson Naves, j.un. 26.10.2005, DJ 6.2.2006, p. 196). Os casos a que se referem os precitados §§ 4º e 5º do art. 125 reclamam, não há como negar, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, à medida que não haja regras próprias e diferenciadas a esse respeito na legislação específica da Justiça Militar. Nesse sentido, a iniciativa do militar pode vir a ensejar a instauração de um *processo* que siga o procedimento *ordinário* ou *sumário* (a depender do valor), hipóteses em que todas as considerações desenvolvidas ao longo deste volume têm pleno cabimento. Se a hipótese for de impetração de mandado de segurança para questionar aquele ato, prática comuníssima, a sua disciplina observará o que expõe o Capítulo 1 da Parte I do tomo III do vol. 2.

2.3. A competência da Justiça Federal de primeira instância

A competência da Justiça Federal de primeira instância ou “juízes federais” é disciplinada pelo art. 109 da Constituição Federal. Para fins da Justiça Federal de primeira instância, cada Estado, assim como o Distrito Federal, é considerado uma seção judiciária, que tem como sede a respectiva capital (art. 110, *caput*). O mesmo dispositivo constitucional autoriza que haja “varas localizadas segundo o estabelecido em lei”, dando ensejo à criação de *subseções judiciárias*. É o que determinaram, por

exemplo, as Leis ns. 8.251/1991, para a 1ª Região; 8.535/1992, para a 2ª Região; 8.424/1992, para a 4ª Região; e a 8.495/1992 para a 5ª Região. E, para fins da “interiorização da Justiça Federal” de que deu notícia o n. 5.2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1, a Lei n. 10.772/2003.

No âmbito da Justiça Federal, prevalece o entendimento de que a competência entre as diversas subseções judiciárias (que equivalem, no âmbito da Justiça Estadual, às *comarcas* e não aos foros regionais ou aos distritais) é *relativa*. Expressa nesse sentido é a Súmula 23 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ”.

Não subsiste, em face do disposto nos arts. 109 e 110 da Constituição Federal, o art. 99 do Código de Processo Civil, a não ser no que diz respeito ao inciso I de seu parágrafo único. A disciplina constitucional sobre a competência da Justiça Federal, mais ampla e porque *hierarquicamente* superior à previsão legislativa, sobrepõe-se a ela.

Não são todas as hipóteses do art. 109 da Constituição Federal que dizem respeito ao desenvolvimento de um *Curso de direito processual civil*. Ademais, tendo em vista o corte metodológico deste volume, as hipóteses do inciso VIII e parte do inciso X do art. 109, únicas outras que dizem respeito *também* ao direito processual civil, são examinadas pelo n. 6 do Capítulo 1 da Parte I do tomo III deste volume 2 e pelo Capítulo 5 da Parte II do vol. 5, respectivamente.

O inciso I do art. 109 da Constituição Federal reserva para a Justiça Federal “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”. Trata-se, nesse sentido, de competência estabelecida em razão da *pessoa*. Nesse sentido: STJ, 1ª Seção, CComp 48.609/MS, rel. Min. Luiz Fux, j.m.v. 14.5.2008, DJe 9.6.2008.

Desde que a União Federal ou outras pessoas que componham a chamada “administração pública *indireta*”, assim as autarquias federais (o Banco Central do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, por exemplo) e as empresas

públicas federais (a Caixa Econômica Federal e a Empresa de Correios e Telégrafos, por exemplo) sejam autoras, rés, assistentes ou oponentes, a competência é da Justiça Federal. A competência da Justiça Federal justifica-se tão só pela presença da União no processo “... independentemente da existência de entidades autônomas que venha a constituir para realizar as atividades decorrentes do seu poder normativo...”, máxime quando for possível distinguir as competências fiscalizatórias e administrativas de cada uma das pessoas jurídicas envolvidas (STJ, 3ª Turma, REsp 1.116.553/MT, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 17.5.2012, DJe 29.5.2012). Não havendo interesse das entidades referidas no inciso I do art. 109 da Constituição Federal, a competência não é da Justiça Federal (assim, v.g., em sede de Recurso Especial Repetitivo, a 2ª Seção do STJ: REsp 1.091.363/SC, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j.un. 11.3.2009, DJe 25.5.2009, orientação que vem sendo observada desde então como faz prova, dentre tantos, o seguinte julgado: STJ, 2ª Seção, AgRg no CComp 126.352/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.un. 26.6.2013, DJe 5.8.2013).

As exceções são as expressas no próprio dispositivo constitucional em exame: prevalectimento de alguma “justiça especial”; processos de falência ou em que o direito conflituoso disser respeito a acidente de trabalho. Nestes casos, as pessoas referidas no dispositivo em exame deverão intervir perante outros órgãos jurisdicionais, que não os da primeira instância da Justiça Federal, seja perante alguma justiça especializada, seja, até mesmo, perante a Justiça Estadual. Também os casos de insolvência civil não ensejam a competência da Justiça Federal por expressa disposição do inciso I do parágrafo único do art. 99 do Código de Processo Civil. A regra afina-se ao “modelo constitucional do direito processual civil” porque, na chamada insolvência civil, faz-se presente o que caracteriza, como tal, a falência, isto é, a necessidade de todos os credores submeterem-se ao chamado “juízo universal” disciplinado pelo art. 762, até como forma de viabilizar uma melhor partição, entre todos os interessados, do produto da arrecadação dos bens do devedor (art. 773).

Há algumas questões que merecem exame à luz do dispositivo.

A primeira delas diz respeito a saber se o art. 109, I, da Constituição Federal comporta interpretação ampla para fixar a competência da Justiça

Federal para as causas em que outras pessoas que compõem a administração indireta federal, assim as fundações de direito público (Fundação Nacional do Índio, por exemplo), as agências reguladoras (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por exemplo) e, até mesmo, as sociedades de economia mista federal (Banco do Brasil, por exemplo), sejam “autoras, “rés”, “assistentes” ou “oponentes”. Também se a competência é da Justiça Federal para conhecer dos processos que, nas mesmas condições, digam respeito ao Ministério Público Federal e aos conselhos fiscalizadores das profissões regulamentadas.

Para as fundações públicas e as agências, tem prevalecido o entendimento de que a elas se aplica também o art. 109, I. Não, contudo, para as sociedades de economia mista federal. A competência para processamento e julgamento de processos das quais façam parte por alguma razão é, desta forma, da “justiça comum *estadual*”. Claras, neste sentido, as Súmulas 556 (“É competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”) e 517 (“As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente”), ambas do STF, e a Súmula 42 do STJ (“Competente à justiça comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento”). A Súmula Vinculante n. 27, do Supremo Tribunal Federal, é também ilustrativa da correção desse entendimento, capturando adequadamente o sentido da regra do precitado dispositivo constitucional: “Compete à Justiça Estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem oponente”.

Este *Curso*, invocando as devidas vênias, ousa discordar do entendimento cristalizado naquelas Súmulas. É que não há, do ponto de vista do direito *material*, qualquer razão suficiente para distinguir o tratamento jurídico dado a uma sociedade de economia mista ou a uma empresa pública. Ambas têm, de acordo com a Constituição Federal de 1988 e subsequentes alterações – e quanto a isto, os avanços e melhorias quanto ao estabelecimento do regime jurídico destas pessoas jurídicas são aplaudidos pelos constitucionalistas e pelos administrativos em geral, mormente quando analisada a questão desde as prescrições das Constituições de 1967 e 1969

–, o *mesmo* regime jurídico, a despeito de a sociedade mista, diferentemente da empresa pública, permitir, por definição, capital privado na sua formação. Assim, a circunstância de o art. 109, I, não fazer expressa referência a elas, sociedades mistas, não é razão suficiente para negar-lhes a competência da Justiça Federal. O direito processual civil e suas normas não podem desconsiderar as realidades que estão fora dele, no plano do direito *material* (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

No que diz respeito ao Ministério Público Federal, embora prevaleça em sede de doutrina o entendimento de que ele, como *autor*, pode atuar em prol da realização de seus misteres institucionais, tanto na Justiça Federal como na Justiça Estadual consoante as demais regras de competência, o entendimento mais correto, também com as vênias de estilo, é o de reconhecer que o interesse *federal* que move a atuação daquela instituição, componente do Ministério Público da *União* que é (art. 128, I, da Constituição Federal; v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), justifica, para si, a incidência do inciso I do art. 109 da Constituição Federal. Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça neste sentido: 1ª Turma, REsp 737.073/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 6.12.2005, DJ 13.2.2006, p. 700, e 1ª Turma, CComp 40.534, rel. Min. Teori Zavascki, j.un. 28.4.2004, DJ 17.5.2004, p. 100. Idêntica orientação deve ser observada para a Defensoria Pública da União, a despeito do quanto decidido pela 4ª Turma do STJ no REsp 1.120.169/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 20.8.2013, DJe 15.10.2013, que acabou também desmembrando litisconsórcio facultativo passivo entre diversas instituições financeiras e empresa pública federal, única a justificar a competência da Justiça Federal.

Com relação aos conselhos de fiscalização profissional, eles devem ser entendidos, para os específicos fins a que se destinam, como verdadeiras *autarquias federais* e, em função disto, quando comparecem em juízo para o exercício daquelas finalidades, ficam sujeitos à regra do inciso I do art. 109. É neste sentido o disposto na Súmula 66 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional”. A orientação sumulada é tanto mais pertinente diante do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.717/DF, em que se declarou a inconstitucionalidade do art. 58, § 8º, da Lei n. 9.649/1998, que alterava a natureza jurídica daqueles conselhos. Assim, v.g.: STJ, 1ª Seção,

CComp 70.051/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 13.12.2006, DJ 12.2.2007, p. 224, e 1ª Seção, AgR no CComp 80.665/MG, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 27.8.2008, DJe 22.9.2008.

O mesmo entendimento deve ser reservado para a Ordem dos Advogados do Brasil, embora, dada a *federalização* de sua organização interna (arts. 44, *caput*, e 45 da Lei n. 8.906/1994; v. n. 4.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), seja bem razoável o entendimento de que, para as seccionais *estaduais*, a hipótese pode acarretar o deslocamento do processo para os juízos privativos da Fazenda Pública Estadual, consoante seja descrita a sua competência pelas leis locais de organização judiciária.

É bastante comum a crítica ao quanto exposto nos parágrafos anteriores com base na necessidade de o inciso I do art. 109, como, de resto, qualquer competência *constitucionalmente* estabelecida, ser interpretado *restritivamente* e, por isso, ser vedada qualquer aplicação sua por analogia. Renovando as vênias, o argumento não procede porque, fosse assim, as fundações públicas e as agências não poderiam litigar, como é correto que litiguem, na Justiça Federal, porque o dispositivo constitucional não se refere a elas. Não se trata, assim, de uma interpretação ampliativa qualquer do art. 109, I. Trata-se de sua leitura *contextualizada* no próprio ordenamento jurídico brasileiro, *atualizando-o* para o regime jurídico dado a cada uma das pessoas ou órgãos, ou apontados acima.

Outro ponto digno de destaque sobre o art. 109, I, da Constituição Federal diz respeito às modalidades de participação mencionadas expressamente pelo dispositivo para a identificação da competência na Justiça Federal. Ser autor e réu não oferece qualquer dificuldade interpretativa. O *assistente* é o terceiro, isto é, o não autor e o não réu, que intervém em processo alheio em busca de uma decisão que, de alguma forma, lhe seja pessoalmente favorável, ainda que, para tanto, haja necessidade da tutela *imediata* de um direito alheio. O *opoente* é o terceiro que age em juízo para inibir litígio alheio sobre direito que reputa seu. A *assistência* e a *oposição*, contudo, não são as únicas modalidades de intervenção de terceiro que o Código de Processo Civil conhece.

A melhor interpretação do dispositivo constitucional, que captura suficientemente a sua *ratio* e preserva o “modelo constitucional do direito processual civil”, é que toda vez que uma pessoa de direito federal, com as

considerações feitas, intervier em processo alheio *independentemente* da modalidade de intervenção, isto é, não só nos casos expressamente referidos pela regra em exame, a competência passe a ser da Justiça Federal. O “interesse jurídico” que motiva qualquer intervenção de terceiro, independentemente de sua maior ou menor intensidade ou difusão (v. n. 2.4 do Capítulo 1 da Parte VII), justifica, por si só, a incidência do art. 109, I, da Constituição Federal. Tanto assim que a Súmula 150 do STJ impõe que a apreciação da ocorrência, ou não, do interesse do ente federal para os fins do precitado dispositivo constitucional cabe à própria Justiça *Federal* e não à Estadual. Por seu turno, a Súmula 365 daquele mesmo Tribunal dispõe que a intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual. A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu, a respeito das questões aventadas pelo parágrafo anterior, com o que este *Curso* concorda expressamente, que a intervenção de uma pessoa ou órgão federal na qualidade de *amicus curiae* (v. n. 3 do Capítulo 8 da Parte VII), como a União Federal para os fins do art. 5º da Lei n. 9.469/1997, é motivo suficiente para a identificação da competência na Justiça Federal por força do art. 109, I, da Constituição Federal. Trata-se do REsp 737.073/RS, já mencionado acima.

De qualquer sorte, a possibilidade de o resultado do processo que tramita perante a Justiça Federal influenciar processo que corre perante a Justiça Estadual não é suficiente para justificar a competência da Justiça Federal. Para os fins do art. 109, I, da Constituição Federal, as pessoas mencionadas devem efetivamente estar em juízo (STF, 1ª Turma, RE 385.274/MT, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 10.5.2011, DJe 8.6.2011).

Os §§ 1º a 4º complementam o inciso I do art. 109, ainda que os dois primeiros parágrafos só digam respeito à União Federal, sendo vedada a sua extensão para as demais pessoas referidas expressa ou implicitamente naquele dispositivo.

De acordo com o § 1º, quando a União for autora, o processo deve ser instaurado na seção judiciária onde tiver domicílio o réu e, havendo, na subseção respectiva. Trata-se, em última análise, da mesma regra que consta do art. 94 do Código de Processo Civil (v. n. 3, *infra*).

Na hipótese de a União ser ré, disciplina o § 2º do art. 109 da Constituição Federal, o processo pode ser instaurado na seção judiciária (ou, consoante o caso, subseção) em que o autor for domiciliado, onde tiver ocorrido o ato ou fato que enseja o conflito, onde esteja situada a coisa ou no Distrito Federal. É o que a doutrina usualmente chama de “foros concorrentes”, que podem ser verdadeiramente *escolhidos* pelo autor, sem que a União, desde que respeitadas as opções oferecidas pela regra, possa se opor, mesmo quando houver “litisconsórcio ativo” (v. n. 1.1 do Capítulo 2 da Parte VII), como decidiu a 1ª Turma do STF no RE 234.059/AL, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 2.9.2008, DJE-172 11.9.2008.

O § 3º do art. 109, de sua vez, traz regra que autoriza que, excepcionalmente, a Justiça *Estadual* processe e julgue demandas que normalmente seriam da competência da Justiça *Federal*. O dispositivo prevê uma específica hipótese, a das chamadas “ações previdenciárias” em que é autor o segurado ou beneficiário da Previdência Social e é réu o Instituto Nacional da Seguridade Social, sempre que o domicílio do autor não for *subseção judiciária*, isto é, sempre que seu domicílio não tiver órgão da Justiça Federal. Para estes casos, em iniciativa amplamente harmônica com o “princípio do acesso à justiça” (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), admite-se que o processo seja instaurado, processado e julgado pela Justiça Estadual, com observância das regras relativas à identificação do juízo competente (v. n. 4, *infra*). Os recursos cabíveis, contudo, serão dirigidos e julgados pelo Tribunal Regional Federal da respectiva Região em que localizada a *comarca* e não pelos Tribunais de Justiça dos Estados. É o que preceitua, em complementação da regra, o § 4º do mesmo art. 109.

O referido § 3º admite também que a lei *expressamente* preveja outras hipóteses. É o que se dá, por exemplo, com os incisos I a IV do art. 15 da Lei n. 5.010/1966, a lei que cria a Justiça Federal de primeira instância (v. n. 5.2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1), a partir dos quais foi editada a Súmula 349 do STJ (“Compete à Justiça Federal ou aos juízes com competência delegada o julgamento das execuções fiscais de contribuições devidas pelo empregador ao FGTS”; v., ainda, STJ, 1ª Seção, CComp 101.639/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 25.3.2009, DJe 6.4.2009); com o art. 119, § 2º, da Lei n. 6.815/1980 (para a entrega do certificado de naturalização), que excepciona o inciso X do art. 109 da

mesma Constituição; com o art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.969/1981 (“ações de usucapião especial”) e com o art. 1.213 do Código de Processo Civil que reconhece à Justiça Estadual a competência para o cumprimento de determinações (“cartas”; v. n. 4.4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1) dos juízos federais pelos estaduais (STJ, 1ª Seção, REsp 1.144.687/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 12.5.2010, DJe 21.5.2010 – Recurso Especial Repetitivo). Não é, contudo, o que ocorre com as “ações civis públicas”, cuja lei de regência, a Lei n. 7.347/1985, se, é certo, traz em seu art. 2º, *caput*, regra de competência *absoluta*, em nenhum momento busca regulamentar o dispositivo constitucional aqui examinado. É este o entendimento, correto, do Supremo Tribunal Federal, que acabou por levar o Superior Tribunal de Justiça a cancelar Súmula sua, a de n. 183, em sentido contrário.

O inciso II do art. 109 reserva à Justiça Federal a competência para processamento e julgamento das demandas entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil. É desnecessária, para os fins deste dispositivo, a participação, a qualquer título, de pessoa ou entidade administrativa federal brasileira. Se a demanda envolver organismo internacional e a União ou o Estado, o Distrito Federal ou Território, a competência é *originária* do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *e*, da Constituição Federal; v. n. 2.1, *supra*). Quando excluído do processo o organismo internacional, cessa a competência da Justiça Federal (STJ, 1ª Turma, Ag 1.371.230/CE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 15.3.2011, DJe 21.3.2011).

O inciso III do art. 109 reconhece a competência da Justiça Federal para as “causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”. A hipótese reclama a análise da “causa de pedir” da demanda (v. n. 2.2 do Capítulo 1) como elemento identificar da competência.

O inciso V-A do art. 109 é novidade trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004. De acordo com ele, a Justiça Federal é competente para julgar as causas relativas aos direitos humanos, sendo indiferente, para tanto, que se trate de competência *criminal*, não obstante o anterior inciso V do dispositivo referir-se apenas e tão somente àquelas hipóteses. A competência reclama, contudo, que a causa de pedir diga respeito especificamente sobre os direitos humanos decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil

seja parte (art. 109, § 5º), sendo vedada sua interpretação para direitos humanos que decorram de outras fontes normativas. Pode até ocorrer, consoante disciplina o § 5º do art. 109, que o Procurador-Geral da República, com o objetivo de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil tenha assinado, suscite, perante o Superior Tribunal de Justiça, incidente destinado à comprovação da ocorrência da hipótese do inciso V-A e, conseqüentemente, transferir à Justiça Federal a competência para julgamento da causa em qualquer fase do processo.

A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar acerca da interpretação do referido § 5º do art. 109 da Constituição Federal quando acentuou que, para o *deslocamento da competência* lá regulado, faz-se mister *também* a demonstração concreta da incapacidade da justiça local em julgar, com as devidas garantias constitucionalmente exigidas, a causa, “resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições”. Trata-se do IDC 1/PA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 8.6.2005, DJ 10.10.2005, p. 217. O tema foi retomado, pela 3ª Seção do STJ, no julgamento do IDC 2/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j.m.v. 27.10.2010, DJe 22.11.2010.

O inciso X do art. 109 prevê, para os fins que interessam ao desenvolvimento deste capítulo, a competência da Justiça Federal para julgamento das “causas referentes à nacionalidade, inclusive à respectiva opção, e à naturalização”. A opção pela nacionalidade brasileira é expressamente prevista no art. 32, § 4º, da Lei n. 6.015/1973, a “Lei dos Registros Públicos”. O julgamento de eventuais desdobramentos decorrentes da nacionalidade, da opção ou da naturalização, contudo, não é necessariamente de competência da Justiça Federal, a não ser que se verifique, por qualquer motivo, a ocorrência de algum outro elemento do art. 109 da Constituição Federal, mas da Justiça Estadual, quando deverá ser observada a disciplina do Código de Processo Civil e das normas de organização judiciária local, até para verificar se há, ou não, conforme o caso, “juízo privativo” de registros públicos e se positiva a resposta, qual a sua competência. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir, em função do dispositivo ora examinado, ser da competência da

Justiça *Federal* o julgamento de pedido de retificação do registro de filho de brasileiro nascido no exterior (2ª Seção, CComp 18.074/DF, rel. Min. César Asfor Rocha, j.un. 10.9.1997, DJ 17.11.1997, p. 59399; 2ª Seção, CComp 1.039/RS, rel. Min. Bueno de Souza, j.un. 16.6.1993, DJ 11.10.1993, p. 21277; CComp 66.843/SP, rel. Min. Massami Uyeda, d.m. 1.2.2007, DJ 7.2.2007). Não, contudo, se o pedido for de mero traslado de registro de nascimento efetuado em consulado ou embaixada brasileira (2ª Seção, CComp 58.743/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 9.8.2006, DJ 21.8.2006, p. 225).

O inciso XI do art. 109 prevê a competência da Justiça Federal para julgar qualquer disputa sobre direitos indígenas. Não há razão para discernir, à luz do dispositivo constitucional, se a demanda envolve direito “individual” ou “coletivo” dos indígenas e tampouco que a causa envolva a disputa em torno dos direitos garantidos aos índios, como coletividade, pelo art. 231 da Constituição Federal, os chamados “interesses indígenas”. Em quaisquer hipóteses, desde que um índio, ao menos, esteja envolvido no conflito, a competência para sua resolução é da Justiça Federal, quando o Ministério Público atuará na qualidade de *custos legis* (art. 232 da Constituição Federal). Por tal razão, embora de cunho processual penal, não há como emprestar adesão ao entendimento da Súmula 140 do STJ: “Compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.

3. REGRAS DE IDENTIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: COMPETÊNCIA DE FORO

Antes de examinar as regras de identificação de competência do Código de Processo Civil, é importante destacar que, mesmo que descartada a competência da Justiça Federal – o que pressupõe o exame da Constituição Federal, em especial do seu art. 109 –, pode ocorrer que as Constituições dos Estados reservem para seus Tribunais de Justiça competência *originária* para algum processo, o que farão em conformidade com o disposto no § 1º do art. 125 da Constituição Federal (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1). Para os assuntos que dizem respeito ao desenvolvimento deste volume do

Curso, a hipótese constitui apenas um alerta. De qualquer sorte, a depender da pretensão do autor, a competência originária dos Tribunais Estaduais não pode ser olvidada e, na medida em que ela esteja prevista na Constituição Estadual, não há como deixar de descartar a competência da primeira instância da Justiça Estadual.

Com a ressalva do parágrafo anterior, é chegado o momento de análise das regras do Código de Processo Civil sobre a identificação da competência. Trata-se, fundamentalmente, da análise dos arts. 94 a 98 e 100 e da pesquisa em torno do que pode ser chamado de competência de *foro*, isto é, do *território* onde a inércia do Estado-juiz pode ser rompida, dando início ao *processo*.

O *caput* do art. 94 fixa a “regra geral” da competência: a “ação” fundada em direito pessoal e a “ação” fundada em direito real sobre bens *móveis* será proposta no foro do domicílio do réu. Os quatro parágrafos do dispositivo disciplinam algumas variantes da regra. Elas acabam por criar o que a doutrina chama de competência *concorrente*, já que permitem ao autor *escolher* entre dois ou mais foros igualmente competentes. As hipóteses, outrossim, podem ser entendidas como de competência *concorrente e sucessiva* na medida em que as alternativas dadas ao autor dependem da não ocorrência de cada uma das situações aceitas por cada uma daquelas regras.

Quando o réu tiver mais de um domicílio, compete ao autor escolher em qual o processo será instaurado, de acordo com o § 1º do art. 94.

Na hipótese de ser incerto ou desconhecido o domicílio do réu, é esta a regra que consta do § 2º do art. 94, o processo pode ser instaurado onde ele for encontrado ou no foro do domicílio do próprio autor.

O domicílio do autor é competente quando o réu não tiver domicílio e nem residência no país. Se o próprio autor não for domiciliado no Brasil, o processo poderá ter início em qualquer “foro”, é dizer, em qualquer lugar do território brasileiro, respeitadas as demais regras de identificação do órgão jurisdicional competente. É disto que trata o § 3º do art. 94.

Por fim, de acordo com o § 4º do art. 94, se a hipótese for de dois ou mais réus com domicílios diversos, isto é, de “*litisconsórcio passivo*” (v. n. 1.1 do Capítulo 2 da Parte VII), cabe ao autor escolher perante qual deles requererá a prestação da tutela jurisdicional.

Faz-se pertinente saber a que “domicílio do réu” faz menção o art. 94, se ao *residencial* ou ao *profissional*, levando em consideração a distinção que a este respeito faz o art. 72 do Código Civil. A melhor interpretação do dispositivo da lei civil é no sentido de que o domicílio profissional reclama que a demanda seja fundada em conflitos derivados de relações profissionais (causa de pedir). Esta distinção deverá, portanto, guiar a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil que se refiram a domicílio do réu.

A primeira parte do art. 95 complementa, excepcionando a regra do art. 94. Se o conflito disser respeito a direito real sobre bens *imóveis*, a competência é a do foro (local) em que se localiza o próprio imóvel. É o que em geral é conhecido como *forum rei sitae* ou, no vernáculo, o foro da localização da coisa (do bem imóvel). Correta, nesse sentido, a Súmula 110 do TJSP: “Nos conflitos de competência, julgados pela Câmara Especial, o foro competente para o ajuizamento da ação de adjudicação compulsória é o da situação do imóvel”.

A segunda parte do dispositivo, contudo, estabelece verdadeira competência *concorrente* ao admitir que o processo pode ser instaurado no foro do domicílio do réu ou no chamado “foro de eleição”, isto é, aquele contratualmente ajustado entre as partes, desde que o conflito não diga respeito a direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova. A Súmula 76 do TJSP ilustra suficientemente o alcance da regra: “É da competência do foro da situação do imóvel o processamento e julgamento de ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse ajuizada pela CDHU, ante o prescrito no art. 95 do CPC”.

O art. 95, como é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, acaba por encerrar uma exceção à classificação e ao regime jurídico que o próprio Código de Processo Civil dá à competência fixada em razão do território (v. n. 2.2 do Capítulo 1). Isto, no entanto, não quer significar que é ela, mesmo que de natureza *absoluta* se trate, que dá embasamento ao entendimento de que, no casos a que ele se refere, sequer haveria deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos do art. 109 da Constituição Federal, prevalecendo a competência pela localização do bem imóvel. O entendimento não pode ser aceito porque não

há, no precitado art. 109, nenhuma exceção que albergue a hipótese. A Súmula 11 do STJ, geralmente lembrada para justificar a conclusão oposta, deve ser lida no seu devido contexto. É que para as “ações de usucapião especial de imóvel rural”, que deram ensejo àquele enunciado, há regra expressa, o art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei n. 6.969/1981, que, embora editada antes da Constituição de 1988, afina-se ao comando do seu art. 109, § 3º, sendo inegável a sua recepção pela atual ordem constitucional (v. n. 2.3, *supra*). Sem uma regra *específica* – e a do art. 95 é *genérica* –, não há como excepcionar o comando do art. 109 da Constituição Federal para quaisquer outras situações só em função da localização do imóvel. Nem mesmo para os casos de usucapião especial de imóveis *urbanos* a que se refere o art. 183 da Constituição Federal e os arts. 9º a 14 da Lei n. 10.257/2001, o chamado “Estatuto da Cidade”, à falta de regra que crie a exceção exigida pelo precitado dispositivo constitucional. Até porque, neste caso, o acolhimento de uma eventual intervenção de pessoa pública – que deslocará, como acentuado, a competência para a Justiça Federal ou para o juízo privativo da Fazenda Pública, onde houver – levará, muito provavelmente, à *rejeição* do pedido diante da vedação do § 3º do art. 183 da Constituição Federal.

A problemática anunciada no parágrafo anterior, contudo, não prevalece se o local do imóvel for sede de subseção judiciária, quando a competência da Justiça Federal será irrecusável desde que presente uma das hipóteses do art. 109 da Constituição Federal. Em se tratando de Justiça Estadual, o mesmo raciocínio aqui sustentado deve ser observado toda vez que a *comarca* em que se localiza o imóvel tiver juízos privativos da Fazenda Pública e, por qualquer razão, alguma pessoa de direito público intervier no processo.

Nos casos em que o imóvel está situado em mais de uma comarca, o juízo competente é aquele que se tornar *prevento* de acordo com o disposto no art. 107 (v. n. 6 do Capítulo 3).

O art. 96 ocupa-se de reconhecer ao foro do domicílio do autor da herança, isto é, aquele que falece, como competente para o inventário, partilha, arrecadação, cumprimento de disposições de última vontade e todos os demais conflitos em que o espólio for réu, ainda que a morte tenha se verificado em outro país. Colacionável, a respeito, a Súmula 71 do TJSP, que tem o seguinte enunciado: “A competência para o processamento de

inventário ou arrolamento em razão do foro do domicílio do autor da herança é relativa”. Também é correto o entendimento – amplamente aceito na jurisprudência do STJ – de que “... a regra do art. 96 do CPC não incide quando já encerrado o inventário, com trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha (CComp 51.061-GO, 2ª Seção, DJ de 19.12.2005)” (STJ, 2ª Seção, CComp 124.274/PR, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 8.5.2013, DJe 20.5.2013).

O parágrafo único do art. 96 traz algumas exceções: é competente o foro da situação dos bens se o *de cuius* não tinha domicílio certo (inciso I) e é competente o foro do lugar em que se deu o óbito se o *de cuius* não tinha domicílio certo e possuía bens em locais diversos.

O art. 97 define a competência do local do seu último domicílio para os processos em que o réu for ausente, isto é, alguém que tenha desaparecido e assim declarado judicialmente de acordo com o disposto nos arts. 22 do Código Civil e 1.159 do Código de Processo Civil. Também é competente aquele foro para a arrecadação, o inventário, a partilha e o cumprimento de disposições testamentárias.

Se a demanda for promovida em face de incapaz, competente é o foro do domicílio de seu representante, de acordo com o art. 98.

O art. 100 disciplina hipóteses que, em geral, são chamadas de “foros especiais” (v. n. 2.2 do Capítulo 1), porque levam em conta específicas pessoas para as quais o legislador supôs alguma desigualdade no plano material. O objetivo da regra, por isso mesmo, é criar melhores condições de igualdade *substancial* no plano do processo.

De acordo com o inciso I do dispositivo, é competente o foro “da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento”. Há acesa polêmica sobre a constitucionalidade do dispositivo por agredir o princípio da isonomia, princípio fundante do Estado brasileiro, e que, nas relações matrimoniais e por força do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, também nas relações em que há união estável, é expresso para o homem e para a mulher (art. 226, § 5º). Por isso, não poderia a lei, levando em conta a especial situação da mulher, reconhecer a ela e só a ela a possibilidade de litigar, sempre e em qualquer caso, em seu domicílio, situação que pode, por si só, violar a “paridade de armas” da qual trata o n.

10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, situação em que, em última análise, teria o condão de também agredir o “devido processo legal” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). A melhor interpretação para o dispositivo, de acordo com o “modelo constitucional do direito processual civil”, é o que permite ao juiz de cada caso concreto confirmar a *presunção* assumida pelo legislador de maior debilidade da mulher e, conseqüentemente, a *necessidade* de ela litigar no foro do seu domicílio para não violar os princípios já colocados em destaque. A 2ª Turma do STF no RE 227.144/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 22.11.2011, DJe 16.2.2012, já teve oportunidade de entender diferentemente, afirmando que a regra foi recepcionada pela Constituição de 1988. A aplicação da regra para a união estável já foi expressamente aceita pela 4ª Turma do STJ (REsp 1.145.060/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 13.9.2011, DJe 26.9.2011).

O inciso II do art. 100 fixa a competência no domicílio ou residência daquele que pede alimentos para a “ação” respectiva. A presunção assumida pelo legislador, neste caso, não merece qualquer ressalva à luz dos valores constitucionalmente protegidos. Correta, por isso mesmo, a Súmula 1 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade quando cumulada com a de alimentos”. Não é diversa a *ratio* da Súmula 70 do TJSP, embora seu enunciado refira-se à fase de cumprimento de sentença: “Em execução de alimentos, prevalece sobre a competência funcional do Juízo em que formado o título executivo judicial a competência territorial do domicílio do credor da prestação alimentar executada, com vistas à facilitação do acesso à Justiça”.

Os incisos III a V e o parágrafo único do art. 100, que também se ocupam de disciplinar hipóteses do que pode ser chamado de “foros especiais” à medida que se distanciam da regra geral do art. 94 (v. n. 2.2 do Capítulo 1), são instituídos na presunção de que nos foros por ele estabelecidos haverá melhores condições de prestação da tutela jurisdicional, dada a maior proximidade do local dos fatos para a atividade probatória.

A hipótese do inciso III do art. 100 define a competência do domicílio do devedor na “ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos”, independentemente da posição que ele, devedor, assuma no processo, isto é, se autor ou réu, hipótese em que seria suficiente a regra geral do art. 94.

O inciso IV trata dos casos em que a competência é identificada pelo *lugar*. Assim é que é competente o foro do lugar “onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica” (alínea *a*); “onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu” (alínea *b*); “onde exerce a sua atividade principal, para a ação em que for ré a sociedade, que carece de personalidade jurídica” (alínea *c*) e “onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento” (alínea *d*). Esta última hipótese tem recebido interpretação ampla para nela compreender qualquer pretensão relativa à obrigação questionada, assim, por exemplo, para declarar a sua nulidade ou pedir o pagamento de indenização pelo seu descumprimento. A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que, com relação às autarquias, é lícita a escolha, pelo autor, do foro de sua sede ou de sua “agência ou sucursal”, nos precisos termos das alíneas *a* e *b* do art. 100, IV (REsp 884.246/DF, rel. Min. Maria Thereza Assis de Moura, j.un. 20.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 461).

O inciso V do art. 100 estabelece a competência “do lugar do ato ou do fato” para a “ação de reparação do dano”, de todo indiferente, para este fim que se trate de dano material ou moral, de acordo com o art. 5º, X, da Constituição Federal (alínea *a*) e para a ação em que o administrador ou gestor de negócios alheios for réu (alínea *b*). É indiferente, para a aplicação do art. 100, V, que o pedido de reparação seja fundado em responsabilidade contratual ou extracontratual (STJ, 3ª Turma, REsp 930.875/MT e REsp 1.087.471/MT, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 14.6.2011, DJe 17.6.2011).

Por fim, o parágrafo único do art. 100 disciplina a competência para as “ações” de reparação de dano sofridas em razão de delito ou acidente de veículos: competente é, *concorrentemente*, o foro do domicílio do autor ou do local do fato, isto é, do local do acidente.

Nas comarcas em que há, como em São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, os chamados “foros regionais”, a pesquisa em torno da identificação do *foro* competente impõe ainda um passo subsequente à análise dos dispositivos do Código de Processo Civil e que antecede a verificação da competência de *juízo*, objeto de análise pelo número seguinte.

Os “foros regionais” devem ser entendidos como partições territoriais de competência jurisdicional em busca de uma melhor distribuição e organização da justiça em determinados locais. Não deixa de ser

providência que se afina bastante bem ao princípio do acesso à justiça (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) porque, em última análise, haverá a possibilidade de o jurisdicionado ter mais perto de sua casa ou de seu trabalho um “fórum” (o prédio em que funcionam os serviços forenses), aproximando a prestação deste serviço jurisdicional dos anseios da população. A ampla diretriz que consta do art. 125, § 7º, da Constituição Federal não deixa de ser, guardadas as devidas proporções, de iniciativa similar.

Nos locais em que há foros regionais devidamente criados por lei e estabelecidos em consonância com os atos regulamentares dos Tribunais, o melhor entendimento é que sua competência tem natureza *absoluta* e não *relativa*. Certo que o aspecto territorial é inerente a eles, mas o fator predominante na sua instalação é de uma melhor racionalização da atividade judiciária em um dado local. Por isso, os critérios estabelecidos pelas leis estaduais respectivas devem ser entendidos como impositivos, fixados em função de um específico interesse de melhor distribuir o serviço público de prestação jurisdicional, e reclamam controle oficioso dos magistrados. É este pensamento sustentado por alguns doutrinadores (assim, v.g., Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 294, e Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 301) e pela Súmula 3 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (DJERS 18.6.1985), embora no âmbito do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, prevalecesse entendimento oposto em sua Súmula 21. O § 7º do art. 94 do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ) é, de sua parte, expresso quanto ao tema: “§ 7º A competência dos Juízos das Varas Regionais, fixada pelo critério funcional-territorial, é de natureza absoluta, sendo a incompetência declarada de ofício ou a requerimento dos interessados, independentemente de exceção”.

No caso da comarca de São Paulo, ademais, a competência dos foros regionais não é só definida pelo território (foro) mas *também* em razão do valor. Sua competência é para julgamento de causas até o valor de quinhentos salários mínimos vigentes na capital do Estado (Resolução n. 148/2001 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu

nova redação ao inciso I do art. 54 da Resolução n. 2, de 15 de dezembro de 1976).

As mesmas considerações devem ser observadas para os chamados “foros distritais”. Eles, rigorosamente, são os mesmos foros regionais só que distribuídos em diversos municípios que, do ponto de vista da organização jurisdicional, pertencem a uma mesma comarca.

4. COMPETÊNCIA DE JUÍZO

Como escrito desde o início desta Parte, não é suficiente encontrar o *foro* competente, objeto do número anterior. Uma vez que ele seja localizado, põe-se a pesquisa relativa ao *juízo* competente, isto é, ao específico órgão jurisdicional que tem competência para processamento e julgamento da causa.

Para esta finalidade, a única regra trazida pelo Código de Processo Civil é a do art. 251: onde houver mais de um “juízo” (o dispositivo se refere erradamente a *juiz*) deve se dar a chamada “distribuição”, isto é, a escolha que fixará, dentre os vários juízos competentes, aquele que processará a causa. De acordo com o art. 252, esta escolha deverá ser alternada com rigorosa observância da igualdade entre os diversos órgãos jurisdicionais (para melhor distribuir entre eles a carga de trabalho) e será responsável pela *fixação* do juízo competente, embora possa haver, em alguns casos, a *modificação* da competência nos termos discutidos pelo capítulo seguinte. Aquele ato processual pode ser fiscalizado pelas próprias partes ou pelos seus procuradores (art. 256).

No mais, contudo, o Código de Processo Civil é silente, como dá a entender, aliás, o já referido art. 91 (v. n. 2.2 do Capítulo 1). A pesquisa em torno do juízo competente, com efeito, deve se dar em três outras leis *extravagantes* de direito processual civil (as leis que disciplinam os chamados “juizados especiais cíveis” no âmbito da Justiça Federal e no âmbito da Justiça Estadual, aí compreendidos os Juizados Especiais da Fazenda Pública, v. n. 4.1, *infra*) e nas normas de organização judiciária – tanto na Justiça Federal como na Justiça Estadual – cujo exame exaustivo, com relação a estas últimas, é inviável em um *Curso de direito processual civil*. Uma tal tarefa cabe às monografias sobre competência que podem, e a

bem da verdade *devem*, retratar problemas de cada Estado e de cada Seção Judiciária com suas respectivas peculiaridades.

A pesquisa em torno da competência de *juízo* é a que vai revelar qual a “vara” perante a qual o processo deve ser apresentado e, consoante haja mais de uma, perante qual ele vai ser distribuído (art. 251).

Com relação à Justiça Estadual, cabe pesquisar a resposta, dentre outras, das seguintes questões: Qual a competência das “varas cíveis”? Há “vara de família e sucessões”? Existe uma “vara” especializada em criança e adolescente? Qual a competência de uma “vara de registros públicos”? E de uma “vara empresarial”? Há alguma especialização, em uma dada comarca, para falências e recuperação judicial de empresas? Para acidentes de trânsito? Para ações coletivas? Para conflitos ambientais? Há juízos privativos para a Fazenda Pública? Se sim, há distinção entre Fazenda Pública *estadual* e a Fazenda Pública *municipal*? Os componentes da administração indireta dos Estados e dos Municípios, autarquias, empresas públicas e sociedades mistas, por exemplo, litigam perante o “juízo privativo” da Fazenda?

Tendo presente a organização judiciária do Estado de São Paulo, é pertinente a colação de quatro Súmulas do TJSP que bem mostram a riqueza de discussões que as questões aventadas no parágrafo anterior ensejam. São elas: Súmula 68: “Compete ao Juízo da Infância e da Juventude julgar as causas em que se discutem direitos fundamentais de crianças ou adolescentes, ainda que pessoa jurídica de Direito Público figure no polo passivo da demanda”; Súmula 69: “Compete ao Juízo da Família e Sucessões julgar ações de guarda, salvo se a criança ou adolescente, pelas provas constantes dos autos, estiver em evidente situação de risco”; Súmula 73: “Compete ao Juízo Cível julgar as ações envolvendo pessoas jurídicas de Direito Privado, ainda que exerçam funções típicas da Administração Pública, salvo em se tratando de matéria de Direito Público” e Súmula 78: “Não desloca a competência ao Juízo da Fazenda Pública o ingresso de pessoa jurídica de Direito Público em ação em que se discute matéria de caráter privado, cujo resultado não lhe interesse direta e juridicamente”.

Na Justiça Federal, não é diverso o que deve ocorrer. Também para ela, há atos normativos que *especializaram* e que podem *especializar*, por variados critérios, a competência de juízo em uma mesma subseção

judiciária. Assim, há varas cíveis, varas de execução fiscal, varas previdenciárias, varas ambientais, varas agrárias, varas criminais em geral e para crimes em específico, apenas para citar algumas, que, consoante a sua própria competência, processarão e julgarão determinadas causas com exclusão de outras.

A busca pelas respostas às questões formuladas, feitas apenas para ilustrar o desdobramento final do tema “identificação da competência de *juízo*”, vale reiterar, impõe o exame de cada lei, código ou regulamento de organização judiciária, tanto do âmbito federal como do estadual, o que não é feito nesta sede. O que o Código de Processo Civil disciplina a respeito, vale frisar, é que, havendo mais de um *juízo* – é esta a pesquisa realizada de acordo com as considerações dos parágrafos anteriores –, deve-se dar a *distribuição* com observância dos arts. 251 a 257.

É pertinente por isso mesmo – e por fim – examinar a Súmula 206 do Superior Tribunal de Justiça. De acordo com seu enunciado: “A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo”. É legítima a instituição, em cada comarca, de *juízos* privativos, assim, por exemplo, varas da Fazenda Pública ou varas de registro público. Isto, contudo, não significa dizer que todas as demandas ajuizadas contra as pessoas políticas ou administrativas estaduais ou que digam respeito aos registros públicos, devam ser propostas naquela comarca em que há o *juízo* privativo (a “vara” especializada) porque isto significaria desconsiderar as demais regras codificadas, que estabelecem a “competência de *foro*”. Primeiro, localiza-se o *foro* competente, quando deverão ser consideradas as questões apresentadas pelo n. 3, *supra*. Depois, verificar-se-á se naquele *foro* (comarca) há algum *juízo* privativo perante o qual o processo deverá ter início. Nunca o contrário.

4.1. Competência dos Juizados Especiais Cíveis

É importante tratar, mesmo que brevemente, da competência dos chamados “juizados especiais”, disciplinados pela Lei n. 10.259/2001, para o âmbito federal, e pelas Leis ns. 9.099/1995 e 12.153/2009, para o âmbito estadual, aí incluídos os chamados “Juizados Especiais da Fazenda Pública”, à guisa da “competência de *juízo*”.

Mais ainda porque a competência daqueles “juizados” – palavra que deve ser entendida como “juízo” ou “órgão jurisdicional” –, embora fixada por força de lei, encontra fundamento expresso na Constituição Federal, nos seus arts. 24, X, e 98, I.

Assim, é importante ter presente que, fixada a competência da Justiça Federal de primeira instância (v. n. 2.3, *supra*), ainda se põe a necessidade de verificar em que medida a causa é de competência do chamado “juizado especial federal” ou, na negativa, dos *juízos* “comuns” (não especiais) da Justiça Federal. É que o art. 3º, § 3º, da Lei n. 10.259/2001, que cria aqueles juizados, evidencia que a competência daqueles “juizados” tem natureza *absoluta* e, como tal, deve preponderar sobre os demais juízos que, nesta perspectiva, são residuais: tudo o que não for para os “juizados especiais” é, observadas as considerações até aqui expostas, de sua competência.

Assim, desde que a causa seja da competência da Justiça Federal – quando deve ser levada em conta a ocorrência de pelo menos uma das hipóteses do art. 109 da CF –, é imperativo verificar em que medida ela, a causa, encarta-se nos casos em que a precitada lei *impõe* a competência daqueles juizados.

De acordo com o art. 3º da Lei n. 10.259/2001, a competência dos juizados especiais federais para “processar, conciliar e julgar” dá-se nas causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, com exceção daquelas indicadas no § 1º do mesmo dispositivo: as “referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos” (inciso I); “sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais” (inciso II); “para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal” (inciso III) e “que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares” (inciso IV). Também deverá ser levada em conta nesta pesquisa o disposto no art. 6º da mesma lei: só podem litigar nos juizados federais, como autores, as pessoas físicas, as microempresas e

as empresas de pequeno porte (inciso I) e, como réis, a União, as autarquias, fundações e empresas públicas federais (inciso II).

O mesmo se dá com relação à competência dos juizados *especiais* estaduais. Embora a sua lei de regência, a Lei n. 9.099/1995, não seja expressa quanto a ser *absoluta* a competência nela definida – há, a bem da verdade, ampla discussão doutrinária e jurisprudencial a este respeito –, este *Curso* entende que não há opção entre litigar perante um “juízo especial” ou um “juízo comum” (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 2, tomo II). Desde que a causa esteja inserida em uma das hipóteses regradadas pela referida lei, é o que basta para ser dos juizados especiais, com exclusão dos demais órgãos jurisdicionais de primeira instância, a competência para seu processamento, julgamento e execução.

De acordo com a Lei n. 9.099/1995, “o Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III – a ação de despejo para uso próprio; IV – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo”, além de competência para execução de seus julgados e dos títulos executivos extrajudiciais do valor referido pelo inciso I (art. 3º, § 1º). O § 2º do mesmo dispositivo exclui da competência do juizado especial “as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial”. Não podem litigar perante os Juizados Especiais estaduais, outrossim, o incapaz, o preso, a massa falida e o insolvente civil (art. 8º, *caput*). Como *autores*, são admitidas as seguintes pessoas: “I – as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas; II – as microempresas, assim definidas pela Lei n. 9.841, de 5 de outubro de 1999; III – as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999; IV – as sociedades de crédito ao microempreendedor, nos termos do art. 1º da Lei n. 10.194, de 14 de fevereiro de 2001” (art. 8º, § 1º, da Lei n. 9.099/1995, na redação da Lei n. 12.126/2009).

O art. 2º da Lei n. 12.153/2009, por sua vez, dispõe que: “É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos”. O § 1º exclui da competência daqueles órgãos jurisdicionais as seguintes hipóteses: “I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos; II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas; III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares”. O art. 5º do mesmo diploma legal, por sua vez, estabelece que somente podem ser autores as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, e réus os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

Encartando-se a causa em uma destas hipóteses e bem observadas as exceções expressas das próprias leis, a competência é do juizado especial (federal ou estadual, cível ou da Fazenda Pública), excluindo-se, conseqüentemente, a competência do juízo comum.

O assunto volta a ser tratado no n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte VI, a propósito do exame do procedimento sumário, e é examinado com maior profundidade no n. 2 dos Capítulos 1, 2 e 3 da Parte III do tomo II deste vol. 2, quando da análise dos Juizados Especiais.

5. ESTABILIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA (*PERPETUATIO JURISDICTIONIS*)

O art. 87 dá ensejo à construção do que toda a doutrina chama de *perpetuatio jurisdictionis*, isto é: uma vez *fixada* a competência, quaisquer alterações que ocorram com relação aos elementos de sua *identificação* são irrelevantes. A competência, por assim dizer, é indiferente àquelas modificações e, por isso mesmo, ela se *estabiliza*.

Bastante ilustrativa ao alcance do comando legal a Súmula 58 do Superior Tribunal de Justiça: “Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada”.

O art. 87, contudo, deve ser compreendido à luz do sistema traçado pelo próprio Código de Processo Civil. Sua aplicação só se justifica nos casos em que a competência tem natureza *relativa*; nunca nos casos em que ela seja *absoluta*. E isto pela própria razão de ser de uma e de outra: a existência, aqui, mas não ali, de interesse público que elimina às partes e, mesmo, ao órgão jurisdicional, qualquer parcela de disponibilidade sobre ele, juízo, atuar ou deixar de atuar no caso concreto.

Tanto assim que a parte final do dispositivo faz expressa ressalva aos casos em que houver supressão do órgão judiciário ou em que houver alteração da competência “em razão da matéria ou da hierarquia”. A competência identificada pela “hierarquia” aí referida só pode ser entendida como a competência *funcional* (v. n. 2.2 do Capítulo 1). Em ambas as hipóteses, a regra da estabilização da competência não se justifica. Haverá necessidade de encaminhamento dos autos do processo ao novo juízo que, pelas normas doravante aplicáveis, passam a ser competentes. As exceções tratadas no art. 87, por isso mesmo, merecem ser examinadas como verdadeiros casos de “incompetência (absoluta) superveniente” do órgão jurisdicional originário. Foi o que se deu com as novidades trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 no que diz respeito à competência da Justiça do Trabalho (“justiça especial”) e da Justiça Cível (“justiça comum”), assunto já mencionado pelo n. 2, *supra*.

De acordo com o art. 87, a *fixação* da competência dá-se no “momento em que a ação é proposta”. O que deve ser entendido como “propositura de ação” é tema tratado pela primeira parte do art. 263: “Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara”.

Aplicando-se o conceito legal, é correto concluir que, naquelas comarcas ou subseções judiciárias em que houver uma só vara, a *perpetuatio jurisdictionis* será estabelecida a partir do primeiro despacho lançado nos autos. Este “despacho” corresponde à primeira manifestação feita pelo juiz quanto à admissibilidade da petição inicial nos termos discutidos pelo n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte II. Havendo mais de um juízo igualmente competente

(mais de uma “vara”), é a primeira distribuição que indica que a “ação foi proposta” e, pois, que “estabiliza” a competência (art. 251; v. n. 4, *supra*).

CAPÍTULO 3

Modificação da competência

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os arts. 102 a 111 – Seção IV do Capítulo III (“da competência interna”) do Título IV (“dos órgãos judiciários e dos auxiliares da justiça”) do Livro I (“do processo de conhecimento”) – disciplinam a possibilidade de *modificação* da competência que, em função das considerações do n. 2.1 do Capítulo 1, pressupõem que a competência em causa seja de natureza *relativa*, nunca *absoluta*.

Há quatro critérios que o Código de Processo Civil prevê para a *modificação* da competência, não obstante o art. 102 referir-se somente a dois, como tais: a conexão, a continência, a vontade das partes e a vontade do réu. Ao lado deles, importa o estudo também da prevenção, critério verdadeiramente misto de fixação e modificação da competência. Cumpre examinar cada um deles, objeto dos números seguintes.

2. CONEXÃO

A conexão é instituto processual que enseja a reunião de demandas que estejam sendo discutidas pelo Estado-juiz em diferentes processos, quando houver comunhão de objeto *ou* de causa de pedir, de acordo com o art. 103. A finalidade da regra encontra-se afinadíssima ao modelo constitucional do direito processual civil porque o julgamento conjunto de causas conexas evita que um mesmo conflito de direito material ou, pelo menos, um conflito que, no plano material, deriva de fatos muito próximos, se não idênticos, receba disparidade de soluções perante o Poder Judiciário.

O “objeto” referido no art. 103 deve ser entendido como o “pedido *mediato*”, isto é, o específico bem da vida sobre o qual o autor pretende a prestação da tutela jurisdicional. A “causa de pedir”, por sua vez, é, a um só tempo, a “remota” e a “próxima”, ou seja, os fundamentos de fato e de

direito que, segundo o autor, ensejam a *necessidade* da prestação da tutela jurisdicional.

Para fins ilustrativos, é supor que de uma relação contratual haja pedidos diferentes formulados pelo credor e pelo devedor da obrigação. Este pretendendo declarar a sua nulidade e aquele pretendendo compelir o devedor ao adimplemento. Se as duas demandas forem julgadas por *juízos* diferentes, quiçá localizados em *foros* diferentes, nada há que impeça que sejam proferidas decisões que, no plano material, sejam incompatíveis entre si: o credor está autorizado a exigir o cumprimento forçado da obrigação, a despeito da nulidade da fonte daquela *mesma* obrigação reconhecida ao devedor. Em casos como este, qual decisão deve prevalecer?

Os pressupostos da conexão referidos no art. 103 aceitam interpretação larga e não rigorosa, máxime à luz da *função* desempenhada pelo instituto. A “comunhão” de objeto ou de causa de pedir lá referida não significa “identidade”. Fosse o caso de *identidade* de causa de pedir ou de objeto, a hipótese tenderia a ser tratada como *litispêndência* entre as demandas ou, se uma já houvesse sido julgada definitivamente, à vedação da apresentação da segunda em função da existência prévia de *coisa julgada* (art. 301, § 3º). Para os fins da reunião dos processos, da *modificação* da competência, portanto, basta a *semelhança* entre esses elementos das duas demandas.

A conexão, destarte, é instituto que assegura a reunião das duas demandas perante um mesmo órgão jurisdicional, que decidirá uniformemente sobre ambas, evitando ou, quando menos, reduzindo drasticamente, a possibilidade de proferimento de decisões conflitantes no plano material.

Questão que se põe com relação ao tema diz respeito a saber qual dos dois juízos – ou mais, se for o caso – julgará as causas conexas. A resposta é uma só: a reunião deve se dar perante o juízo *prevento*. A *prevenção* é disciplinada pelos arts. 106, 219, *caput*, e 253, e objeto de exame no n. 6, *infra*.

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência se a modificação de competência aqui destacada consiste em um *dever* ou em uma *faculdade* para o juiz. Muito da discussão é bastante apequenada, contudo, pelas inúmeras tentativas de interpretação de uma palavra empregada pelo art. 105: o juiz “*pode* ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que

sejam decididas simultaneamente”. Este “poder” seria indicativo de mera faculdade a ser exercida pelo juiz em cada caso concreto?

A melhor interpretação é a que entende que a hipótese é de *dever* e não de mera possibilidade ou faculdade de atuação do juiz para os fins do instituto aqui discutido. O que está em risco, em última análise, é a própria viabilidade de fruição plena das decisões jurisdicionais no plano exterior ao do processo, o próprio ideal de *segurança jurídica* que caracteriza, como tal, a função jurisdicional (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Assim, diante da ocorrência e da conexão – e, bem assim, da continência (v. n. 3, *infra*) –, a reunião dos processos *deve* se dar perante o juízo preventivo.

Este dever, contudo, deve ser compreendido à luz da própria razão de ser do instituto. A reunião das causas perante o juízo preventivo evita ou pelo menos reduz o proferimento de decisões conflitantes ou incompatíveis entre si. Partindo dessa visão teleológica do instituto, é comum encontrar lição no sentido de que eventual *dever* quanto à reunião de causas conexas cede espaço diante da inviabilidade concreta do proferimento de decisões conflitantes em virtude de uma das causas já ter sido julgada. A conexão de que trata o art. 103 é critério que *modifica* a competência e não que a *fixa*. Mesmo em se tendo causas conexas não reunidas perante o juízo preventivo, nem por isso há espaço para imputar a ocorrência de algum vício quanto à competência. O tema, contudo, enseja desdobramentos diferenciados no âmbito do “direito processual coletivo” (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), considerando específicas regras da Lei n. 7.347/1985, a lei da “ação civil pública” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo III), e da Lei n. 8.429/1992, a lei que regula a chamada “ação de improbidade administrativa” (v. n. 3 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 2, tomo III).

Para o tema aqui tratado, a obrigatoriedade da reunião, por isso mesmo, deriva do risco de proferimento de decisões contraditórias e incompatíveis entre si e da economia e eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Na medida em que um tal risco já não se faça presente, a *necessidade* da reunião deve ser afastada. Corretos, no particular, a diretriz da Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado” e o quanto decidido pela 4ª Turma daquele mesmo Tribunal no REsp 1.126.639/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 21.6.2011, DJe 1º.8.2011, no qual se afastou o risco de

decisões conflitantes entre dois processos por não haver, entre as demandas, nenhuma relação.

No mesmo sentido e fundadas nas mesmas preocupações são as Súmulas 72 e 75 do TJSP cujos enunciados, respectivamente, são os seguintes: “Há conexão entre ação declaratória e executiva fundadas no mesmo título” e “Em se tratando de sustação de protesto de título cambial, precedida por ação análoga oriunda de discussão sobre a mesma relação jurídica subjacente, presente a conexão, justifica-se a distribuição por dependência para processamento e julgamento conjunto das demandas, em ordem a evitar decisões conflitantes”.

3. CONTINÊNCIA

A continência é uma espécie de conexão. Sua configuração, de acordo com o art. 104, pressupõe comunhão de partes e de causa de pedir, mas um dos pedidos (“objeto *mediato*”) formulados é mais amplo que o outro, contendo-o. Se assim é por força de lei, a circunstância de o objeto de dada demanda estar contido no objeto de outra é indicativa de *identidade* de objetos, justamente porque deve existir uma necessária margem de interseção ou de coincidência entre esses pedidos, sob pena de um não poder *conter* o outro. A identidade de objetos, que caracteriza a conexão, destarte, é mais ampla do que e *contém* a relação continente/conteúdo, típica da continência.

O regime jurídico da continência é rigorosamente o mesmo da conexão, sendo desnecessárias outras considerações além daquelas apresentadas pelo número anterior.

Apenas para fins ilustrativos, cabe o destaque da Súmula 489 do STJ: “Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual”. A prevalência da Justiça Federal justifica-se pela especificidade de sua competência, imposta desde o art. 109 da Constituição Federal (v. n. 2.3 do Capítulo 2).

4. VONTADE DAS PARTES: FORO DE ELEIÇÃO

O art. 111 admite expressamente que as partes possam contratualmente eleger um *foro* para processar e julgar os litígios derivados de dadas

relações contratuais. Não se trata de as partes, nos casos em que a Lei n. 9.307/1996 admite, celebrarem a chamada “convenção de arbitragem”. Uma tal convenção inibe a atuação do Estado-juiz, é verdadeiro pressuposto processual *negativo* (v. n. 3.3.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 e n. 2.2.7 do Capítulo 3 da Parte II). A hipótese aqui examinada é bem diversa: nos casos em que há espaço deixado pela lei, é dizer, em hipóteses de competência relativa e de *concorrência* de foros, isto é, pluralidade de foros (v. ns. 2.1 e 2.2 do Capítulo 1, respectivamente), as partes podem, dentre as alternativas legais, escolher um *foro* para que perante ele os eventuais conflitos derivados de suas relações jurídicas sejam julgados.

O dispositivo faz referência à competência “em razão do valor e do território”, como os casos em que há liberdade para as partes pactuarem o chamado “foro de eleição”. A interpretação sistemática do dispositivo, contudo, impõe que somente os casos em que a competência seja fixada por causa do território (competência de *foro*) admitam a cláusula. É que, a despeito da classificação empregada pelo Código, a competência fixada em razão do valor tende a ter natureza *absoluta*, porque instituída para o atingimento de interesse público, e, destarte, indisponível pelas partes, fazendo incidir a primeira parte do art. 111.

Os §§ 1º e 2º do art. 111 disciplinam os requisitos da cláusula de eleição de foro. Ela deve estar prevista em contrato escrito – e, nestas condições, obriga os herdeiros e os sucessores das partes – e fazer referência a um específico negócio jurídico. Não se concebe a eleição de foro, destarte, sem uma relação jurídica pronta e acabada entre as partes, para solucionar conflitos futuros de relações jurídicas futuras.

Questão que se pode denominar clássica em direito processual civil diz respeito à possibilidade de eleição de “foros *regionais*” nas comarcas em que eles existem. A melhor interpretação, já aventada pelo n. 4 do Capítulo 2, é a que a nega. A competência dos foros regionais tem natureza absoluta – é, em última análise, instituída com vistas a uma melhor prestação e distribuição do serviço jurisdicional em uma dada comarca – e, nestas condições, não podem as partes dispor sobre ela. O que é possível é a escolha do *foro* no sentido de “comarca”. A repartição de competência na comarca, seja no que diz respeito ao território (foros regionais) e no que diz

respeito aos *juízos*, é matéria de ordem pública e, portanto, indisponível às partes e ao próprio magistrado.

Outra discussão bastante interessante sobre a eleição de foro diz respeito à possibilidade de o juiz analisá-la de ofício, manifestando-se sobre sua regularidade ou, em caso contrário, sobre a sua irregularidade, declarando, até mesmo, a sua nulidade.

Para compreender adequadamente a questão, é fundamental entender que a “eleição de foro” é um negócio jurídico que se realiza no plano material. Não é negócio jurídico processual, embora, não há como negar, seus efeitos são sentidos para e no plano do processo. Na medida em que se admita a atuação do juiz no controle de cláusulas contratuais firmadas entre as partes, nada há que impeça que *também* com relação àquela específica cláusula, a que contém a eleição de foro, haja uma tal manifestação, mesmo que oficiosa do juiz. É este o entendimento amplamente vencedor na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e que acabou recebendo previsão expressa de lei no parágrafo único que foi introduzido no art. 112 pela Lei n. 11.280/2006 (v. n. 7.1, *infra*).

5. VONTADE DO RÉU

A quarta causa de modificação da competência é a vontade do réu. São os casos em que o réu apresenta, como lhe cabe, a chamada “exceção de incompetência”, isto é, volta-se, a tempo e modo devidos, à competência do órgão jurisdicional perante o qual o autor rompeu a inércia da jurisdição para questioná-la, para impor ao autor a *sua* vontade de litigar perante outro foro, o que pressupõe que a lei admita, na hipótese, a *concorrência* de foros.

Prevalece, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, o entendimento de que em se tratando de competência de natureza *relativa*, é defeso ao juiz pronunciar-se de ofício. É o réu – e só ele – que pode questionar a *escolha* feita pelo autor naqueles casos em que há espaço, deixado pela lei, para ser feita, é dizer, nos casos em que a natureza da fixação da competência é *relativa* e, por definição, propensa a modificações, até mesmo, por vontade das partes (v. n. 2.1 do Capítulo 1).

A hipótese aqui estudada, que será retomada no n. 7, *infra*, não deve ser confundida com hipótese diversa, já aventada pelo n. 4, *supra*, qual seja, a de o juiz declarar, de ofício, a nulidade da cláusula de eleição de foro,

determinando a remessa dos autos para o foro do domicílio do réu, o que fará com fundamento no parágrafo único do art. 112.

6. PREVENÇÃO

Quando há vários juízos igualmente competentes para decidir uma dada demanda, põe-se a necessidade de verificar qual dentre eles poderá exercer *concretamente* a competência. Para tanto, mister a observância das normas relativas à *fixação* da competência. A prevenção, tal qual disciplinada pelo Código de Processo Civil, relaciona-se não só com aquela tarefa, mas também com o *resultado* da *fixação* da competência de um determinado juízo, regulando as consequências da existência de um órgão jurisdicional *prevento*. Trata-se, portanto, de instituto que guia o intérprete não só na pesquisa relativa à *fixação* da competência, mas também na relativa à sua *modificação*. É por essa razão que este *Curso* opta por tratá-la no contexto presente, mais ainda porque sua plena compreensão depende de uma série de análises que ocuparam os números anteriores.

A análise do tema pressupõe a identidade das demandas ou, quando menos, que elas se relacionem de alguma maneira, como se dá nos casos de *conexão* e *continência* (v. ns. 2 e 3, *supra*, respectivamente). A *fixação* da competência em um mesmo juízo neste caso – o juízo *prevento* – acaba, nesse sentido, desempenhando a mesma finalidade destacada pelo n. 2, *supra*: evitar o proferimento de decisões incompatíveis em alguma medida sobre uma *mesma* situação de direito material.

A palavra “prevenção” e as locuções “prevenção de juízo” e “juízo *prevento*” devem ser entendidas como a *fixação concreta* da competência de *um* entre outros juízos competentes em abstrato. Naqueles casos em que há *competência concorrente* é possível verificar que um – e apenas um – dos juízos é o competente, com *exclusão* dos demais. E, nesse sentido, a prevenção tem aptidão de *modificar* a competência daqueles outros juízos.

Nos casos em que há *conexão* ou *continência* entre duas demandas pendentes, o juízo *prevento* é revelado pelo exame dos arts. 106 e 219, *caput*, consoante já adiantado pelo n. 2, *supra*: o “primeiro despacho nos autos” (assim entendido o proferimento do primeiro juízo de admissibilidade da petição inicial, do qual trata o n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte II) e a citação válida, respectivamente. É clássica a (aparente) antinomia existente entre

esses dois dispositivos, cada qual oferecendo uma resposta diversa à indagação respeitante a qual é o juízo prevento para processar e julgar ações conexas (e continentes).

Enquanto o *caput* do art. 219 determina a prevenção do juízo em que, em primeiro lugar, deu-se a citação, o art. 106 indica a prevenção do juízo que despachou em primeiro lugar. Qual critério deve prevalecer?

Para solucionar o conflito decorrente desses dois dispositivos, doutrina e jurisprudência são uniformes em indicar que o campo de incidência do art. 219 não se confunde com o do art. 106. Cada um desses artigos de lei volta-se a uma situação diversa, impondo, conseqüentemente, o emprego de critérios igualmente distintos para identificação do juízo prevento. A antinomia entre ambos, destarte, é meramente aparente, justificando os parênteses lançados acima.

O art. 106 só tem aplicação quando as causas conexas correm perante *juízos* com a mesma competência territorial, isto é, em *juízos diversos* do *mesmo foro*. Nesses casos – de identidade de competência territorial (de foro) –, juízo prevento é “aquele que despachou em primeiro lugar”. Diferentemente, o art. 219 tem incidência quando a conexão se dá entre causas que têm trâmite perante juízos de competência territorial diversa, vale dizer, que tramitem em *foros diversos*. Será prevento aquele perante o qual primeiro ocorrer a citação válida.

Em suma: o art. 105 apenas indica que, havendo conexão ou continência, as causas *devem* ser reunidas para julgamento conjunto. Nada diz perante qual órgão jurisdicional essa reunião se deve dar. Para evitar a antinomia entre os arts. 106 e 219 – até porque são partes de um mesmo todo –, doutrina e jurisprudência concordam com a solução constante do parágrafo anterior.

Se a demanda conexa ou continente vier a ser proposta quando seu autor já tem conhecimento da existência da anterior – alguns autores se referem à hipótese como “conexão *sucessiva*” –, o caso é de “distribuição por dependência” (art. 253, I), isto é, de envio dos autos do processo respectivo ao mesmo juízo justamente em face de sua prevenção. É este o contexto adequado, ademais, para justificar o estabelecimento, pelos arts. 108 e 109, da competência do mesmo juízo para as “ações acessórias”, isto é, todas as demandas que, de uma forma ou de outra, guardem alguma relação com

aquela anteriormente ajuizada (assim, por exemplo, as chamadas “ações cautelares” reguladas pelo Livro III do Código de Processo Civil), da “reconvenção” (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte II), do “pedido incidental de declaração” (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II), das “ações de garantia” ou outras que representam as variadas modalidades de intervenção de terceiros estudadas na Parte VII.

Uma vez que exista um juízo competente concretamente, entretanto, nenhuma outra escolha pode ocorrer. O juízo *prevento* passa a afastar todos os demais, mesmo aqueles que, de início, teriam competência para conhecer e julgar a demanda. Assim, seja o juízo que “despachou em primeiro lugar” (art. 106) ou aquele perante o qual se deu a primeira citação (art. 219), é ele o *prevento* para as demais causas (fixação de competência), excluindo qualquer outro juízo que teria, em abstrato, idêntica competência para julgá-las (modificação de competência).

Por tais razões se faz comum, na doutrina processual civil, a afirmação de que *prevenção* é critério de *modificação* da competência com vistas à *exclusão* de outros juízos igualmente competentes para a *mesma* causa e para as que lhe são conexas, continentes ou, mais amplamente (art. 109), aquelas que guardem alguma relação com a demanda já em curso.

Nos casos de *identidade* de demandas – a conexão e a continência são significativas de mera *similaridade* (v. n. 2, *supra*) – o critério da prevenção é diverso, não tendo aplicação os arts. 106 e 219, mas o disposto nos incisos II e III do art. 253. Por isso, é correta a orientação da Súmula 74 do TJSP: “Diverso o período da mora, sem identidade na causa de pedir, não se justifica distribuição por dependência (art. 253, inciso II, do CPC) da nova ação de reintegração de posse de veículo objeto de arrendamento mercantil, em relação à ação possessória anterior, extinta sem exame de mérito”.

O critério de fixação da competência dos incisos II e III do art. 253 não toma como base o “primeiro despacho” ou a “citação válida”. Mas, bem diferentemente, a mera *distribuição* da petição inicial (art. 251; v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte II).

O que aqueles dispositivos estabelecem claramente é que a repetição de uma “*mesma* demanda”, mesmo que com *partes diferentes*, deverá ser dirigida ao *mesmo* juízo. Em termos técnicos de direito processual civil, os dispositivos estão a criar um *novo* critério de *prevenção de juízo*, que se

distancia – e bastante – do critério “tradicional” do Código de Processo Civil. Até porque tratam, os incisos II e III do art. 253, de “prevenção” de juízo para uma “*mesma demanda*”, *idêntica* até mesmo, embora *sucessivas*, e não para uma demanda *semelhante* a outra, hipótese regida pelo inciso I do dispositivo, para a qual se voltou a exposição anterior.

O inciso II do art. 253 é amplo o suficiente para assegurar a *prevenção* do juízo para todos os casos em que o autor pretender diante do mesmo réu a mesma tutela jurisdicional, embora cada uma de suas investidas jurisdicionais seja formulada por ele e por outros autores (“*litisconsórcio ativo*”) ou, até mesmo, com variação do réu ou dos réus (“*litisconsórcio passivo*”).

Importante frisar, a esse propósito, que uma demanda só será idêntica a outra se forem idênticos seus três elementos: partes, causa de pedir e pedido (art. 301, § 2º). Em rigor, se as “partes” não forem as mesmas, não se está diante de uma idêntica demanda. Para evitar qualquer discussão sobre existir, ou não, o que poderia ser chamado de “*continência subjetiva*” (até porque a *continência*, de acordo com o art. 104, pressupõe a *identidade* de partes – v. n. 3, *supra*), preferiu a Lei n. 11.280/2006, ao dar a atual redação ao inciso II do art. 253, fixar a *prevenção* também nesses casos. Até porque, para quem entender que exista, no caso, mesmo que no plano *subjetivo*, algo próximo à *continência*, a hipótese já é suficientemente regrada pelo inciso I do art. 253. E para a *identidade* de demandas, a Lei n. 11.280/2006 acrescentou um novo inciso III ao art. 253.

A finalidade do inciso II do art. 253, objeto de duas alterações recentes, a primeira pela Lei n. 10.358/2001 e a segunda pela Lei n. 11.280/2006, é a de impedir que o autor possa burlar as regras de *prevenção* do juízo, apresentando tantas petições iniciais quantas sejam suficientes para que ela seja distribuída para um juízo (uma “*vara*”) integrada por um magistrado que possa se manifestar mais propício a acolher o pedido do autor, prestando-lhe tutela jurisdicional. A situação é frequentíssima, mormente nos casos em que há pedido de *antecipação* dos efeitos da tutela jurisdicional (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

Trata-se, analisada a regra nesse contexto, de uma forma de garantir o princípio do “juiz natural”, isto é, aquele juízo a quem o processo foi distribuído livremente, fixando nele, com exclusão de qualquer outro, a

competência para processar e julgar a causa. O “juiz natural” é a concretização de um dos princípios constitucionais mais caros para o processo, insculpido nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). O objetivo é evitar que eventuais litigantes possam distribuir tantos processos para os mais diversos juízos em busca de decisões que lhes sejam favoráveis, antecipadamente se for o caso, desistindo do prosseguimento dos demais, na medida em que obtenham, concretamente, decisões que lhes beneficiam.

O que é muito claro no art. 253, II, é que, proposta a demanda perante um dado juízo, mesmo que haja outros igualmente competentes (competência concorrente), já não é mais dado ao autor demandar por aqueles mesmos fatos e fundamentos jurídicos em qualquer outro juízo. Se, porventura, o pedido de tutela jurisdicional antecipada que ele requerer for indeferido, a ele resta recorrer para o Tribunal competente, em busca da tutela de seus direitos, agora em grau recursal. Não tentar “melhor sorte” perante outro juízo que, antes de seu primeiro ingresso no Judiciário, também detinha competência para a questão. Isso mesmo quando a “nova” demanda seja proposta em coautoria (litisconsórcio). É esta a razão pela qual a prevenção, em qualquer caso, *modifica* a competência jurisdicional a partir da sua fixação. De uma situação inaugural de competência *concorrente*, passa-se a haver um só, dentre todos, órgão jurisdicional competente.

A redação atual do dispositivo, dada pela Lei n. 11.280/2006, ampliando a anterior, assegura a prevenção em qualquer caso de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267). Justamente porque são esses casos que o sistema processual civil sempre admitiu, e continua a admitir, que o processo seja “renovado”, no máximo com a eliminação do vício ou do óbice que levou à primeira extinção (art. 268; v. n. 3.1.3 do Capítulo 1 da Parte V).

O inciso III do art. 253, de sua parte, ocupa-se de reservar a prevenção do juízo para os casos em que demandas *idênticas* venham a ser sucessivamente apresentadas. A hipótese, diferentemente do que se dá com relação ao inciso II do mesmo dispositivo, é de *litispêndência* ou de *coisa julgada*. Aqui, ao contrário do que se dá lá, não só a causa de pedir e o pedido mas também as partes são as mesmas. Por outro lado, se houver variação de causa de pedir e/ou do pedido, a hipótese reclama a incidência

do inciso I do mesmo art. 253. O objetivo da regra, destarte, é o de consolidar perante um mesmo juízo todas as demandas idênticas e fixar, para tanto, a competência do primeiro juízo ao qual a petição inicial foi distribuída.

Surge, diante da observação do último parágrafo, uma questão interessante. É supor que a litispendência e a coisa julgada sejam arguidas, como devem ser, pelo réu como “preliminar” de contestação (art. 301, V e VI; v. n. 2.2.4 do Capítulo 3 da Parte II). Declarando a ocorrência do pressuposto processual negativo, a qual juízo compete o proferimento da sentença do art. 267, V? Por força do art. 253, III, o juízo perante o qual tem trâmite o processo que justifica a litispendência, ou perante o qual foi proferida a decisão transitada em julgado, está prevento. É dele a competência para o proferimento daquela sentença.

7. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

A Seção V do Capítulo III do Título IV do Livro I do Código de Processo Civil disciplina o que ela própria chama de “declaração de incompetência”. Uma tal declaração varia de acordo com a natureza do critério da competência: se relativa ou se absoluta.

De acordo com o art. 112, *caput*, a incompetência relativa deve ser arguida pelo réu fazendo uso do que a lei denomina “exceção de incompetência”. Esta “exceção” é uma das variadas *respostas* que o réu pode oferecer quando citado para responder ao pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor (arts. 297 e 305) e seu regime jurídico, com todas as suas vicissitudes, é objeto de exame pelo n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II, em respeito à metodologia adotada por este *Curso*.

O que cabe enfatizar por ora é que se o réu não alegar a incompetência relativa no prazo e na forma que lhe impõem os arts. 307 a 311, o juiz não pode declará-la de ofício. A relatividade da competência, consoante expõe o n. 2.1 do Capítulo 1, baseia-se em critérios que buscam criar certas alternativas às partes e, por isso, ela é imune a qualquer questionamento ou controle do juiz. É esta a diretriz amplamente vencedora em sede de doutrina e também em jurisprudência como faz prova suficiente a Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. Também cabe a lembrança da Súmula 77 do TJSP: “A

ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, inciso I, CDC) ou no do domicílio do réu (art. 94 do CPC), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos”.

O art. 114 dispõe que, não apresentada a “exceção declinatória nos casos e prazos legais”, isto é, a “exceção de incompetência” com observância dos precitados dispositivos, “prorrogar-se-á a competência”. A regra parece supor que haveria algum defeito na competência nesses casos, o que, pelas razões expostas desde o n. 1, *supra*, não é verdade. Não se trata, propriamente, de “*prorrogação* de competência”, mas de exercício legítimo de uma competência que, desde o juízo de admissibilidade da petição inicial, já poderia ser plenamente exercida. Os casos de competência relativa autorizam que em alguns casos, por vontade do réu (ou de ambas as partes, como ocorre nos casos de “foro de eleição”), haja *modificação* da competência, situação rigorosamente inversa àquela aqui estudada; isto, contudo, não significa ser correto imputar aos demais órgãos igualmente competentes alguma mácula no exercício de sua competência. Assim, sem a manifestação do réu, a competência *continua* a ser legitimamente exercida e não “prorrogada”: o juízo, nesses casos, *sempre foi competente*, embora, por uma opção política feita pelo legislador em alguns casos, outros juízos *igualmente* competentes poderiam ser provocados para julgar a mesma demanda ou outras a ela relacionadas, o que acarretaria a *modificação* da competência.

O art. 113 ocupa-se da declaração de falta de competência fixada por critério absoluto, a “incompetência absoluta”. Aqui, em função da *ratio* de sua instituição, é permitido o seu controle de ofício pelo juiz, isto é, sem provocação da parte, embora caiba ao réu, desde logo, quando da apresentação de sua *contestação*, alegar a incompetência absoluta, no que é claro o art. 301, II (v. n. 2.2.2 do Capítulo 3 da Parte II), sob pena de responder pelo pagamento das custas processuais devidas até então (art. 113, § 1º). É importante distinguir as hipóteses: a incompetência *relativa* deve ser arguida pelo réu por *exceção*; a incompetência absoluta, na *contestação*. É certo, contudo, que o tema relativo às *formas* processuais sempre admite necessária mitigação pelas considerações demonstradas pelo n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1.

A natureza absoluta da competência afeta a regularidade do processo e, conseqüentemente, das decisões nele proferidas. Trata-se, vale repetir, de “pressuposto processual de *validade*” (v. n. 3.2.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) e, como tal, deve ser tratado, pelo que é devido o seu controle oficioso ao longo de todo o processo (“em qualquer tempo e grau de jurisdição”, diz o *caput* do art. 113) – e não só no momento em que proferido o juízo de admissibilidade da petição inicial – e, mesmo com o término do processo, é possível o contraste de uma decisão nele proferida quando transitada em julgado em sede de “ação rescisória” (art. 485, II).

O reconhecimento da incompetência nesses casos, contudo, não leva à extinção do processo. Bem diferentemente, a hipótese, expressamente prevista pelo § 2º do art. 113, é a de reconhecimento de *nulidade* dos atos decisórios e envio dos autos do processo para o juízo competente, diretriz que também tem aplicação ao Supremo Tribunal Federal nos casos em que erroneamente se entender possuir, aquela Corte, competência originária (STF, Pleno, Pet-AgR 3.986/TO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 25.6.2008, DJE-167 4.9.2008).

7.1. A nulidade da cláusula de eleição de foro

Importante tratar de uma outra hipótese de declaração de incompetência prevista pela lei processual civil em número apartado até como forma de evidenciar que ela *não se confunde* com os casos estudados anteriormente, embora ela esteja prevista entre a incompetência relativa e a absoluta. A referência é feita à regra que, por força da Lei n. 11.280/2006, passou a ocupar o parágrafo único do art. 112.

O dispositivo vem para autorizar expressamente que o juízo declare de ofício, isto é, independentemente da provocação das partes, mais especificamente da apresentação, pelo réu, de exceção de incompetência (arts. 112 e 304) ou de contestação (art. 301, II), a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, declinando o magistrado a competência para o juízo do domicílio do réu.

A questão já era, mesmo antes do advento da inovação legislativa, bem conhecida dos nossos Tribunais. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada no mesmo sentido que hoje consta do dispositivo legal.

Dificuldade que alguns viam na hipótese estava na circunstância de que o juízo estaria atuando de ofício em casos de incompetência *relativa*, isto é, baseada no domicílio das partes, o que contrariaria a segunda parte do *caput* do art. 111 e o *caput* do art. 112. Uma tal crítica, contudo, nunca pôde resistir a uma leitura sistemática do direito processual civil à luz de seu “modelo constitucional”. É que a hipótese nunca foi, propriamente, a de declarar de ofício a incompetência relativa – o que é sistematicamente vedado – mas, bem diferentemente, de pronunciar de ofício a nulidade de uma cláusula abusiva em contrato de adesão, providência expressamente autorizada nos arts. 6º, VII e VIII, 51, IV e XV, e 54, § 4º, do chamado “Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, a Lei n. 8.078/1990.

Assim, o atuar oficioso do magistrado não repousa – e nunca repousou – na declaração de sua incompetência relativa por força do território (foro). Antes, ele reside na declaração da abusividade da cláusula contratual de foro de eleição, o que acarreta, como consequência, que os autos do processo sejam enviados a outro juízo, estranho àquele ao qual foi distribuída a petição inicial, guiando-se a fixação da competência, a partir daí, pelas regras gerais disciplinadas pelos arts. 94 a 100 (v. n. 3 do Capítulo 2).

A atuação do juiz, destarte, repousa no plano do direito *material* (porque ele se vê diante de uma cláusula abusiva de contrato), embora a declaração de nulidade faça surtir efeitos *processuais* imediatamente. A abusividade da cláusula, de resto, justifica-se pelo entendimento de que, em certas situações, o foro de eleição tem condições de dificultar, ou, até mesmo, de inviabilizar, o acesso à Justiça (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) por parte do consumidor (réu), em detrimento da atuação do produtor ou fornecedor de bem ou serviço (autor). Aplicando esse entendimento às relações envoltas de representantes comerciais, embora rotulando a competência de *relativa*, v. STJ, 2ª Seção, EREsp 579.324/SC, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 12.3.2008, DJe 2.4.2008.

Não obstante estas considerações, há vozes que sustentam que a Lei n. 11.280/2006 viola a ideia mais comezinha da chamada “incompetência relativa”, a regra do *caput* do art. 112.

A crítica, contudo, não procede. O parágrafo único do art. 112 não altera a lógica e o sistema relativos à incompetência relativa e ao grau de

disponibilidade que a lei confere ao réu na hipótese. O que o dispositivo está a disciplinar é que as cláusulas contratuais que alteram, em prejuízo do réu, as regras disponíveis de competência jurisdicional podem ser declaradas nulas de ofício. A decisão do juiz dá-se, vale repetir, no plano do direito material. O que é visível na regra em exame é a *consequência* daquela decisão no e para o plano do processo. Perfeita harmonia, portanto, de uma leitura verdadeiramente instrumentalista do processo (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1). Tanto assim é que a regra do art. 114, também modificada pela Lei n. 11.280/2006, coloca, lado a lado, um e outro acontecimento processual para fins de prorrogação de competência: a apresentação da exceção de incompetência pelo réu e a declaração de nulidade da cláusula relativa ao foro de eleição.

A Lei n. 11.280/2006, contudo, não se limitou a consolidar o entendimento já assente no Superior Tribunal de Justiça. Ela ampliou expressamente a sua hipótese de incidência. O parágrafo único do art. 112, com efeito, tem tudo para ser aplicado a todos os casos em que o foro de eleição puder comprometer a igualdade dos litigantes no plano do processo, mesmo que a demanda não retrate, em sua causa de pedir, relação de consumo regida, por isso mesmo, pela Lei n. 8.078/1990. Por comprometimento da igualdade dos litigantes no plano do processo deve ser entendida a perspectiva de uma maior dificuldade para o exercício da defesa pelo réu, entendida em seu sentido mais amplo, em detrimento do autor. Não se trata só de apresentar a contestação no prazo, mas, também, a dificuldade de ser representado por advogado, mesmo que por defensor público, em foro diverso de seu domicílio, comparecer perante o juízo em audiências e produzir provas em geral, com destaque ao depoimento pessoal. E o dispositivo vai além. Sua aplicação não se vincula, apenas, aos casos em que a cláusula for abusiva, mas em quaisquer casos em que ela for *nula*, situação bem mais ampla juridicamente.

Importante destacar que a aplicação da regra pressupõe que o magistrado constate, no caso concreto que lhe é apresentado para exame, dificuldade no exercício da defesa pelo réu, sem o que não há razão para declarar a nulidade da cláusula do foro de eleição. Não basta, destarte, que se trate de um “contrato de adesão” e que nele haja eleição de foro. Nestas condições, não obstante a redação dada ao dispositivo pela Lei n. 11.280/2006, deve

permanecer íntegra a *ratio decidendi* da jurisprudência tal qual consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: a nulidade da cláusula justifica-se pela possibilidade *concreta* de desequilíbrio das partes no plano processual em função da escolha do foro para o início e desenvolvimento do processo.

A regra dispõe ainda que, declarada a nulidade da cláusula de eleição, os autos serão enviados para o juízo de domicílio do réu. Trata-se de aplicação da “regra geral” da competência no processo civil, estampada no art. 94, *caput* (v. n. 3 do Capítulo 2). É correta a afirmação de que determinando a remessa dos autos ao juízo do foro do domicílio do réu o legislador mais recente assumiu a presunção de que naquele local ele, o réu, terá condições de exercer mais amplamente o seu direito de defesa.

Questão pertinente sobre o parágrafo único do art. 112 é saber quando o juízo pode (melhor: *deve*) pronunciar a nulidade da cláusula de eleição, determinando o envio dos autos ao foro do domicílio do réu. A melhor resposta é: “o quanto antes”. Rigorosamente, tão logo a petição inicial seja distribuída e realizado o juízo de admissibilidade a que se refere o Capítulo 2 da Parte II. Caso, no entanto, o magistrado não o faça desde logo, nada impede que, *a posteriori*, ele atue no sentido de aplicar a regra. Embora as circunstâncias de cada caso concreto possam conduzir a soluções diversas, é possível entender, como termo final da aplicação do parágrafo único do art. 112, o das “providências preliminares” (v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte III). Não que haja “preclusão” para o magistrado em reconhecer a nulidade da cláusula contratual em questão – nulidade esta, vale enfatizar, que repousa no plano do direito material –, mas, bem diferentemente, porque, se até aquele instante procedimental, nada foi constatado (a regra ocupa-se, fundamentalmente, de atuação oficiosa do magistrado) com relação à maior dificuldade no exercício da defesa do réu, não há razão para entender que, durante a fase instrutória e, posteriormente, na decisória, o envio dos autos para juízo diverso possa trazer algo de relevante para o processo. Muito provavelmente, a admitir que, a qualquer tempo, se possa cogitar da aplicação do parágrafo único do art. 112, haverá, mesmo para o réu, maiores demoras e prejuízos do que soluções e benefícios.

A regra do parágrafo único do art. 112 não inibe, é importante que isso seja assinalado, que o réu, citado, argúa a incompetência do juízo. Seja

excepcionando-o na forma dos arts. 112, *caput*, e 304, ou arguindo-a como preliminar de contestação (art. 301, II), a defesa deve ser aceita porque, bem resolvida a doutrina neste sentido, o que prevalece, no caso, é a *finalidade* do ato processual, independentemente de sua forma. Ademais, como o juiz *deve* recusar sua competência de ofício nos casos em que a eleição de foro agride valores mais relevantes, de ordem pública e, por isso mesmo, estranhos ao poder de disponibilidade das partes, em face destes valores subjacentes aos comandos legais aqui estudados, é que não deve causar repúdio a ninguém que eventual arguição do réu da nulidade da cláusula de eleição de foro tome as vestes de *preliminar de contestação*, nos moldes do art. 301, II.

Desta constatação deriva outra consistente em saber se o réu poderá excepcionar a competência de seu domicílio quando da remessa dos autos, em conformidade com o parágrafo único do art. 112. Para ilustrar a situação, basta supor que o réu tenha se mudado de endereço desde a assinatura do contrato em que há a cláusula de eleição de foro. A resposta está no próprio Código de Processo Civil: tão logo o réu tenha ciência de que os autos foram recebidos pelo juízo do foro ao qual se declinou a competência, ele terá o prazo de quinze dias para apresentar sua exceção de incompetência (art. 305).

O juízo para o qual os autos foram enviados pode declinar de sua competência? A resposta é positiva, quando terá início um conflito *negativo* de competência (art. 115, II), a ser processado de acordo com o que dispõem os arts. 116 a 122 (v. n. 1 do Capítulo 4).

A Lei n. 11.280/2006 alterou também o art. 114 para nele incluir a hipótese que passou a ocupar o parágrafo único do art. 112. Assim, “prorroga-se a competência se o juiz não declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro”.

É importante destacar a respeito do dispositivo que a “prorrogação de competência” à qual o *caput* do art. 114 refere-se deve ser entendida como o silêncio do magistrado em relação à nulidade da cláusula de eleição de foro ou, o que é sempre preferível à luz do “modelo constitucional do processo civil”, como decisão expressa (e motivada) sua em sentido contrário, isto é, reconhecendo-a legítima. Aqui, contudo, a exemplo do que expõe o n. 7, *supra*, não se trata, propriamente, de *prorrogação de competência*. Se a

cláusula de eleição de foro mostra-se em conformidade com o ordenamento jurídico, o juízo para o qual o processo foi distribuído é, desde o início, *competente* para prestar a tutela jurisdicional pedida. Se o réu, por sua vez, não se manifestar em sentido contrário, não há razão para impedir o exercício desta *mesma* competência sem qualquer solução de continuidade.

CAPÍTULO 4

Conflito de competência

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os Capítulos 2 e 3 ocuparam-se de expor a disciplina da *identificação, fixação e modificação* da competência. Faz-se necessário, ainda, o estudo do que os arts. 115 a 124 chamam de “conflito de competência”, isto é, o incidente processual destinado a decidir qual o órgão jurisdicional competente naqueles casos em que, concomitantemente, dois ou mais órgãos reputam-se *competentes* para uma *mesma* causa – o chamado “conflito *positivo*” (art. 115, I) – ou, inversamente, reputam-se *incompetentes* para a mesma causa, o chamado “conflito *negativo*” (art. 115, II).

O incidente também tem lugar quando a dúvida sobre a competência tem origem na reunião (ou separação) dos processos por força da conexão ou da continência (v. ns. 2 e 3 do Capítulo 3) ou, ainda, nas hipóteses do art. 253, II e III (v. n. 6 do Capítulo 3), consoante previsão expressa do art. 115, III. A jurisprudência do STJ posiciona-se em sentido ampliativo acerca do tema, entendendo configurar-se o conflito de competência sempre que houver o risco concreto de haver decisões incompatíveis proferidas por juízos diversos. Assim, v.g.: STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 112.956/MS, rel. Min. Nancy Andrigli, j.un. 25.4.2012, DJe 2.5.2012.

2. PROCEDIMENTO

A legitimidade para a instauração do incidente, de acordo com o *caput* do art. 116, é das partes (autor ou réu), do Ministério Público (atue ele como parte ou como fiscal da lei; v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1) e do próprio juízo, independentemente de seu grau de jurisdição, consequência do necessário exercício oficioso de controle sobre o exercício da sua própria competência.

Nos casos em que o Ministério Público não suscitar o conflito, ele será ouvido no próprio incidente como fiscal da lei, mesmo que no processo em que instaurado não haja razão para a sua atuação naquela qualidade (art. 116, parágrafo único). Também o juízo que não suscitar o conflito será ouvido nos termos do art. 119.

O art. 117 veda que o réu possa suscitar o conflito quando tenha apresentado exceção de incompetência, embora, de acordo com o parágrafo único, a existência do conflito não obste ao réu que ele apresente aquela específica resposta. A melhor interpretação para o dispositivo é a que veda a iniciativa simultânea das duas medidas. Pode acontecer, com efeito, que, embora acolhida a exceção de incompetência do réu e enviados os autos para o juízo competente, haja algum fato que justifique o conflito de competência, que pode, sem prejuízo de sua suscitação pelos demais legitimados, ser provocado por ele mesmo. Nesse sentido: STJ, 2ª Seção, CComp 111.230/DF, rel. Min. Nancy Andrichi, j.m.v. 8.5.2013, ainda não publicado.

Embora o Código de Processo Civil não preveja a hipótese de forma expressa, o conflito de competência pode ser suscitado até o trânsito em julgado da respectiva decisão. Correta, nesse sentido, a Súmula 59 do Superior Tribunal de Justiça (“Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes”). Não depois, quando a situação poderá, consoante o caso, ensejar o questionamento da decisão já transitada em julgado pela “ação rescisória” fundada no art. 485, II.

De acordo com o art. 118, o conflito será formulado por ofício (ato formal de comunicação do juiz), pelo magistrado ou pelas partes e pelo Ministério Público, devendo, nestes dois casos, ser produzidos, desde logo, os documentos comprobatórios das alegações feitas com a petição respectiva.

O ofício ou a petição serão encaminhados ao órgão competente para apreciar o conflito, objeto de exposição do número seguinte.

3. COMPETÊNCIA E JULGAMENTO

A competência para julgamento do conflito de competência varia de acordo com o *status* do órgão jurisdicional que o suscita ou perante quem ele é suscitado. A pesquisa em busca do órgão competente para julgá-lo

observa, em linhas gerais, as mesmas considerações expostas no n. 1 do Capítulo 1. O ponto de partida é a Constituição Federal, que prevê três hipóteses que dizem respeito ao direito processual civil.

Ao Supremo Tribunal Federal compete *originariamente* o julgamento dos “conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal” (art. 102, I, *o*, da Constituição Federal).

Ao Superior Tribunal de Justiça compete *originariamente* o julgamento dos “conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos” (art. 105, I, *d*, da Constituição Federal), excetuados, portanto, os conflitos verificados entre juizados especiais federais e juízos federais da mesma Seção Judiciária, diferentemente do que se lê da Súmula 348 do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1ª Seção, EDcl no AgRg no CComp 103.083/SC, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 9.9.2009, DJe 18.9.2009), enunciado que acabou sendo cancelado por aquele mesmo tribunal (Súmula 428 do STJ, que tem o seguinte enunciado: “Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária”). Não está compreendida na alínea *d* do art. 105, I, da Constituição Federal, a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar conflito de competência entre Câmaras de Arbitragem (STJ, 2ª Seção, CComp 113.260/SP, rel. p./acórdão Min. João Otávio de Noronha, j.m.v. 8.9.2010, DJe 7.4.2011); é daquele Tribunal, contudo, a competência para julgar conflito de competência entre juízo arbitral e juízo estatal (STJ, 2ª Seção, CComp 111.230/DF, rel. Min. Nancy Andrigli, j.m.v. 8.5.2013, ainda não publicado). Compete, por fim, ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *g*) o julgamento dos conflitos de *atribuição* entre autoridades judiciárias e *administrativas* da União ou entre autoridades judiciárias de um Estado e *administrativas* de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União, consoante as regras de procedimento constantes de seus respectivos Regimentos Internos (art. 124).

De acordo com o art. 108, I, *e*, da Constituição Federal, a competência para os “conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal” é originariamente reservada para os Tribunais Regionais Federais

nas suas respectivas áreas de atuação (v. n. 5.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1).

À luz destas regras de competência constitucionalmente traçadas, que moldam a competência dos Tribunais no âmbito dos Estados (art. 125, § 1º, da Constituição Federal; v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1), é correto concluir que nos demais casos, isto é, em que o conflito envolva juízos estaduais de primeira instância, o conflito será julgado pelo Tribunal de Justiça respectivo. Inclusive no que diz respeito a eventuais conflitos entre “juízes de direito” e aqueles que atuam no âmbito da “justiça militar” (art. 125, § 2º, da Constituição Federal), hipótese que tem tudo para ser bastante frequente em face do § 5º do art. 125 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Para os casos de conflito de competência entre os diversos órgãos que compõem os Tribunais, assim, por exemplo, entre suas câmaras, turmas, seções, etc. – repartição interna de sua competência –, o procedimento do incidente levará em conta as regras dos respectivos Regimentos Internos (art. 123).

O conflito de competência será distribuído no Tribunal competente a um de seus magistrados, o “relator” (art. 549), que determinará a oitiva dos juízos envolvidos ou, se se tratar de conflito suscitado pelo próprio juízo (o “suscitante”), apenas a do outro (o “suscitado”) no prazo que fixar. Findo o prazo, deve o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei (art. 116, parágrafo único), manifestar-se no prazo de cinco dias, após o que o incidente será julgado pelo órgão competente de acordo com o Regimento Interno de cada Tribunal (arts. 121 e 124).

A instauração do conflito não afeta necessariamente o andamento do processo. Pode ocorrer, contudo, que a suspensão seja determinada pelo relator de ofício ou a pedido das partes, prática, de resto, bastante comum para evitar o uso de atos processuais nulos (art. 113, § 2º). O relator pode designar um dos juízos, o suscitante ou suscitado, para, provisoriamente, praticar medidas consideradas urgentes. É o que dispõe o *caput* do art. 120.

O parágrafo único do art. 120, introduzido pela Lei n. 9.756/1998, inspirado no princípio da economia e eficiência processuais, autoriza que o relator decida *monocraticamente* o conflito quando houver jurisprudência consolidada – o dispositivo refere-se a jurisprudência *dominante* – sobre a

questão. Da atuação isolada do relator cabe o recurso de agravo (“agravo *interno*”) no prazo de cinco dias para o colegiado respectivo (art. 124), providência inafastável à luz do “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Tanto no julgamento colegiado como no monocrático, a decisão relativa ao conflito significará a declaração do órgão jurisdicional competente e o exame da validade dos atos processuais praticados pelo juízo que se entendeu incompetente. Embora nada diga a respeito o art. 122, é correto o entendimento que se impõe a manifestação expressa sobre a regularidade dos atos praticados nos casos de “urgência” nos termos do *caput* do art. 120. De acordo com o parágrafo único do art. 122, os autos do conflito, isto é, a sua documentação em papel, serão enviados ao órgão jurisdicional declarado competente.

Parte II

FASE POSTULATÓRIA

CAPÍTULO 1

Petição inicial

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A petição inicial é peça de fundamental importância para o direito processual civil porque a jurisdição é inerte e depende, em nosso sistema, de provocação específica do interessado para atuar (arts. 2º e 262; v. n. 3.1.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Ademais, é através dela que o autor fixa os limites do que ele pretende seja apreciado pelo juiz (arts. 128 e 460, *caput*), o que dá forma ao princípio da adstrição (ou vinculação) da sentença ao pedido ou, o que devem ser entendidos como sinônimos, ao “princípio da imutabilidade do libelo”, ao “princípio da congruência” ou ao “princípio da correlação entre provimento e demanda” (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Daí ser correto o entendimento de que a petição inicial é um verdadeiro “projeto de sentença”.

É comum a lição segundo a qual a petição inicial encerra um verdadeiro silogismo porque ela deve descrever os fatos a partir dos quais pretende o autor determinadas consequências jurídicas. Neste silogismo, a *premissa maior* corresponde ao “direito” (por exemplo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” – art. 186 do Código Civil); a *premissa menor* corresponde aos “fatos” (ACMA causou dano a JMAAN); e a *conclusão*, que corresponde ao pedido para que ACMA seja condenado a indenizar JMAAN pelos danos sofridos, é dizer, que a tutela jurisdicional seja prestada em favor de JMAAN em detrimento de ACMA, para permitir que os prejuízos sejam devidamente satisfeitos.

2. ELEMENTOS DA PETIÇÃO INICIAL

O art. 282 trata dos elementos da petição inicial, vale dizer, o que uma petição inicial deve conter para que seja considerada *apta*. “Por petição

inicial apta” deve-se entender aquela que tem aptidão de produzir, regularmente, os efeitos desejados pela lei processual civil: romper a inércia da jurisdição para prestação da tutela jurisdicional em favor de quem a provocou. Não é por outra razão que a maioria dos autores cuida dos elementos da petição inicial como “pressupostos processuais de validade”, isto é, os pressupostos que são necessários para o desenvolvimento válido e regular do processo. À falta de qualquer um deles – desde que não sanados oportunamente, o que é objeto de regulação específica pelo art. 284 – o processo será extinto *sem* resolução de mérito (arts. 267, I ou IV, e 295, VI; v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte V).

Para quem admite a categoria dos pressupostos processuais de *existência*, a petição inicial – mesmo que irregular – é suficiente para que o processo *exista* juridicamente, gerando, se for o caso, efeitos, justamente porque ela, não obstante não preencher os pressupostos de *validade*, tem aptidão de provocar o exercício da jurisdição, tirando-a de seu estado de inércia inicial (v. n. 3.1.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

A petição inicial é necessariamente escrita e em português (art. 156). A petição inicial *oral*, para o sistema processual civil, só é admitida para o sistema dos Juizados Especiais cíveis (art. 14, *caput*, da Lei n. 9.099/1995) e, mesmo nestes casos, ela deverá ser reduzida a escrito (art. 14, § 3º, da Lei n. 9.099/1995). É idêntico o regime para os Juizados Especiais federais por força do que dispõe o art. 1º da Lei n. 10.259/2001 e para os Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 27 da Lei n. 12.153/2009).

Como qualquer ato processual, não há óbice para que a petição inicial seja transmitida por fax, como autoriza a Lei n. 9.800/1999. Neste caso, contudo, o original deverá ser apresentado ao respectivo cartório do juízo competente em cinco dias depois da transmissão (art. 2º, *caput*, daquela lei).

A Lei n. 11.419/2006 admite a prática de atos por transmissão eletrônica, assim entendida “toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores” (art. 1º, § 2º, II). Desde que observados os pressupostos exigidos pelo art. 2º daquele mesmo diploma legislativo, a petição inicial pode ser apresentada de forma eletrônica, isto é, valendo-se da rede mundial de computadores (internet) e, até mesmo, ser transmitida por *e-mail*. A Resolução n. 287, de 14 de abril de 2004, do Supremo Tribunal Federal, já regulamentara, para as

demandas e recursos de competência daquele Tribunal, a possibilidade, disciplinando o que foi chamado de “e-STF”.

3. VISÃO PANORÂMICA DO ART. 282

A doutrina costuma dividir o disposto no art. 282 em dois grandes blocos. O primeiro deles diz respeito aos elementos relativos à identificação da demanda (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), assim a descrição das *partes* (inciso II), da *causa de pedir* (inciso III) e do *pedido* (inciso IV). Os demais incisos do dispositivo cuidam de informações que se relacionam, muito mais intimamente, com o desenvolvimento válido e regular do processo e não, propriamente, com a *ação* nele exercida e exercitada. Assim a *competência* (inciso I), o *valor da causa* (inciso V), as *provas* que o autor pretende produzir (inciso VI) e o pedido de *citação* do réu (inciso VII).

Embora o art. 282 seja o primeiro dispositivo do Código de Processo Civil relativo ao “procedimento ordinário” (Capítulo I do Título VIII do Livro I), não há como deixar de verificar que os elementos da petição inicial nele disciplinados dizem respeito a qualquer petição inicial de qualquer “procedimento”, “processo” ou “ação”. O que pode ocorrer – e, de resto, ocorre – é que, em outros procedimentos, existam regras *específicas* e próprias para as petições iniciais. É o que se dá, por exemplo, com o procedimento sumário (art. 276); com os “procedimentos especiais” (art. 893, para a “ação de consignação em pagamento”; art. 902, para a “ação de depósito”; art. 908, para a “ação de anulação e substituição de títulos ao portador”; art. 921, para as “ações possessórias”; art. 936, para a “ação de nunciação de obra nova”; art. 942, para a “ação de usucapião”; art. 1.102-A para a “ação monitória”); com os “processos de execução” de títulos extrajudiciais (arts. 614 e 615) e com os “processos cautelares” (art. 801). Todas estas regras serão estudadas a seu tempo e nos seus respectivos lugares ao longo deste *Curso*. Neste volume, a Parte VI volta-se ao exame da disciplina do procedimento sumário.

A locução “petição inicial”, de resto, não deve ser entendida só como aquela pela qual se *inicia* o processo, no sentido de se identificar com o que o próprio Código de Processo Civil chama de “*propositura da ação*” (art. 263), rompendo a inércia da jurisdição, mas também como aquela que permite a cumulação ulterior de pedidos de tutela jurisdicional, inclusive

pelo réu ao longo do processo. É o que se dá, por exemplo, com a “reconvenção” (v. n. 4 do Capítulo 3), com a chamada “ação declaratória incidental” (v. n. 2 do Capítulo 4) e com a “denúncia da lide” (v. Capítulo 6 da Parte VII). Também é o que se dá nos casos em que o autor pede ao Estado-juiz que dê início à “etapa *executiva*” para os fins do *caput* do art. 475-J (v. n. 1 da Introdução e o Capítulo 1 da Parte II do vol. 3) e, bem assim, quando o réu volta-se aos atos jurisdicionais executivos, valendo-se da “impugnação” a que se referem os arts. 475-L e 475-M ou, se se tratar de execução fundada em títulos executivos extrajudiciais, dos arts. 736 e seguintes (v. Capítulos 1 e 2 da Parte V do vol. 3, respectivamente).

Os números seguintes ocupam-se de analisar mais minudentemente cada uma das exigências do art. 282. A opção metodológica adotada por este *Curso* é a de tratar o tema (petição inicial) e todos os seus desdobramentos lado a lado e não sucessivamente para evitar a falsa impressão de que se tratam de assuntos que não precisam se comunicar para serem compreendidos. Até porque a petição inicial, em si mesma considerada, é um *ato* processual e como todo ato processual ela tem que ser compreendida à luz dos efeitos que ela tem aptidão de produzir para e no plano do processo.

4. COMPETÊNCIA

O primeiro requisito a que se refere o art. 282 é a indicação do “juiz” (competência originária da primeira instância) ou “tribunal” (competência originária dos Tribunais que, neste caso, atua como órgão de primeiro grau de jurisdição) ao qual a petição inicial é dirigida. Trata-se de indicar o *juízo* competente para apreciar o pedido de tutela jurisdicional do autor, dando início ao *processo*, isto é, ao exercício da atividade jurisdicional. O estudo deste tema, especificamente a *identificação* da competência, ocupa a Parte I.

O que releva para cá é destacar que eventual defeito ou vício na indicação da competência não é óbice para a distribuição da petição inicial onde houver mais de um juízo (art. 251). Se a hipótese for de incompetência *relativa*, o entendimento mais acertado é que o juízo não poderá, de ofício, pronunciar-se sobre ela (art. 112, *caput*, com a ressalva do parágrafo único do dispositivo; v. ns. 7 e 7.1 do Capítulo 3 da Parte I). Mesmo em se tratando de incompetência *absoluta*, a inicial não pode ser recusada, devendo ser distribuída, se for o caso. Não compete ao cartorário

responsável pelo recebimento da petição inicial proferir qualquer juízo quanto à correção ou incorreção do endereçamento da inicial, isto é, sobre o adequado cumprimento do inciso I do art. 282. Não que o magistrado, assim que a receber, não *deva* – até mesmo de ofício (art. 113, *caput*; v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte 1) – pronunciar-se acerca da questão. O que não se pode admitir, a título nenhum, é que os responsáveis administrativos pelo encaminhamento da petição a ele impeçam o início do processo. A razão é simples: mesmo quando determinada por juízo *absolutamente* incompetente, a citação do réu tem o condão de constituir em mora o devedor e interromper a prescrição (v. ns. 2.2 e 2.3 do Capítulo 2). O que ocorrerá em se tratando de incompetência *absoluta* é que, declarado o vício, os autos serão encaminhados para o juízo competente (art. 113, § 2º). Ademais, não podem os cartorários praticar qualquer ato de natureza decisória (art. 162, § 4º).

É esta a razão pela qual no n. 3.2.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 este *Curso* limitou-se a referir à incompetência *absoluta* como pressuposto processual de *validade*, não de *existência* do processo. Desde que alguém formule um pedido de tutela jurisdicional ao Estado, *processo* há, isto é, *existe* juridicamente. Questão diversa é saber em que condições ele pode surtir seus regulares *efeitos*, o que se dá em plano diverso, da *validade*.

5. PARTES

Autor e réu, de acordo com a doutrina tradicional, correspondem às partes do processo: aquele que pede e em face de quem se pede a tutela jurisdicional.

O conceito aqui ofertado é eminentemente *processual*. As partes a que se refere o art. 282, II, não são necessariamente os sujeitos do plano *material*, é dizer, a exigência da regra é satisfeita com a indicação e a identificação de quem pede e em face de quem se pede a tutela jurisdicional. Se aquele que pede podia mesmo pedir tutela jurisdicional naquelas circunstâncias e em face de quem pediu; se há mesmo, em seu favor, direito material a ser reconhecido e, desde que reconhecido, justificar a prestação da tutela jurisdicional, tudo isto é indiferente para o conceito aqui apresentado e para cumprimento da exigência do art. 282, I. De outra maneira, só seria parte aquele que tem “razão”, aquele que tem, desde o plano de direito material, o direito de receber tutela jurisdicional, o que significaria, em última análise,

que só pode pedir tutela jurisdicional e, por isso, formular um pedido ao Estado-juiz, aquele que tem, de antemão, o direito material. Não é este, contudo, o melhor entendimento do assunto. O direito de ação, disto deu notícia o n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, é *autônomo*, isto é, ele é desvinculado do direito material, embora guarde relações estreitas com ele. É por tais razões que se faz tão importante que o juiz, ao receber a petição inicial, examine não só a sua regularidade *extrínseca*, mas examine-a *intrinsecamente*, verificando se, desde logo, fazem-se presentes as condições da ação. É o adequado exame destas condições que viabilizará que o magistrado constate suficientemente, para aquele instante procedimental, se a provocação do Estado-juiz deve ser admitida ou rejeitada (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Haverá outros casos, a respeito do assunto tratado no parágrafo anterior, em que ocorrerá, por expressa autorização legal, uma descoincidência visível entre a “parte (no plano) processual” e a “parte (no plano) material”, isto é, aquele que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional e os beneficiários que, fora do processo, no plano do direito material, beneficiar-se-ão da tutela eventualmente concedida. São os casos de “legitimação *extraordinária*”, que se opõe à chamada “legitimação *ordinária*”, em que há, pelo menos na perspectiva de quem afirma, uma coincidência entre os planos material e processual.

Quando há legitimação extraordinária, isto é, aqueles casos em que a lei autoriza que alguém atue em juízo para a tutela de direito alheio, a “parte” a que se refere o art. 282, II, é a “parte *processual*”, embora, para certos fins da própria tutela jurisdicional, é importante verificar quem é a parte “material”, aquela que, não obstante não ter agido *pessoalmente* perante o Estado-juiz, teve direito seu levado à apreciação perante o Poder Judiciário. Ao assunto volta-se o n. 3 do Capítulo 1 da Parte VII.

5.1. Qualificação do autor e do réu

O que o inciso II do art. 282 exige é que as *partes*, autor e réu, sejam qualificadas, fornecendo-se seu nome, prenome, estado civil, profissão, domicílio e residência. O que a lei busca, no particular, é a identificação, a mais próxima possível, de quem pede a prestação da tutela jurisdicional e em face de quem esta tutela é pedida.

A declinação do estado civil tem relevância até mesmo para fins de regularidade processual. O casado, por exemplo, depende do *consentimento* de seu cônjuge para demandar alguém sobre direitos reais imobiliários (art. 10, *caput*; v. n. 3.4 do Capítulo 2 da Parte VII). Quando o réu for casado, pode ser que seu cônjuge também precise ser *citado* para integrar o processo na qualidade de litisconsorte necessário, nos termos dos §§ 1º e 2º do mesmo art. 10.

A indicação da residência ou do domicílio do autor e do réu é suficiente, sendo desnecessária sua comprovação. O dispositivo justifica-se em virtude das intimações *pessoais* que podem ter lugar ao longo do processo. Assim, por exemplo, para o autor, no caso do art. 267, § 1º, e, para o réu, sua *citação*. Ademais, nos casos em que a competência é definida pelo critério territorial, a indicação do domicílio ou da residência do réu é providência absolutamente indispensável (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte I).

A doutrina e a jurisprudência entendem, em uníssono, que eventuais defeitos que decorram da qualificação do autor ou do réu – falta de indicação de nomes ou de endereço, e assim por diante – podem ser supridos por relação anexa à petição inicial (providência bastante útil nos casos de litisconsórcio numeroso, sem prejuízo da incidência do art. 46, parágrafo único; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte VII) ou pela qualificação suficiente na procuração.

Quando se tratar de pessoa jurídica, sua *qualificação* significará, necessariamente, a comprovação de sua *existência* jurídica, bem assim a idoneidade de sua “representação” processual, vale dizer: é mister, se for o caso, que o contrato ou estatuto social sejam anexados à petição inicial, sem prejuízo da comprovação de que o outorgante da procuração *ad judicium* tenha legitimidade para tanto, anexando-se, por exemplo, ata de eleição de diretoria ou justificando-se a necessidade de assinatura conjunta de sócios diretores, e assim por diante.

5.2. Pluralidade de partes (litisconsórcio)

Pode acontecer de haver mais de uma parte. Não um autor e um réu, o que é pressuposto lógico para se conceber um *processo* nos moldes tratados neste *Curso* – o conflito de interesses que diz respeito ao direito processual civil é, por definição, intersubjetivo (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte I do vol.

1) –, mas pluralidade de autores *ou* de réus ou de autores *e* de réus. É o que se chama “litisconsórcio”, nome próprio para designar a pluralidade de partes em um dos polos do processo, o ativo ou o passivo. Há casos em que o *litisconsórcio* é formado desde logo, já com a petição inicial, o que levou a doutrina a identificá-los como “litisconsórcio *inicial*” em contraposição ao “litisconsórcio *ulterior*”, isto é, quando a pluralidade de partes dá-se ao longo do processo.

O exame da pluralidade de partes, contudo, como, de resto, o relativo à intervenção de terceiros, não se confunde e não se limita ao exame de seus pontos de contato com a petição inicial. Eles podem até existir (como se dá, vale a ênfase, com o litisconsórcio e com a denunciação da lide pelo autor – arts. 71 e 74), mas são, por definição, institutos diversos com dinâmicas totalmente diferentes. Ao seu estudo dedica-se integralmente a Parte VII, em especial os Capítulos 2 e 6, respectivamente.

6. CAUSA DE PEDIR

A chamada “causa de pedir” corresponde à locução empregada pelo inciso III do art. 282: fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Embora exista alguma divergência em doutrina e em jurisprudência, o entendimento que prevalece é o de que os “fatos” devem ser entendidos como a causa *remota*, enquanto os “fundamentos jurídicos do pedido” correspondem à causa *próxima*. Neste sentido, para uma “ação de despejo”, o contrato de aluguel é a causa remota e o não pagamento do aluguel na forma ajustada é a próxima. O autor, em sua petição inicial, deve descrever, com a precisão possível, quais são os fatos e as consequências jurídicas que, segundo seu entendimento, justificam o pedido de tutela jurisdicional que formula em face do réu. No caso indicado acima, o pagamento dos aluguéis atrasados, a rescisão do contrato, ou, até mesmo, ambos.

Em função disso é que não há dúvida, em doutrina e em jurisprudência, de que o art. 282, III, é prova segura de que o direito processual civil brasileiro filiou-se à teoria da “substanciação”, vale dizer, que é fundamental, para o autor, descrever, na petição inicial, os *fatos constitutivos* de seu direito, fazendo referência não só à lesão ou à ameaça ao direito que afirma sofrer (ou, se for o caso, às lesões e/ou ameaças), mas também à origem desse seu direito. Por força da mesma teoria, não é necessário que o autor *qualifique*

juridicamente seu pedido, bastando fornecer, com a maior exatidão possível, a origem dos fatos que dão fundamento jurídico a seu pedido. É dizer: basta ao autor afirmar que há um vício que anula contrato que firmou com o réu, sendo indiferente que indique qual é, concretamente, este vício (erro, dolo ou coação, por exemplo). Eventuais qualificações jurídicas constantes da petição inicial devem ser, para o nosso sistema, entendidas como meras *propostas de qualificação*. Como não são essenciais, não são vinculantes para o magistrado. O réu deve se defender dos *fatos constitutivos* do direito do autor e das consequências a eles atribuídos.

Pelo mesmo motivo é que não há necessidade de o autor indicar, na petição inicial, qual é a norma jurídica sobre a qual repousa sua pretensão e, mais ainda, que é totalmente indiferente, para os fins do art. 282, III, que o autor dê um “nome” à sua ação. O fato e o fundamento jurídico do pedido, com efeito, não guardam qualquer relação com esse rótulo.

É absolutamente indispensável que o fato e os fundamentos jurídicos sejam descritos minudentemente e de forma inequívoca, clara e precisa, na inicial. Até porque são eles que revelam o *interesse de agir*, a *possibilidade jurídica do pedido* e a própria *legitimidade das partes*.

Basta a indicação dos fatos necessários e indispensáveis à incidência da regra jurídica. Prevaecem, para o sistema brasileiro, os aforismos *da mihi factum, dabo tibi jus* e *jura novit curia*, segundo os quais a *qualificação jurídica* do fato é dever do magistrado e não das partes. O que releva, vale insistir, é que os fatos a partir dos quais se pretende incida determinada consequência jurídica estejam suficientemente narrados (e comprovados, se for o caso) já com a petição inicial. O juiz não fica vinculado às consequências jurídicas indicadas na petição inicial, mas aos *fatos* relevantes para configuração de uma dada consequência jurídica.

Os fatos que integram a causa de pedir são aqueles que, individualmente, dão origem a consequências jurídicas, vale repetir, são os fatos *constitutivos* do direito do autor. Eles não podem ser confundidos com os chamados fatos *simples* que servem, apenas e tão somente, para precisar, descrever ou comprovar a existência de outros fatos, mas que, por si só, não ensejam consequências jurídicas, pelo menos não aquelas pretendidas na petição inicial. Se houver mais de uma causa de pedir (*composta* ou *complexa*, consoante o número de pedidos correspondente a elas), cada uma precisará

ser suficientemente identificada, na inicial, dando cumprimento, assim, ao art. 282, III.

Embora exista acesa discussão em doutrina e em jurisprudência, não há como afastar a incidência do art. 282, III, de nenhum tipo de “ação”, “processo” ou “procedimento”. Mesmo das chamadas “ações reais” (porque se referem a *direitos reais*), é mister, *à luz da lei processual civil*, que o autor diga qual é a origem de seu direito, sendo insuficiente, para os fins do dispositivo aqui examinado, a descrição da situação que o levou a demandar em face do réu. A mesma exigência tem sentido também com relação aos títulos executivos *extrajudiciais*. É insuficiente, embora seja indispensável (art. 614, I), a mera apresentação do título executivo.

7. PEDIDO

O pedido formulado pelo autor transporta o conflito de interesses que se verifica no plano material para o plano do processo. Mesmo quando o que motiva a demanda é uma realidade processual (é o que se dá, por exemplo, com a “ação rescisória”, “ação anulatória de ato judicial”, “mandado de segurança contra ato judicial”, assuntos que serão tratados nas Partes II e III do vol. 5), o certo é que essas realidades têm, por definição, projeções para *fora* do plano processual e, nessa medida, devem ser transportadas para *dentro* de um novo processo para resolução pelo Estado-juíz. Esse “transporte” é feito pelo pedido.

Daí a noção de que o juiz limita-se e vincula-se, *qualitativa e quantitativamente*, ao que foi a ele pedido (arts. 2º, 128, 262, 459 e 460). O pedido do autor delimita, neste sentido, o objeto de cognição e de decisão do juiz. O réu, de seu turno, também pode *pedir* ao Estado-juíz no mesmo processo. Sem prejuízo do que, a este respeito, é discutido pelo n. 4 do Capítulo 3, é importante ter presente que, toda vez que a lei admite aquela iniciativa do réu, amplia-se o objeto de cognição e o objeto de decisão do juiz, ainda que, com relação aos novos pedidos, prevaleçam as mesmas diretrizes aqui traçadas.

O pedido é projeto de sentença. A sentença tem que se limitar ao pedido e às razões pelas quais foi ele formulado (causa de pedir). A sentença pode rejeitar o pedido parcial ou integralmente, ou concedê-lo. Sempre, no

entanto, observando-se os limites segundo os quais foi ele formulado. É o princípio da adstrição ou vinculação do juiz ao pedido (arts. 2º, 128 e 460).

De acordo com lição uníssona, o pedido representa, a um só tempo, o *bem da vida* pretendido pelo autor (comumente denominado “pedido *mediato*”) e o “tipo” de tutela jurisdicional por ele solicitada (comumente denominado “pedido *imediato*”). Esta a espécie de tutela jurisdicional que deve incidir e agir sobre aquele, o bem da vida a ser individuado (art. 286) na petição inicial pelo autor. O pedido corresponde, destarte, ao *objeto* da demanda: ele que representa, para o plano do processo, o bem da vida e o tipo de provimento jurisdicional requerido pelo autor: pedido mediato e imediato, respectivamente.

Não há maiores divergências quanto a corresponder o pedido *mediato* ao *bem da vida* pretendido pelo autor. Por “bem da vida” deve ser entendida a utilidade pretendida pelo autor no plano do direito material e que depende, para ser alcançada, do exercício da jurisdição. O cumprimento de um contrato de mútuo ou de aluguel; a obtenção de documentos não fornecidos pela Administração Pública ou por entidade de crédito; o pagamento de prestação alimentícia; o não pagamento de um tributo, todos são exemplos de “vantagens” que o autor pretende obter com a prestação da tutela jurisdicional.

A doutrina divide-se, contudo, quanto à classificação ou identificação dos “tipos” de tutela jurisdicional, que correspondem ao chamado pedido *imediato*. A doutrina clássica e consolidada antes do início das Reformas do Código de Processo Civil sempre admitiu três “tipos” de “pedidos” a serem formulados pelo autor: o “meramente declaratório”, o “constitutivo” e o “condenatório”. A doutrina de Pontes de Miranda, defendida por alguns mesmo antes do movimento reformista (assim, v.g., Kazuo Watanabe e Ovídio Baptista da Silva) e, em escala crescente, após 1994 (em especial diante da redação que a Lei n. 8.952/1994 deu ao art. 461 e, em definitivo, diante do inciso V acrescentado ao art. 14 pela Lei n. 10.358/2001), passou a tratar de outros dois “tipos” de pedido (sempre entendido como sinônimo de “tutela jurisdicional”): o “executivo *lato sensu*” e o “mandamental”.

Como demonstrado pelo n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, a questão relaciona-se mais propriamente aos *efeitos* da *tutela jurisdicional* pretendida pelo autor e, pelas razões lá expostas, em especial as do n. 8.5.6,

não há como recusar que tanto a classificação “trinária” como a “quinária” a que fez referência, respectivamente, o parágrafo anterior, não se ajustam bem no sistema processual civil em vigor. Independentemente da classificação que se adote – porque a classificação é só uma forma de compreender o objeto estudado e não se confunde com ele –, o que releva para os fins presentes da exposição sobre a petição inicial é que não há necessidade de o autor declarar-se adepto de uma ou de outra corrente de pensamento para *pedir* ao Estado-juíz seja-lhe prestada a tutela jurisdicional. Suficiente que ela peça a proteção de um dado bem da vida, expondo no que a proteção pretendida consiste. Se essa proteção for entendida como declaratória, constitutiva, condenatória, executiva (*lato sensu*) ou mandamental é questão de nenhum interesse para a elaboração da petição inicial e para a sua validade.

Desta afirmação, contudo, não deve seguir a conclusão de que o juiz não fica *adstrito, vinculado*, ao pedido da parte, no que são expressos os arts. 2º, 128, 262 e 460, *caput* (“princípio da imutabilidade do libelo” ou “princípio da adstrição do juiz ao pedido” ou “princípio da congruência” ou “princípio da correlação entre provimento e demanda” ou “princípio dispositivo”; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). O que parece ser indiferente para a formulação da petição inicial é a *predefinição* dos mecanismos de *realização prática* do bem da vida que o autor pretende ver assegurado ou, mais precisamente, a específica *técnica* a ser adotada pelo Estado-juíz para *tutelar adequada e suficientemente* o direito que reconheceu em favor do autor.

A interpretação proposta pelo parágrafo anterior deve prevalecer mesmo naqueles casos em que formula-se um “pedido *imediate*” meramente declaratório em casos em que o autor deveria ter pedido o que caracteriza a tutela jurisdicional *executiva* na forma discutida pelo n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1. Não deve prevalecer o rigor interpretativo de que, se o autor pediu “só” uma declaração, o Estado-juíz fica a ela vinculado como se não fosse necessário em alguns casos, além do *reconhecimento* do direito, ir além, autorizando que o próprio Estado pratique atos *executivos* em detrimento do réu. Ademais, embora isto seja objeto de exame pelo volume 3, o inciso I do art. 475-N, ao definir como “título *executivo judicial*” a

sentença que *reconhece* a obrigação de fazer, não fazer, dar ou pagar, conduz a este entendimento.

Pelas razões expostas, em nome de um interesse maior (“princípio da efetividade do processo”; v. n. 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), o rigor do princípio da adstrição da sentença ao pedido cede espaço. É esta a melhor interpretação que deve prevalecer, até mesmo em função dos princípios regentes das nulidades processuais (v. n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Ademais, há casos expressamente admitidos pela lei em que o próprio pedido *mediato* (o bem da vida) pode variar. É o que se dá, por exemplo, na conversão da tutela *específica* em tutela *genérica*, como expressamente admite o § 1º do art. 461 (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Também em casos como estes é irrecusável que o princípio da adstrição do juiz ao pedido ceda espaço, como é de sua natureza, a outros que devem preponderar à luz das *necessidades* de cada caso concreto.

Os números seguintes dedicam-se à análise do pedido, examinando suas características, espécies, condições de cumulação, regras de interpretação e possibilidade de modificação.

7.1. Pedido certo e determinado

A primeira parte do art. 286 exige que o pedido seja certo “ou” determinado. Não há qualquer hesitação em sede de doutrina e jurisprudência quanto ao entendimento de que a melhor interpretação para o dispositivo é a de entender que aquelas exigências – certeza e determinabilidade – são *conjuntivas* e não *alternativas*. A conjunção empregada pelo legislador deve ser entendida como “e”. O pedido deve ser certo *e* determinado. É insuficiente sua certeza se ele não é determinado (ou determinável; v. n. 7.1.1, *infra*); é insuficiente que ele seja determinado, mas não seja certo. Essas duas características dos pedidos devem ser entendidas como *complementares* e não como *excludentes*.

Por pedido *certo* deve ser entendido o que descreve, com exatidão, a extensão, a quantidade e a qualidade do que o autor quer que lhe seja outorgado pelo juiz na sentença. Pedido *determinado*, de seu turno, é o que se refere a um *específico* bem da vida, extremado-o de quaisquer outros.

O art. 286 impõe ao autor que *individue* e descreva, quantitativa e qualitativamente, da forma mais concreta possível, o que pretende em juízo. Seja no que diz respeito ao objeto *mediato*, seja também naquilo que diz respeito à espécie de tutela jurisdicional reclamada (pedido *imediato*).

Nessas condições, é insuficiente que o autor peça para que o réu seja condenado “nas penas da lei” ou em fórmulas semelhantes que nada acrescentam, de concreto, ao texto da lei ou à regra de direito abstrata e genérica. É fundamental que o autor – sempre dizendo o porquê (apresentando a causa de pedir) – diga “quais” penas da lei pretende sejam aplicadas ao réu. Se assim não fizer, o pedido não é certo e não é determinado.

Se pretende o adimplemento de uma cláusula contratual, deve descrever qual o conteúdo do adimplemento ameaçado pelo réu; se pretende a entrega de uma coisa, deve descrever qual é o bem pretendido, diferenciando-o de outros similares (se a escolha, de acordo com o direito material, couber ao autor; v. n. 7.4, *infra*); se o autor quer que o réu seja compelido a fazer ou não fazer algo, deve descrever no que consiste, especificamente, o comportamento esperado ou o dever de abstenção a ser imposto ao réu.

Tal entendimento, contudo, não deve conduzir a rigores quanto à formulação do “pedido *imediato*”. O específico tipo de tutela jurisdicional a ser outorgada em cada caso concreto é, vale enfatizar o que consta do n. 7, *supra*, *indicada* na petição inicial, cabendo ao juiz verificar o que é mais adequado e mais necessário em cada caso concreto.

7.1.1. Pedido genérico

O oposto de pedido certo e determinado é o pedido *genérico*, de que cuida a parte final do *caput* do art. 286. O pedido genérico, contudo, não pode ser entendido como aquele em que falta certeza ou determinação. O melhor entendimento é o de pedido genérico ser aquele em que, momentaneamente, não há certeza ou determinabilidade, vale dizer, ele é incerto e indeterminável, pelo menos para o autor, quando da provocação inicial do Estado-juiz. Durante o processo – nem que seja na “fase de liquidação de sentença” (arts. 475-A a 475-H) – a certeza e a determinabilidade deverão ser estabelecidas. O pedido genérico, nessas

condições, é o que se *completa*, isto é, que se *aperfeiçoa* com oportuna liquidação.

Tanto assim que, de acordo com o art. 459, parágrafo único, inexistem qualquer óbice para que o juiz, diante de um pedido *ilíquido* (indeterminado quanto a seu valor), profira, desde logo, sentença líquida, porque, no processo, foi possível às partes *quantificarem* o bem da vida perseguido pelo autor. De resto, o § 3º do art. 475-A veda o proferimento de sentença *ilíquida* em algumas das hipóteses do procedimento sumário, assunto ao qual se volta o n. 2 do Capítulo 3 da Parte VI.

Os três incisos do art. 286 apontam as hipóteses em que é lícito ao autor formular pedido genérico.

O inciso I do art. 286 prevê a possibilidade de o autor formular pedido genérico nas ações universais, “se não puder individuar na petição os bens demandados”.

Por “ações universais” devem ser entendidas aquelas em que a pretensão do autor recai sobre uma universalidade na qual o autor não tem condições objetivas de individuar quais os bens efetivamente pretendidos. Assim ocorre, por exemplo, nas ações de petição de herança, em que não se sabe, de pronto, quais os bens que pertencerão a cada um dos herdeiros.

É unânime a doutrina quanto ao entendimento de o Código de Processo Civil ter acolhido a distinção do Código Civil quanto às universalidades de *fato* (art. 90 do CC) e as de *direito* (art. 91 do CC). Estas são definidas como o complexo de relações jurídicas de uma pessoa dotadas de valor econômico (o fundo de comércio, o patrimônio ou a herança, por exemplo); aquelas, como a pluralidade de bens singulares que, pertencentes à mesma pessoa, tem destinação unitária (um rebanho ou uma biblioteca, por exemplo).

O inciso II do art. 286 cuida da mais comum hipótese de formulação de pedido *genérico*. É o típico caso em que o autor consegue, desde pronto, demonstrar o *an debeat* (a responsabilização do réu), mas é impossível saber, de antemão, o *quantum debeat* (o valor a ser pago como decorrência da responsabilização do réu). É nesse sentido que deve ser entendida a locução “consequências do ato ou do fato ilícito” que consta do dispositivo. A pesquisa em torno do *quantum debeat* ocupará a fase de liquidação por arbitramento quando depender da realização de alguma prova

técnica (art. 475-C) ou por artigos quando houver necessidade de prova de fato novo (art. 475-E). Não existe, contudo, nenhuma proibição – muito pelo contrário, em nome do princípio da economia e da eficiência processuais – para que o juiz profira sentença *líquida*, se comprovada a extensão dos danos e sua correlata quantificação antes do proferimento da sentença. É o que decorre do art. 459 (v. n. 6.2 do Capítulo 1 da Parte V) e, para os casos de procedimento sumário, do art. 475-A, § 3º (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte VI).

É certo que a formulação de um pedido dessa natureza pressupõe que o autor não aguardou um desfecho *definitivo* sobre as consequências do ato ou do fato ilícito que motiva seu ingresso em juízo. Caso ele opte aguardar a ocorrência de todas as consequências desfavoráveis para demandar o seu responsável, o dispositivo perde interesse, devendo ceder espaço para incidência da regra de que o pedido deve ser certo e determinado (art. 286, *caput*).

O inciso III do art. 286 regula a última hipótese de formulação de pedido genérico. Ele é legítimo toda vez que a determinação do valor da condenação depender de ato a ser praticado pelo réu. A hipótese não pode ser confundida com a que é regida pelo art. 288 (v. n. 7.4, *infra*).

O que o dispositivo prevê, diferentemente, é que, não obstante seja certo o comportamento a ser adotado pelo réu, ao autor não é dado conhecer, de imediato, o valor de sua prestação. O exemplo clássico dado pela doutrina é o da “ação de prestação de contas”. Nela, o autor pede que o réu seja condenado ao pagamento dos valores que serão apurados a partir das contas que ele próprio deverá prestar (art. 918).

Não obstante a existência de diversos julgados em sentido contrário (bem ilustrada pelas discussões travadas acerca da Súmula 326 do STJ e, mais recentemente, pelo julgamento, em sede de Recurso Especial Repetitivo, pela 2ª Seção do STJ do REsp 1.114.398/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 8.2.2012, DJe 16.2.2012), não há como admitir que, nas demandas que buscam indenização por dano moral, seja lícito ao autor deixar de formular pedido certo e determinado, a não ser que *comprove* que a indenização perseguida amolda-se a uma das situações dos incisos II ou III do art. 286. Por mais difícil que possa ser a tarefa de *quantificar* o dano moral, se ele preexiste ao processo e não depende de qualquer fato posterior para que seja

quantificado, não há como, sem violar o art. 286, deixar de fixar, desde logo, seu valor.

É importante a formulação de pedido certo quanto ao dano moral já na petição inicial, outrossim, porque é do acolhimento total ou parcial do valor lá indicado pelo autor que se verificará eventual sucumbência e, conseqüentemente, seu interesse de recorrer da sentença que acolhe ou rejeita o seu pedido.

A ausência de indicação do *valor* do dano moral na petição inicial – ressalvada a ocorrência das exceções do art. 286, em especial de seu inciso II – deve levar o magistrado a determinar que o autor a emende nos termos do art. 284 (v. n. 4 do Capítulo 2).

Sobre a possibilidade de ser proferida, desde logo, uma sentença certa e líquida, não obstante o pedido ilíquido formulado pelo autor, o que se põe para examinar é se as partes tiveram oportunidade de discutir o valor em amplo contraditório *antes* de sua fixação do *quantum debeatur* pelo juiz. Se a resposta for positiva, não há por que supor qualquer mácula aos arts. 2º, 128 e 460, *caput* (v. n. 6.2 do Capítulo 1 da Parte V).

7.1.2. Especialmente o art. 285-B

O art. 21 da Lei n. 12.810/2013, que “dispõe sobre o parcelamento de débitos com a Fazenda Nacional relativos às contribuições previdenciárias”, introduziu um novo art. 285-B no Código de Processo Civil, que tem a seguinte redação:

“Art. 285-B. Nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso.

Parágrafo único. O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados”.

Logo depois, a Lei n. 12.873/2013, que, dentre tantas providências, “autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas”, ao introduzir um § 2º ao mesmo dispositivo, reenumerou o parágrafo único para § 1º. O novo § 2º do art. 285-B está assim redigido:

“§ 2º O devedor ou arrendatário não se exime da obrigação de pagamento dos tributos, multas e taxas incidentes sobre os bens vinculados e de outros encargos previstos em contrato, exceto se a obrigação de pagar não for de sua responsabilidade, conforme contrato, ou for objeto de suspensão em medida liminar, em medida cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela”.

As observações que os novos dispositivos merecem são as seguintes:

Quanto à topologia, seria melhor que a regra tivesse sido inserida como art. 282-A do Código de Processo Civil, já que quer disciplinar a petição inicial na qual o autor pretende obter tutela jurisdicional das situações nela especificadas. Injustificável alocar a regra ao lado do art. 285, que regulamenta o “juízo *positivo* de admissibilidade da petição inicial” e, pior, ainda, ao lado do art. 285-A, que se ocupa com uma específica situação de “juízo *negativo* de admissibilidade da petição inicial” e que, por isso mesmo, não há como negar, melhor que estivesse ao lado do art. 295, que, desde seu nascedouro, ocupa-se do assunto no Código de Processo Civil que ainda vige.

O *caput* do art. 285-B estabelece a necessidade de o autor distinguir na petição inicial as obrigações que pretende questionar em juízo, entre outras que tenha assumido, quantificando, na mesma oportunidade, o “valor incontroverso”. Não em todo o caso, contudo, apenas quando o litígio tiver por objeto “... obrigações decorrentes de *empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil*”.

O valor incontroverso referido no *caput* – que é fruto da discriminação a ser feita pelo autor na petição inicial – deve continuar a ser pago no tempo e modo contratados, como exige o § 1º. Nem poderia ser diferente porque se eles não são questionados em juízo, não há razão nenhuma para que o autor deixe de adimplir as obrigações vigentes no plano *material*. Naquele plano, a posição do autor, seja ele credor ou devedor, não importa, resta inalterada. Se a intenção do autor, aliás, é questionar *parte da obrigação* tal qual assumida, ela (ou seu valor) deixa necessariamente de ser “incontroversa”. Se o autor entende que o seu pedido de tutela jurisdicional pode comprometer o cumprimento da parcela não discutida em juízo, caberá a ele pleitear alguma medida de urgência ao Estado-juiz (cautelar ou antecipada) para desobrigá-lo de seu cumprimento, hipótese que passou a ser

disciplinada pela parte final do § 2º, quando se refere à “suspensão em medida liminar, em medida cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela”.

Essa dicotomia estabelecida pelo novo dispositivo legal traz à mente o conceito de *lide* proposto por Carnelutti e a crítica que a ele fez Liebman, invocando Calamandrei, que o rotulava de sociológico. Parece ser bastante didático para explicar o art. 285-B distinguir o que será objeto do processo (as obrigações e/ou seus respectivos valores “controvertidos” pelo autor em sua petição inicial) e o que não será (as obrigações e/ou os seus respectivos valores não controvertidos em sua petição inicial). O que não se torna objeto do processo por iniciativa do autor (pedido) deve continuar a ser adimplido de acordo com as regras de direito material por força do parágrafo único do art. 285-B. Contudo – eis a pertinência da lembrança da crítica de Liebman (“O despacho saneador e o julgamento do mérito”, p. 126-131) –, o que interessa ao processo é a parcela do direito material sobre a qual o autor formula seu pedido de tutela jurisdicional. Ir além é comprometer o princípio da vinculação do juiz ao pedido que bem entendido justifica a própria inércia da jurisdição, de berço constitucional.

A menção àquela controvérsia é pertinente para evitar que alguém pretenda se referir ao art. 285-B (com ares de novidade, certamente) como hipótese de “julgamento *parcial* da lide”. Não é. E não é porque o que é *parcial* é o que pretende o autor questionar em juízo de uma ou mais de uma relação obrigacional. A parcialidade, nesse sentido, só existe quando se confronta o plano material com o plano processual. Nesse plano, todavia, o *processual*, o que é pedido pelo autor não pode ser compreendido como parcial. É o *todo*, que corresponde ao pedido e, junto com a causa de pedir, ao objeto do processo. Julgamento *parcial* da lide, em tal hipótese, só será possível se *parte* do que foi pedido (e não do que reside no plano material mas que não foi trazido ao processo com a petição inicial) for julgada antecipadamente o que já é possível com fundamento no art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil na forma como expõe este *Curso* no Capítulo 5 da Parte I do vol. 4.

Mas o art. 285-B só diz respeito aos casos em que as obrigações derivem de *empréstimo*, *financiamento* ou *arrendamento mercantil*. E se a obrigação existente no plano material for de outra ordem? Por que o autor não poderia

discriminar na inicial o que pretende questionar (parte do contrato), discernindo-o do que *não* pretende questionar?

As respostas às perguntas tendem a uma só: quaisquer obrigações mereceriam, em situações análogas, tratamento idêntico. Aceitando-a, contudo, sobressai a desnecessidade da nova regra. Ela já deriva, bem entendido seu conteúdo, do que se pode extrair do Código de Processo Civil atual devidamente compreendido e *sistematizado* com o objetivo – derivado do “modelo constitucional” – de obter maior *racionalização* da atividade jurisdicional desde a elaboração e o recebimento da petição inicial.

A se querer buscar alguma explicação para a nova regra, ocorre que a falta de clareza do que pretende o autor questionar em juízo entre o emaranhado de obrigações residentes no plano material e descritas na inicial poderia comprometer o direito de defesa do réu. Nesse contexto, estaria a nova regra estabelecendo que o autor tem o ônus de discernir o que pretende discutir, quantificando o que não pretende, cumprindo a parte não controvertida, com as ressalvas, quanto a este ponto, do § 2º.

Nessa perspectiva, a iniciativa é importante, mas, repita-se, ela já deriva do sistema processual civil vigente. Eventuais dúvidas sobre a compreensão da inicial, inclusive quando elas podem, ao menos em tese, comprometer o direito de defesa do réu, merecem ser sanadas por rigoroso exame de admissibilidade da inicial, nos termos propostos pelo n. 1 do Capítulo 2. Inútil, em si mesma considerada, a regra veiculada como art. 285-B.

Outra questão com base no § 1º do art. 285-B: e se o autor não conseguir quantificar o incontroverso desde a formulação de sua petição inicial? A hipótese, que tem tudo para ser extremamente frequente, não inibe – nem poderia, sob pena de violar o acesso à Justiça – que, nesse caso, a quantificação seja feita ao longo do processo. Seja otimizando-a na etapa de conhecimento, seja antes da etapa de cumprimento de sentença, na *liquidação*, observando-se, no particular, o disposto nos arts. 475-C a 475-F (v. Capítulo 5 da Parte I do vol. 3).

O último apontamento diz respeito ao direito intertemporal relativo ao *caput* e ao § 1º. Eles devem incidir nas petições iniciais elaboradas a partir de sua vigência, isto é, 16 de maio de 2013 (art. 35 da Lei n. 12.810/2013), e não podem retroagir para atingir as situações já consolidadas antes de sua entrada em vigor. Marco seguro para definir esse espaço de tempo é o

proferimento do juízo de admissibilidade da petição inicial. O que parece ser correto, entre um e outro extremo, é permitir que a nova regra autorize o magistrado a determinar a *emenda* da petição inicial, com base no art. 284 (v. n. 4 do Capítulo 2), para que o autor observe a nova regra realizando os esclarecimentos e as distinções que, em última análise, parecem querer ser tuteladas pelo novel art. 285-B. O § 2º, por sua vez, entrou em vigor no dia 25 de outubro de 2013 (art. 63, III, da Lei n. 12.873/2013), não apresentando maiores dificuldades relativas ao direito intertemporal.

7.2. Cumulação de pedidos

Os arts. 288 a 292 cuidam de hipóteses de *cumulação de pedidos*. Esse fenômeno deve ser entendido como a possibilidade de o autor (ou mais de um autor) formular em face de um mesmo réu (ou em face de vários), em *um mesmo processo*, mais de um pedido, vale dizer: pretender, *em um mesmo processo*, mais de um bem da vida ou mais de uma providência jurisdicional sobre um ou vários bens da vida. A doutrina refere-se ao fenômeno como cumulação de *ações*, *pretensões*, de *demandas* ou, ainda, como cumulação *objetiva*.

É importante destacar que a “cumulação de pedidos” não significa cumulação de *processos*. O processo é, nesses casos, sempre um só. O que existe a mais nele são os vários pedidos formulados pelo autor em face do réu. Mesmo que haja mais de um autor pedindo ao mesmo tempo em face de mais de um réu, o *processo* é um só, não obstante a existência de *litisconsórcio* (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte VII).

Também não há mais de uma “ação” neste caso. O que há é uma só ação – um só rompimento da inércia da jurisdição pelo autor –, embora ele o faça cumulando, como a lei lhe permite, mais de um pedido de tutela jurisdicional (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1). A identificação desta pluralidade de pedidos, é certo, importa para diversos fins, inclusive para a identificação da ação (demanda; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1) tal qual exercida e *exercitada* pelo autor (ou pelo réu). Isto, contudo, não transforma a *parte* (o “pedido”) no *todo* (a “ação”). O tema é melhor desenvolvido no n. 4 do Capítulo 3, a propósito do estudo da reconvenção.

A cumulação de pedidos, embora reflexo, em última análise, da *vontade* do autor (ou do réu), afina-se ao princípio da economia e da eficiência

processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

A doutrina costuma distinguir entre os casos de cumulação *própria* e *imprópria*. A cumulação *própria* corresponde a uma verdadeira soma ou adição de pedidos; representa a vontade do autor em ver os pedidos *P1*, *P2*, *P3*, *Pn* acolhidos simultaneamente. A cumulação *imprópria*, diferentemente, significa que, embora formulado mais de um pedido, somente um deles poderá ser concedido; o autor formula mais de um pedido sabedor de antemão que somente um será ou poderá ser acolhido. Não se trata, pois, de uma *adição* de pedidos, mas de uma *opção* entre vários pedidos. Lá, na cumulação *própria*, há uma verdadeira *simultaneidade* de pretensões; aqui, na cumulação *imprópria*, *singularidade* de pretensões.

Há importante subdivisão na classificação proposta pelo parágrafo anterior.

A cumulação *própria* pode ser *simples* ou *sucessiva*.

Ela é *simples* quando se trata de pura e mera adição de pedidos, formulados concomitantemente pelo autor visando a que todos eles, *simultaneamente*, possam ser acolhidos; os pedidos, a bem da verdade, têm sentido prático independente um do outro. É o caso, por exemplo, de o autor, diante de um determinado fato, pedir que o réu pague danos materiais e morais ou, ainda, pedir que o réu pague valores vencidos e vincendos decorrentes de um mesmo ato ilícito (arts. 20, § 5º, e 475-Q).

A cumulação é *sucessiva* quando o acolhimento do segundo pedido depender do acolhimento do primeiro que tem, com ele, laços de *prejudicialidade* (v. n. 2 do Capítulo 4). Neste caso, o segundo pedido, para ser acolhido, depende do acolhimento de um primeiro, que não o exclui, mas que o pressupõe. É o que se verifica, por exemplo, no caso de alimentos em que a prestação alimentícia depender do reconhecimento prévio da paternidade ou quando a restituição de indébito tributário tiver como pressuposto a declaração da inexistência da relação jurídica tributária que motivou o recolhimento dos valores aos cofres públicos.

A cumulação *imprópria* pode ser *alternativa* ou *eventual* (também denominada *subsidiária*).

Embora a maior parte da doutrina veja, no art. 288, repositório único de pedidos que derivam de uma específica situação de direito material (obrigação alternativa), assunto ao qual se volta o n. 7.4, *infra*, é correto o

entendimento de que é lícito ao autor cumular pedidos que se alternam entre si independentemente de se tratar de uma obrigação com aquele regime jurídico.

O sistema permite, com efeito, que o autor formule pedidos que assumam *alternância* entre duas ou mais variáveis, vale dizer, pedir-se, em juízo, uma coisa *ou* outra, sem qualquer preferência entre ambas. O que caracteriza a formulação dos *pedidos alternativos* é a ausência de manifestação de qualquer preferência pelo autor por um *ou* por outro. Todos os pedidos assim formulados residem no *mesmo plano* de preferência do autor e, por isso mesmo, a exemplo do que ocorre nos casos de *obrigações alternativas*, a concessão de um deles impede e afasta a *necessidade* de julgamento dos demais. A utilidade perseguida, em juízo, pelo autor reside na concessão de *qualquer* dos pedidos *alternativos*.

Quando o autor manifestar *preferência* a um dos pedidos, isto é, a um dos bens da vida ou das prestações a que pretende ver o réu condenado, a hipótese é de cumulação *eventual* ou *subsidiária*, à qual se refere o art. 289, embora o dispositivo refira-se erradamente a cumulação *sucessiva*. O que caracteriza a cumulação regida pelo dispositivo é a *eventualidade* ou *subsidiariedade* na formulação dos pedidos, assim entendida a circunstância de os pedidos serem feitos – e examinados – em uma ordem de *preferência* a ser exposta pelo autor com a petição inicial. Somente será analisado um *segundo* pedido quando o *primeiro* for rejeitado; um *terceiro* pedido só será objeto de consideração judicial se o *segundo* não for acolhido, e assim por diante.

Um exemplo pode ilustrar o que ocorre nesse dispositivo. DA demanda AIA para impedir que ela encene peça de teatro da qual não detém os direitos autorais e, caso não seja possível, por qualquer razão, a obtenção desta *tutela específica*, que a obrigação (de não fazer) seja convertida em perdas e danos. As perdas e danos, nesse caso, são, nitidamente, pedido *secundário* no sentido de que só será examinado na exata medida em que não se consiga impedir a encenação da peça por AIA, que é o pedido *principal* (ou condicionante).

Outro exemplo clássico admitido pela maior parte da doutrina é o da compra e venda *ad mensuram*. JBL adquiriu de EPAA imóvel com determinada dimensão, que se mostrou inferior ao avençado. Pode JBL

exigir de EPAA a complementação da área *ou* o abatimento proporcional do preço *ou* a resolução do contrato (art. 500, *caput*, do Código Civil). É o que se dá também em demanda na qual o contribuinte pretende ver os valores pagos indevidamente ao Fisco *compensados* com outros tributos *ou*, na impossibilidade dessa compensação, a restituição do indébito em consonância com as regras da “execução contra a Fazenda Pública” (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1).

O que caracteriza esses pedidos, distinguindo-os dos *pedidos alternativos* do art. 288, é que, nos casos do art. 289, o autor apresenta, para o juiz, uma ordem de *preferências* no julgamento. Ele quer, a exemplo do que ocorre nos casos de pedidos alternativos, uma coisa *ou* outra. Mas – e aqui o que caracteriza, verdadeiramente, os casos do art. 289 – o “segundo” pedido é menos útil, é menos importante, satisfaz em menor grau as expectativas do autor. Tanto que o autor o formula apenas *na eventualidade* de o “primeiro” pedido, aquele que ele, autor, reputa mais importante, não ser acolhido. Não há como negar, aprioristicamente, que os exemplos aqui formulados poderiam, *não fosse o grau de preferência manifestado pelo autor*, assumir as vestes de pedidos alternativos para os fins do art. 288.

A consequência da identificação destas diversas classes de cumulação imprópria de pedidos assume maior relevo no plano recursal. O acolhimento de qualquer um dos pedidos *alternativos* atende ao interesse de agir do autor e, portanto, elimina, em idêntica medida, o seu interesse em apresentar recurso da decisão. Ele pediu, sem manifestar qualquer preferência, mais de uma forma de proteção a direito seu. A concessão da tutela jurisdicional dentro dos limites do que pediu, satisfaz suficientemente a sua pretensão. De maneira diversa, nos casos de cumulação *eventual* ou *subsidiária*, a concessão de pedido fora da ordem de preferência formulada pelo autor pode render ensejo a que o autor recorra para buscar tutela jurisdicional que, na sua análise, atende melhor aos seus próprios interesses, é dizer, para que, em grau recursal, seja-lhe outorgado o “pedido principal”.

Ademais, tendo o autor formulado pedido *eventual* ou *subsidiário* nos moldes do art. 289, seu exame é obrigatório para o juiz quando rejeitado o “pedido principal”. Na hipótese de aquele pedido não ser apreciado, não obstante a rejeição do “principal”, a sentença é *citra petita*. Deverá o autor

interpor embargos de declaração com fundamento no art. 535, II, para *suprir* esta omissão (v. n. 6.1 do Capítulo 1 da Parte V).

Nos casos de cumulação imprópria de pedidos, e isto vale tanto para os casos de cumulação *alternativa* como para a *eventual*, o juiz não poderá julgar procedentes, concomitantemente, os pedidos cumulados. Ele acolhe um e *não* acolhe o outro, devendo observar, sempre que houver, a “ordem de preferências” que caracteriza, como tal, o cúmulo admitido pelo art. 289. Se entender que a hipótese é de procedência do primeiro pedido, sequer analisa o segundo, que fica *prejudicado*. O segundo pedido só será analisado e, se for o caso, concedido, na exata medida em que o primeiro seja rejeitado pelo juiz e assim para eventuais outros pedidos que sejam formulados.

Também é classificação usualmente encontrada em doutrina a de que a cumulação pode ser *inicial* ou *ulterior*, conforme ela corresponda a uma cumulação desejada pelo autor já com a apresentação da petição inicial, ou que ocorre, independentemente de sua vontade, ao longo do processo. Casos de cumulação *inicial* de pedidos verifica-se quando o autor pede a imposição ao réu do pagamento de danos materiais e morais, no que tem respaldo expresso no art. 5º, X, da Constituição Federal e na Súmula 37 do STJ ou, de acordo com a Súmula 387 daquele mesmo Tribunal, a cumulação de pedidos relativos a dano moral e a dano estético; também nos casos em que o autor denuncia a lide (v. n. 1 do Capítulo 6 da Parte VII). Casos de cumulação *ulterior* ocorrem quando o réu reconvém (v. n. 4 do Capítulo 3); quando ele, réu, denuncia a lide (v. n. 1 do Capítulo 6 da Parte VII); quando ele chama ao processo (v. ns. 1 e 2 do Capítulo 7 da Parte VII) e, até mesmo, embora, neste caso haja duplicidade de *processos*, quando há reunião de demandas conexas para julgamento conjunto (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte I). Os arts. 288 a 292 cuidam, tão somente, das hipóteses de cumulação *inicial* de pedidos, os únicos estudados neste capítulo.

Embora não previsto expressamente por esses dispositivos, não há qualquer óbice para que, em um mesmo processo, cumule, o autor, diversas *causas de pedir* em face de um mesmo ou de vários réus. Seja para dar substrato jurídico a um *mesmo* ou a *mais de um* pedido, cada qual relacionado a uma ou a mais de uma causa de pedir (causa de pedir *composta* ou *complexa*, respectivamente; v. n. 6, *supra*). Quando mais de

uma causa de pedir ensejar a formulação de um *mesmo* pedido, a doutrina costuma referir-se ao fenômeno do *concurso* de pedidos.

7.2.1. Regras para a cumulação de pedidos

O art. 292 estabelece regras fundamentais para a cumulação de pedidos, seja ela *própria* ou *imprópria*. Não é suficiente a vontade do autor (ou dos autores, em sendo caso de litisconsórcio) para a cumulação dos pedidos. A lei impõe determinados requisitos para que se dê esse cúmulo, tendo em conta razões de ordem pública e princípios maiores regentes do direito processual civil, em especial a economia e eficiência processuais a que se refere o n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1.

O *caput* do art. 292 autoriza, expressamente, a cumulação de pedidos mesmo que, entre eles, não haja conexão e, pelas razões expostas pelo n. 3 do Capítulo 3 da Parte 1, não há razão para descartar, embora silente a lei, também a *continência*.

Ao dispensar a *conexão* (e a *continência*) como requisito para a cumulação de pedidos, o legislador quis, inegavelmente, ampliar os casos em que mais de um pedido pode ser, no mesmo processo, formulado em face de um mesmo réu ou de vários réus. Isto porque se contentou o § 1º, I, do art. 292, com a mera *compatibilidade* entre pedidos, o que significa dizer que os pedidos, desde que compatíveis, não precisam ser derivados do mesmo bem da vida trazido para juízo ou da mesma razão de pedir os específicos bens. É viável que o autor cumule no mesmo processo pedidos que, fossem formulados em demandas e processos distintos, sequer ensejariam a *modificação* de competência a que se refere o art. 105 (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte 1).

O primeiro requisito que a lei exige para a cumulação de pedidos é que haja compatibilidade entre eles (art. 292, § 1º, I). A compatibilidade exigida pelo legislador é mais jurídica do que lógica, porque é a própria lei processual civil, em seus arts. 288 e 289, que autoriza, expressamente, a cumulação *alternativa* ou *subsidiária* (*eventual*) de pedidos, embora sejam eles, confrontados uns com os outros, incompatíveis ou inconciliáveis.

Um exemplo pode ilustrar a hipótese. Inexiste qualquer vício ou defeito em se pedir ao juiz que, verificando que a área adquirida pelo autor do réu é menor do que a efetivamente negociada, abata o preço proporcionalmente *ou*

desfaça o negócio. Do ponto de vista lógico, são incompatíveis esses pedidos, porque inconciliáveis. Afinal, o que o autor quer? Desfazer-se do terreno que adquiriu ou, tão somente, indenizar-se da diferença verificada na metragem? Juridicamente falando, no entanto, não existe qualquer incompatibilidade na espécie, pois que somente *um* dos pedidos é que vai ser acolhido pelo juiz. Justamente porque o acolhimento de um pedido exclui, por definição, o outro, é que não subsiste a “incompatibilidade” que impossibilitaria sua cumulação. Como o “segundo pedido” só vai ser analisado na exata medida em que o juiz rejeite o “primeiro” (condicionante), e assim por diante, nada há de “incompatível” na cumulação de um com o outro. Não há incompatibilidade, em suma, porque os dois pedidos não ocupam e, por sua função processual, não podem ocupar um mesmo lugar ao mesmo tempo. Um, vale repetir, só será examinado se o outro não for acolhido. Como a predisposição de sua cumulação não é sua coexistência, deixa de incidir o óbice em comento.

Os destinatários da regra do inciso I do § 1º do art. 292, destarte, são os casos de cumulação *própria* (simples ou sucessiva). Só eles, por sua própria natureza e características, é que tendem a *conviver* simultaneamente e, por isso, não podem se excluir mutuamente. Mesmo nos casos em que o acolhimento do segundo pedido depende do acolhimento do primeiro (cumulação *sucessiva*), a compatibilidade é exigida pela predisposição de convivência mútua entre ambos os pedidos. A regra em comento, destarte, *não se aplica* aos casos de cumulação regidos pelos arts. 288 e 289.

Outra exigência para que se dê a cumulação de mais de um pedido no mesmo processo é que o juízo seja competente para julgar todos eles. Embora silente o dispositivo, a vedação se dá com relação à incompetência absoluta e à incompetência relativa, embora haja diferenças sensíveis entre os regimes jurídicos de uma e de outra.

Por força de seu regime, a incompetência absoluta pode ser declarada de ofício pelo juízo (art. 113, *caput*). Nessas condições, pode ocorrer de o juízo dar-se por absolutamente incompetente para julgar um ou mais de um pedido, mas não o outro. Seja por causa do valor, da matéria ou da pessoa. A respeito do tema, faz-se pertinente a colação da Súmula 170 do STJ: “Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites de sua

jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio”. Nos casos de incompetência relativa, não há como negar que, por força de seu próprio regime jurídico (arts. 112, *caput*, 114, 307 a 311), o indeferimento da cumulação dependerá da provocação do réu, que a fará mediante a oposição de exceção de incompetência.

O inciso III do § 1º do art. 292 também exige que a cumulação de pedidos dependa da adequação do procedimento para todos os pedidos. A *canalização* de forças tendentes à solução do conflito levado para solução ao Estado-juiz impõe não só a unidade de processo, mas também a unidade *procedimental*. Todos os atos relativos ao processo, em suma, devem ser praticados de uma só vez, dizendo respeito, concomitantemente, a cada um dos pedidos. É essa a única forma de se realizar concretamente o princípio da economia e da eficiência processuais.

De qualquer sorte, o § 2º do art. 292 admite a cumulação, desde que o autor opte pelo procedimento ordinário. Assim, desde que o autor abra mão do procedimento especial que a lei lhe impõe para um determinado caso concreto, não há qualquer inconveniente que ele cumule os diversos pedidos de tutela jurisdicional em um mesmo processo. Embora o dispositivo faça referência a procedimento *ordinário*, não há qualquer razão para que, se a hipótese concreta permitir, o autor cumule pedidos adotando o procedimento comum *sumário*, suficiente, para tanto, que todos os pedidos cumulados amoldem-se a uma das situações descritas no art. 275 (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte VI). Se, entretanto, pelo menos um deles não comportar o processamento pelo procedimento sumário, não há para o autor, que pretende o cúmulo objetivo, outra alternativa que não observar, desde a elaboração da petição inicial, as regras relativas ao procedimento *ordinário*.

É possível que o juiz, até mesmo de ofício, indefira a cumulação de pedidos que desatenda aos pressupostos legais. Trata-se, a bem da verdade, de *dever do magistrado*, porque, em última análise, a cumulação de pedidos é fruto de norma de ordem pública. Ao magistrado cabe, sempre, obrar pela rápida solução dos litígios e da otimização da atividade jurisdicional (art. 125, II). Quando menos, que o juiz determine a *emenda* da inicial na forma discutida pelo n. 4 do Capítulo 2.

Há interessante discussão quanto a saber quais as *consequências* práticas do indeferimento da cumulação de pedidos. Dentre as diversas soluções postas pelo sistema, a tese a que adere este *Curso* é a do necessário “desmembramento” do processo e nunca sua *extinção*, total ou parcial, nos termos dos arts. 295, I, ou 267. Não há como desprezar a iniciativa do autor, já formulada, de prestação jurisdicional sobre determinado bem da vida. A dificuldade que surge, na hipótese, é só de *acomodação simultânea* de vários pedidos em um *mesmo processo*, em uma só atuação do Estado-juiz. Não, entretanto, de impossibilidade de “outros” processos, cada qual com seu pedido, ter prosseguimento normal. Esse desmembramento nada mais é do que a reprodução das peças essenciais para “cada pedido” com sua redistribuição ou, se o caso for de incompetência absoluta, remessa dos autos então formados para o juízo competente. Os custos relativos a essa iniciativa devem ser suportados pela parte interessada, o autor. É esta a mesma solução que o n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte VII dá à hipótese de indeferimento do “cúmulo *subjetivo*” (litisconsórcio) em um mesmo processo, de acordo com o parágrafo único do art. 46.

7.2.2. Cumulação subjetiva

A ressalva do final do último parágrafo impõe uma observação. Os arts. 288 a 292 cuidam dos casos de cumulação *objetiva*, é dizer, de *pedidos* em um mesmo processo. Caso diferente é o da cumulação *subjetiva*, que envolve um só processo em que figuram, pelas mais variadas razões, de direito material e de direito processual civil, concomitantemente mais de um autor e/ou em face de mais de um réu concomitantemente. Ocorrendo o fenômeno, a hipótese é de *litisconsórcio* (arts. 46 e 47).

É certo, de qualquer sorte, que alguns casos de litisconsórcio implicam também casos de cumulação *objetiva*, isto é, de *pedidos*. Assim, por exemplo, quando vários credores pretendem, ao mesmo tempo, cobrar de um mesmo réu, valores devidos por força de contratos similares (art. 46, IV). Em tais casos, as regras do art. 292 (v. n. 7.2, *supra*) também devem ser observadas.

O que pode ocorrer outrossim é que em um mesmo processo haja, concomitantemente, cumulação *subjetiva* e *objetiva* dando ensejo ao que vem sendo chamado de “litisconsórcio *sucessivo*”, “litisconsórcio

alternativo” e “*litisconsórcio eventual* ou *subsidiário*”. Ao exame destas figuras volta-se o n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte VII.

7.2.3. Cumulação de pedidos pelo réu

Os arts. 288 a 292, outrossim, disciplinam os casos de cumulação de pedidos pelo *autor*. Seja nos casos em que a cumulação já é formulada com a apresentação da petição inicial (cumulação *inicial*) ou em casos em que o autor, *antes da citação do réu* ou, depois dela, mas com o seu consentimento, *adita* a petição inicial (art. 294; v. n. 7.8, *infra*), em que a cumulação é *ulterior*.

O réu, no entanto, pode, no mesmo processo em que demandado, formular pedido de tutela jurisdicional em face do autor. Esses casos, todavia, não são propriamente regidos pelo dispositivo em comento, embora suas regras específicas acabem pressupondo o que é mais relevante para a espécie no art. 292: a unidade procedimental e a competência. O réu formula pedido em face do autor, *ampliando*, assim, o *objeto litigioso*, em diversas oportunidades, assim, por exemplo, nos casos em que apresenta reconvenção (art. 315; v. n. 4 do Capítulo 3), quando ele apresenta a comumente chamada “*ação declaratória incidental*” (art. 5º; v. n. 2 do Capítulo 4) ou, ainda, quando formula pedido contraposto nos moldes do art. 278, § 1º, no procedimento sumário (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte VI). Também quando o réu denuncia a lide (arts. 71 e 75; v. n. 1 do Capítulo 6 da Parte VII), ele formula pedido de nítido caráter “*eventual* ou *subsidiário*”, ainda que, neste caso, em face de terceiro.

Em quaisquer destes casos, a hipótese é de cumulação *ulterior* de pedido.

7.3. Pedido cominatório

A doutrina costuma fazer referência, com base no art. 287, a um “pedido cominatório”.

Os arts. 302 a 310 do Código de Processo Civil de 1939 tratavam, como procedimento especial, da chamada “*ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato*”, assim entendida a demanda que visava a compelir o réu a um fazer ou a um não fazer, autorizando que, a pedido da parte, o magistrado aplicasse multas (ou outras sanções) ao réu para o atingimento daquela finalidade.

O Código atual extinguiu o procedimento especial das “ações cominatórias” e manteve, apenas, o art. 287 como mero “pedido” a ser feito em demandas que visam impor ao réu as obrigações de fazer e de não fazer. Seja em demandas que, por expressa disposição de lei, impunham a observância de um procedimento especial, assim as “ações possessórias” (arts. 921, II, e 932) e as “ações de nunciação de obra nova” (art. 936, II), seja em outras que, à falta de quaisquer regras, devem observar o procedimento *comum*, ordinário ou sumário (arts. 271 e 272; v. n. 2 da Introdução).

O art. 287, contudo, é regra nitidamente *residual* no direito processual civil brasileiro vigente porque não tem mais ele razão nenhuma de ser. Todas as hipóteses a que ele se refere na sua atual redação – abstenção da prática de ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa – são comportamentos que podem, com perfeição, ser amoldados aos casos de *tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e de entrega de coisa*, objeto de disciplina específica nos arts. 461 e 461-A. Correto, pois, o entendimento de que, sistematicamente, a *função processual* desempenhada, no Código de 1939 pelas ações cominatórias e no Código de 1973 antes das Reformas, pelo art. 287, passou a ser, genericamente, desempenhada por aqueles dispositivos, aos quais se voltam o Capítulo 1 da Parte III e o Capítulo 1 da Parte IV do vol. 3, respectivamente.

7.4. O pedido e as obrigações alternativas

Sem prejuízo das considerações do n. 7.2, *supra*, é importante verificar que o art. 288 disciplina, especificamente, os casos em que o autor formula mais de um pedido em face do réu porque a relação de *direito material* subjacente ao processo e que os une encerra uma “obrigação alternativa”.

O *pedido* a ser feito pelo autor para o cumprimento dessa *modalidade* de obrigação (alternativa) corresponde, necessariamente, a um *transporte* de uma específica situação e realidade de direito material para o campo de direito processual. É, como analisado no n. 7.2, *supra*, um caso de cumulação *imprópria*, porque, na verdade – e pela própria realidade da situação de direito material subjacente ao processo –, o acolhimento do pedido significará para o autor a concessão de *um só* bem da vida.

Segundo a clássica lição de Clóvis Beviláqua (*Direito das obrigações*, p. 89-90), as obrigações alternativas caracterizam-se por representarem duas prestações distintas, independentes, das quais uma tem de ser cumprida, ficando a escolha ao arbítrio do devedor, ou, anormalmente, do credor. Mais ainda, a obrigação alternativa caracteriza-se porque contém uma prestação indeterminada, vez que sua escolha é deixada ao devedor ou ao credor. Sua caracterização mantém-se indecisa, em suspensão, até que se verifique o pagamento; só nesse momento ela se determina pela prestação escolhida. As obrigações alternativas são, assim, aquelas em que, no plano do direito material, podem, autor e réu, ter ajustado que o seu adimplemento dependa de uma escolha (concentração) quanto à forma do cumprimento a ser oportunamente exercida.

O *caput* do art. 288, assumindo existir uma obrigação alternativa no plano do direito material, autoriza que o autor formule pedido que diga respeito, indistintamente, a uma ou a outra forma de sua prestação. Não se trata, propriamente, de pedido genérico (art. 286) porque delimitada a obrigação e seu conteúdo. O que ocorre na espécie é que o próprio nascimento da obrigação admite uma pluralidade de prestações, de *adimplementos* possíveis, refletindo essa *opção* no plano do processo. A *concretização* da prestação é que depende de um ato complementar do réu (devedor, no plano material) ou do autor (credor, no plano material).

Quando, de acordo com o direito material, couber ao autor, entre várias, a escolha de *determinada* prestação para deduzir perante o Estado-juiz, não há incidência do art. 288. Nesses casos, não há cumulação de pedidos de qualquer espécie. O pedido é um só e corresponde à escolha que, de acordo com o plano do direito material, competia ao autor fazer. Ele, em última análise, faz esta *escolha* na própria petição inicial.

Diferentemente, se, não obstante ser o autor o titular da escolha, acabar ele formulando pedido alternativo nos moldes do art. 288, é de se entender que ele renunciou à escolha em favor do réu.

O “pedido alternativo”, vale dizer, o pedido para que se cumpra determinada obrigação alternativa assume maior clareza quando, de acordo com o plano material, a “escolha” couber ao réu. Aliás, de acordo com o art. 252, *caput*, do Código Civil, se não se estipulou diferentemente, a escolha cabe ao réu. Nesses casos terá incidência a regra do art. 288. O autor limita-

se a descrever, na petição inicial, a obrigação, o inadimplemento do réu e formula pedido para que, em última análise, o réu cumpra a obrigação na forma ajustada, optando por uma das várias prestações possíveis.

Essa conclusão fica bastante clara no parágrafo único do art. 288 ao estabelecer que, independentemente de pedido alternativo formulado pelo autor, é dado ao réu, quando a lei ou o contrato assim estabelecerem, cumprir a obrigação do modo que ele escolher. Trata-se, inequivocamente, de um caso em que, não obstante o acolhimento do pedido, sua execução poderá dar ensejo a uma variação do objeto, já que, de acordo com o dispositivo, a não formulação do pedido pelo autor na forma do *caput* do art. 288 não inibe o legítimo exercício de um direito que é, no plano do direito material, do réu (art. 571 c/c art. 475-R). É no momento de *pagamento* (adimplemento, embora ele se dê após provocação jurisdicional pelo interessado) que a forma específica da *prestação* da obrigação alternativa define-se. É essa peculiar *indeterminabilidade* que, em última análise, caracteriza a obrigação alternativa como tal.

O parágrafo único do art. 288, nessas condições, está a cuidar de uma “escolha tardia” do réu quanto à prestação com a qual ele se desobriga diante do autor. Poderia ter exercitado esse seu direito, essa sua escolha, já com a apresentação da contestação. Mas se não o fez de pronto, poderá fazê-lo posteriormente, em atenção ao regime de direito material ao qual está sujeita a obrigação no plano material.

7.5. Especificamente as obrigações indivisíveis

O art. 291 refere-se, a exemplo do art. 288, a uma específica situação de direito material, as “obrigações indivisíveis”.

O conceito de obrigação *indivisível* é fornecido pelo art. 258 do Código Civil: “A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico”. São obrigações, para empregar, uma vez mais, a lição de Clóvis Beviláqua (*Direito das obrigações*, p. 77-78), cujas prestações só podem ser cumpridas por inteiro e que só se mostram, com toda sua clareza conceitual, quando há, no plano do direito material, pluralidade de credores ou devedores. Nas obrigações indivisíveis, o credor não é obrigado a receber

pagamentos parciais, nem o devedor a fazê-los, salvo se outra coisa foi estipulada.

A doutrina do direito civil separa, com nitidez, as obrigações *indivisíveis* das *solidárias*, embora reconheça, entre elas, alguns traços de semelhança. Mister a leitura da doutrina de Clóvis Beviláqua (*Direito das obrigações*, p. 80): “Será solidária a obrigação sempre que a necessidade de satisfazer a prestação em sua totalidade provier de título mesmo, que a constitui, título que, atuando sobre as pessoas, as unifica, sob o ponto de vista do crédito ou da dívida. A solidariedade é subjetiva, está nas pessoas, em virtude da *causa obligationis*. Será indivisível, se a necessidade de cumprir a totalidade da prestação se originar da qualidade da coisa, que se não presta a fragmentação. A indivisibilidade é subjetiva-objetiva, porque é unicamente o conteúdo da prestação, que lhe adjetiva esse caráter”.

A circunstância de a obrigação (ou, segundo alguns, da *prestação da obrigação*) pertencer, indistintamente, a todos os credores (componentes do polo ativo da relação obrigacional no plano do direito material) não conduz, no entanto, à conclusão de que todos eles tenham que pleitear o cumprimento da obrigação em juízo. O Código Civil é expresso a esse propósito. De acordo com a primeira parte de seu art. 260, *caput*: “Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira ...”.

Analisado o dispositivo desse ângulo, o que se verifica é que o art. 291 nada mais fez do que *transportar*, para o plano do processo, uma específica situação de direito material. A legitimidade que o próprio direito material reconhece para cada um dos coobrigados por uma obrigação indivisível exigir, do devedor, seu adimplemento integral e isoladamente, encontra, no dispositivo em análise, seu correspondente. Trata-se, assim, de hipótese em que a própria lei material cria uma situação de *legitimação extraordinária* (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte VII). Aquele que “não participou do processo” receberá sua quota-parte, com as deduções cabíveis em função da atuação processual de só um dos credores. Evidentemente que esse “proveito” é uma decorrência necessária da própria natureza da obrigação existente no plano material.

É essa, com efeito, a característica mais marcante da indivisibilidade da obrigação. Não existe, perante os dois polos da relação obrigacional (credor-devedor), qualquer forma de *divisão*. Exige-se o todo do devedor

(ou paga-se o todo para o credor) porque não há como dividir, mesmo que idealmente, o todo, o *objeto da prestação*, em partes.

Diferentemente, entre os próprios credores (ou entre os devedores) pode ocorrer que tenha sido estabelecida uma quota-parte, uma parte ideal sobre o todo, convertido o objeto da obrigação, que é, por definição, indivisível, em seu equivalente monetário. É dessa peculiaridade, que reside no polo ativo da obrigação no plano do direito material, que se ocupa o art. 291 quando diz que o credor, que não participou do processo, receberá a sua parte “deduzidas as despesas na *proporção de seu crédito*”.

Tais despesas só podem ser as despesas processuais que foram adiantadas por aquele que age em juízo e que se fizeram necessárias ao cocredor para atuar em juízo. Elas deverão ser rateadas entre os diversos credores na proporção de seu crédito, isto é, levando-se em conta, rigorosamente, a quota-parte (mesmo que ideal) de cada um dos credores na obrigação. Esse sistema de “quota-partes” é característico dessas modalidades de obrigação. Daí o art. 261 do Código Civil disciplinar que, “se um só dos credores receber a prestação por inteiro, a cada um dos outros assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que caiba no total”. Essa situação não pode ser confundida com a prevista no art. 260, II, do mesmo Código, que exige, do credor que recebeu do devedor comum a dívida toda, que preste caução aos demais credores.

7.6. Pedidos “implícitos” e efeitos *anexos* da sentença

É bastante comum o entendimento de que os arts. 290 e 293 disciplinam hipóteses em que o sistema admite verdadeiros “pedidos *implícitos*”. Implícitos no sentido de que eles não precisam ser formulados para sua concessão porque derivam da própria lei. Justamente em função disto é que a nomenclatura não deve ser prestigiada. Não se trata, rigorosamente, de um pedido que se “supõe” tenha sido feito pelo autor. Trata-se, bem diferentemente, de uma *consequência* imposta pela lei e que *deve* estar expressada toda vez que o Estado-juiz conceder a tutela jurisdicional naqueles casos. Por isso, a proposta deste *Curso* é de entendê-los como verdadeiros “*efeitos anexos*” da sentença, assunto ao qual se volta o n. 10.2 do Capítulo 1 da Parte V. Efeitos anexos no sentido de serem *anexados* à

sentença ou, mais amplamente, a determinadas decisões judiciais, pela própria lei e, por isso, independem de pedido da parte: são efeitos que derivam, por força de lei, das decisões jurisdicionais.

No que diz respeito ao art. 290, a desnecessidade da formulação do pedido pelo autor deriva da própria relação de direito material controvertida e de sua especificidade (prestações de trato sucessivo). A obrigação em que há prestações periódicas não se extingue e não se exaure com a apresentação da petição inicial e com o início do processo e, por isso mesmo, é que as diversas prestações compreendem-se *postas* em juízo, mesmo sem pedido *expresso* do autor na petição inicial.

As prestações periódicas referidas no art. 290 devem ser entendidas como as prestações que ainda não se venceram, quando do início do processo, mas que se vencerão ao longo dele. São hipóteses de prestações *sucessivas*, vale dizer, que, decorrentes de uma *mesma relação jurídica*, sucedem-se no tempo. O que o legislador quis evitar foi a *necessidade* de novas demandas para cada vencimento de cada prestação derivada da *mesma* relação jurídica já questionada em juízo, ou, quando menos, aditamentos periódicos ao pedido formulado de início pelo autor (art. 294), subentendendo-se que as demais prestações estão “incluídas” no pedido já formulado. As prestações *periódicas* contrapõem-se às obrigações de prestação *instantânea*, vale dizer, as obrigações em que seu cumprimento não se protraí no tempo. Nesse contexto, é correto o entendimento de que o art. 290 encerra um caso *particular* da aplicação da regra genérica do *jus superveniens* do art. 462 (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte V).

Ademais, a regra do art. 290 impede que uma *mesma relação jurídica*, rendendo ensejo à propositura de variadas demandas, acabe por receber, do Judiciário, diversas soluções, quiçá inconciliáveis no plano fático. Realiza-se com o dispositivo, em última análise, o princípio da economia e eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Tanto assim é que deve ser prestigiado o entendimento de que todas as prestações derivadas da mesma relação material, que se vencerem ao longo do processo, inclusive após a sentença até a satisfação final do autor, podem ser exigidas do réu, inclusive durante o “cumprimento de sentença” (arts. 475-I a 475-R) desde que ele, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, possa se manifestar *previamente* sobre o valor exigido. A

respeito, é pertinente o destaque da Súmula 13 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Na ação de cobrança de rateio de despesas condominiais, consideram-se incluídas na condenação as parcelas vencidas e não pagas no curso do processo até a satisfação da obrigação (art. 290 do CPC)”.

Também no que diz respeito ao art. 293, é preferível entender que a disciplina lá estabelecida é de mera *consequência* necessária de determinados eventos ou fatos (materiais ou processuais) admitidos expressamente pela lei. São efeitos que decorrem, não da vontade das partes e, por isso, não precisam ser pedidos, mas da lei. O art. 293, na verdade, apenas evidencia que determinados consectários, que *deverão* constar da sentença, decorrem do “ser” público do processo e, por essa razão, sequer dependem de manifestação de vontade do interessado. Trata-se, na verdade, de verdadeira imposição, que decorre imediatamente da lei e da qual não pode o magistrado desviar-se. São, por isso mesmo, efeitos *anexos* no sentido já destacado anteriormente.

Os juros legais de que trata o art. 293 são os juros de *mora* que terão fluência desde a citação (arts. 219 e 405 do Código Civil), salvo se o devedor já tivesse incidido em mora por força do disposto nos arts. 397 e 398 antes do processo (v. n. 2.2. do Capítulo 2 da Parte II). Também o são, no entanto, os juros *compensatórios* (assim, por exemplo, nos casos de desapropriação, os referidos pelo art. 15-A do Decreto-lei n. 3.365/1941, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.183-56/2001, com as ressalvas da liminar concedida na ADI 2.332/DF, pelo STF) e, quando a lei permitir, os *juros compostos*, desde que, evidentemente, não afastados pela sentença. O percentual dos juros, quando não convencionado entre as partes, deve seguir as diretrizes legais que tem, como regra geral, o disposto no art. 406 do Código Civil. Discordando dos critérios tais quais aplicados pela sentença, podem as partes recorrer. Se não o fizerem, a decisão transitará em julgado.

Quanto ao cômputo de juros é pertinente o destaque das seguintes Súmulas dos Tribunais Superiores: Súmula 163 do STF: “Salvo contra a Fazenda Pública, sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação”; Súmula 254 do STF: “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissa o pedido inicial ou a condenação”; Súmula 54 do STJ: “Os juros moratórios fluem a partir do

evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (orientação reiterada pela 2ª Seção do STJ no REsp 1.132.866/SP, rel. p./acórdão Min. Sidnei Beneti, j.m.v. 23.11.2011, DJe 3.9.2012); Súmula 93 do STJ: “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”; Súmula 176 do STJ: “É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP”; Súmula 186 do STJ: “Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime”; Súmula 188 do STJ: “Os juros moratórios, na repetição de indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”; Súmula 204 do STJ: “Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida”; e Súmula 296 do STJ: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”; Súmula 379 do STJ: “Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês”; Súmula 382 do STJ: “A estipulação de juros remuneratórios superiores 12% ao ano, por si só, não indica abusividade” e Súmula 426: “Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação”.

É pertinente também a colação da Súmula 27 do TJSP para ilustrar o assunto: “É constitucional e legal a aplicação da taxa Selic como índice de atualização monetária e juros de mora na inadimplência tributária”.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado 20 em Jornada que promoveu para a análise do Código Civil, segundo o qual a “taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês”. No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 727.842/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 3.12.2007, DJ 14.12.2007, p. 398. A Corte Especial do STJ, em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.111.117/PR, 1.111.118/PR e 1.111.119/PR, rel. p./ acórdão Mauro Campbell Marques, j.m.v. 2.6.2010, DJe 2.9.2010), decidiu que é possível a majoração dos juros moratórios impostos antes do advento do Código Civil de 2002 ao longo da fase de cumprimento de sentença sem que isso acarrete

ofensa à coisa julgada, orientação que parece conflitar, com o devido respeito, com outra, também tirada em Recurso Repetitivo, pela 1ª Seção (REsp 1.136.733/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 13.10.2010, DJe 26.10.2010), que prestigia o quanto decidido e transitado materialmente em julgado sobre os juros.

Correta aplicação do entendimento exposto pelos parágrafos anteriores encontra-se no REsp 402.724/SP, julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 6.4.2010, DJe 19.4.2010, de cuja ementa lê-se o seguinte trecho: “2. Os juros legais são acessórios do principal, motivo pelo qual, embora omissos o pedido inicial ou a sentença condenatória, consideram-se implícitos e devem ser incluídos na conta de liquidação, ainda que homologado cálculo anterior, não implicando esta inclusão em ofensa a coisa julgada”. No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1.245.010/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 5.8.2010, DJe 17.8.2010.

Além dos juros, o art. 293 compreende também a correção monetária das dívidas de valor (art. 1º da Lei n. 6.899/1981) e a condenação do vencido no pagamento das verbas de sucumbência, aí incluídos os honorários de advogado, ambas imposições legais e, por isso mesmo, efeitos *anexos* à sentença, que independem de pedido para serem concedidas (v. n. 10.2 do Capítulo 1 da Parte V).

No que diz respeito à correção monetária, a ausência de pedido expresso deve significar que seu cômputo deverá se dar na forma do contrato ou, no seu silêncio, consoante a lei aplicável à espécie. O Superior Tribunal de Justiça expediu as seguintes Súmulas que tratam especificamente do tema: Súmula 43: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”; Súmula 271: “A correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário”; Súmula 287: “A Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários”; Súmula 288: “A Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários”; Súmula 289: “A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”; Súmula 295: “A Taxa Referencial (TR) é

indexador válido para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada”; Súmula 362: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”; Súmula 454: “Pactuada a correção monetária nos contratos do SFH pelo mesmo índice aplicável à caderneta de poupança, incide a Taxa Referencial (TR) a partir da vigência da Lei n. 8.177/1991”; Súmula 456: “É incabível a correção monetária dos salários de contribuição considerados no cálculo do salário de benefício de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão ou auxílio-reclusão concedidos antes da vigência da CF/1988”; Súmula 459: “A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo”; e Súmula 411: “É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco”. Do Supremo Tribunal Federal, vale o destaque de sua Súmula 725: “É constitucional o § 2º do art. 6º da Lei 8.024/1990, resultante da conversão da Medida Provisória 168/1990, que fixou o BTN Fiscal como índice de correção monetária aplicável aos depósitos bloqueados pelo Plano Collor I”, e de sua Súmula 682: “Não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos de servidores públicos”.

7.7. Interpretação restritiva do pedido

É lição comum na doutrina, acolhida com tranquilidade na jurisprudência, a de que a primeira parte do art. 293 impõe ao juiz verdadeira regra de hermenêutica. Os pedidos devem ser interpretados restritivamente. Essa “interpretação restritiva do pedido” deve ser entendida em conformidade com os princípios regentes do direito processual civil, no sentido de que o pedido do autor (e, evidentemente, quando a lei o autoriza, do réu ou de terceiros intervenientes) é que fixa a atividade do juiz, especificamente no que diz respeito ao objeto de decisão, de julgamento. Os limites do pedido, tal qual formulado pelo autor, refletem-se nos limites da sentença a ser proferida e, conseqüentemente, surtirão seus efeitos nos limites a serem observados na fase de cumprimento de sentença (STJ, 4ª Turma, REsp 1.052.781/PA, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.un. 11.12.2010, DJe 4.2.2013). É o princípio da adstrição (vinculação) da sentença ao pedido,

agasalhado, expressamente, nos arts. 128 e 460 (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

Destarte, a interpretação “restritiva” do pedido não pode significar, a título algum, que o juiz possa *restringir* o que o autor pediu. Melhor que “interpretação restritiva” é entender que o art. 293 quer afastar, da consideração do juiz e do objeto de sua cognição e de sua decisão, o que não foi pedido – embora pudesse ter sido – pelo autor naqueles casos em que a lei (material ou processual) lhe nega agir de ofício, isto é, sem que haja provocação específica das partes.

O pedido deve ser certo e determinado (art. 286). É isso o que o juiz pode conceder ou não, total ou parcialmente. Se há dúvidas do juiz quanto ao que pede o autor, a hipótese é de emenda da inicial. Se falta clareza, exatidão, inteireza ao pedido, é fundamental que o *defeito* tenha sido sanado desde o início do processo (art. 284). Não só porque pode afetar a ampla defesa constitucionalmente reconhecida ao réu, mas também porque tem o condão de inviabilizar uma escorreita prestação jurisdicional (v. n. 4 do Capítulo 2).

A 2ª Turma do STJ já teve oportunidade de decidir que “o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado aos requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição” (REsp 967.375/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 2.9.2010, DJe 20.9.2010). Em outra oportunidade, levando em conta se tratar de questão previdenciária e a circunstância de ter havido defesa efetiva sobre o *fato* indicado na inicial mais do que sobre o pedido tal qual formulado, a 2ª Turma do mesmo Tribunal (AgRg no REsp 1.367.825/RS, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 18.4.2013, DJe 29.4.2013) afastou qualquer pecha de *extra* ou *ultra petita* da decisão recorrida. O entendimento é correto e merece ser prestigiado – sempre com a atenção voltada às peculiaridades de cada caso concreto, não podendo, destarte, ser generalizado – porque em consonância com a interpretação acima proposta para os dispositivos destacados.

7.8. Alteração do pedido

De acordo com a redação original do art. 294, quando o autor houvesse omitido pedido que lhe seria lícito deduzir só por renovada provocação do

Estado-juiz, exercitando um novo e diverso direito de *ação* e rendendo ensejo à formação de um novo e diverso *processo*, é que lhe seria dado formulá-lo. Não há como negar que a atual redação do dispositivo, dada pela Lei n. 8.718/1993, forte no princípio da economia e da eficiência processuais, afina-se melhor ao sistema que o próprio Código de Processo Civil reserva para o regime jurídico da cumulação de pedidos aqui versado. É admitido o aditamento do pedido enquanto não citado o réu.

A redação do dispositivo, contudo, parece pressupor que o aditamento do pedido já tenha sido deferido e mostre-se para o réu, quando de sua citação, única forma de viabilizar o contraditório e a ampla defesa. Pode ocorrer, contudo, que o aditamento do pedido seja requerido pelo autor (antes da citação do réu) mas que o mandado de citação já tenha sido expedido. Neste caso, é suficiente para atendimento da regra e, superiormente, dos princípios constitucionais já destacados, que o mandado seja recolhido para que também ele seja aditado. Na impossibilidade de recolhimento, impõe-se que se dê ciência ao réu do aditamento, intimando-o nos termos do art. 234, e que se assegure a ele a integralidade do prazo para apresentação de sua resposta também com relação ao *novo* pedido.

O art. 294, de qualquer sorte, não pode ser interpretado como se fosse um permissivo para ir além dos limites que o art. 292 impõe à cumulação de pedidos (v. n. 7.2.1, *supra*).

Embora o art. 294 não trate expressamente da matéria, não há como negar que o dispositivo regule *também* as alterações ou modificações da causa de pedir.

Não há, de resto, qualquer óbice para que a *alteração* do pedido ou da causa de pedir seja para reduzi-lo ou reduzi-la. O verbo *aditar* utilizado pelo legislador no dispositivo não pode conduzir o intérprete ao entendimento de que o autor só poderia, lançando mão da faculdade que a lei processual lhe concede, *ampliar* o que já deduziu em juízo e nunca *reduzir*. O art. 294 ocupa-se de regrar as alterações quantitativas ou qualitativas do pedido, para “mais” ou para “menos”.

7.8.1. Limite procedimental da alteração do pedido

O art. 294 admite o aditamento do pedido *antes* da citação do réu. Depois dela, prevalece a diretriz do art. 264: a alteração do pedido e/ou da causa de pedir é possível desde que o réu consinta com ela, mantendo-se, contudo, as mesmas partes, salvo nos casos em que sua alteração é permitida pelo sistema, é dizer pelas leis processuais e pelas leis materiais (v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte III).

Discute-se, em doutrina, se é necessária uma “nova” citação do réu nesses casos. O entendimento mais correto é o de que esse ato processual é desnecessário, pois o réu já foi citado e, pois, ele integra o processo para todos os fins. É suficiente que a ele seja dada vista do “novo” pedido ou da “nova” causa de pedir trazida aos autos até para que ele possa manifestar, expressamente, sua concordância quanto ao aditamento, isto é, basta que ele seja *intimado* sobre a alteração pretendida pelo autor (art. 234).

O parágrafo único do art. 264, contudo, que trata, especificamente, do que é denominado de “estabilização da demanda”, veda que, após “saneado” o processo, haja qualquer alteração no pedido ou na causa de pedir mesmo que, em tese, autor e réu estejam concordes. Melhor do que o rigor da solução legislativa é permitir que o magistrado, consoante as *necessidades* de cada caso concreto e, sobretudo, diante da inexistência de qualquer prejuízo para as partes e para a “rápida solução do litígio” (art. 125, II), amplamente considerado no plano material, admita eventuais alterações *objetivas* e *subjetivas*. Mais ainda porque nada impede ao autor, sendo vedada a formulação de um novo pedido ou causa de pedir no processo pendente, apresentá-los desde logo, dando início a um *novo* processo que será distribuído ao mesmo juízo em face do disposto no art. 253, I (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte I), garantindo-se a uniformidade de soluções.

Não se inclui no limite procedimental tratado pelos arts. 264 e 294 a correção de meros *erros formais* ou *materiais* na formulação do pedido pelo autor, desde que não tenham sido sanados a tempo, nos termos do art. 284. Deve ter incidência, na espécie, analogicamente, o comando do art. 463, I (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte V).

8. VALOR DA CAUSA

Tenha ou não conteúdo econômico imediato, o autor deverá indicar um valor à causa, mesmo que o faça por mera estimativa (art. 258). É a regra do

art. 282, V.

Mesmo quando o autor souber de antemão a vantagem econômica que a sua iniciativa perante o Judiciário tem o condão de lhe trazer, contudo, precisará observar se não existe algum critério *legal* que deva ser obedecido. O art. 259 *impõe* determinados valores para as causas que descreve em seus incisos, independentemente de haver exata correspondência ou não com o que é perseguido em juízo (objeto *mediato*) pelo autor.

A importância do valor da causa reside na circunstância de que a maior parte das leis de taxas judiciárias vigentes no país escolhe esse dado como “base de cálculo” para incidência das custas judiciais (para a Justiça Federal, ver art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.289/1996 e Tabela I [das ações cíveis em geral]; para o Estado de São Paulo, ver o art. 4º da Lei estadual n. 11.608, de 29 de dezembro de 2003). Tanto assim que, de acordo com a Súmula 667 do Supremo Tribunal Federal: “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa” (v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

O valor da causa, outrossim, também é elemento utilizado para definir a competência jurisdicional, como ocorre, por exemplo, para o procedimento sumário (art. 275, I), para os Juizados Especiais (art. 3º, I, da Lei n. 9.099/1995, art. 3º da Lei n. 10.259/2001 e art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.153/2009), e, até mesmo, na comarca de São Paulo, em que a competência dos chamados “foros regionais” é definida *também* por este critério, assuntos que são melhor tratados pelo n. 4 do Capítulo 2 da Parte I.

Eventuais divergências ou erros na indicação do valor da causa não podem resultar em óbice ao recebimento da inicial. A correção do vício deverá render ensejo à determinação de emenda da inicial (art. 284) porque é irrecusável a atuação oficiosa do juiz quanto ao exame do acerto do valor dado à causa pelo autor. Não só nos casos em que o critério é imposto pela lei (v. n. 8.1, *infra*) mas toda vez em que houver condições de constatar a incompatibilidade entre o valor do bem a ser tutelado e o valor dado à causa. Há inegável interesse público a justificar a atuação oficiosa do juiz, na linha proposta pelos primeiros parágrafos deste número. É esta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como fazem prova os seguintes julgados: REsp 753.147/SP, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton

Carvalhido, j.un. 3.10.2006, DJ 5.2.2007, p. 412; EREsp 158.015/GO, 2ª Seção, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j.un. 13.9.2006, DJ 26.10.2006, p. 218; REsp 784.857/SP, 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, j.un. 18.5.2006, DJ 12.6.2006, p. 494; e REsp 652.697/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j.un. 17.2.2005, DJ 9.5.2005, p. 349.

É possível, não obstante o *dever* de atuação oficiosa do magistrado nestes casos, que o próprio réu argúa o erro do valor indicado à causa pelo autor, quando deverá valer-se de incidente próprio, a chamada “impugnação ao valor da causa”, disciplinada pelo art. 261. Ao exame desta hipótese volta-se o n. 7 do Capítulo 4.

8.1. Critérios codificados para o valor da causa

O art. 259 ocupa-se de disciplinar algumas hipóteses que devem ser observadas para a indicação do valor da causa. Algumas leis processuais civis extravagantes adotam critérios próprios para a mesma finalidade, assunto que será estudado por este *Curso* no momento oportuno, em especial nos demais tomos deste mesmo volume.

De acordo com o inciso I, o valor da causa na “ação de cobrança de dívida” é a soma do principal, da pena (ou multa contratual) e dos juros vencidos até a distribuição da petição inicial. Também a correção monetária incidente no valor devido deve ser levada em conta para o cumprimento daquele dispositivo. Os cálculos respectivos, justificadores dos valores encontrados, devem ser apresentados com a petição inicial porque o réu poderá questioná-los quando do oferecimento de sua contestação.

Nos casos de cumulação *própria* de pedidos (simples ou sucessiva; v. n. 7.2, *supra*), seus valores individualmente considerados devem ser somados para fins de valor da causa. É esse o comando do art. 259, II, segundo o qual, havendo cumulação de pedidos, o valor da causa deverá corresponder à soma de todos eles.

O art. 259, III, dispõe que, “sendo alternativos os pedidos”, o valor da causa corresponderá ao de maior valor. Rigorosamente, o dispositivo não tem aplicação para os casos em que há *obrigação* alternativa e, pois, que reclama a incidência do art. 288. É que, nesses casos, a obrigação é uma, só havendo *um único* valor a ser considerado para fins de atribuição do valor da causa. O que pode variar, nesses casos, é a *forma* de a obrigação ser

cumprida, mas não a obrigação em si mesma considerada, esvaziando-se, assim, a possibilidade de ter, diante da *mesma* obrigação, diferentes valores (v. n. 7.4, *supra*). A regra volta-se, diferentemente, à cumulação alternativa de pedidos, que foi estudada pelo n. 7.2, *supra*.

O art. 259 traz regra específica para o pedido “subsidiário”, também denominado “eventual”, tal qual admitido pelo art. 289 (v. n. 7.2, *supra*). De acordo com o inciso IV do dispositivo, o valor da causa, quando houver pedido subsidiário, corresponderá ao “valor do pedido principal”. Por “pedido principal” deve ser entendido aquele que o autor pretende seja examinado (e acolhido) em *primeiro* lugar. É “principal” porque, pela narração que o autor faz em sua petição inicial, fica evidenciado que ele o *prefere* aos demais. Os pedidos secundários (não principais, subsidiários, eventuais) são aqueles que deverão ser examinados desde que o “principal” seja rejeitado. Se se pede, em juízo, tutela relativa a não construir um muro, e na *eventualidade* de o pedido não ser acolhido, a conversão daquela obrigação de não fazer em perdas e danos, o valor da causa deverá corresponder ao proveito econômico diretamente vinculado à tutela específica (a construção do muro). Mesmo que, por hipótese, o cálculo das perdas e danos pudesse envolver outras verbas que aumentariam o valor da causa.

O inciso V do art. 259 impõe que o valor do contrato seja o valor da causa quando a demanda tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação ou a rescisão de negócio jurídico.

De acordo com o inciso VI do art. 259, na “ação de alimentos”, regida pela Lei n. 5.478/1968 e pelos arts. 852 a 854 do Código de Processo Civil, o valor da causa deve corresponder à soma de doze prestações mensais, observando-se o valor pedido pelo autor para cada mês.

O inciso VII do art. 259, referindo-se à “ação de divisão e demarcação de terras” (arts. 946 a 981) e à “reivindicatória”, exige que o valor dado à causa seja a estimativa oficial para o lançamento do imposto incidente no bem imóvel questionado, o chamado “valor venal”.

Quando o pedido envolver prestações periódicas (art. 290; v. n. 7.6, *supra*), sejam já vencidas ou vincendas, isto é, ainda a vencer, inclusive quando se tratar de pedidos por indenização por atos ilícitos nos termos dos arts. 20, § 5º, e 475-Q, o valor dado à causa é disciplinado pelo art. 260. A

regra é que as prestações sejam somadas, já que é a soma delas a expressão monetária do bem pretendido pelo autor (art. 258). Se, contudo, a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, o valor dado à causa quanto às prestações *vincendas* deverá ser igual à de uma prestação anual.

9. PROVAS

É entendimento assente em doutrina e em jurisprudência de que é suficiente, para atender ao disposto no inciso VI do art. 282, mero *protesto genérico* pela produção das provas, já que somente a dinâmica do processo revelará a necessidade quanto à realização concreta e específica desse ou daquele meio de prova. Sobretudo, diz-se, a necessidade concreta quanto à produção de uma ou de outra prova somente será aferida após a contestação do réu e a definição do objeto litigioso, vale dizer, o âmbito das *questões* que deverão ser enfrentadas pelo magistrado para proferir sentença.

São parte integrante da praxe forense as amplíssimas cláusulas de que se protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito sem exclusão de nenhuma, “inclusive e em especial” pela oitiva de testemunhas, depoimento pessoal do réu, perícia, e assim por diante. Exageros à parte, o certo é que a praxe (quicá, a tolerância) forense reduziu o dispositivo a nada. Talvez sua única importância seja equivalente ao preenchimento de um formulário que, nas demais fases do procedimento, a principal delas para os fins presentes, a instrutória, nem sequer será consultado.

De resto, a aplicação *prática* do art. 331 em nada contribui para o cumprimento da regra do art. 282, VI, por ser bastante comum o juiz, ao invés de fixar o(s) ponto(s) controvertido(s) e determinar a produção da prova que ele entende necessária ser produzida, limitar-se a consultar as partes se ainda pretendem produzir provas. Rigorosamente falando, é o oposto que deve acontecer, já que o destinatário da prova é o juiz, que terá, ou não, ficado satisfeito (leia-se: *convencido*) com as provas *já* produzidas pelas partes até aquele instante procedimental (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III).

Não obstante, o que parece ser importante para dar ao art. 282, VI, alguma utilidade no sistema – afinada, evidentemente, ao “modelo constitucional do direito processual civil”, no qual vige o princípio da *atipicidade* das provas (v. n. 13 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 e n. 6 do

Capítulo I da Parte IV) – é que o autor decline, desde logo, quais as provas pretende produzir, nominando-as e justificando sua pertinência. É dizer de forma direta: que o autor demonstre para o juiz, desde logo, como ele pretende provar *suas* alegações, convencendo o magistrado de que os fatos *constitutivos* de seu direito ocorreram da forma como ele expõe em sua inicial, reclamando, assim, a incidência das consequências jurídicas que ele, autor, entende incidir.

Até porque há provas que, não obstante a tolerância da práxis forense, *devem* ou, quando menos, *podem* ser produzidas com a petição inicial. É o que se dá com os documentos, objeto de exame no n. 9.1, *infra*, e com a apresentação de “pareceres técnicos” ou “documentos elucidativos” que podem levar o magistrado a *dispensar* a produção da prova pericial, forte no que lhe autoriza o art. 427, assunto analisado no n. 5 do Capítulo 7 da Parte IV.

A necessidade da produção de outras provas à luz da contestação do réu não é problema a ser enfrentado pelo autor na inicial. Até porque o ônus da prova dos fatos “novos”, não articulados pelo autor (os fatos que impedem, extinguem ou modificam o fato constitutivo do pedido do autor), é do réu (art. 333, II). Às provas a serem produzidas pelo réu poderá o autor contrapor-se, produzindo a “contraprova” respectiva. Isso, no entanto, não inibe que ele, autor, já com a petição inicial, decline as modalidades de prova que reputa suficientes e necessárias para a comprovação do *fato constitutivo do seu direito* (art. 333, I).

9.1. Juntada de documentos com a petição inicial

O art. 283 exige que a petição inicial seja instruída com os “documentos indispensáveis à propositura da ação”.

A doutrina costuma referir-se a tais documentos como aqueles sem os quais não há como fazer prova do alegado pelo autor, dando especial destaque aos casos em que a própria lei impõe uma especial forma de comprovação do ato jurídico, o que, por vezes, é chamado de “prova legal” (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte IV). Quando menos, que os “documentos indispensáveis” do art. 283 sejam entendidos como aqueles sem os quais é inconcebível o julgamento do pedido porque se referem diretamente à causa de pedir descrita na petição inicial (art. 282, III), vale dizer, aos fatos

constitutivos do direito do autor. Daí a referência usualmente feita pela doutrina e pela jurisprudência a documentos *substanciais* e *fundamentais*, respectivamente.

Os exemplos tradicionais de “documentos indispensáveis” são a escritura registrada em “ação reivindicatória”; a certidão de casamento para a separação ou para o divórcio; a certidão de nascimento para os alimentos baseados na filiação preestabelecida; o contrato de aluguel escrito para o despejo; o contrato em geral para as ações que pretendem anulá-lo ou declará-lo nulo; o título executivo na execução nele fundada; o título sem eficácia de título executivo na “ação monitória”; a procuração *ad judicia* quando o advogado não esteja litigando em causa própria; o contrato ou estatuto social e comprovante de regularidade da representação processual, quando o autor for pessoa jurídica, e assim por diante.

Sem dúvida que estes documentos são *indispensáveis* à propositura da demanda e, por isso mesmo, *devem* acompanhar a petição inicial. Ocorre que, sistematicamente, é importante entender mais amplamente o art. 283, mais ainda à luz das considerações apresentadas pelo número anterior.

Deve-se, por isso mesmo, dar ao art. 283 caráter mais amplo, entendendo-se como documentos indispensáveis, porque *fundamentais*, todos os que foram referidos na petição inicial e sobre os quais tem o autor, no momento da apresentação da petição inicial, disponibilidade de uso. O próprio art. 427, ao fazer referência a “documentos *elucidativos* que considerar suficientes” que, uma vez apresentados com a inicial (e com a contestação), podem levar à dispensa da prova pericial (v. n. 9, *supra*, e n. 5 do Capítulo 7 da Parte IV), confirma o acerto desta orientação mais ampla.

O próprio Código de Processo Civil estabelece que a prova documental será produzida com a petição inicial (art. 396) e com a contestação (art. 297; v. n. 2 do Capítulo 3), admitindo, o art. 397, a juntada de outros documentos a qualquer tempo quando *novos* ou quando destinados a fazer prova de fatos articulados durante o processo (fatos novos, portanto). Por isso, reiterando as considerações do número anterior, não há espaço para duvidar de que o sistema processual brasileiro é bastante rígido quanto ao *momento* da produção da prova documental que *preexiste* ao início do processo.

O que a lei admite – e nem poderia ser diferente à luz do modelo constitucional do processo civil – é que, para fatos *novos*, *novos* documentos

sejam apresentados. O mesmo quanto aos documentos *novos*, que, por sê-los, têm origem *após* o início do processo. Nunca, entretanto, quando os documentos preexistem à elaboração da petição inicial e sua entrega ao Estado-juiz.

Tais documentos *devem ser produzidos* pelo autor desde logo – é esta a razão de ser do precitado art. 396 – e, por isso mesmo, já se sujeitam à manifestação do réu por ocasião de sua contestação. Se houver necessidade de outras provas, o juiz dará início à fase instrutória. Caso contrário, cabe a ele “julgar antecipadamente a lide” diante do que expressamente lhe autoriza o art. 330, I (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III).

9.2. Documentos em poder do réu

Há casos em que a indisponibilidade da apresentação de documentos já com a inicial – posto serem indispensáveis nos termos propostos pelo número anterior – acarreta a criação de um incidente processual para sua requisição. Em casos assim, o autor deverá dirigir, ao juiz, o “pedido” de exibição de documentos ou coisas, a que se referem os arts. 355 a 363, assunto que é tratado pelo Capítulo 4 da Parte IV.

Se for o caso, o autor poderá propor, em face do réu ou de terceiro, a chamada “ação cautelar de exibição de documentos” de que tratam os arts. 844 e 845, examinada pelo Capítulo 6 da Parte III do vol. 4.

9.3. Ausência de documentos indispensáveis

Mesmo entendendo ser o rol do art. 283 mais amplo do que o usualmente defendido pela doutrina na forma do n. 9.1, *supra*, mister considerar que a falta de um documento reputado indispensável ou fundamental pelo magistrado *não pode* levar ao indeferimento da petição inicial. O caso é de determinação de sua emenda, nos termos do art. 284, que é, no particular, expresso (v. n. 4 do Capítulo 2).

9.4. Documentos originais e em cópia

Não há qualquer exigência para que os documentos apresentados com a inicial, mesmo os reputados indispensáveis ou substanciais, sejam apresentados no seu original. O que pode ocorrer é que o réu, na própria

contestação, questione a autenticidade de algum documento apresentado com a inicial, o que poderá levá-lo, até mesmo, à *declaração judicial* de sua falsidade nos termos do art. 390 (v. n. 8 do Capítulo 4). Caso não o faça, o documento é considerado verdadeiro e autêntica a cópia apresentada, consoante dispõe o art. 372. A presunção é a de que o documento apresentado em cópia é conforme ao original, cabendo à parte contrária questionar sua autenticidade. Nesse sentido: STJ, CE, EREsp 1.015.275/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 17.6.2009, DJe 6.8.2009.

À falta de expressa previsão da lei, não se pode proibir, por atos infralegais, a distribuição de petições iniciais que não tragam os documentos – mesmo os reputados indispensáveis – originais ou, quando menos, em cópias autenticadas. Têm lugar, aqui, as mesmas considerações do n. 13, *infra*.

De resto, o inciso IV do art. 365 merece interpretação ampla para permitir que o próprio advogado declare autênticos os documentos que juntar aos autos mesmo quando tais documentos não constem anteriormente de outros autos judiciais. Ao assunto volta-se o n. 2.2 do Capítulo 5 da Parte IV.

10. CITAÇÃO

A citação e as suas modalidades já foram tratadas suficientemente pelo n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 deste *Curso*.

O que se põe para o momento presente é verificar o alcance do conteúdo do inciso VII do art. 282, que se refere à citação como um dos elementos da petição inicial e as consequências que a citação, desde quando determinada, gera para o plano material e para o processual.

Não obstante a regra destacada, a falta de pedido de citação não é óbice para que ela se realize, tomadas as providências mínimas e indispensáveis a cargo do autor como é a indicação do endereço do réu (exigido para a petição inicial pelo art. 282, II), e, se for o caso, recolhimento das custas necessárias para a expedição da carta de citação ou para as diligências do oficial de justiça. Até porque o silêncio do autor quanto ao pedido de citação significará que ela será feita pelo correio, salvo as hipóteses em que ela será necessariamente realizada pelo oficial de justiça (art. 224).

A importância do pedido de citação repousa, contudo, na *opção* que o autor eventualmente possa fazer quanto à modalidade citatória. O art. 222, letra *f*, com efeito, dá margem ao entendimento de que o autor tem a faculdade de “escolher” a forma da citação. Sua opção, é certo, limita-se à citação pelo correio ou pelo oficial de justiça (citações pessoais), porque as citações fictas exigem outros pressupostos, estranhos à vontade do autor, e que serão, na maior parte dos casos – salvo se já indicadas na inicial, o que supõe o escorreito cumprimento do dispositivo em comento –, apurados na primeira diligência citatória, seja realizado pelo carteiro ou pelo oficial de justiça.

O art. 6º da Lei n. 11.419/2006 veio a admitir que a citação se realize por meios eletrônicos. Desde que existente a infraestrutura que é pressuposta para aplicação escorreita das inovações trazidas por aquele diploma legislativo, que impõe, para a “citação eletrônica”, que a integralidade dos autos seja disponibilizada para o réu em meio eletrônico (ainda o art. 6º mencionado), não há por que descartar o entendimento de que a opção por esta modalidade citatória pode ser feita desde logo na petição inicial pelo autor, hipótese em que o fornecimento do “endereço eletrônico” do réu é inafastável. É esta, com efeito, a melhor interpretação para o novo inciso IV do art. 221 do Código de Processo Civil, incluído por aquele diploma legislativo.

Outro dado relevante para a formulação do pedido de citação relaciona-se à circunstância de o réu ser pessoa jurídica. Nesses casos, é importante que o autor, ao requerer a citação, indique quem é a pessoa física que tem poderes para receber aquele ato, o que pode ser aferido à luz do contrato ou estatuto social (art. 215, *caput*). É certo, entretanto, que tal exigência é bastante mitigada pela jurisprudência diante da chamada “teoria da aparência”, de amplíssima aplicação, sobretudo (mas não exclusivamente) nos casos em que a citação realiza-se pelo correio: considera-se válida a citação feita na pessoa de quem, em nome da pessoa jurídica, recebe comumente a correspondência ou, mais amplamente, quaisquer comunicações, a ela dirigida sem qualquer ressalva (STJ, CE, REsp 864.947/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j.m.v. 6.6.2012, DJe 31.8.2012; STJ, 4ª Turma, REsp 931.360/MA, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 2.9.2008, DJe 29.9.2008; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.037.329/RJ, rel. Min.

Humberto Martins, j.un. 26.8.2008, DJe 16.9.2008; STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 989.921/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 21.8.2008, DJe 5.9.2008, e STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 931.295/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 6.12.2007, DJe 12.3.2008). A diretriz deve-se aplicar também às hipóteses em que a lei processual civil exige a *intimação* pessoal, assim, por exemplo, nos casos do § 1º do art. 267 (v. n. 3.1.2 do Capítulo 1 da Parte V). Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.094.308/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 19.3.2009, DJe 30.3.2009.

O estudo da citação, contudo, vai além de suas formas e da formulação de seu requerimento na petição inicial. Uma vez que ela seja determinada, o que pressupõe o proferimento de juízo *positivo* de admissibilidade da petição inicial (v. n. 2.1 do Capítulo 2), importa analisar também os efeitos que ela traz para o plano do direito material e para o plano do direito processual. É o que a doutrina em geral, com base no *caput* do art. 219, chama de efeitos *materiais* e aos efeitos *processuais* da citação. Por força da metodologia empregada neste *Curso*, a este assunto voltam-se os ns. 2.2 e 2.3 do Capítulo 2.

11. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

O pedido de antecipação de tutela formulado com fundamento no art. 273 ou no § 3º do art. 461 não deve ser entendido como elemento da petição inicial. Não só porque a ele não se refere o art. 282, mas também porque nem sempre a hipótese fática levada para solução perante o Estado-juiz envolve situação que se amolda àqueles comandos legais e que autoriza a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional *liminarmente*. Notadamente quando a antecipação da tutela exigir comportamento procrastinatório ou abusivo do réu (art. 273, II) ou a incontrovérsia do pedido ou de parte dele (art. 273, § 6º) que supõem, *como regra*, prévia manifestação (ou omissão) do réu.

O que, para os fins presentes, deve ser destacado, no entanto, é que se o autor entender que a hipótese concreta reclama a antecipação dos efeitos da tutela já no limiar do processo, mister que ele formule pedido neste sentido, demonstrando, de plano, a ocorrência dos pressupostos legais na própria petição inicial. Máxime porque a *letra* do *caput* do art. 273 exige *pedido* da parte para a antecipação da tutela jurisdicional. Considerando que a “prova

inequívoca”, que convença o magistrado da “verossimilhança da alegação”, é um desses pressupostos, não há como o autor deixar de produzir, nesse caso, *toda* prova documental que possuir e *justificar a necessidade* da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

O tema será tratado com o vagar necessário na Parte I do vol. 4.

12. ASSINATURA DO ADVOGADO

Embora não exigido pelo art. 282, é indispensável que a petição inicial seja subscrita por advogado, que deverá apresentar instrumento de mandato, nos termos do art. 1º (com as ressalvas do julgamento da ADI 1.127, pelo STF) e do art. 5º, ambos da Lei n. 8.906/1994. Caso o advogado alegue urgência, a procuração poderá ser apresentada no prazo de quinze dias, prorrogáveis por igual período, nos termos do art. 37, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c art. 5º, § 1º, da Lei n. 8.906/1994, ratificando os atos processuais já praticados.

De acordo com o art. 39, I, o advogado deverá indicar, na petição inicial, o endereço no qual receberá intimações. A mesma regra deve ser obedecida por quem postular em causa própria, destacando, todavia, que sua falta tem pouca importância prática nas comarcas ou subseções judiciárias em que as intimações se dão pela imprensa, na forma dos arts. 236, *caput*, e 237. O mesmo seja dito quando o endereço constar do papel impresso ou na procuração do advogado. De qualquer sorte, é ônus do advogado *atualizar* seus endereços, inclusive o da parte que representa, porque serão consideradas válidas as intimações que, por qualquer motivo, forem encaminhadas àqueles que constam dos autos (art. 238, parágrafo único).

De acordo com o art. 254, é “defeso”, ou seja, é *vedado* distribuir a petição inicial (v. n. 14, *infra*) quando ela não estiver acompanhada do instrumento de mandato (procuração), a não ser que o *autor* esteja postulando em causa própria (hipótese que pressupõe que o autor seja *advogado* no regular exercício de seu múnus), se a procuração já tiver sido apresentada ou se a hipótese for de urgência, assim entendidos os do art. 37.

13. OUTROS ELEMENTOS DA INICIAL

As custas iniciais do processo – usualmente calculadas a partir do valor da causa (v. n. 8, *supra*) – devem também acompanhar a petição inicial, embora o art. 257 evidencie que seu não recolhimento imediato não é óbice para o início do processo, ao permitir que seu recolhimento se dê até trinta dias depois da distribuição. O dispositivo, contudo, deve ser compreendido no contexto do próprio Código: antes do “cancelamento da distribuição” lá prevista, que equivale à *extinção do processo* por força do que dispõem os incisos II e III do art. 267, o advogado da parte ou, se for o caso, ela própria devem ser intimados para tomarem as providências cabíveis, em observância ao que exige o § 1º do mesmo dispositivo (v. n. 3.1.2 do Capítulo 1 da Parte V).

As exigências impostas pelo art. 282 só cedem espaço para regras *legais* específicas para a petição inicial de outros procedimentos, que é o que ocorre, por exemplo, com o procedimento sumário (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte VI), e com a maior parte dos procedimentos especiais estudados pelos demais tomos deste volume. São *ilegais* por ferir, sobretudo, o art. 282, e, superiormente, *inconstitucional*, por ferir a competência privativa da União Federal de legislar sobre processo civil (art. 22, I, da Constituição Federal) e, quando menos, a competência concorrente da União Federal e dos Estados para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, da Constituição Federal), eventuais exigências feitas por atos de Tribunais ou juízos, como sói acontecer. É o que ocorre com a necessidade de outros documentos de identificação do autor e do réu que não os exigidos pela lei (número do CPF ou do CNPJ, por exemplo) serem apresentados ou com o estabelecimento de margens ou, mais amplamente, à diagramação ou formatação da petição inicial e a forma da juntada dos documentos por ela produzidos.

De acordo com o art. 15, *caput*, da Lei n. 11.419/2006, passou a ser requisito da petição inicial a indicação da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou, em se tratando de pessoas jurídicas, do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). Embora aquele diploma legislativo ocupe-se de disciplinar o chamado “processo eletrônico”, a exigência não se restringe àqueles casos. É o próprio dispositivo que se refere a “qualquer ação judicial” sem qualquer ressalva quanto ao formato da *documentação* que a “ação” e, mais corretamente, o “processo”, tomarão: se *físico* ou se

eletrônico. Com relação a estes dados, deixa de haver espaço para a discussão apontada no último parágrafo.

O mesmo art. 15, *caput*, ressalva que a exigência dá-se “salvo impossibilidade que comprometa o acesso à justiça”. A ressalva, afinadíssima ao “modelo constitucional do processo civil” (v., em especial, o n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), tem quer ser entendida como todos aqueles casos em que, por qualquer razão, não há disponíveis aqueles números de inscrição ou, até mesmo, que não existem aqueles números. Eventuais irregularidades que o jurisdicionado possa ter com os seus cadastros pessoais e com as informações atreladas àquele cadastro, assim, por exemplo, o recolhimento de tributos, não podem opor-se à possibilidade de provocação esmerada e suficiente do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional em seu favor.

Se o autor pretender os benefícios da justiça gratuita formulará seu pedido já com a petição inicial, quando, de acordo com o disposto no art. 4º, *caput*, da Lei n. 1.060/1950, fará afirmação de que não tem condições de pagar as custas do processo, assim entendidas as verbas listadas no art. 3º do mesmo diploma legal, e os honorários de advogado sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família. A melhor interpretação para o dispositivo, mormente quando lido em conjunto com o seu § 1º, é a de que se faz suficiente a *afirmação* do autor, sendo desnecessária qualquer *prova* documental de seu estado de pobreza. Sobre o assunto, v. o n. 14 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 deste *Curso*.

14. DISTRIBUIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial deverá ser *distribuída* toda vez que houver mais de um órgão jurisdicional competente para sua apreciação. É a regra do art. 251 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte 1). Trata-se não só de ato documental, mas também de ato que concretiza o princípio do juiz natural em cada caso concreto (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) porque viabiliza que o *juízo* e, por sua vez, o *juiz* que vai apreciar o pedido do autor e todos os desdobramentos do processo, inclusive tornando-se *prevento* nos casos discutidos pelo n. 6 do Capítulo 3 da Parte I, sejam *aleatoriamente* escolhidos.

A distribuição é, como qualquer ato jurisdicional, *pública* e pode ser fiscalizada pela parte e por seu procurador (art. 256). A falta ou o erro na distribuição será corrigida pelo juiz, quando o constatar, de ofício ou a pedido do interessado (art. 255).

Recebida a petição inicial, o escrivão deverá autuá-la, isto é, formar os autos, “mencionando o juízo, a natureza do feito, o número de seu registro, os nomes das partes” e a data em que pratica estes atos de verdadeira documentação, além de numerar todas as suas folhas e de seus documentos (arts. 166 e 167). A este ato segue-se a “conclusão” dos autos ao juiz, isto é, a entrega dos autos para o exame do magistrado.

15. IRREGULARIDADES NA PETIÇÃO INICIAL

Embora norma de ordem pública e cogente, o descumprimento do art. 282 não significa o indeferimento, puro e simples, da petição inicial. O art. 284 permite – melhor que se entenda desde logo, *impõe* – que o magistrado, verificando a existência de qualquer irregularidade ou qualquer defeito na petição, determine sua “emenda”, isto é, a sua *correção*, visando a seu saneamento no prazo de dez dias e permitindo, conseqüentemente, que o processo se desenvolva regularmente. A este tema volta-se especificamente o n. 4 do capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2

Juízo de admissibilidade da petição inicial

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O juiz desenvolve *cognição* ao receber a petição inicial (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Não se trata de ato de “mero expediente”. Não é ato que possa ser delegado ao escrivão nos termos do art. 162, § 4º. É fundamental que toda e qualquer petição inicial seja examinada pelo juiz para constatação do preenchimento, ou não, dos elementos dos arts. 282 e 283. A dinâmica do Código de Processo Civil, inspirada confessadamente em razões de ordem pública, impõe o prévio exame para impedir que petições iniciais ineptas (art. 295) possam ensejar prática de atos processuais inúteis e desnecessários e que eventuais defeitos ou irregularidades sejam, desde pronto, sanados, dando-se oportunidade ao desenvolvimento válido e regular do processo. Até para evitar que o direito de defesa do réu, decorrente, como o “direito de ação”, do “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), venha a ser prejudicado por algum defeito, de forma ou de conteúdo, que porta aquele ato inaugural da prestação da jurisdição.

Como resultado do *necessário* exame a ser feito pelo magistrado, três juízos de admissibilidade podem ser pronunciados. Um que pode ser denominado *positivo*, em que o juiz, entendendo estar a petição inicial em ordem, determina a citação do réu (art. 285). Outro, que pode ser denominado *negativo*, em que a rejeição *liminar* da inicial é a única providência a ser tomada pelo juiz (arts. 295 e 285-A). Um terceiro e derradeiro juízo de admissibilidade a ser assumido pelo juiz, que pode ser chamado de *neutro*, é aquele em que ele, constatando a falta de algum elemento da petição inicial ou, de forma mais ampla, verificando que há defeitos ou irregularidades que podem colocar em risco a higidez do desenvolvimento do processo em todos os seus sentidos, inclusive no que diz respeito ao exercício do direito de ampla defesa do réu, determina a

correção das irregularidades. É a disciplina do art. 284, quando se refere à “emenda” ou à “complementação” da petição inicial.

Os números seguintes dedicam-se ao estudo de cada uma destas hipóteses.

2. JUÍZO POSITIVO DE ADMISSIBILIDADE: O RECEBIMENTO DA INICIAL

Caso entenda que a petição inicial está em ordem, porque atende às prescrições legais (arts. 282 e 283) ou desde que cumprida, a contento, a determinação de sua emenda ou complementação (v. n. 4, *infra*), o magistrado receberá a petição inicial determinando a citação do réu na forma do art. 285. O *recebimento* da inicial pressupõe o proferimento de um juízo positivo de *admissibilidade* pelo juiz, que não se confunde com “a mera *propositura* da ação” (art. 263) ou com a distribuição da petição inicial onde houver mais de um juízo igualmente competente (art. 251), mas que as pressupõe. Toda a atividade saneadora desenvolvida pelo magistrado nos moldes do art. 284 é exercida *antes* do recebimento da inicial e com vistas a seu recebimento ou indeferimento.

Justamente por essa razão é que, se *deferida* a inicial, já não poderá o magistrado, mesmo que acolhendo preliminar levantada pelo réu em contestação ainda na fase do art. 329, rejeitá-la, extinguindo o processo sem resolução de mérito nos moldes do art. 267, I. A hipótese, sistematicamente, será de extinção do processo sem resolução de mérito, *mas* com fundamento nos incisos IV, V e VI do art. 267. Embora do ponto de vista prático seja imperceptível qualquer diferença nas duas hipóteses, do ponto de vista jurídico e sistemático, ela é relevante dado o aprofundamento, no segundo caso, da cognição exercida pelo magistrado e pela peculiaridade do regime recursal da rejeição *liminar* da petição inicial (ver n. 3.1, *infra*).

O juiz exerce cognição ao examinar a petição inicial. Cognição quanto ao preenchimento das exigências dos arts. 282 e 283 – e, por isso, é irrecusável a ele, se esta for a hipótese, determinar a correção de algum vício com base no art. 284 – e também, se for o caso, cognição quanto ao pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor. Pode acontecer, como destacado pelo n. 11 do Capítulo 1, que o autor peça, demonstrando a ocorrência dos

pressupostos específicos, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e, para isto, o juiz necessitará desenvolver cognição, posto *superficial* ou *sumária* (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) para deferir ou indeferir o pedido, hipótese que é estudada pela Parte I do vol. 4. O desenvolvimento de cognição pelo juiz, outrossim, pode levá-lo a proferir, desde logo, sentença de mérito, com base em cognição *exauriente*, assunto ao qual se volta o n. 3.2, *infra*.

O art. 285 cuida do recebimento da petição inicial, é dizer, do proferimento de juízo *positivo* de admissibilidade, que, entendendo preenchidos os pressupostos legais (arts. 282 e 283), determina a citação do réu, observando-se, no particular, o pedido do autor, sobretudo nos casos em que há opção entre as modalidades citatórias (v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Com a determinação da citação, passam a ser observados em relação ao réu os efeitos discutidos nos ns. 2.2 e 2.3, *infra*.

2.1. O mandado de citação

Proferido o juízo *positivo* de admissibilidade, impõe-se a citação do réu. Os requisitos formais deste ato são indicados pelo art. 285.

De acordo com o dispositivo, o mandado de citação conterà a ressalva de que da omissão do réu em apresentar contestação, poderão ser presumidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor na petição inicial. Apesar da letra da lei, não é suficiente que o réu deixe de apresentar sua defesa – mais amplamente, suas *respostas* –, para que a *presunção* lá prevista se concretize.

A regra, embora bem-intencionada, é insuficiente à luz do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal; v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e, sobretudo, à luz do princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal; v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), que impõem uma igualdade *substancial* entre os litigantes no e para o plano do processo (arts. 1º, III, 3º, III, e 5º, *caput*, da Constituição Federal; v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e, mais ainda, porque a não superação de uma desigualdade fática entre os litigantes, que eventualmente exista no plano material, pode comprometer a realização do direito à assistência jurídica integral e gratuita de que cuida o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal (v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

É importante que, além da cominação a que se refere a lei, conste do mandado também a forma pela qual o réu pode defender-se eficazmente. Assim, não basta que ele seja advertido de que ele é demandado pelo autor e que ele precisa se manifestar em juízo sob pena de se presumirem verdadeiros os fatos alegados. É fundamental que se diga, no mandado, *como* o réu pode evitar a ocorrência dessa presunção. Para tanto, deve constar do mandado citatório (seja ele entregue pelo correio ou pelo oficial de justiça) o endereço da assistência judiciária ou, mais corretamente, da Defensoria Pública local. Só assim é que os “meios e recursos” inerentes à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal; v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) serão assegurados, concretizando-se, de resto, o direito maior de assistência jurídica integral e gratuita garantido pela Constituição (art. 5º, LXXIV; v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

À luz destas mesmas considerações, não há por que recusar, outrossim, que, na medida em que se tenha ciência de que o réu não tem condições de ler ou de entender o que lê, que a citação seja realizada pelo oficial de justiça que terá, como auxiliar do juízo que é, a responsabilidade de ler o mandado, explicando para o réu o que aquela determinação judicial significa para ele e o prejuízo que pode decorrer se ele não apresentar defesa. Como, para apresentá-la, a presença do advogado é *sempre* indispensável para o regime do Código de Processo Civil – a única exceção do direito processual civil está no âmbito dos Juizados Especiais (art. 9º da Lei n. 9.099/1995, art. 1º da Lei n. 10.259/2001 e art. 27 da Lei n. 12.153/2009) –, o endereço da Defensoria Pública deverá ser fornecido.

2.1.1. Irregularidades no mandado de citação

Qualquer irregularidade do mandado de citação, inclusive quanto à cominação da veracidade dos fatos alegados pelo autor no silêncio do réu, não causa qualquer nulidade para o processo, desde que o réu compareça em juízo. O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação e, bem assim, qualquer vício desse ato processual (art. 214, § 1º) diante da inexistência de *prejuízo* pela ausência daquele ato (STJ, 4ª Turma, REsp 555.360/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 4.6.2009, DJe 29.6.2009).

No que diz respeito à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor no silêncio do réu, o melhor entendimento é o que recusa qualquer

nulidade na citação com o comparecimento do réu, mas que afasta, na mesma medida, a concretização da presunção sem que do mandado respectivo constem as ressalvas impostas pela lei. Há alguns julgados que amenizam o rigor da parte final do art. 285 quando o réu é bacharel em direito e, conseqüentemente, sabedor, em razão de seu título, das conseqüências de sua inércia.

2.2. Efeitos materiais da citação

A citação gera efeitos de duas ordens: materiais e processuais.

Por efeitos *materiais* da citação, isto é, aqueles que ocorrem no plano material, devem ser entendidos os seguintes: constituir o devedor em mora; interromper a prescrição; fazer litigiosa a coisa.

A constituição em mora do devedor pela citação deve ser entendida à luz das regras civis. Esse efeito “material” da citação justifica-se plenamente nos casos em que é necessária a interpelação pessoal do devedor e em que ela é feita pela citação (art. 397, parágrafo único, do Código Civil), sendo que para casos como esses tem plena aplicação o disposto no art. 405 do Código Civil. Quando a citação for desnecessária para constituir o devedor em mora, assim, por exemplo, porque ele já foi interpelado anteriormente ao processo (art. 397, parágrafo único, do Código Civil) porque sua notificação prévia é exigida pela legislação aplicável (Súmula 369 do STJ), ou, quando menos, possível (STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 145.255/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 27.11.2012, DJe 4.12.2012) ou, ainda, quando, por força da lei aplicável, a mora é anterior ao processo (STJ, 4ª Turma, REsp 1.354.934/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 20.8.2013, DJe 25.9.2013, com relação à cobrança de cheque sem fundos); quando há dia certo para o adimplemento da obrigação (art. 397, *caput*, do Código Civil); quando o devedor praticar ato ilícito (art. 398 do Código Civil e Súmula 54 do STJ) ou, ainda, nos casos de obrigação de não fazer, quando a prática do ato vedado ao devedor coloca-o, desde logo, em mora (art. 390 do Código Civil), não há por que entender que aquele estado decorra de um ato processual, a citação. O devedor, em tais situações, já se encontra em mora no próprio plano material, e o regime jurídico desse seu estado, destarte, preexiste ao início do processo e, como tal, deve ser levado em conta, para todos os fins, pelo magistrado, assim, por exemplo, quanto à

incidência da cláusula penal eventualmente ajustada entre as partes (art. 408 do Código Civil) e à incidência da correção monetária.

A interrupção da prescrição, de acordo com o § 1º do art. 219, retroagirá à data da “propositura da ação”, isto é, à distribuição da petição inicial ou o primeiro resultado do juízo de sua admissibilidade quando houver apenas uma vara (art. 263). Para que ela se dê, no entanto, é fundamental que o autor promova a citação do réu nos dez dias seguintes à sua determinação, de acordo com o § 2º do art. 219. O dispositivo deve ser entendido no sentido de o autor tomar, naquele prazo, as providências que lhe cabe para a promoção da citação e não que a citação, ela mesma, seja realizada. Assim, por exemplo, recolher as custas respectivas às diligências do oficial de justiça (art. 224); providenciar a postagem da carta citatória (art. 223) ou providenciar cópias para instrução do mandado de citação. Qualquer demora que possa ser atribuída ao serviço judiciário não pode trazer prejuízo ao autor. É a regra clara do mesmo § 2º do art. 219 que, no particular, encampou a orientação cristalizada na Súmula 106 do STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Pode acontecer, contudo, de o réu não ser encontrado, não obstante ter o autor tomado todas as providências que lhe cabiam. Para fins de interrupção da prescrição, o autor poderá requerer a prorrogação do prazo por noventa dias (§ 3º do art. 219), sob pena de ser consumada a prescrição (§ 4º do art. 219). Para evitar que isto se dê, o autor poderá requerer ao juízo que a citação se dê por hora certa, quando houver suficiente desconfiança de que o réu está se ocultando para frustrar a citação *pessoal* (art. 227; v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) ou que se realize por edital, quando não souber do paradeiro do réu (art. 231; v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Questão que tem ocupado, mais recentemente, a doutrina e a jurisprudência é a relativa ao *instante* em que a prescrição é interrompida. Isto porque o *caput* do art. 219 refere-se à citação que, em função das considerações que ocuparam os parágrafos anteriores, só pode ser entendida como a sua efetiva *realização*. O inciso I do art. 202 do Código Civil, de seu turno, disciplina que é o “despacho” do juiz que determina a citação que a

interrompe, isto é, o ato que o juiz profere para os fins do art. 285. Considerando que o Código Civil é lei mais recente que trata, no particular, do *mesmo* assunto, dando a ele *nova e distinta* disciplina, deve prevalecer a orientação do precitado inciso I do seu art. 202. Impertinente que a regra venha veiculada em outra lei que não o Código *de Processo* Civil. Trata-se do que a doutrina vem chamando de normas “heterotópicas”.

Assim, a prescrição interrompe-se com a *determinação* de sua realização, prevalecendo a regra mais recente (art. 202, I, do Código Civil) sobre a mais antiga (art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil). Cumpridos os prazos e as condições estabelecidas nos §§ 2º a 4º do art. 219, ela retroage à data da “propositura da ação” nos termos do § 1º do mesmo dispositivo.

De acordo com o art. 202, *caput*, do Código Civil, a prescrição só se interrompe uma vez. A melhor interpretação para o dispositivo é que esta interrupção signifique que o prazo prescricional volta a correr novamente (na sua integralidade) desde que ocorra pelo menos uma das hipóteses disciplinadas nos incisos daquele dispositivo. Para o direito processual civil, interessa a do inciso I: determinada a citação (e desde que ela se realize com observância às regras já analisadas), a prescrição reputa-se interrompida. Ela, contudo, não corre durante o processo. Não há sentido em que seja assim. Ela só voltará a correr – e desde o início, na sua integralidade, embora não fique sujeita mais a uma *nova* interrupção – se houver alguma inércia a cargo do autor, que deve promover, sempre, os atos e as diligências que lhe compete para *agir* ao longo do processo (arts. 267, II e III, e 475-J, § 5º; v. n. 3.1.2 do Capítulo 1 da Parte V e n. 6.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 3, respectivamente).

A demora “natural” do processo, isto é, o *tempo* necessário que o Estado-juiz precisa para resolver a controvérsia que lhe é trazida pelo jurisdicionado não pode resultar em qualquer prejuízo daquele que *necessita* da prestação da tutela jurisdicional. É a segura *diretriz* da precitada Súmula 106 do STJ, que sobrevive amplamente, não obstante a redação mais restrita do § 2º do art. 219.

Ainda sobre a prescrição, é pertinente destacar que o § 5º do art. 219 admite sua declaração de ofício, isto é, independentemente de provocação de qualquer das partes. O dispositivo, não obstante ter causado grande

polêmica na doutrina, por trazer traço até então inédito ao instituto da prescrição tal qual conhecido pelo direito brasileiro, deve ser entendido como iniciativa louvável do legislador mais recente em prol de uma maior *eficiência* na atuação jurisdicional (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

A apreciação oficiosa da prescrição, contudo, não deve ser admitida como se o juiz prescindisse do estabelecimento do *prévio* contraditório, em todo e em qualquer caso, para conhecer dela, até porque, não há como negar, pode haver alguma peculiaridade de fato digna de conhecimento e exame do juiz quanto à consumação ou não do prazo prescricional, assim, por exemplo, nos casos em que seu prazo suspende-se ou interrompe-se (arts. 197 a 205 do Código Civil), ou em que o interessado pode, legitimamente, renunciar a ela (arts. 191 e 940 do Código Civil). Assim, a não ser que a hipótese concreta reclame urgência na sua apreciação (v. n. 16 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), deve haver a *prévia oitiva* das partes sobre a ocorrência, ou não, da prescrição antes de seu reconhecimento judicial. A prática de atos de ofício pelo juiz, com efeito, não pode ser entendida como se a lei autorizasse o juiz a decidir ao arrepio do “modelo constitucional do processo civil”. O art. 211 do Código Civil continua a excepcionar a regra do art. 219, § 5º, ao exigir do réu a iniciativa do reconhecimento da decadência convencional, ainda que “em qualquer grau de jurisdição”, isto é, mesmo depois da apresentação da contestação (art. 303, III; v. n. 2.1 do Capítulo 3).

A citação também torna litigiosa a “coisa”, nos termos do *caput* do art. 219. Há, com relação a este dispositivo, alguma controvérsia sobre se tratar de efeito material ou processual da citação. Para este *Curso*, a melhor interpretação é de que a litigiosidade da coisa é efeito *material* da citação, por isso ela ser tratada neste número. Entendimento diverso quanto à sua classificação, contudo, não interfere em nada na compreensão do efeito em si mesmo considerado.

Este efeito da citação deve ser entendido de forma ampla no sentido de vincular todo o patrimônio do devedor, ressalvadas as exceções legais, ao Estado-juiz, permitindo que sobre ele recaiam os efeitos da tutela jurisdicional, em sendo o caso, isto é, quando a tutela jurisdicional for “executiva” (v. n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Assim, embora

o réu não esteja proibido de alienar seu patrimônio ou a específica coisa sobre a qual se funda a controvérsia (são os casos das chamadas “ações reais”) – até porque o adquirente da “coisa litigiosa” pode atuar no processo nos termos do art. 42 (v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte VII) –, pode acontecer, consoante o que seja decidido pelo juiz, que a “coisa” (ela mesma considerada) ou o patrimônio do réu continuem a responder pela obrigação, até mesmo por se verificar, no caso, a ocorrência de “fraude à execução”, vale dizer, o reconhecimento da *ineficácia*, para o processo, de uma alienação feita pelo réu porque ela, a alienação, pode comprometer a sua solvabilidade. É o que resulta do art. 592, I, e do art. 593, assuntos para o qual se volta o volume 3.

2.3. Efeitos processuais da citação

Os efeitos *processuais* da citação, isto é, aqueles que se produzem para e no plano do próprio processo, são os seguintes: prevenção do juízo, indução da litispendência e estabilização da demanda.

Juízo preventivo é o competente para todas as demandas que sejam similares ou idênticas àquela que motivou o exercício de sua competência, é dizer, a fixação de sua competência entre os demais juízos igualmente competentes para dela conhecer. Não se trata, nestes casos, propriamente, de um critério de *fixação* de competência – a prevenção é o seu *resultado* –, mas de *modificação* da competência pelas razões expostas pelo n. 6 do Capítulo 3 da Parte I. O art. 219, *caput*, impõe a prevenção do juízo para o julgamento de demandas conexas e continentes nos casos em que há diversidade de foro, isto é, de território. O art. 106, por seu turno, ocupa-se de hipótese diversa, em que a prevenção dá-se tão só com a determinação da citação, o que ocorre quando há, no mesmo foro, duas ou mais demandas conexas. A antinomia que existe entre os dois dispositivos é meramente *aparente*, como demonstra o n. 2 do Capítulo 3 da Parte I. Lá também é apresentado outro critério de prevenção, o estabelecido para as hipóteses dos incisos II e III do art. 253, que não dependem da citação do réu e, portanto, são estranhas ao assunto aqui examinado.

A litispendência é a repetição de uma mesma demanda ainda em curso. Trata-se de pressuposto processual *negativo* e, nesta qualidade, inibe o início de um processo que traz, para exame do Estado-juiz, a mesma

demanda. O tema é abordado pelo n. 3.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 e, neste volume, no n. 2.2.4 do Capítulo 3.

A “estabilização da demanda”, disciplinada pelos arts. 264 e 294, deve ser entendida como a impossibilidade de o autor, após a citação, trazer algum novo elemento objetivo (pedido e causa de pedir) ou subjetivo (partes) ao processo sem a prévia concordância do réu. E, mesmo com sua concordância, as inovações após o “saneamento” do processo estão vedadas por força do que dispõe o art. 294. Tema ao qual se volta o n. 14 do Capítulo 1 da Parte III.

2.4. Recurso do recebimento da inicial

Há doutrina – embora minoritária – que reconhece um forte grau decisório no ato do juiz que *recebe* a petição inicial. Rotulando-o de *decisão interlocutória* – e não de *despacho*, como faz o art. 285 –, entende que seu acerto ou desacerto é contrastável pelo recurso de agravo de instrumento (art. 522, *caput*).

A questão assume consequências práticas indesmentíveis. O que releva destacar é que a recorribilidade do “cite-se”, isto é, do resultado do juízo positivo de admissibilidade da inicial, repousa, precipuamente, na demonstração de um *interesse* do réu que deve ser tutelado *imediatamente* e que não pode aguardar sequer o oferecimento de sua contestação e o julgamento que, desde aquele ato, já pode ser feito pelo juiz por força do que dispõe o art. 330, I (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte III).

É importante desenvolver a última afirmação. Não há dúvidas de que o recebimento da inicial é *decisão interlocutória*. O que ocorre, no entanto, é que não existe, no sistema processual civil, preclusão para que o juiz extinga, não obstante o juízo *positivo* de admissibilidade, o processo *sem* resolução de mérito (art. 267, § 3º). Certo que não haverá, nesses casos, um indeferimento *liminar* da petição inicial propriamente dito mas, mais tecnicamente, a extinção do processo sem julgamento de mérito à falta de condições de seu desenvolvimento válido e regular. De qualquer sorte, o *interesse* em recorrer do *recebimento da inicial* (a necessidade de se recorrer para alcançar dada *utilidade* no plano material) repousa na demonstração, pelo réu, de que o tão só recebimento da inicial já lhe causa prejuízos que precisam ser *imediatamente* afastados. Justamente porque o

recebimento da petição inicial significa não só a existência de um processo pendente (que depende, tão só, da distribuição da petição inicial na maioria dos casos – art. 263), mas também porque os efeitos derivados do processo afetam o réu com a sua citação nos termos discutidos nos números anteriores.

Não é errado entender essa hipótese como um verdadeiro caso de *tutela jurisdicional antecipada para o réu* que tem o direito de não ver demandas promovidas em seu detrimento *manifestamente* infundadas ou que não renderão ensejo a julgamento favorável ao autor (art. 295). Tutela antecipada no sentido de o réu beneficiar-se, *inclusive no plano do direito material*, com a extinção do processo liminarmente.

Sem que o réu demonstre a existência de um prejuízo *iminente e insuportável*, no sentido de que é desproporcional à dinâmica do próprio contraditório e do processo, é descabido admitir-se o agravo de instrumento destacado de início. Nesses casos, de acordo com o sistema do Código de Processo Civil, o réu deverá, em preliminar de contestação, indicar as razões pelas quais o processo não pode ter desenvolvimento regular (art. 301). O magistrado, acolhendo-as, deverá extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 267, IV a VI).

3. JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE: REJEIÇÃO DA INICIAL COM FUNDAMENTO NO ART. 295

O art. 295 ocupa-se dos casos em que a petição inicial deve ser indeferida antes mesmo da citação do réu. Trata-se, no contexto aqui examinado, do proferimento liminar de juízo *negativo* de admissibilidade daquele ato, levando o magistrado a proferir, desde logo, *sentença* (art. 162, § 1º).

O dispositivo, contudo, não é o único que admite o proferimento de juízo *negativo* de admissibilidade da petição inicial. O art. 285-A, introduzido pela Lei n. 11.277/2006, também se ocupa do assunto. Aqui, o estudo é voltado ao art. 295. O n. 3.2, *infra*, volta-se ao exame do art. 285-A.

É importante destacar que o art. 295 não deve, em todas as situações por ele previstas, conduzir necessariamente ao proferimento de um juízo

negativo de admissibilidade da inicial. Ao menos, um juízo *negativo* de admissibilidade proferido *liminarmente*, isto é, independentemente da citação do réu.

A petição inicial deverá ser indeferida quando descumprida a determinação – ou as sucessivas determinações – para que ela seja emendada ou complementada (v. n. 4, *infra*). Por mais que se defenda o princípio da instrumentalidade das formas e o da economia e eficiência processuais, não há como fugir da realidade de que o processo não pode prosseguir, isto é, o Estado-juiz não pode atuar, sem uma escoreita petição inicial que, se não primar pela técnica, pelo menos não cause nenhuma espécie de prejuízo para o exercício da ampla defesa, constitucionalmente assegurada, ao réu. Uma petição inicial que, pelo menos, deixe bem claro quem pretende o quê em face de quem e por quais razões.

Também não há como descartar, por mais afinado que se pretenda estar aos precitados princípios do processo civil, a hipótese de a inicial ser rejeitada *liminarmente*, sem que o magistrado, valendo-se do art. 284, conceda ao autor o prazo de dez dias para sanar eventuais irregularidades. Pode ocorrer, com efeito, que a petição inicial seja de todo imprestável para os fins a que se destina. Nesses casos, não vislumbrando o magistrado qualquer possibilidade de emenda, o indeferimento liminar é solução que se impõe. O resultado do exame do juízo de admissibilidade que faz sobre aquele ato é, destarte, *negativo*.

Verificando ser *insanável* um determinado vício da petição inicial não há como se cogitar da aplicação do art. 284. Os casos do art. 295, que cuida, justamente, do indeferimento *liminar* da inicial, são bastante esclarecedores a esse respeito. Basta imaginar que o magistrado verifique, quando do exame preliminar da inicial, ser, o autor, parte ilegítima para a causa (inciso II) ou que não tem interesse processual (inciso III) ou que ele decaiu de seu direito (inciso IV) ou, por força do que autoriza o art. 219, § 5º, que consumou-se a prescrição, parecendo ao juiz dispensável, pelas peculiaridades do caso, a prévia oitiva da parte sobre eventuais vicissitudes práticas da fluência daquele prazo (v. n. 2.2, *supra*). Ao juiz, em casos como estes, não é dado fazer outra coisa que não indeferir, de plano, a inicial, o que fará com fundamento no art. 267, I ou, se a hipótese for de prescrição ou de decadência, o julgamento é, por força do sistema de direito positivo, de

mérito, levando o magistrado a proferir sentença com fundamento no art. 269, IV. Trata-se, em quaisquer destes casos, de hipótese de rejeição *liminar* da inicial porque inviável qualquer convalidação do ato, a petição inicial, na forma do art. 284.

Sempre, entretanto, que a hipótese comportar a emenda, vale dizer, a *sanação do vício* que pode comprometer a validade do processo (a começar pelo exercício do direito de ampla defesa do réu), a melhor interpretação, que se mostra mais afinada aos princípios já destacados, é a que viabiliza ao autor a *emenda* da inicial para que a atividade jurisdicional até então desempenhada possa ser aproveitada e otimizada para chegar ao seu final, com a *concessão* e a *prestação* da tutela jurisdicional.

Mesmo em situações expressamente previstas no art. 295, a solução preconizada pelo parágrafo anterior deve ser prestigiada. É o que se dá, por exemplo, quando o tipo de procedimento não se compatibilizar com a natureza da demanda ou com o valor da causa (art. 295, V, expresso, aliás, quanto à *desejabilidade* da emenda); quando não atendidos os comandos dos arts. 39 e 284 (art. 295, V) ou, de modo amplo, quando a petição inicial for inepta (art. 295, I, e respectivo parágrafo único). Em todos esses casos é indesmentível ser *possível* e *desejável* ao juiz valer-se do art. 284, ensejando o que pode ser chamado de *incidente de saneamento preliminar*. Tudo para que, superados os defeitos, vícios ou irregularidades iniciais constantes da petição inicial – ato que se faz necessário para a *existência* do próprio processo, com o rompimento da inércia da jurisdição (v. n. 3.1.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) –, o processo possa desenvolver-se *validamente*.

3.1. Apelação da sentença que indefere a inicial nos casos do art. 295 (art. 296)

A decisão que indefere a petição inicial (liminarmente ou após frustrada a determinação de sua emenda) é *sentença* (art. 162, § 1º) e, por isso, o recurso dela cabível é o de *apelação* (art. 513).

A apelação, nestes casos, tem uma peculiaridade digna de destaque. Ela admite, o que é excepcional para esta classe de recursos, que o juiz *retrate-se* da decisão que proferiu, recebendo a petição inicial e determinando, conseqüentemente, a citação do réu (art. 296, *caput*), é dizer, substituindo o

juízo *negativo* de admissibilidade daquele ato por um juízo *positivo*. É o que parcela da doutrina costuma denominar de efeito *regressivo* dos recursos (Alcides de Mendonça Lima), assunto ao qual se volta o n. 4 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5.

Importa destacar, nessas condições, que, ainda quando não atendida a determinação da emenda ou complementação da inicial, não há qualquer óbice, mesmo com o proferimento da sentença, que o magistrado se convença do desacerto de sua decisão e receba a inicial. O art. 296 acaba por permitir ao magistrado uma *nova oportunidade* de verificar a idoneidade e a correção da petição inicial, caso em que poderá reformar sua sentença, recebendo-a, proferindo, destarte, juízo *positivo* de admissibilidade. O prazo de quarenta e oito horas referido pelo dispositivo é “impróprio” e, nessas condições, deve ser entendido como indicativo temporal de sua prática, não havendo, pelo seu transcurso, “preclusão para o juiz” (v. n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Se, diferentemente, o deferimento da inicial for *parcial* – extinção *parcial* do processo (art. 267, I) –, a decisão é interlocutória (art. 162, § 2º), reclamando, para reforma, a interposição de agravo que só poderá ser o de instrumento (art. 522, *caput*) pela inocuidade do agravo retido na espécie. Também aqui a *retratação* do magistrado é possível por força do art. 529, assunto ao qual também se volta o n. 3.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5. Neste caso, a parcela não indeferida da inicial, é dizer, a parte sobre a qual o juiz proferiu o juízo *positivo* de admissibilidade, impõe o prosseguimento do processo com a citação do réu.

Na hipótese de o magistrado manter o juízo *negativo* de admissibilidade da petição inicial, o parágrafo único do art. 296 dispõe que os autos do processo serão “imediatamente encaminhados ao tribunal competente”, é dizer: o recurso é processado *sem* a citação do réu, que só será realizada quando os autos estiverem de volta à primeira instância, *se* o recurso for provido, isto é, se o autor obtiver, perante o Tribunal, o juízo *positivo* de admissibilidade, razão de ser de seu inconformismo.

Questão interessante que se põe sobre a regra diz respeito à sua constitucionalidade quando contrastada com o princípio do contraditório e da ampla defesa: uma vez recebida a petição inicial em grau de recurso e determinada a citação do réu, pode ele arguir em contestação (art. 301) a

mesma matéria que levou ao indeferimento liminar daquela petição? A hipótese já foi examinada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (AI-AgR 427.533/RS, rel. Min. Cezar Peluso, j.m.v. 2.8.2004, DJ 17.2.2006, p. 55) que a ela deu resposta positiva. A admissão de que a matéria seja renovada em juízo, a despeito da decisão anterior, é a única forma que o Plenário daquele Tribunal encontrou para manter íntegra a incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa na espécie. A orientação tem a concordância deste *Curso*.

Se não houver recurso apresentado pelo autor ou se ele for rejeitado, é importante que o réu tenha ciência do *processo*. Ele não será *citado* porque, em uma e em outra hipótese, processo já não há mais. É fundamental, contudo, que ele seja cientificado do ocorrido até para que possa, eventualmente, poder opor o quanto ocorrido a um *novo* processo inaugurado pelo autor. Deve se dar interpretação ampla ao disposto no art. 219, § 6º, que se ocupa de apenas uma das hipóteses de juízo *negativo* da petição inicial disciplinadas pelo art. 295, a do inciso IV, decadência ou prescrição. Se é certo que, naqueles casos, há coisa julgada material a empecer, como pressuposto processual *negativo*, a formação de um novo processo – como se verifica também para os casos do art. 285-A (v. n. 3.2, *infra*), nos demais, posto não ser correto impedir a formação de um *novo* processo (art. 268), é importante ter presente que haverá, quando menos, *prevenção* do juízo nos moldes dos incisos II e III do art. 253 (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I).

3.2. O indeferimento da petição inicial nos casos do art. 285-A

Como adiantado pelo n. 3, *supra*, o art. 285-A, incluído pela Lei n. 11.277/2006, ocupa-se de disciplinar outras situações em que a petição inicial pode ser liminarmente indeferida, isto é, proferido juízo *negativo* de admissibilidade antes mesmo da citação do réu.

De acordo com o dispositivo, cabe ao juiz proferir sentença *liminar* de improcedência do pedido “quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”.

O art. 285-A deve ser compreendido na busca de maior racionalidade e celeridade na prestação jurisdicional, *eficiência*, em última análise, nos

casos em que há decisão *desfavorável* à tese levada nova e repetitivamente para solução perante o Estado-juiz.

Por esta razão é que o art. 285-A deve ser entendido como uma forma de debelar o que a prática judiciária costuma denominar, com frequência, de “processos repetitivos”, em que o que se discute basicamente é uma *mesma tese jurídica* aplicada a uma *mesma situação fática* que em si mesma considerada não desperta maiores dúvidas ou indagações das partes e do próprio magistrado. Uma situação fática que não aceita ou não apresenta peculiaridades dignas de destaque.

Trata-se, por isso mesmo, de idêntico contexto normativo em que gravitam diversos outros dispositivos do Código de Processo Civil, como o § 3º do art. 475, o § 1º do art. 518, o parágrafo único do art. 120, o parágrafo único do art. 481 e o mais amplo deles, o art. 557 e respectivo § 1º-A, que permitem uma verdadeira abreviação do procedimento naqueles casos em que já existem precedentes jurisprudenciais consolidados o suficiente para permitirem que se anteveja a sorte daquele que pede tutela jurisdicional ao Estado-juiz. Neste sentido, o art. 285-A pretende que seja aplicada à *mesma* questão jurídica a *mesma* resposta jurisdicional, providência que, analisada deste ponto de vista, só pode merecer os melhores aplausos porque assegura, reconhecida a *identidade de situações*, uma escorreita incidência do princípio da *isonomia*, que também é parte integrante do “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

O dispositivo está a autorizar, por isso mesmo, um caso, até então inédito, de “improcedência *liminar*” do pedido do autor. O juiz, tão logo receba a petição inicial, tem condições de verificar que o autor não tem o direito que reclama ter e, por isso, à falta de qualquer peculiaridade ou especialidade do caso concreto, indefere a petição inicial com fundamento no art. 269, I, por força do que lhe autoriza o art. 285-A.

Há ampla discussão em sede de doutrina acerca da constitucionalidade do dispositivo. Muitos têm sustentado que a regra agride os princípios do duplo grau de jurisdição (v. n. 8), do contraditório (v. n. 5), da ampla defesa (v. n. 6), do devido processo legal (v. n. 4), da isonomia (v. n. 10), da segurança jurídica (v. n. 5, todos do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e, até mesmo, do direito de ação (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1).

São estes, com efeito, os fundamentos que o Conselho Federal da OAB empregou para ajuizar a ADI 3.695/DF visando à declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. O processo foi distribuído originalmente para o então Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, e aguarda designação de data para julgamento pelo Plenário daquele Tribunal. O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) requereu seu ingresso no processo na qualidade de *amicus curiae* pugnando pela *constitucionalidade* do dispositivo. Na visão do Instituto, a regra aplica escorreitamente os referidos princípios constitucionais, dando ênfase ao da *eficiência* processual.

O entendimento sustentado pelo Instituto é o mais correto porque é o mais fiel à compreensão do escorrito *funcionamento* dos princípios constitucionais, tema ao qual se voltou o n. 2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1. Um tal entendimento, contudo, não significa dizer que a aplicação *ótima* do dispositivo não *deva conduzir* os diversos juízes a promoverem *amplo e prévio* debate, com os mais variados segmentos da sociedade civil e do próprio Estado, acerca da fixação da tese jurídica que viabiliza o juízo *negativo* de admissibilidade da petição inicial nas condições autorizadas pelo art. 285-A. A fixação da tese jurídica, da “sentença padrão”, *após* este debate é, ela própria, reflexo da escorrita aplicação dos princípios constitucionais colocados em xeque na referida ação direta de inconstitucionalidade.

3.2.1. Matéria controvertida unicamente de direito

Sem prejuízo das considerações sobre a *constitucionalidade* do art. 285-A, é mister interpretá-lo para aplicá-lo, objetivo deste e dos números seguintes.

O primeiro pressuposto que o dispositivo reclama para sua incidência é que a questão jurídica, a tese jurídica, *predomine* sobre eventuais questões de fato. É isto que deve ser entendido como “matéria controvertida unicamente de direito”. São aqueles casos que se caracterizam muito mais pela questão jurídica do que por qualquer peculiaridade fática. É o que se dá, entre outros, com os casos de complemento de aposentadoria,

inconstitucionalidade de tributo; abusividade de uma específica cláusula de contrato de adesão ou índices de correção monetária.

São situações em que a prática do foro levará, sempre e em qualquer caso, ao “julgamento antecipado da lide” (art. 330, I), justamente porque a questão a ser resolvida é “unicamente” (leia-se: *predominantemente*) de direito, porque os fatos, em si mesmos considerados, nada têm de peculiar ou característico. Eles são *constantes* porque têm, por definição, a *mesma origem*. Fosse o caso examinado em contexto diverso, do “direito processual civil coletivo” (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), não haveria por que recusar, à espécie, o tratamento que o nosso sistema dá aos interesses e direitos *individuais homogêneos*, tais quais previstos pelo art. 81, parágrafo único, III, da Lei n. 8.078/1990, o “Código do Consumidor”. Por isso mesmo, referir-se ao art. 285-A como forma de tutelar mais racionalmente os “processos de massa” ou “processos repetitivos” é não só adequado mas ilustrativo da realidade a ele subjacente.

Não é desnecessário acentuar que não há, propriamente, uma questão *unicamente* de direito no sentido que consta da regra aqui comentada. Ela, a questão, é, no máximo, *predominantemente* de direito porque a mera existência de um autor, de um réu e de um substrato fático que reclama a incidência de uma norma jurídica já é suficiente para que haja questão de *fato* no caso concreto. Mas, e aqui reside o que releva para compreensão do art. 285-A, esta questão de fato é alheia a qualquer questionamento, a qualquer dúvida, ela é *padronizada* ou, quando menos, *padronizável*; ela, a situação de fato, não traz, em si, maiores questionamentos quanto à sua existência, seus contornos e seus limites. O que predomina, assim, é saber qual o direito aplicável sobre aqueles fatos que não geram dúvidas, que não geram controvérsia possível ou séria entre as partes e perante o juiz.

É este o mesmo contexto em que deve ser entendida a menção, pelo dispositivo, a “casos idênticos”. Não há como admitir que eles sejam os referidos pelos §§ 1º a 3º do art. 301 porque, se fossem, o caso seria de extinção do processo *sem* resolução de mérito, com fundamento no art. 267, V, pela ocorrência, consoante o caso, de litispendência ou de coisa julgada (v. n. 3.1.3 do Capítulo 1 da Parte V). Os “processos repetitivos” regradados pelo art. 285-A são identificados pela repetição de uma mesma *tese* jurídica

e não porque são as mesmas partes litigando entre si pelas mesmas razões e para os mesmos fins.

3.2.2. Sentença de total improcedência em casos idênticos

A aplicação do art. 285-A exige também a circunstância de “no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”.

O que chama a atenção no particular é que o art. 285-A elegeu diverso paradigma de padronização das demandas repetitivas, dos chamados “processos repetitivos” se comparados com dispositivos que, de uma forma ou de outra, desempenham papel bastante próximo a ele no Código de Processo Civil. Com efeito, a análise dos dispositivos destacados no n. 3.2, *supra*, revela que o paradigma que autoriza a atuação do julgador, e, nesta perspectiva, evita a prática de atos processuais desnecessários, já que o desfecho da causa, do incidente ou do recurso é, de antemão, conhecida, tem fundamento no entendimento consolidado e reiterado, sumulado ou, quando menos, predominante, dos Tribunais Superiores (STF e STJ) ou, quando menos, do Tribunal recursal respectivo (Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais).

A melhor interpretação para o dispositivo, assim, é a de que, sistematicamente, a “sentença do juízo” nele referida é que ela seja a sentença que aplique, em cada caso concreto, o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores ou, quando menos, dos Tribunais recursais respectivos. Trata-se de uma forma segura (e objetivamente constatável) de assegurar o *amplo e prévio* contraditório a que fez referência o n. 3.2, *supra*. É o entendimento que acabou sendo prestigiado pela 4ª Turma do STJ em bem lançado voto do Min. Luis Felipe Salomão, do qual se lê o seguinte trecho: “A bem da verdade, permitir que se profiram decisões contrárias a entendimentos consolidados, ao invés de racionalizar o processo, seguramente acaba por fomentar o inconformismo da parte vencida e contribui com o patológico estado de litigiosidade verificado atualmente” (REsp 1.109.398/MS, j.un. 16.6.2011, DJe 1.8.2011). Trata-se do entendimento que acabou prevalecendo no âmbito daquele Tribunal, como fazem prova as seguintes decisões: STJ, 2ª Turma, REsp 1.279.570/MG, rel.

Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 8.11.2011, DJe 17.11.2011 e STJ, 3ª Turma, REsp 1.225.227/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 28.5.2013, DJe 12.6.2013.

Trata-se, contudo, mesmo que descartada a interpretação proposta pelo parágrafo anterior, de sentença de improcedência, que *rejeita* o pedido do autor, isto é, proferida com fundamento no art. 269, I. É sentença que declara que o autor não tem o direito que afirma ter na sua petição inicial. E total improcedência só pode ser entendida como rejeição *total* do pedido do autor. O autor, dirá a sentença, não tem direito nenhum, nada do que ele afirma (e comprova) com sua petição inicial merece guarida perante o Estado-juiz. Se a “sentença anterior” for de cunho processual, a hipótese é suficientemente regida pelo art. 295 (v. n. 3, *supra*).

Importante compreender que a “total” improcedência de que trata o art. 285-A pode receber variantes de acordo com as situações concretas sem que isto, por si só, afaste a aplicação do dispositivo. Assim, o dispositivo deve ser aplicado mesmo que haja cumulação de pedidos e um só deles tiver recebido reiteradas decisões desfavoráveis ao seu acolhimento. A hipótese é de rejeição *parcial* da petição inicial, prosseguindo-se o processo com a citação do réu para defender-se do pedido (ou pedidos) não rejeitado (v. n. 3, *supra*). Também esse entendimento foi vencedor no mesmo REsp 1.109.398/MS mencionado anteriormente.

3.2.3. Repetição da sentença de improcedência

Nos casos de aplicação do art. 285-A, basta que a sentença anterior, a paradigmática, a que justifica a “improcedência *liminar*”, seja “reproduzida” nos autos do processo. Esta reprodução da sentença anterior deve ser entendida, em nome dos princípios da economia e da eficiência processuais, amplamente. Uma mera cópia “autenticada”, pelo próprio juiz ou pelo escrivão, da sentença anterior é capaz de atender o comando legal. Em tempos de informática, não há como recusar, até mesmo, que o magistrado se limite a “imprimir” a sentença já proferida – a “sentença paradigmática” – para o *novo* caso.

O que deve ser feito – e quanto a isto o dispositivo não é claro – é que o juízo prolator da sentença diga por que o “processo *novo*” admite sua rejeição liminar nos moldes do art. 285-A, providência inafastável à luz do

“modelo constitucional do processo civil” (princípio da motivação, art. 93, IX, da Constituição Federal; v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), o que o levará, em qualquer caso, a *justificar* concretamente a aplicação da regra. Terá de dizer, portanto, que o caso não traz, em si, nenhuma diferença em relação aos demais já julgados, motivando, *neste sentido*, o seu proceder.

Destarte, não é obrigatória, a *juntada* de cópia da anterior sentença. É bastante que a sentença proferida com fundamento no art. 285-A faça menção a sentença ou sentenças anteriores *transcrevendo* trechos pertinentes seus, explicando por que elas se aplicam ao caso, tal qual propõe o parágrafo anterior. Com a iniciativa, justifica-se suficientemente a incidência da abreviação procedimental contida naquele dispositivo legal e, ao mesmo tempo, o desfecho adotado pela sentença que o aplica. É o entendimento que prevaleceu no âmbito da 3ª Turma do STJ (REsp 1.086.991/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 16.8.2011, DJe 6.9.2011) e vem sendo acolhida pela 1ª Turma (AgRg no Ag 1.406.803/PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 25.10.2011, DJe 28.10.2011) e pela 2ª Turma (AgRg no AREsp 153.180/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 12.6.2012, DJe 26.6.2012) daquele mesmo Tribunal.

3.2.4. A apelação do autor

O § 1º do art. 285-A é expresso em admitir o cabimento do recurso de apelação da sentença que profere o juízo *negativo* de admissibilidade aqui discutido. A exemplo do que o parágrafo único do art. 296 admite, também aqui a apelação, *excepcionalmente*, tem efeito *regressivo*, é dizer, admite que o magistrado volte atrás na sua decisão, proferindo juízo *positivo* de admissibilidade, determinando-se a citação do réu. O prazo *impróprio* para tanto, de acordo com a regra, é de cinco dias.

Se o juiz, mercê da apelação, proferir juízo *positivo* de admissibilidade da petição inicial, determinará a citação do réu com observância e para os fins do art. 285 (v. n. 2.1, *supra*).

3.2.5. A citação do réu

O § 2º do art. 285-A dispõe que, na hipótese de ser mantida a sentença, isto é, caso prevaleça o juízo negativo de admissibilidade da petição inicial,

será ordenada a citação do réu para responder ao recurso, vale dizer, para apresentar contrarrazões ao recurso de apelação.

A regra difere, no particular, do parágrafo único do art. 296 (v. n. 3.1, *supra*), determinando que o contraditório e ampla defesa se verifiquem perante o juízo *a quo*, quando do recebimento e processamento da apelação. O *diferimento* da incidência daqueles princípios nos casos regidos pelo art. 285-A, destarte, é mais tênue que na hipótese daquele outro dispositivo.

O réu, citado, passa a integrar o processo para todos os fins. Diferentemente do que ocorre, normalmente, não se espera dele que apresente, desde logo, as “respostas” a que se refere o art. 297 (v. n. 2.4 do Capítulo 3). Ele deve limitar-se a responder o recurso de apelação do autor, adaptando-se, para este fim, o mandado de citação. Na hipótese de o recurso ser provido, isto é, acolhido, é imperioso que seja aberto prazo para que o réu, perante a primeira instância, apresente as respostas que entender pertinentes. Aqui, contudo, considerando que ele já integra o processo para todos os fins, ele fica vinculado ao que já foi decidido e às questões, mesmo que de ordem processual, que já tenham sido expressamente enfrentadas e rejeitadas. Aplica-se, à espécie, o comando do art. 473.

A aplicação do disposto no § 3º do art. 515 à espécie, isto é, a viabilidade de, recebendo a petição inicial, dar-se pela *procedência* do pedido de tutela jurisdicional do autor, depende de o réu ter exercitado sua *plena* defesa e, por isso, deve ser descartada aprioristicamente. O assunto é enfrentado pelo n. 8.1 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5.

Caso não seja interposto recurso pelo autor, a sentença transita em julgado. Dela deverá ter ciência o réu, por força do que determina o art. 219, § 6º, que deve ser aplicado à espécie. É importante que assim seja para que o réu, ciente do ocorrido independentemente de sua *citação* (o que, vale a pena o destaque, pressupõe que o autor apele da sentença), possa opor-se a qualquer nova investida jurisdicional do autor, alegando (e comprovando) a anterior coisa julgada, até mesmo com vistas ao que dispõe o inciso III do art. 253 (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I).

4. JUÍZO NEUTRO DE ADMISSIBILIDADE: EMENDA OU COMPLEMENTAÇÃO DA

PETIÇÃO INICIAL

Por força dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia e eficiência processuais – verdadeiros vetores de toda interpretação das regras processuais civis, em especial no que diz respeito à prática de *atos processuais* – é imperioso dar-se destaque ao entendimento de que melhor do que o indeferimento da petição inicial é a tentativa de se aproveitar ao máximo o ato processual praticado pelo autor. Trata-se, claramente, de atividade de cunho *preponderantemente* saneador a ser exercida antes mesmo do *recebimento* da petição inicial. Até porque a petição inicial, por mais formal e importante que seja para a existência e desenvolvimento regular do processo, não deixa de ser um *ato processual*, cuja validade e *proveitabilidade* devem seguir a orientação geral de todo o sistema processual civil (arts. 244 e 250; v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

O que a lei autoriza no art. 284 é que o juiz, verificando que a petição inicial deixa de cumprir alguma exigência legal (arts. 282 e 283) e constatando que o não cumprimento pode acarretar alguma nulidade processual ou dificultar o exercício da ampla defesa do réu, determine sua *emenda* ou *complementação*, vale dizer, sua correção, seu saneamento, superando-se, assim, os defeitos que são perceptíveis desde logo. Trata-se, por isso mesmo, de um juízo *neutro*, verdadeiramente intermediário, da petição inicial. O juiz, nestes casos, nada diz sobre o pedido de tutela jurisdicional pretendido pelo autor. Limita-se a adverti-lo de que a provocação da jurisdição deixou de observar as formas minimamente exigidas pela lei (que, neste contexto, são garantias do desenvolvimento válido do próprio processo) e que, para aquele fim, impõe-se a superação do obstáculo.

A *necessária* incidência dos precitados princípios na espécie quer significar que não há como negar que uma petição inicial, por mais defeituosa que ela possa ser, não deixa de ser um ato jurídico que tem, pelo menos em tese, aptidão para gerar efeitos e consequências processuais desejadas pelo autor. Essa vontade de romper a inércia da jurisdição deve ser prestigiada. Evidentemente, se existem defeitos e irregularidades na *manifestação de vontade*, eles devem ser superados, até para que a *vontade* do autor não cause qualquer dificuldade no exercício do direito de defesa do réu, de fundamento constitucional. No entanto, melhor do que recusar-se, o

magistrado, a extrair, daquela manifestação de vontade, o que ela tem de aproveitável, é determinar a *emenda* da petição inicial, dando-se ampla aplicação prática ao art. 284. Se, contudo, o defeito não for passível de atividade saneadora, o juízo *negativo* de admissibilidade da petição inicial é irrecusável (v. n. 3, *supra*).

Não basta, contudo, que o magistrado se limite a determinar que o autor emende ou complemente a inicial no prazo de dez dias. É fundamental que o magistrado indique o que deve ser emendado ou complementado e por que a emenda se impõe na espécie. Errada e agressiva àquele “modelo” a prática corriqueira de se determinar a emenda à inicial sem qualquer motivação e, sobretudo, sem indicar o que deve ser objeto de correção ou complementação. É mister que se estabeleça, entre juiz e advogado do autor, um verdadeiro *diálogo* para que eventuais falhas formais na elaboração da inicial sejam supridas na maior brevidade possível, viabilizando, com isso, a determinação de citação do réu e o desenvolvimento válido do processo com vistas à prestação da tutela jurisdicional.

É inconcebível, sobretudo à luz do “modelo constitucional do processo civil”, especificamente em virtude do princípio do contraditório considerado no contexto a que faz referência o n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, que *também* se dirige ao juiz e ao autor, que a determinação da emenda à inicial seja vista como um “jogo dos sete erros”, em que o advogado do autor tem que identificar o que ao juiz parece insuficiente à luz da lei processual, mas que, para ele, é suficiente. De forma bem direta: é fundamental que o juiz, ao valer-se do art. 284, diga ao autor o que, em específico, deve ser objeto de emenda na inicial: se faltou o cumprimento adequado de algum requisito do art. 282 (assim, por exemplo, se o pedido não é certo ou determinado; se o pedido ou a causa de pedir não estão suficientemente claros; se a cumulação dos pedidos não é, no caso, admitida) ou do art. 283 porque falta a apresentação de documento tido como *indispensável* porque *substancial* à demanda (certidão de casamento em divórcio litigioso, por exemplo) ou *fundamental* (contrato de mútuo na demanda que pretende a cobrança dos valores devidos pelo réu).

Quando o defeito encontrado na inicial disser respeito, especificamente, à representação processual do autor (ausência de contrato ou de estatuto social, por exemplo), tem aplicação o art. 13. Como o dispositivo limita-se a

determinar a “suspensão” do processo e a fixação de um prazo *razoável* para que o vício seja sanado, não há qualquer inconveniente de que o prazo seja o *mesmo* de dez dias a que se refere o art. 284. Eventual necessidade de *dilação* deve ser examinada caso a caso (assim quando o contrato social precisar ser traduzido para o vernáculo para os fins do art. 157) e sempre *justificada* (por exemplo, quando for impossível o cumprimento da diligência no prazo de dez dias).

A ausência de procuração do advogado é regida, especificamente, pelo art. 37 e pelo art. 5º, § 1º, da Lei n. 8.906/1994, afastando-se da regra dos dez dias do art. 284.

Se o defeito da petição inicial repousar na incompatibilidade entre o procedimento e a “natureza da causa” ou o valor indicado, também não é dado ao juiz extinguir o processo desde logo. O art. 295, V, que prevê expressamente a hipótese, impõe que o indeferimento só se concretize se o autor *não* puder adaptar a inicial ao “procedimento legal”. À falta de regras específicas, deve prevalecer o sistema do art. 284.

O juiz pode também, no exame da inicial, determinar o desmembramento do litisconsórcio nos termos e para os fins do parágrafo único do art. 46, assunto ao qual se volta o n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte VII.

4.1. Emendas sucessivas

Não há qualquer vedação para que o descumprimento, total ou parcial, da determinação de emenda da inicial leve o magistrado a determinar, uma segunda vez, que os defeitos e as irregularidades sejam supridos pelo autor. Também não pode ser afastada a circunstância de um exame mais atento da inicial, mesmo que já tivesse determinado emendar a inicial, levar o mesmo magistrado a determinar *outra* emenda, visando a que seja suprido um vício que não havia notado anteriormente. O norte dessas emendas – sucessivas, se for o caso – é o de afastar na medida do possível e o quanto antes qualquer pecha de irregularidade que possa gerar, ao longo do processo, desperdício de atividade jurisdicional com eventual prejuízo para o exercício do direito de defesa do réu.

4.2. Prorrogação do prazo

Embora a parte final do *caput* do art. 284 e seu parágrafo único sejam inequívocos quanto ao indeferimento da petição inicial quando não supridas eventuais irregularidades ou defeitos no prazo de dez dias, o entendimento mais acertado – fortemente prestigiado em sede jurisprudencial (assim, v.g.: STJ, 2ª Seção, REsp 1.133.689/PE, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 28.3.2012, DJe 18.5.2012 – Recurso Especial Repetitivo) – é que é dada ao magistrado a possibilidade de prorrogar aquele prazo, *dilatatório* e não *peremptório*. Deve-se afastar, em nome de um interesse maior, de inspiração publicista, o rígido sistema das preclusões na hipótese, pois que, em última análise, não há qualquer espécie de prejuízo para o réu que a formulação da petição inicial seja a mais escorreita possível. Prejuízo para ele e, especificamente, para o exercício de sua defesa ocorreria na hipótese inversa, qual seja, a de uma petição inicial irregular, que desatende às prescrições legais, ser recebida sem quaisquer ressalvas.

Nesse sentido, porque a petição inicial é que põe, em primeiro plano, o desenho do litígio a ser resolvido, com ânimo de definitividade, pelo juiz, nada há de errado em que o prazo de dez dias seja prorrogado, consoante as circunstâncias do caso concreto.

Evidentemente que o anseio do juiz em melhor prestar a jurisdição não pode se converter em uma espera imotivada e desnecessária por diligências a serem tomadas pelo autor. Pode – e deve – o juiz fixar novos prazos que lhe pareçam razoáveis para que os defeitos e as irregularidades sejam sanados e, diante das circunstâncias concretas, pode ele, em seu silêncio ou em sua omissão, indeferir a inicial. Caso suspeite que a hipótese assemelhasse ao “abandono” da causa, impõe-se a intimação da parte pessoalmente (vale dizer, do autor e não de seu advogado constituído) nos termos e para os fins do art. 267, § 1º.

Uma vez supridas as deficiências que poderiam comprometer a regularidade do processo desde seu início, cabe ao magistrado proferir juízo *positivo* de admissibilidade à petição inicial e determinar a citação do réu, quando deverão ser observadas as considerações do n. 2.1, *supra*.

CAPÍTULO 3

Defesas do réu

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Capítulo 4 da Parte III do vol. 1 deste *Curso* voltou-se à exposição panorâmica do tema “defesa”, tratando-o, à luz do “modelo constitucional do processo civil”, como um dos temas fundamentais do direito processual civil. Ao mesmo tempo em que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, consagra o “direito de ação” (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), o inciso LV do mesmo art. 5º garante o “direito à ampla defesa” (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Pelas razões lá apresentadas, é importante compreender a *defesa* como o direito subjetivo público de o réu resistir à pretensão do autor tendente à obtenção, ele próprio, de tutela jurisdicional consistente na rejeição do pedido autorial. Assim compreendida, a ênfase da *defesa* reside na *resistência* do réu ao pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor é, neste sentido, a contraface do direito de ação.

A defesa do réu, contudo, pode (e deve, desde sua perspectiva constitucional) ser exercitada em diferentes planos. Há exercício de defesa pelo réu quando ele questiona a regularidade da atuação do autor em juízo (falta de condições da ação) ou do próprio Estado-juiz (falta de pressupostos processuais de existência ou de validade ou presença de pressupostos processuais negativos), hipóteses em que o réu obterá “sentença processual” como as dos incisos VI, V e IV do art. 267, respectivamente (v. ns. 3.1.3 e 3.1.4 do Capítulo 1 da Parte V). Há exercício de defesa também quando o réu pretende a rejeição do pedido do autor e, conseqüentemente, a prestação da tutela jurisdicional em seu favor, hipótese que comporta o proferimento da sentença a que se refere o art. 269, I (v. n. 3.2.1 do Capítulo 1 da Parte V). Neste caso, importa acrescentar, a incidência da “coisa julgada *material*” garante ao réu a imunização do quanto decidido de ulteriores discussões (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V).

Para o capítulo presente, põe-se o dever de analisar como o Código de Processo Civil trata das *formas* de apresentação da defesa no procedimento ordinário.

O art. 297 dá a entender que as únicas “defesas” – o Capítulo II do Título VIII do Código de Processo Civil é denominado “da resposta do réu” – a serem ofertadas pelo réu quando citado para responder ao pedido de prestação de tutela jurisdicional formulado pelo autor são a “contestação”, as “exceções” e a “reconvenção”. O dispositivo é, contudo, insuficiente para albergar todos os comportamentos que o réu pode assumir.

Além de oferecer contestação, exceção ou reconvenção, o réu poderá também formular o “pedido incidental de declaração” (arts. 5º e 470), requerer o desmembramento do “litisconsórcio” (art. 46, parágrafo único), “nomear à autoria” (arts. 62 a 69), “denunciar a lide” (arts. 70 a 76) “chamar ao processo” (arts. 77 a 80), oferecer “impugnação ao valor da causa” (art. 261), apresentar o incidente de falsidade disciplinado pelos arts. 390 a 395, pretender que o autor ou que terceiro exiba documento ou coisa que esteja em seu poder em juízo (arts. 355 a 363) ou, ainda, requerer os benefícios da justiça gratuita (art. 6º da Lei n. 1.060/1950) ou impugnar aqueles pleiteados e concedidos pelo autor (art. 4º, § 2º, da Lei n. 1.060/1950). Poderá também, simplesmente, omitir-se de apresentar qualquer manifestação, qualquer *resposta*, qualquer *defesa*, hipótese na qual ele será considerado “revel” (art. 319). Ele pode também, em extremo oposto, comparecer em juízo para “reconhecer a procedência do pedido” (art. 269, II), isto é, para aceitar, perante o magistrado, as consequências jurídicas que pretende o autor em sua petição inicial.

Este capítulo volta-se ao estudo da contestação, das exceções e da reconvenção. O seguinte ao exame dos demais comportamentos que o réu pode assumir quando citado.

2. CONTESTAÇÃO

A contestação pode e deve ser compreendida como a contraposição formal ao direito de ação tal qual exercido pelo autor e materializado na petição inicial. A contestação, neste sentido, contrapõe-se à petição inicial. A contestação é que veicula o direito de defesa; é ela que exterioriza perante o Estado-juiz o exercício daquele direito; assim como o “direito de ação” do

autor é veiculado pela petição inicial. Ela se justifica, portanto, não só em função dos princípios da “ampla defesa” e do “contraditório”, mas também pelo próprio princípio da “isonomia” e do “acesso à justiça”.

A contestação é a forma mais ampla da defesa do réu; é, por excelência, o instante procedimental em que se espera que ele traga todas as alegações, de cunho material e de cunho processual, que, de alguma forma, possam ser significativas para o magistrado não prestar a tutela jurisdicional pretendida pelo autor.

A contestação não deve ser entendida, apenas, como o instante procedimental em que o réu concentra suas alegações de defesa em face do autor. É nela também que ele deve produzir, desde logo, a prova documental que tiver em seu poder (art. 396), inclusive, se for o caso, com vistas à dispensa da necessidade de prova pericial (art. 427; v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte IV). Não que o réu não possa, depois daquele ato, juntar outros documentos mas, de acordo com o art. 397, estes documentos têm que ser *novos*, assim entendidos os documentos destinados a provar fatos que ocorram depois da contestação ou como contraposição àqueles apresentados ao longo do processo. Fazem-se pertinentes, por isso, as mesmas considerações já feitas pelo n. 9.1 do Capítulo 1 com relação à petição inicial. Ao assunto dedica-se, ainda, o n. 3 do Capítulo 5 da Parte IV.

É na contestação que o réu veicula defesas que dizem respeito, não apenas e tão somente, ao plano do direito *material*, isto é, ao conflito de interesses narrado pelo autor, mas também defesas relativas ao próprio plano do *processo* e à *ação* nele exercida e exercitável pelo autor. Com efeito, o réu pode arguir eventuais defeitos que ele próprio localize na provocação do Estado-juiz (ausência de condições da ação) ou com relação à atuação do Estado-juiz (ausência de pressupostos processuais de existência ou de validade ou presença de algum pressuposto processual negativo). A possibilidade de *cumulação* de defesas, relativas ao próprio processo e ao direito material conflituoso, dá ensejo ao chamado princípio da “concentração da defesa” ou da “eventualidade” construído a partir dos arts. 300 e 301. Também incide na contestação, por força do que dispõe o art. 302, o chamado princípio da “impugnação especificada”.

É importante analisar mais detidamente estes princípios e o significado de sua incidência prática na contestação, dando concretização, destarte, ao que

já foi tratado no n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1, quando do exame dos princípios *infraconstitucionais* do processo civil.

2.1. O princípio da concentração da defesa

O chamado “princípio da concentração da defesa” deve ser entendido como a necessidade de o réu arguir toda a defesa possível, relativa ao plano do processo e ao plano material, na *mesma* oportunidade. A hipótese não pode ser tratada como mero *ônus* para o réu. Trata-se, mais, de um verdadeiro *dever*. Fosse um verdadeiro ônus e o réu perderia o direito de arguir a defesa em oportunidade ulterior do processo, em outra fase do procedimento. Isto, contudo, não é a regra; é a exceção e, mesmo que a falta de arguição pelo réu de defesa que deveria fazê-lo desde a primeira oportunidade que se manifesta no processo (contestação) possa lhe acarretar as sanções previstas no art. 267, § 3º, é melhor não entender que a incidência do princípio aqui examinado gere para ele um mero *ônus*. A noção de ônus no plano do processo deve ficar restrita a temas que, por sua própria natureza, sejam *disponíveis* para os litigantes em geral. Não é o que se dá com a contestação e, mais amplamente, com as defesas do réu, embora, nos casos em que haja margem daquela disponibilidade – as “exceções” (v. n. 2.2, *infra*) –, não há como recusar que o *dever* de o réu concentrar toda a sua defesa no primeiro instante que tem para falar perante o Estado-juiz seja *também* um *ônus* para ele.

Por tais razões, este *Curso* prefere referir-se ao “princípio da concentração da defesa” como um verdadeiro *dever* que o Código de Processo Civil impõe ao réu para viabilizar, desde logo, que o *procedimento* adotado – e, por ora, o destaque é dado ao procedimento *ordinário* – possa ser adequadamente cumprido pelo Estado-juiz. Toda a matéria passível de impugnação pelo réu desde a sua citação deve ser arguida na contestação. Há, destarte, um inegável interesse público, indisponível, subjacente ao princípio aqui examinado. Como todo *princípio jurídico*, contudo, ele precisa ser entendido no seu devido contexto, com as necessárias atenuações decorrentes de outros princípios e à luz das vicissitudes de cada caso concreto.

“Toda a defesa possível, relativa ao plano do processo e ao plano material, na *mesma* oportunidade”, para fazer referência ao que abriu o

penúltimo parágrafo, deve ser entendida no *sistema* do próprio Código de Processo Civil: há específicas defesas que o Código impõe sejam veiculadas por outras *formas* que não a contestação. É o que se dá com as *exceções* de incompetência, suspeição e impedimento e com alguns dos comportamentos que são estudados nos números seguintes. Mesmo a “reconvenção”, embora não seja “defesa” no sentido tradicional do termo, isto é, resistência *passiva*, mas verdadeiro pedido de tutela jurisdicional do réu em face do autor no mesmo processo em que demandado, assume uma específica *forma* de acordo com sua disciplina codificada. Embora a “forma” em direito processual civil não possa sobrepor-se ao *conteúdo* (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), é importante, para fins de exposição, a observância da disciplina reservada pelo Código para cada um destes comportamentos do réu. É este o “temperamento” que deve ser observado com relação ao princípio aqui discutido.

O art. 303, de seu turno, traz exceção expressa ao princípio aqui discutido. De acordo com o dispositivo, é possível ao réu apresentar defesas “depois da contestação” quando se tratar de direito superveniente (inciso I), quando a matéria for passível de apreciação de ofício (inciso II) ou quando houver expressa disposição legal que autorize sua veiculação “em qualquer tempo e juízo” (inciso III).

O inciso I do art. 303 encerra a mesma diretriz que o art. 462 reserva, amplamente, para o direito processual civil como um todo: o direito superveniente, assim como os fatos, tem aptidão para interferir nos processos em curso. A tutela jurisdicional deve levar em conta o “direito”, assim entendidas as normas jurídicas, vigente à época de sua prestação, ressalvados os casos garantidos desde o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

O inciso II do art. 303 refere-se às matérias de ordem pública, isto é, aquelas que o juiz *deve* apreciar mesmo sem pedido das partes ou de quaisquer outros sujeitos do processo. A maioria das matérias processuais a serem veiculadas na contestação admitem apreciação de ofício pelo magistrado; são, tecnicamente, *objeções*, em contraposição às chamadas *exceções* (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 1). Por isso a observação feita acima.

Por fim, o inciso III do art. 303 prevê, como exceção ao “princípio da concentração da defesa”, a hipótese de haver lei que admite a alegação de determinadas matérias depois da contestação. É o que se dá, por exemplo, com os *factos* que, por qualquer razão, não eram de conhecimento do réu no instante de contestar, fatos supervenientes, portanto. É a especificação, uma vez mais, da regra mais ampla do art. 462. O réu pode alegar fatos novos, justificando por que o são, apresentando, inclusive, documentos que os comprovem, valendo-se do disposto no art. 397. O dispositivo vale-se da expressão “em qualquer tempo e juízo”, que deve ser compreendida de acordo com o sistema recursal do direito processual civil brasileiro. Para o recurso de apelação, isto é, do recurso interposto da sentença, a hipótese é admitida e expressamente prevista pelo art. 517 (v. n. 31 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5).

É correto o entendimento de que o art. 303 ocupa-se apenas aos casos de defesa de mérito (“defesas *substanciais*”; v. n. 2.3, *infra*), assim, por exemplo, nos casos de nulidades absolutas (art. 168, parágrafo único, do Código Civil), de anulabilidades (art. 177 do Código Civil) ou, até mesmo, da “decadência convencional” (art. 211 do Código Civil), porque o art. 267, § 3º, e o art. 301, § 4º, autorizam ao magistrado o conhecimento “a qualquer tempo ou grau de jurisdição” das “defesas *processuais*”, salvo o “compromisso arbitral” (v. n. 2.2.7, *infra*).

A doutrina, com base no art. 300, costuma se referir, também, ao “princípio da eventualidade”. A aplicação do princípio para o tema das defesas do réu aqui examinado não difere, contudo, do “princípio da concentração da defesa” ao qual se voltaram os parágrafos anteriores. É que também o “princípio da eventualidade” quando aplicado na contestação reflete o *dever* (pelas mesmas razões já apresentadas) de o réu arguir toda a defesa possível caso uma ou alguma delas seja rejeitada pelo magistrado. Concentra-se a defesa na *eventualidade* de alguma alegação não vir a ser acolhida pelo Estado-juiz.

Trata-se, por isso mesmo, do *mesmo* princípio já analisado, embora examinado de ângulo um pouco diverso, dando destaque, por força do paralelismo entre o “direito de ação” e o “direito de defesa” traçado pelo n. 1, *supra*, ao que ocorre na própria petição inicial. Cabe ao autor, consoante o caso, cumular pedidos de tutela jurisdicional na *eventualidade* de um ou

outro não ser concedido pelo juiz (art. 289; v. n. 7.2 do Capítulo 1). Aqui, em sede de contestação, cabe ao réu tomar a mesma atitude: suas *defesas* podem ser cumuladas (com as observações já feitas) na medida em que uma possa vir a ser rejeitada pelo magistrado.

Há um outro princípio regente da contestação usualmente referido pela doutrina como mero ônus, o da “impugnação especificada”, expressamente previsto pelo art. 302. De acordo com ele, cabe ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos alegados pelo autor em sua petição inicial sob pena de ser presumida a sua veracidade, salvo as hipóteses do parágrafo único do mesmo dispositivo. Como a compreensão do alcance deste princípio pressupõe maiores considerações sobre as chamadas “defesas *substanciais*”, seu exame é feito pelo n. 2.3, *infra*.

2.2. Defesas processuais

No plano do processo há duas relações distintas que guardam entre si relação de continente e conteúdo: este é o “mérito” (a “lide”, o “pedido”, o “objeto mediato”); aquele, o *processo*. Tal constatação, cuja demonstração é feita pelo n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, impõe que o direito de defesa seja analisado a partir de um duplo enfoque: defesas contra o *processo* e defesas contra o *mérito*. Ressalvados os casos em que a lei processual civil exige *forma* diversa (v. n. 3, *infra*), ambas devem ser apresentadas *concomitantemente* na contestação, por força dos princípios que regem aquele específico ato processual.

A contestação, portanto, volta-se à admissibilidade do processo considerado em sentido amplo (defesas no plano *processual*) e também no que diz respeito à procedência do pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor (defesas no plano *material*).

As “defesas processuais”, com as quais ocupa-se o número presente, devem ser entendidas amplamente, isto é: são as defesas relativas ao processo propriamente dito – o método pelo qual age o Estado-juiz – mas, também, as defesas relativas à específica forma de provocação deste agir, o “direito de ação”, tal qual exercido e exercitável pelo autor ao longo do processo.

Considerando que o processo (sempre considerado, para os fins presentes, *amplamente*) é o método pelo qual o Estado-juiz atua com vistas à

prestação da tutela jurisdicional que lhe foi requerida – e esta tutela jurisdicional repousa sobre um específico “bem da vida”, que está “fora” do plano do processo, que reside no âmbito do direito material – deve se entender que, por definição, as defesas processuais, todas elas, são sempre *indiretas* porque elas não dizem respeito à finalidade última da atuação jurisdicional. Elas se voltam àquilo que, por imposição do sistema, deve preceder àquele fim. Por isso é bastante comum a doutrina se referir a elas também como “defesas *peremptórias*” (art. 329), porque elas impedem, quando acolhidas, que o Estado-juiz se manifeste sobre se o autor tem ou não tem o direito que, na sua petição inicial, afirma ter, ou, “defesas *dilatórias*” (arts. 323 e 328) porque elas, quando acolhidas, impõem ao juízo a prática de determinados atos com vistas à sanção de vícios e irregularidades que podem comprometer a higidez do procedimento e do processo como um todo, de sua própria atuação em última análise. A distinção entre umas e outras assume relevo, como evidenciam os dispositivos destacados, e dela se ocupa o Capítulo 1 da Parte III a propósito do exame das “providências preliminares”.

Estas “defesas processuais” devem ser apresentadas na contestação. Como decorrência das considerações do parágrafo anterior, elas devem ser apresentadas *antes* das defesas relativas ao mérito (as “defesas *substanciais*”) e, por isso, elas são chamadas, com acerto, de “preliminares”. Para todos os fins as “defesas *processuais*” devem ser apresentadas *preliminarmente* às “defesas *substanciais*” porque, em última análise, o Estado-juiz só vai se manifestar sobre o “mérito” (sobre quem tem e quem não tem razão) na medida em que possa fazê-lo, isto é, na medida em que a jurisdição tenha sido legitimamente provocada (“condições da ação”) e desde que o *processo*, que teve início com aquela escorreita provocação, venha se desenvolvendo validamente desde então e apresente condições de assim se desenvolver até o fim (“pressupostos processuais”).

Embora todas as “preliminares” a que se referem os incisos do art. 301 sejam passíveis de apreciação de ofício pelo juiz – a única exceção é a do inciso IX, a “convenção de arbitragem”; v. n. 2.2.7, *infra* –, isto não quer dizer que o Código de Processo Civil não espere que o réu as alegue desde a primeira oportunidade que tem para falar nos autos. A circunstância, portanto, de aquelas matérias serem, tecnicamente, *objeções* (v. n. 3.2 do

Capítulo 4 da Parte III do vol. 1) não afastam do réu o *dever* de alegá-las oportunamente. Esta “primeira oportunidade” é, justamente, a apresentação da contestação. Tanto assim que o § 3º do art. 267 acentua que o réu que não alegar a falta de pressupostos processuais de existência ou de validade, a existência de pressupostos processuais negativos ou a falta de condições da ação (art. 267, IV, V e VI, respectivamente), será condenado no pagamento das “custas de retardamento”, que devem ser entendidas como as custas processuais (despesas processuais e honorários de advogado) cujo recolhimento se fez necessário desde aquele instante procedimental (a apresentação da contestação) e o proferimento da sentença que reconheça uma das hipóteses apontadas no art. 267.

O *caput* do art. 301, mormente quando lido em conjunto com o art. 300, é extremamente claro na *aplicação* das considerações teóricas às quais voltaram-se os parágrafos anteriores. O dispositivo, a bem da verdade, deixa claro ao réu ser *dever* seu que, *antes* do mérito, ele argua as defesas processuais, por isso, vale a ênfase, ser comum a referência a que aquelas matérias sejam “preliminares”: o réu deve argui-las – e todas as hipóteses lá referidas são de “defesas *processuais*” – *preliminarmente* à apresentação das “defesas *substanciais*”, as defesas relativas ao mérito, ao conflito de interesses que, de acordo com o autor, existe no plano material, externo ao processo.

O que não é claro no art. 301 é encontrar alguma justificativa convincente para a ordem das matérias referidas em seus diversos incisos. Alguns autores chegam a propor uma determinada ordem a ser seguida pelo réu em sua contestação, ora criticando, ora elogiando, total ou parcialmente, a disciplina dada pelo Código. A iniciativa, embora possa merecer elogios, é vazia de significado teórico ou prático. O que importa é entender o papel que o art. 301 desempenha na contestação e o alcance das matérias nele previstas e as consequências de elas não serem arguidas pelo réu na contestação. É para isto que se voltam os números seguintes, que se dedicam à análise de cada um dos incisos do art. 301.

2.2.1. Inexistência ou nulidade da citação

De acordo com o inciso I do art. 301, cabe ao réu referir-se à inexistência ou à nulidade da citação. O que importa destacar para o momento presente é

que se o réu *contesta* o pedido do autor, a *finalidade* da citação foi, de uma forma ou de outra, atingida. O comparecimento do réu, portanto, deve ser entendido para os fins do art. 214, § 1º. Acolhida a “preliminar”, a contestação, tal qual apresentada, é, por definição, tempestiva. Se não houve citação, sua ausência fica suprida. Se ela houve mas foi nula, porque não observou as diretrizes legais, seu vício, com o comparecimento do réu, fica convalidado.

Nada impede, contudo, que o réu não conteste quando há *nulidade* da citação. Ele pode se limitar a dirigir-se ao juiz pleiteando a devolução do prazo para apresentação da contestação. É o que lhe garante o art. 214, § 2º. Acolhendo o pedido, o prazo para citação começará a correr da data em que o advogado do réu for intimado da respectiva decisão.

2.2.2. Incompetência absoluta

O inciso II do art. 301 refere-se, apenas e tão somente, à incompetência *absoluta*, nada dispondo sobre a incompetência *relativa*. É que, para estes casos, a lei processual civil brasileira exige, do réu, que sua arguição dê-se por uma *forma* própria – a chamada “exceção de incompetência” (v. n. 3.1, *infra*) – e, conseqüentemente, afasta-a, tira-a da contestação.

A justificativa mais plausível para a distinção imposta pelo legislador está na circunstância de que a incompetência *absoluta* pode acarretar nulidade processual, vício que não se concebe nos casos de incompetência *relativa*. Assim, se o réu pretender questionar a incompetência *relativa*, a sua iniciativa deve ser *formalmente* diversa; ao contrário do que se dá com a incompetência *absoluta*. Até porque, ficando silente o réu quanto à incompetência *absoluta* do juízo, isto não impede que o próprio magistrado a declare de ofício e determine a remessa dos autos ao juízo competente (art. 113, *caput* e § 2º; v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte I).

Caso o réu não argua a incompetência absoluta na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos – e este instante é a contestação –, ele, réu, responderá pelas custas, como prescreve o § 1º do art. 113. O dispositivo refere-se, é certo, a “custas integrais” e deve ser interpretado como a responsabilidade do réu pelo pagamento das custas, aí compreendidas as despesas processuais e os honorários advocatícios, devidos até o instante procedimental em que a incompetência absoluta acabou sendo reconhecida.

Isto mesmo que, a final, seja ele, réu, o vencedor da demanda quando, não fosse sua omissão, todas as custas processuais seriam pagas pelo autor.

2.2.3. Inépcia da petição inicial

A inépcia da petição inicial, objeto de disciplina nos incisos do parágrafo único do art. 295, são aqueles casos que, rigorosamente, deveriam ter levado o magistrado a rejeitar, desde logo, a petição inicial, antes mesmo de determinar a citação do réu. É o que o n. 3 do Capítulo 2 propôs seja chamado de juízo *negativo* de admissibilidade da petição inicial, tenha ou não havido oportunidade de o autor emendar os vícios porventura identificados quando de seu primeiro exame.

O inciso III do art. 301, de qualquer sorte, autoriza que o réu, diante de uma petição inicial inepta, questione-a perante o magistrado como “preliminar de contestação”. Trata-se, em última análise, de providência que sequer poderia ter sido desprezada pela lei porque os casos de inépcia da petição inicial e, mais amplamente, todos os casos de defeito na petição inicial, tendem a comprometer, até mesmo, a higidez da defesa a ser apresentada pelo réu. É supor a hipótese em que não há pedido ou em que o pedido, tal qual feito, não deriva logicamente da causa de pedir. Como o réu pode, legitimamente, defender-se nestes casos?

Em função da incidência do princípio da concentração da defesa ou da eventualidade, contudo, é bastante comum, no dia a dia do foro, que esta “preliminar” acabe sendo afastada pelo juiz quando, não obstante algum vício que a petição inicial possa conter, ele constata que tal vício não comprometeu o exercício do direito de defesa do réu. À falta de prejuízo experimentado pelo réu, segue-se o dever de *não* pronunciar a nulidade, mesmo quando existente (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

Acolhida a preliminar, entretanto, o caso já não é mais, rigorosamente, de rejeição da petição inicial (art. 267, I, c/c art. 295, I) mas, diferentemente, de extinção do processo sem resolução de mérito por lhe faltar um pressuposto processual de validade (art. 267, IV).

2.2.4. Perempção, litispendência e coisa julgada

Os incisos IV, V e VI do art. 301 comportam tratamento conjunto. Pelas razões expostas, com o vagar necessário, pelo n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte

III do vol. 1 deste *Curso*, estas três figuras devem ser entendidas como “pressupostos processuais *negativos*”, isto é, aqueles que, uma vez ocorrentes, inibem o desenvolvimento do processo, exigem, a bem da verdade, que o “novo” processo – a nova atuação do Estado-juiz – seja extinto para não comprometer, em última análise, a segurança jurídica derivada de provocações anteriores e de seus resultados.

Os dispositivos aqui examinados são representativos de que o réu tenha condições de saber se o mesmo autor já investiu contra ele anteriormente com relação à *mesma causa de pedir* e formulando o *mesmo pedido*, nas definições dadas pelos §§ 1º a 3º do art. 301.

O que vale destacar, para o número presente, é que a Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre o chamado “processo eletrônico”, traz interessante dispositivo sobre o assunto segundo o qual os sistemas que serão desenvolvidos pelo Poder Judiciário para que o Estado-juiz possa atuar “eletronicamente”, isto é, sem a documentação de seus atos em *papel*, “devem buscar identificar os casos de ocorrência de prevenção, litispendência e coisa julgada” (parágrafo único do art. 14), iniciativa que merece aplausos.

Para a mesma finalidade é que os ns. 3.1 e 3.2.5 do Capítulo 2 propõem que, independentemente do motivo que conduz o magistrado ao indeferimento liminar da petição inicial nos casos do art. 295 ou do art. 285-A, o réu tenha *sempre* ciência do processo, dando-se interpretação ampla ao disposto no art. 219, § 6º.

2.2.5. Conexão

A conexão é fator de *modificação* da competência de um juízo para outro, o *prevento*, nos casos disciplinados pelos arts. 106, 219 ou 253 (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I). Cabe ao réu arguir, comprovando, a ocorrência da conexão na hipótese, requerendo a remessa dos autos ao juízo competente.

Não obstante a literalidade da regra, também a *continência* (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte I) comporta alegação em sede de preliminar de contestação, dada a identidade de regimes jurídicos.

Como a conexão e a continência dizem respeito, em última análise, ao tema da competência jurisdicional, não há razão para sustentar a ocorrência de qualquer vício na hipótese de sua alegação dar-se não em preliminar de

contestação, como determina o inciso VII do art. 301, ou em “exceção de incompetência”, assunto ao qual se volta o n. 3.1, *infra*.

2.2.6. Incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização

O inciso VIII do art. 301 cuida dos casos em que não há nenhum pressuposto processual de validade relativo às partes, seja relativo ao autor, seja, até mesmo, com relação ao réu. Neste caso, diferentemente do que se dá com aquele, a própria citação pode estar comprometida, trazendo à tona as mesmas considerações do n. 2.2.1, *supra*.

O art. 13 disciplina os casos de incapacidade processual e de irregularidade de representação, distinguindo as consequências que dizem respeito ao autor e ao réu. A alegação, se acolhida, deve conduzir o magistrado a buscar o saneamento dos vícios nos termos daquele dispositivo (v. n. 13 do Capítulo 1 da Parte III) e, desde que eles não sejam saneados, julgar extinto o processo ou revelar o réu consoante a hipótese.

O art. 11 cuida dos casos em que há ausência de autorização entre os cônjuges para litigar em juízo. O tema é tratado pelo n. 3.4 do Capítulo 2 da Parte VII, a propósito do exame do art. 10. Sua ausência também conduz à extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, IV).

2.2.7. Convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem, a exemplo da perempção, da litispendência e da coisa julgada (v. n. 2.2.4, *supra*) e também da falta de caução (v. n. 2.2.8, *infra*) é pressuposto processual *negativo*. A arbitragem é fator de inibição da atuação do Estado-juiz. Naqueles casos e entre as pessoas entre as quais ela é admitida (art. 1º da Lei n. 9.307/1996), fica afastada, por definição, a atividade jurisdicional. Não há nisto, o n. 3.3.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 encarregou-se de demonstrar, nenhuma mácula ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Muito pelo contrário, a hipótese deve ser compreendida no contexto mais amplo de meios alternativos de resolução de conflitos; aqui uma forma verdadeiramente *paraestatal* de solucionar as pendências sobre determinados bens ou direitos que envolvam determinadas pessoas.

A discussão que existe a respeito do tema e que foi enunciada pelo número já destacado diz respeito à melhor interpretação do § 4º do art. 301. Isto porque aquele dispositivo, que tem redação anterior à Lei n. 9.307/1996, dispõe que somente o *compromisso arbitral* (assim entendida a convenção firmada entre as partes, pela qual submetem um específico litígio concreto a um “juízo arbitral” e não ao Estado-juiz) exige arguição específica do réu – é verdadeiro *ônus* seu, portanto (v. n. 2.1, *supra*) – e não a *cláusula compromissória* (assim entendida a cláusula inserida em contratos que prevê, entre os contratantes, a submissão de qualquer ou de um específico litígio a um “juízo arbitral” e não a um “juízo estatal”). Enquanto isso, o inciso IX do art. 301 está a se referir, indistintamente, a uma e a outra hipótese: “convenção de arbitragem” é, de acordo com o art. 3º da Lei n. 9.307/1996, o *gênero* do qual são espécies o “compromisso arbitral” e a “cláusula compromissória”.

A respeito desta dicotomia, Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/1996*, p. 387-388 e notas 1 e 2) reputa proposital a referência, pelo § 4º do art. 301, a apenas uma das espécies de convenção de arbitragem, o compromisso arbitral. Tratar-se-ia, em última análise, de uma forma que a Lei n. 9.307/1996, que disciplinou a arbitragem de uma maneira até então inédita no direito brasileiro, passando a admitir, inclusive – e diferentemente do que até então se verificava – a “cláusula compromissória” entre nós, encontrou para permitir ao Estado-juiz de, mesmo sem a provocação do réu, recusar a formação do processo “jurisdicional” naqueles casos em que a lei passou a admitir a arbitragem. Seria uma forma encontrada pelo legislador de “incentivar” o uso daquela lei e das ricas soluções por ela encontradas para *fomentar* o uso da arbitragem, fortalecendo a referida cláusula. Para tanto, a solução dada no dispositivo referido.

Não obstante estas considerações e o brilho de seu defensor, a interpretação adotada por este *Curso*, com as vênias cabíveis, é a oposta. Como tanto o “compromisso arbitral” quanto a “cláusula compromissória” são modalidades da convenção de arbitragem não há por que criar dualidade de seu regime no plano do processo. Se, independentemente da razão, o § 4º do art. 301 refere-se apenas a um deles, para os dois deve ser exigida a iniciativa do réu. Até porque, o detalhe não pode passar despercebido, o § 4º

do art. 301, diferentemente do inciso IX do mesmo dispositivo, não teve a sua redação alterada pela Lei n. 9.307/1996. O dispositivo continua a prever a *única* hipótese que, à época de sua redação, era admitida como “arbitragem” pelo direito brasileiro. Se a evolução do direito trouxe uma *outra* modalidade de inibir a atuação do Estado-juiz como pacificador dos litigantes no mesmo contexto de uma solução paraestatal para determinados conflitos, é indispensável reservar à hipótese o *mesmo* regime jurídico. É como se o § 4º do art. 301, a exemplo do inciso IX, se referisse a “convenção de arbitragem”. Para ambas as hipóteses põe-se não o *dever* de alegar a existência da arbitragem mas, aqui propriamente, o *ônus* da iniciativa do réu, porque é vedada, tanto em um como em outro caso, a atuação oficiosa do Estado-juiz.

O silêncio do réu deve ser entendido, em quaisquer dos casos, como um verdadeiro abandono daquele meio alternativo de solução de conflitos. Abandono que começou pelo próprio autor que, não obstante a convenção de arbitragem, ingressou no Judiciário. Depois pelo réu que deixou de arguir, como a lei lhe impõe, a sua existência, única forma de inibir a *legítima* atuação do Estado-juiz por força do princípio agasalhado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Princípio que, como tal, admite seu temperamento pela lei em busca da realização de outros valores igualmente prestigiados pelo ordenamento jurídico mas que, em face das considerações aqui expostas, não foi *concretamente* exercido por aquele que tem, pela própria lei, o *ônus* da iniciativa, o réu.

2.2.8. Carência de ação

“Carência de ação”, expressão empregada pelo inciso X do art. 301, significa o não preenchimento das condições da ação pelo autor ou pelo réu. Trata-se daqueles casos em que a inércia da jurisdição sequer deveria ter sido rompida porque aquele que o faz (o autor) ou em face de quem faz (o réu) não reúne o mínimo indispensável para tornar a sua iniciativa digna de tutela, isto é, de proteção jurisdicional. Não há, em casos como tais – isto foi demonstrado, com maior vagar, no n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1 deste *Curso* –, o mínimo de *necessidade* de que o Estado-juiz atue.

Tanto assim que a falta das condições da ação deve levar o magistrado a indeferir a petição inicial. São hipóteses, com efeito, de juízo *negativo* de

admissibilidade da petição inicial (v. n. 3 do Capítulo 2).

Não obstante estas considerações, pode acontecer que, a despeito da ausência das condições da ação, o réu seja citado e, ao contestar, cabe a ele indicar a carência de ação do autor. Acolhendo-a, o caso é de extinção do processo com fundamento no art. 267, VI, salvo se for possível a prática de alguma atividade saneadora do vício, dando-se ampla interpretação e aplicação ao art. 284 (STJ, 4ª Turma, REsp 803.684/PE, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 18.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 223; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II).

2.2.9. Falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar

O inciso XI do art. 301 refere-se à “falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige” como a última matéria “preliminar” a ser arguida pelo réu. Trata-se, a exemplo do que se lê dos ns. 2.2.4 e 2.2.7, *supra*, de mais um caso de pressuposto processual negativo. Há, com efeito, casos em que a lei exige que o autor, para ingressar em juízo, preste caução ou, mais amplamente, garantia da obrigação. Se não o faz, o processo não pode se desenvolver e a tutela jurisdicional não deve ser prestada.

O dispositivo tem aplicação a uma série de hipóteses diversas, algumas já referidas desde o n. 3.3.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, assim o disposto nos arts. 475-O, III, 804, 835, 1.051, 1.166, e que serão estudadas, uma a uma, ao longo do *Curso*.

Para cá, importa sublinhar a importância de se examinar, caso a caso, se exigência legal, como a prevista no art. 301, XI, tem aptidão de criar algum empecilho para o “acesso à Justiça” (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Se sim, é o caso de reconhecer a sua inconstitucionalidade, cessando, conseqüentemente, a sua função como “pressuposto processual negativo”. Bem ilustra a afirmação a Súmula Vinculante n. 28 do Supremo Tribunal Federal: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”.

2.2.10. Outras “preliminares”

Não obstante o extenso rol do art. 301, é errado entender que ele é taxativo. O réu, a bem da verdade, tem o *dever* de apresentar toda a defesa processual que tiver conhecimento quando da apresentação da contestação, mesmo que ela não esteja referida expressamente no dispositivo. É entendimento que deriva do “princípio da concentração da defesa processual” ou da “eventualidade” do qual não se pode desviar o intérprete e o aplicador do direito.

Considerando, de todo modo, que o inciso X do art. 301 é síntese bastante de qualquer irregularidade que possa ocorrer no plano do “direito de ação”, o que se deve ter em mente é que qualquer outra questão relativa à regularidade do próprio processo que não esteja, de uma forma ou de outra, prevista nos demais incisos do art. 301 pode *e deve* ser levantada pelo réu em sua contestação. É o que se dá, por exemplo, com relação à alegação feita pelo réu do descabimento do procedimento sumário ao ensejo de sua contestação na “audiência preliminar” do art. 278, hipótese discutida pelo n. 3 do Capítulo 4 da Parte VI.

2.3. Defesas substanciais

Diferentemente do que se dá com as “defesas *processuais*” das quais se ocuparam os números anteriores, as “defesas *substanciais*” não se voltam a questionar a regularidade do processo em si mesmo considerado ou do direito de ação que provocou e provoca o exercício da atividade jurisdicional. As “defesas *substanciais*”, como seu próprio nome deixa entrever, voltam-se ao “direito material”, ao “conflito de interesses” retratado pelo autor em sua petição inicial, do qual ele pretende determinadas consequências em face do réu. Elas dizem respeito ao que normalmente é chamado de “mérito”, de “lide” ou de “objeto litigioso”.

O “mérito” baseia-se necessariamente em pelo menos um fato e nas consequências jurídicas que, na visão do autor, emanam deste fato. São, a um só tempo, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido (a “causa de pedir”; v. n. 6 do Capítulo 1) dos quais decorrem as consequências descritas na petição inicial (o “pedido”; v. n. 7 do Capítulo 1).

Diferentemente do que ocorre com relação às “defesas *processuais*”, contudo, as defesas *substanciais* aceitam uma distinção bem acolhida por

toda a doutrina e da qual decorrem importantes consequências para a própria dinâmica do procedimento. Elas podem ser *diretas* ou *indiretas*.

A defesa que negar o fato constitutivo do direito do autor ou que negar as consequências jurídicas pretendidas pelo autor é *direta*. Nos dois casos, a defesa dirige-se à própria pretensão do autor visando ao desfazimento dos fundamentos de fato ou de direito e, conseqüentemente, de seu pedido, que pressupõe o acolhimento daqueles fundamentos e a admissão da propagação de seus regulares efeitos.

A defesa *indireta* caracteriza-se pela aceitação dos fatos e das consequências jurídicas trazidas pelo autor ao mesmo tempo em que o réu indica *novos fatos* que têm o condão de extinguir, impedir ou modificar os fatos ou as consequências jurídicas pretendidas pelo autor. São os fatos *extintivos*, *impeditivos* ou *modificativos* dos fatos ou de seus efeitos tais quais indicados ou pretendidos pelo autor. Trata-se, pois, da apresentação de fatos *novos*, que têm o condão de extinguir, impedir ou modificar o pedido do autor. São as chamadas “exceções substanciais”, que têm o condão de *ampliar* a matéria cognitiva do juiz. Não se aumenta o objeto da *decisão* que depende do pedido do autor ou, consoante o caso, pedido do réu (v. n. 4, *infra*) mas, bem diferentemente, o objeto de *conhecimento* do juiz. Esta ampliação da matéria a ser *conhecida*, isto é, apreciada, analisada, examinada, ponderada pelo juiz, acarretará, por definição, um dilargamento do próprio procedimento pela *necessária* oitiva do autor a seu respeito e, muito provavelmente, pela necessidade de serem produzidas provas a seu respeito, assunto ao qual se volta o n. 4 do Capítulo 2 da Parte III.

Mesmo diante da observação do parágrafo anterior, é importante que o réu, por imposição do princípio da concentração da defesa (v. n. 2.1, *supra*), apresente, de uma só vez, todas as defesas que tiver, inclusive as de cunho “substancial”. Existir previsão para uma fase ordinatória ou instrutória, como claramente a lei reserva para o procedimento ordinário (v. n. 3 da Introdução) e, embora de forma mais *concentrada*, também para o procedimento sumário (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte VI), não significa dizer, contudo, que não há interesse público a justificar cada desdobramento do procedimento. Tanto assim que se *toda* a defesa indireta não for alegada pelo réu na contestação, ele pagará as custas incidentes desde o “saneamento do processo” (v. n. 13 do Capítulo 1 da Parte III) e, mesmo que o pedido do

autor seja indeferido, perderá o direito de vê-lo condenado ao pagamento dos honorários de advogado (art. 22).

Os fatos *impeditivos* são os que querem obstaculizar ou retardar a projeção dos efeitos pretendidos pelo autor em sua inicial. É o que se verifica, por exemplo, com a chamada “exceção do contrato não cumprido”; a transação com fixação de novo prazo para pagamento; e, de forma ampla, todas as anulabilidades e nulidades dos atos jurídicos em geral, nos termos das leis de direito material (arts. 104 a 165 e 166 a 185 do Código Civil, respectivamente, e arts. 2º a 4º da Lei n. 4.717/1965, a “lei da ação popular”, por exemplo).

São fatos *modificativos* aqueles que buscam alterar as consequências jurídicas do direito do autor, como se dá, por exemplo, com a compensação; com a redução do valor pedido; culpa concorrente; parcelamento da dívida; transação sobre o objeto litigioso a que o autor não fez referência; novação e cessão de crédito.

Por sua vez, os fatos *extintivos* são todos aqueles cuja eficácia elimina o direito do autor, como se dá, por exemplo, com a existência de outros consortes no período da concepção; pagamento; remissão (perdão) da dívida e com a prescrição. Com relação a ela, a circunstância de a prescrição dever ser decretada de ofício, nos termos do § 5º do art. 219, não inibe que o réu não possa tomar a iniciativa de fazê-lo, mais ainda quando examinada a questão à luz das considerações que ocupam o n. 2.2 do Capítulo 2.

Estes *novos* fatos, que *constituem* o fundamento do direito de defesa, correspondem, em tudo e por tudo, à “causa de pedir” da qual tratou o n. 6 do Capítulo 1. Por isso mesmo é que alguns autores se referem a eles como “causa *excipiendi*” para evidenciar o seu paralelismo com aquele outro instituto e dar ênfase à concepção de que o “direito de defesa” é, por imposição do “modelo constitucional do processo civil”, a contraface do “direito de ação”. À “causa de *pedir*” da petição inicial (art. 282, III; v. n. 6 do Capítulo 1) corresponde a “causa de *resistir*” da contestação (art. 302).

A expressão “*exceções* substanciais” é cara para o direito processual civil tradicional, fortemente influenciado, no particular, pela doutrina civilista. É que os fatos aqui cogitados, isto é, os fatos *impeditivos*, *modificativos* e *extintivos* do direito do autor são situações reguladas e admitidas pelas próprias leis materiais que, historicamente, reclamam, em

sua grande maioria, iniciativa da parte. É bastante significativo, por exemplo, ler, no Código Civil, as causas de adimplemento e extinção da obrigação (arts. 304 a 388), o mesmo podendo ser dito com relação às causas de extinção da obrigação tributária tais quais disciplinadas pelos arts. 156 a 174 do Código Tributário Nacional. Tais “*exceções substanciais*”, contudo, não obstante terem fonte no direito material, tendem a surtir seus regulares efeitos no plano do processo. Seja quando elas são trazidas pelo réu em sua contestação, seja quando elas sejam passíveis de apreciação de ofício pelo magistrado, quando, rigorosamente, pelas mesmas razões acentuadas desde o n. 2.1, *supra*, deveriam ser chamadas de “*objeções*”. Elas não se confundem, apesar do nome, com as “*exceções*” de que se ocupa o n. 3, *infra*, porque aquelas, diferentemente destas, são, por definição, *processuais*, meramente *formais*. Melhor, contudo, do que estes nomes é aquele empregado pelo número presente: defesas substanciais em contraposição às defesas processuais.

Como já adiantado, importa distinguir se a defesa apresentada pelo réu é *direta* ou *indireta*. É que nos casos de defesa *direta*, o ônus da prova – ressalvada a incidência de alguma regra de exceção na hipótese – é do autor. Quando o réu valer-se de defesa material *indireta* é dele, com a mesma ressalva, o ônus da prova dos *novos* fatos que traz para exame do juízo. Trata-se, em última análise, de aplicação escorreita da regra que consta do art. 333: o ônus da prova cabe a quem *afirma* o fato. Ao autor cabe, destarte, o ônus da prova dos fatos *constitutivos* do seu direito; aqueles que, provados, ensejam a prestação da tutela jurisdicional em seu favor (art. 333, I). O réu tem o ônus da prova dos fatos *extintivos*, *modificativos* ou *impeditivos* do direito do autor; os fatos que, provados, ensejam a prestação da tutela jurisdicional em seu favor (art. 333, II). Sobre o assunto, tratará, com mais vagar, o n. 8 do Capítulo 1 da Parte IV.

E mais do que isto: na defesa material *indireta*, além da consequência já destacada, há outra: o autor já não precisa mais provar os fatos que afirma porque eles, ao serem aceitos pelo réu, tornam-se incontroversos, fazendo incidir, destarte, as regras dos arts. 326 e 334, III. Tanto assim que na “*réplica*” (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte III) aplica-se, ao autor, o “*princípio da impugnação especificada*, do qual se ocupam os parágrafos seguintes.

Sobre as defesas *substanciais* cabe trazer à consideração o chamado “princípio da impugnação especificada”, frequentemente enunciado como verdadeiro *ônus* que norteia a defesa do réu.

A defesa *substancial*, direta ou indireta, os parágrafos anteriores terão dado conta disto, busca, em larga escala, questionar os *fatos* narrados pelo autor. Não basta, contudo, que haja uma negativa geral, quase que descompromissada dos fatos. À luz dos *deveres* que norteiam a atuação dos litigantes e em nome da otimização da prestação jurisdicional, é impositivo que a impugnação dos fatos seja feita de forma ordenada, especificada, para que cada um deles possa ser devidamente examinado pelo magistrado e verificado se ele pode ou não ser considerado para a concessão da tutela jurisdicional ao autor ou ao réu. É disto que trata o *caput* do art. 302, segundo o qual cabe ao réu “manifestar-se *precisamente* sobre os fatos narrados na petição inicial” com a consequência de, não o fazendo, serem considerados verdadeiros. Esta ressalva é que leva boa parte da doutrina, rente à *letra* da lei (parágrafo único do art. 302), a se referir a este *princípio* como verdadeiro *ônus*, o que deve ser compreendido como mero problema conceitual sem qualquer relevância quanto à compreensão adequada do dispositivo em comento.

Para melhor compreensão deste *princípio*, contudo, é importante ter em mente que são as partes, o autor e o réu, que conhecem os *fatos* que, de uma forma ou de outra, justificam a investida jurisdicional por iniciativa do autor. O juiz tem que se convencer de sua existência e de suas consequências jurídicas para decidir a quem prestará tutela jurisdicional: a prova é dirigida ao juízo e não às partes. Assim, todo fato que não for *especificamente impugnado* tende a ser considerado verdadeiro ou, de acordo com os incisos II e III do art. 334, presumir-se verdadeiro justamente porque não houve, a tempo e modo oportunos, uma contradição a ele. É o réu, destarte, que tem que se voltar aos fatos narrados pelo autor. E, quanto aos fatos *novos*, trazidos pelo réu com a sua contestação, caberá ao autor, oportunamente, manifestar-se sobre eles (art. 326; v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte III). Sobre a sua manifestação, que a prática consagrou com o nome de “réplica”, também terá incidência, pelas *mesmas* razões, o *mesmo* princípio, com as *mesmas* consequências: considerar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados por uma

parte e não negados pela outra. Fato não controvertido dispensa prova; ele se presume verdadeiro.

Os fatos sobre os quais a lei impõe a impugnação especificada, o enfrentamento preciso pelo réu, portanto, são aqueles que importam para a causa de pedir, isto é, ao “fato constitutivo” do direito do autor. São os fatos que diretamente interferem no acolhimento do pedido do autor. Os chamados “fatos *simples*”, isto é, aqueles que dizem respeito às circunstâncias daqueles outros fatos, os *relevantes* e *pertinentes* para o objeto de conhecimento do juiz (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte IV), que, por definição, têm a finalidade de auxiliar a compreendê-los melhor, mas não são os diretamente controvertidos no processo, não se submetem ao princípio agasalhado pelo art. 302. Mais ainda quando a sua rejeição pode se dar em face da versão dos fatos apresentada pelo próprio réu, isto é, quando o próprio *contexto* da defesa do réu for suficiente para afastá-los ou, quando menos, colocá-los em dúvida. É o que decorre do art. 302, III.

O princípio aqui examinado, destarte, não deixa de ser uma consequência do que ocorre com o próprio autor, com relação ao pedido e à causa de pedir apontados na sua petição inicial: as partes, na fase *postulatória*, têm de apresentar todos os fatos e todas as consequências jurídicas a eles relacionadas e que, uma vez controvertidos, imporão a necessidade da produção da prova correspondente sob pena de não poderem fazê-lo depois. Até porque, com a citação do réu, a alteração do pedido ou da causa de pedir pelo autor depende de sua prévia concordância (art. 264, *caput*; v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte III).

Há, porém, exceções ao “princípio da impugnação especificada”. Elas são expostas nos incisos do art. 302. Não há presunção de veracidade dos fatos que não admitem “confissão”, isto é, fatos sobre os quais o réu não pode dispor (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte IV); quando “a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato”, hipótese já estudada no n. 9.1 do Capítulo 1 a propósito do art. 283 e para a qual também se volta o n. 3 do Capítulo 5 da Parte IV; ou quando o fato não impugnado *especificadamente* estiver em contradição com a defesa considerada em seu conjunto. Neste caso, têm aplicação as considerações feitas acima que, de resto, são as mesmas que *afastam* a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, mesmo diante da

omissão do réu em apresentar a contestação (art. 319; v. n. 11 do Capítulo 4).

O parágrafo único do art. 302, de sua parte, evidencia que o princípio aqui discutido não se aplica para o advogado dativo, para o curador especial, função que, para o direito processual civil é desempenhada pela Defensoria Pública (v. n. 5 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1) e para o Ministério Público. Justifica-se o comando: nestes casos, o agente detentor da capacidade postulatória, no exercício de seus misteres institucionais, não tem condições de conhecer dos fatos com a mesma profundidade que um advogado contratado pelo réu. Isto, contudo, não significa dizer que, naquelas hipóteses, é aceita, pura e simplesmente, a “negativa geral” dos fatos narrados pelo autor. Se não incide o princípio da impugnação especificada, nem por isso deixam de existir outros princípios regentes do direito processual civil, assim a concentração da defesa (ou da eventualidade) e, de forma ampla, os princípios que norteiam a atuação processual dos procuradores das partes, independentemente do vínculo que têm com os seus constituintes. Pensamento diverso seria reduzir a formalismo inútil a atuação do advogado dativo, do defensor público ou do Ministério Público em casos que atuem na qualidade de procuradores do réu; seria preferível que, simplesmente, o autor já se desincumbisse do ônus da prova de suas afirmações, evitando com isto a prática de atos processuais desnecessários.

2.4. Prazo para contestação

De acordo com o art. 297, o prazo para apresentação das respostas pelo réu é de quinze dias. O início deste prazo, contudo, deve ser examinado ao lado das diversas hipóteses reguladas pelo art. 241 e, como todo prazo processual, sua contagem deve observar o disposto no art. 184, sempre excluindo-se o dia do começo de sua fluência e incluindo-se o dia de seu vencimento (v. n. 4.3.1.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Se a citação for pelo correio, somente com a juntada, aos autos, do comprovante de recebimento da carta citatória – que é obrigatório, em se tratando de citação postal (Súmula 429 do STJ) – é que os quinze dias podem ser contados (inciso I). Se a citação for realizada por oficial de justiça, o prazo para citação tem início com a juntada do mandado de citação

cumprido aos autos (inciso II). Se a citação for realizada por carta (de ordem, precatória ou rogatória), o prazo tem início com sua juntada aos autos (inciso IV) e, se a citação for realizada por edital, o prazo de contestação tem início com o término do prazo de publicação dos editais assinado pelo juiz nos termos do art. 232, IV (inciso V).

O prazo para contestação na citação por hora certa (art. 227) começa a correr da juntada, aos autos, do mandado de citação (art. 241, II) sem que exerça influência sobre aquele prazo o envio da comunicação a que se refere o art. 229 (expresso nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.291.808/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 28.5.2013, DJe 7.10.2013). Caso a citação seja realizada por meios eletrônicos, como passou a ser admitido pela Lei n. 11.419/2006 (art. 221, IV), o prazo deverá fluir do dia seguinte ao da disponibilização da petição inicial e dos documentos de instrução e decisões judiciais até então proferidas na forma exigida pelo § 1º do art. 9º da Lei n. 11.419/2006, levando em conta a suposição dada pelo dispositivo de que a hipótese corresponde à “vista pessoal” dos autos do processo (art. 240, parágrafo único, do CPC).

Havendo diversos réus, isto é, em casos de “litisconsórcio *passivo*” (v. n. 1.1 do Capítulo 2 da Parte VII), o prazo para a contestação é comum, tendo início com a última ocorrência dentre as alternativas apontadas nos parágrafos anteriores. É a melhor interpretação para o inciso III do art. 241.

Se os réus tiverem advogados diversos, aplica-se, à hipótese, o disposto no art. 191, que autoriza que os prazos sejam contados em dobro, inclusive o para contestar. É o que decorre da leitura daquele dispositivo em conjunto com o disposto no art. 298.

Também no caso de litisconsórcio passivo, pode acontecer que o autor desista de pedir tutela jurisdicional em face de um ou alguns dos réus, antes de completada a citação de todos eles. Nesta hipótese, o prazo para contestação terá início com a intimação da *decisão* que deferir a desistência, de acordo com o parágrafo único do art. 298. O dispositivo não pode ser entendido como se o autor não pudesse “desistir da ação” em face de réus já citados. Nestes casos, contudo, a desistência depende da prévia concordância do réu (art. 267, § 4º; v. n. 3.1.6 do Capítulo 1 da Parte V).

3. EXCEÇÕES

O n. 2.3, *supra*, assinalou que as chamadas “exceções *substanciais*” não podem ser confundidas com as “exceções *processuais*”, assim chamadas as defesas de que se ocupam os arts. 304 a 314, quais sejam, a exceção de incompetência, de impedimento e de suspeição.

As chamadas exceções substanciais guardam relação com o direito material. São defesas previstas pelas próprias leis materiais e que têm o condão de extinguir, impedir ou modificar o direito (material) alegado pelo autor em sua petição inicial. Pelas razões lá expostas, até para evitar qualquer confusão desnecessária com base em meras nomenclaturas, é melhor designá-las por “*defesas substanciais*”.

As exceções “processuais”, aquelas sobre as quais se ocupa este número, têm natureza exclusivamente processual. Elas existem e geram seus efeitos para e no processo. Não que elas não sejam alimentadas por realidades externas ao processo, que residem fora dele, muito pelo contrário, mas, diferentemente do que se dá com relação àquelas outras, sua realidade e conformidade é processual; seu regime jurídico é exclusivamente processual.

São exceções para estes fins apenas e tão somente as três já mencionadas: a de incompetência relativa, a de impedimento e a de suspeição e, com relação ao impedimento e à suspeição, importa destacar que a “exceção”, tal qual disciplinada pelo Código de Processo Civil, só se justifica quando se trata de questionar a imparcialidade do próprio *magistrado* e não do membro do Ministério Público ou dos auxiliares da justiça (art. 138). Rigorosamente, nada há, nas “exceções” disciplinadas pelo Código de Processo Civil, que justifique seu tratamento apartado, diferenciado das demais defesas que, como elas, também são oponíveis ao processo (v. n. 2.2, *supra*). O que se verifica, contudo, é que o Código de Processo Civil de 1973 fez com relação ao tema uma opção *formal* e que se vincula muito mais às leis processuais civis mais antigas, inclusive o Código de Processo Civil de 1939, do que, propriamente, a qualquer outro fator. Tanto assim que, para aquele Código, também a litispendência e a coisa julgada eram, de acordo com o seu art. 182, II, “*exceções*” e, como tais, deveriam ser arguidas pelo réu. No sistema atual, a litispendência e a coisa julgada não são mais “exceções”. Elas são matéria que deve ser veiculada pelo réu na própria

contestação, como *preliminar* de contestação, no que são suficientemente claras as previsões dos incisos V e VI do art. 301 (v. n. 2.2.4, *supra*).

O que caracteriza, como tais, as exceções aqui estudadas, portanto, não está no seu *conteúdo*, mas, apenas e tão somente, na sua *forma*, no seu regime jurídico no plano do processo. A distinção limita-se à *forma* em que cada tipo de defesa deve ser exercida. A maior parte das defesas processuais deve ser veiculada como *preliminar* de contestação (v. n. 2.2). A incompetência relativa, o impedimento e a suspeição devem ser arguidos, *formalmente*, como “exceções”.

E mesmo assim, o Código de Processo Civil de 1973 não é tão coerente com a teoria das “exceções processuais” como teria que ser diante da opção que ele mesmo fez. Diferentemente do que a tradição ensina para uma verdadeira *exceção*, cabe ao magistrado, no sistema processual civil atual, pronunciar-se de ofício sobre sua *imparcialidade*, isto é, cabe a ele, juiz, declarar-se *suspeito* ou *impedido* independentemente de provocação do réu, é dizer, independentemente da apresentação de uma *exceção* de suspeição ou de impedimento. De outra parte, o questionamento da imparcialidade dos membros do Ministério Público e dos auxiliares da justiça dá-se na forma do § 1º do art. 138.

O que se tem, a bem da verdade, é que o Código de 1973 quis vincular a arguição de três defesas a uma específica *forma* de sua apresentação em juízo, dando ensejo a um legítimo incidente processual com autuação própria, embora apensada aos autos do processo em que apresentadas (art. 299). Nada mais do que isto. Tanto assim que a doutrina e a jurisprudência são absolutamente uniformes quanto ao entendimento de que a arguição da incompetência relativa, suspeição ou impedimento sem uso das “exceções” aqui estudadas não acarreta, necessariamente, qualquer óbice para a sua apreciação e, se for o caso, para seu acolhimento. Prevalece, na espécie, o “princípio da instrumentalidade das formas” de que se ocupa o n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1.

De qualquer sorte, não obstante estas considerações, é impositivo o exame do regime jurídico das exceções tal qual disciplinado pelo Código de Processo Civil: a *deformação* pressupõe domínio prévio da *forma*. Os arts. 304 a 306 tratam conjuntamente de todas aquelas exceções, dispõem sobre regras que são aplicadas indistintamente a qualquer uma delas. Os arts. 307

a 311, de sua vez, tratam exclusivamente da exceção de incompetência (v. n. 3.1, *infra*). Os arts. 312 a 314 voltam-se a disciplinar concomitantemente a exceção de impedimento e de suspeição (v. n. 3.2, *infra*).

A “exceção” deve ser entendida como uma petição dirigida ao juízo em que tramita o processo no qual o “excipiente”, isto é, aquele que a formula, diz por que o juízo (o órgão jurisdicional) é *relativamente* incompetente ou por que o juiz (o magistrado em pessoa) é impedido ou suspeito de julgar (art. 304).

O prazo para apresentação da exceção é de quinze dias (art. 297), contados do fato que enseja a incompetência ou o impedimento ou a suspeição (art. 305). De acordo com a Súmula 111 do TJSP: “Prescinde de procuração com poderes especiais e específicos a arguição de suspeição nos processos de natureza cível, sendo exigível apenas naqueles de natureza criminal”.

Recebida a exceção, suspende-se o processo (art. 265, III), até que ela seja definitivamente julgada (art. 306). O julgamento definitivo referido pelo dispositivo deve ser entendido como o julgamento da exceção pelo órgão competente (o juiz de primeira instância no caso da incompetência; o Tribunal no caso do impedimento ou suspeição), independentemente do julgamento e esgotamento de eventuais recursos interpostos daquela decisão. Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 931.134/MA, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 24.3.2009, DJe 3.4.2009.

Sobre o *recebimento* da exceção a que se refere o art. 306, e a consequente suspensão do processo, há espaço para uma reflexão. Basta a apresentação da exceção para que o processo seja suspenso ou, diferentemente, é necessário que o magistrado, apreciando-a, profira juízo *positivo* de admissibilidade, nos mesmos moldes que se dá com qualquer petição inicial (v. n. 2 do Capítulo 2)? A questão ganha ainda maior interesse porque o art. 265, III, ao prever a hipótese, contenta-se com a “oposição” da exceção, não exigindo que ela seja apreciada. Como resolver a antinomia entre os dois dispositivos aqui referidos?

A interpretação adotada por este *Curso*, que não é a predominante em sede de doutrina, vale o destaque, é a de que a suspensão do processo depende do *recebimento* da exceção (art. 306) e não, apenas e tão somente, de sua apresentação, como dá ensejo de entender o art. 265, III. Aqui,

diferentemente do que se dá em outras hipóteses do mesmo art. 265, o “fato” que enseja a suspensão do processo é praticado *no* processo e perante o juízo. Não é um fato exterior a ele, que poderia, até mesmo, ser indiferente ao processo mas, diversamente, é um fato que só tem sentido *no* e *para* o processo. Por isso, até como forma de evitar o uso das exceções como medidas procrastinatórias, é melhor entender que o crivo *positivo* de admissibilidade quanto a ela é necessária para a suspensão do processo.

Desta reflexão, segue um desdobramento interessante: é correto apresentar a exceção de incompetência e só depois de sua solução o réu apresentar a sua contestação? Se a exceção for apresentada *antes* do prazo a que se refere o art. 297 (v. n. 2.4, *supra*) e, desde que recebida, renda ensejo à suspensão do processo *antes* do término daquele prazo, não há razão para deixar de entender *tempestiva* a contestação apresentada posteriormente, com a retomada do andamento do processo, desde que no prazo cuja fluência foi, em última análise, *suspensa* com a suspensão do próprio processo.

3.1. Exceção de incompetência

Só a chamada “incompetência *relativa*” desafia o seu questionamento por “exceção”. A “incompetência *absoluta*” é matéria que o réu deve arguir em contestação, como “preliminar”, nos termos do art. 301, II (v. n. 2.2.2, *supra*). Claros, neste sentido, o art. 112, *caput*, e o art. 304. Ademais, ao contrário do que insinuam o inciso III e o § 4º do art. 265, não há como conceber exceção de incompetência de “câmara ou do tribunal”, porque a fixação da competência destes órgãos, originária ou recursal, é, por definição, “absoluta” – ela é “funcional” (v. n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte I) –, afastando, por isso mesmo, seu controle por intermédio da *exceção* de incompetência. É suficiente, naqueles casos, sem prejuízo da manifestação oficiosa dos julgadores, petição da parte dando conta da incompetência daquele órgão do Tribunal.

A exceção de incompetência deve ser apresentada no prazo de quinze dias “contado do fato que ocasionou a incompetência” (art. 305), o que deve ser entendido como o mesmo prazo que o réu tem para apresentar a contestação (v. n. 2.4, *supra*). Isto, contudo, não quer significar que a exceção de incompetência e a contestação tenham de ser apresentadas concomitantemente, isto é, no mesmo prazo. É que o *recebimento* da exceção

de incompetência, por acarretar a suspensão do processo, enseja, conseqüentemente, a suspensão dos prazos eventualmente em curso. Assim, desde que a exceção seja apresentada e recebida *antes* da consumação do prazo para contestação, haverá para o réu, ainda, prazo para apresentar sua contestação tempestivamente: os mesmos dias que, quando da suspensão do processo, ainda dispunha para a prática daquele ato. A recíproca, contudo, não é verdadeira. Se, ademais, o réu não apresentar a exceção de incompetência, a preclusão deste seu direito tem consequência expressa no art. 114: “prorroga-se”, é este o termo empregado pela regra, a competência do magistrado. É esta, com efeito, a característica mais marcante da incompetência *relativa* quando comparada com a incompetência *absoluta* (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte I).

A petição formulada pelo réu (excipiente) deve indicar o juízo que tem competência para o processo, fazendo prova de suas alegações. Embora o Código de Processo Civil nada diga a respeito, é correto o entendimento de que exceção sem a indicação do juízo competente é inepta e, como tal, deve ser tratada, é dizer: cabe ao magistrado determinar a sua emenda (art. 284), sob pena de ela ser indeferida. O próprio art. 310 dá ensejo a esta interpretação quando prevê o indeferimento da “petição inicial da exceção, quando manifestamente improcedente”. A petição, de outra parte, deve ser instruída com os documentos que se façam necessários, não havendo razão para negar, até mesmo, que ela traga, de plano, rol de eventuais testemunhas que podem comprovar, por exemplo, o local de domicílio do excipiente, como expressamente prevê o art. 312 para as exceções de impedimento e de suspeição.

Uma vez que seja *recebida* a exceção, o processo deve ser suspenso (art. 306; v. n. 3, *supra*) e o autor (que, na exceção, é chamado, em contraposição ao “excipiente” de “excepto”) deverá ser ouvido sobre ela no prazo de dez dias, cabendo ao magistrado decidi-la em igual prazo. É o que dispõe o art. 308. Sobre este prazo cabem duas observações. À luz do princípio constitucional da isonomia (v. n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), é mais correto o entendimento de que o prazo para o “excepto” manifestar-se sobre a exceção seja de quinze dias. Assim, não há por que considerar intempestiva a resposta do excepto se apresentada até o décimo quinto dia depois de sua intimação para os fins do art. 308. Quanto ao prazo para que a

exceção seja decidida, pertinente destacar a preocupação do n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 sobre os chamados “prazos impróprios”, é dizer, os prazos reservados, por lei, para a prática de atos pelos juízes que, se não cumpridos, não geram quaisquer consequências processuais. A correta aplicação do “modelo constitucional do direito processual civil”, em especial o comando do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não pode tolerar esta visão simplista do problema. Os prazos, inclusive os destinados ao magistrado, devem ser observados, não obstante a possibilidade de seu não cumprimento *justificado* quando presentes os pressupostos do art. 187.

A parte final do art. 308, de qualquer sorte, não pode ser entendida como se após a resposta do excepto a exceção fosse, sempre e em qualquer caso, julgada desde logo. Isto só é verdade naquelas hipóteses em que as alegações trazidas pelas partes dispensarem a produção de provas ou, quando delas dependerem, as já produzidas com a própria exceção (art. 307) e com a sua resposta forem suficientes. Havendo necessidade de provas, elas devem ser produzidas. Dispõe, a este respeito, o art. 309 que “o juiz designará audiência de instrução”, o que deve ser entendido no contexto do próprio Código de Processo Civil. Nem toda prova reclama sua produção em audiência de instrução. Ela só será designada se houver necessidade de produção de prova *oral* (v. n. 1 do Capítulo 9 da Parte IV). Se não, se a hipótese reclamar, por exemplo, prova pericial, a audiência de instrução só será necessária se for o caso de colher o depoimento do próprio perito, consoante autorizam os art. 421, § 2º, e 435, *caput*. Caso contrário, não. O dispositivo, destarte, deve ser entendido de forma ampla, no sentido de que, havendo necessidade de produção de outras provas que não aquelas porventura já trazidas pelo excipiente e pelo excepto, a “exceção” ingressará em autêntica “fase instrutória”.

Colhidas as provas, o magistrado decidirá pelo acolhimento ou pela rejeição da exceção. Se acolhida, os autos serão enviados ao juízo competente (art. 311). Caso contrário, o processo retomará o seu andamento, cessada a causa de sua suspensão (art. 265, III).

A decisão que julga a exceção de incompetência é interlocutória (art. 162, § 2º) e, como tal, desafia seu contraste pelo recurso de agravo. A modalidade “de instrumento” deste agravo não pode ser recusada por força do art. 522, *caput*. Seria inócuo o julgamento do agravo retido depois do

proferimento da sentença no processo em que apresentada a exceção porque *tardio* o reexame da decisão respectiva (v. n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

A não ser que haja a concessão de efeito suspensivo ao agravo, a sua interposição não é óbice para a decisão que julgar a exceção surtir desde logo os seus regulares efeitos. Por isso, ou o processo volta a tramitar ou os autos respectivos são enviados ao juízo competente. É, vale frisar, esta a melhor interpretação para o art. 306 (v. n. 3, *supra*).

A hipótese regradada pelo parágrafo único do art. 112 não é de exceção de incompetência, mas, bem diferentemente, de exame oficioso da competência pelo próprio juízo em função da declaração da nulidade da cláusula de eleição de foro, situação que reside, em última análise, no plano *material*, embora gere consequências no plano *processual*. Suficientes, por isso mesmo, as considerações que a seu respeito faz o n. 7.1 do Capítulo 3 da Parte I.

3.1.1. A apresentação da exceção de incompetência

O parágrafo único do art. 305, introduzido pela Lei n. 11.280/2006, merece comentários em apartado. Em estreita sintonia com o mais amplo acesso à justiça, o dispositivo permite que o réu apresente exceção de incompetência perante o juízo de seu domicílio, requerendo seu encaminhamento ao juízo que determinou a citação, perante o qual tem trâmite o processo.

A regra é salutar para todos os locais em que não há o chamado “protocolo integrado”, porque autoriza que o réu argua a incompetência, mediante a apresentação da cabível exceção, sem necessidade de locomover-se de uma comarca para outra, de uma subseção judiciária para outra, o que, pelas mais variadas razões, nem sempre é viável, para apresentar aquela resposta. Tampouco obriga o réu a contratar advogado no foro do juízo que determinou a citação. A arguição da incompetência, destarte, pode ser feita perante o juízo local e não perante o qual o réu foi demandado.

Mas não só. A regra tem tudo para ser aplicada também nos locais em que o “protocolo integrado” não alcança o local da prática do ato. É o que se dá,

por exemplo, quando o processo tem trâmite em um Estado em que não há o tal sistema de protocolo. Pela regra do parágrafo único do art. 305, a exceção de incompetência poderá ser apresentada pelo réu no “juízo de seu domicílio”, requerendo que a petição seja encaminhada de imediato ao juízo da comarca (ou seção judiciária) em que foi determinada a citação. Vale destacar, nestas condições, que a regra vem para estabelecer uma forma de comunicação de atos processuais que vai além dos limites regionais ou estaduais que eventualmente sejam cobertos pelos protocolos integrados ou práticas assemelhadas.

O dispositivo acaba por criar, destarte, um novo caso de competência jurisdicional. O “juízo do domicílio do réu” terá competência para *receber* a petição da exceção de incompetência e para enviá-la incontinenti ao “juízo que determinou a citação”. Não há espaço na lei, contudo, para sustentar que se trata de competência para *decidir* a sorte da exceção de incompetência. Sequer para processá-la, isto é, para abrir vista ao excepto e, com estas informações, enviá-la para o “juízo que determinou a citação”. A competência, neste caso, é outorgada apenas para que o juízo do domicílio do réu receba e envie a petição respectiva para o juízo perante o qual o réu-excipiente é demandado. Faz as vezes, por assim dizer, de um agente comunicador de atos jurisdicionais, o que muito contribui, pelas razões já expostas, para um efetivo acesso à justiça, em consonância com o “modelo constitucional do processo civil”.

A regra, contudo, não obstante tendente a uma ideal concretização do acesso à justiça, tem que ser regulamentada para que atinja seus objetivos com a desejável segurança. É necessário que sejam expedidos atos normativos que viabilizem a prática da remessa das “exceções” entre as diversas comarcas e subseções judiciárias de todo o país sem que isto acarrete, evidentemente, qualquer perda de prazo para aquele que argui a incompetência, apresentando a exceção respectiva, como a lei lhe permite, no “juízo de seu próprio domicílio”, máxime quando este prazo, pelas razões expostas pelo n. 3, *supra*, tende a ser o mesmo para apresentação da contestação e, desta forma, pode vir a prejudicá-lo.

Uma exceção a essa observação parece residir nos casos em que a citação do réu realizar-se por carta precatória. Em tais situações, a exceção de incompetência pode, desde logo, ser apresentada (e recebida) pelo juízo

deprecado e enviada nos próprios autos da carta ao juízo *deprecante*, onde terá regular processamento.

Sobre o ponto, cabe a lembrança de que a “padronização de procedimentos e sistemas judiciais” é uma das metas institucionais assumidas pelos três poderes da República desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada “Reforma do Judiciário”, que encontra eco seguro no art. 103-B, § 4º, VII, nas mãos do Conselho Nacional de Justiça (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1).

O que pode ser afirmado com boa margem de segurança, independentemente da edição de qualquer ato regulamentar sobre o disposto no parágrafo único do art. 305, é que a prática generalizada de atos processuais por meios eletrônicos, admitida pela Lei n. 11.419/2006, inclusive no que diz respeito às comunicações entre juízos diversos (art. 7º daquele diploma legal), tem tudo para criar melhores condições de aplicabilidade do dispositivo aqui examinado. Bastaria, para evitar qualquer inconveniente para o próprio processo e para as partes, que o “juízo do domicílio”, ao receber a exceção de incompetência, desse ciência e, se for o caso, passasse-a desde logo, por *e-mail*, ao “juízo que determinou a citação”. Economiza-se, com esta providência – que, não obstante simples, reclama a criação de infraestrutura adequada para ser utilizada –, tempo e dinheiro em prol de um processo mais expedito.

3.2. Exceção de impedimento e suspeição

A exceção de impedimento e a exceção de suspeição têm disciplina uniforme de acordo com o disposto nos arts. 312 a 314. Não que o impedimento e a suspeição tenham, eles próprios, disciplina idêntica, até porque as hipóteses da ocorrência de um e de outra são diversas (arts. 134 e 135, respectivamente), mas a *forma* de sua arguição, isto é, de contrastar, a cada caso concreto, a necessária imparcialidade do magistrado, que tem expresso assento constitucional (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), é que se fez idêntica por opção do legislador processual civil.

O prazo para apresentação da exceção de impedimento e suspeição é de quinze dias contados do fato que ensejar o impedimento ou a suspeição. É o comando do mesmo art. 305 referido pelo n. 3, *supra*. A incidência daquele dispositivo para os casos de impedimento ou suspeição, contudo, conduz a

interpretação bastante diversa daquela que mereceu o exame da exceção de incompetência. É que, aqui, o impedimento ou a suspeição do magistrado podem não se fazer presentes desde o recebimento da inicial e, portanto, não desafiam a sua recusa no prazo da contestação. De outra parte, não é só o réu quem detém legitimidade para apresentar a exceção de impedimento ou de suspeição. Também cabe ao autor questionar, em cada caso concreto, a imparcialidade do magistrado. Assim, os quinze dias referidos pelo dispositivo têm aplicação muito mais ampla daquela que, sistematicamente, impõe-se para as exceções de incompetência. E com a possibilidade, é importante frisar, de o autor, ele próprio, precisar valer-se da exceção para recusar magistrado cuja atuação no caso concreto põe em risco o “modelo constitucional do direito processual civil”. Pode acontecer, por exemplo, de o autor, tendo ciência do nome do magistrado que ocupa a vara para a qual seu processo foi distribuído (v. n. 14 do Capítulo 1), ter que arguir seu impedimento ou sua suspeição. O mesmo seja dito com relação à distribuição do processo no Tribunal para apreciação de algum recurso. Os quinze dias, nesse caso, têm início da ciência, às partes, da composição do órgão julgador, vedada a apresentação da exceção depois do início do julgamento. Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 955.783/DF, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 6.5.2010, DJe 20.5.2010.

Diferentemente do que se dá com a incompetência relativa em que é vedada a manifestação oficiosa do juiz, o juiz *deve* dar-se por impedido ou por suspeito de ofício, isto é, independentemente de qualquer provocação das partes e, conseqüentemente, sem necessidade da apresentação da exceção aqui estudada. É a melhor interpretação do art. 137.

A petição de exceção de impedimento ou suspeição deverá trazer o motivo que justifica sua apresentação. Os motivos são aqueles autorizados pelos arts. 134 e 135. A mera leitura de cada um destes dispositivos legais evidencia que os casos de impedimento (art. 134) são *objetivamente* constatáveis, enquanto os casos de suspeição (art. 135) dependem de uma prévia e inafastável avaliação *subjetiva* da parte que toma a iniciativa de formular a exceção (o “expediente”) ou do próprio juiz. Ademais, o parágrafo único do art. 135 admite que o magistrado se declare suspeito “por motivo íntimo”.

A petição deverá também ser instruída com documentos que comprovem a pertinência das alegações e, se for o caso, com o rol de testemunhas a serem ouvidas. A petição será dirigida ao juízo perante o qual tem trâmite o processo (art. 312) e deverá ser apreciada pelo *juiz* cuja parcialidade é contrastada. Se a exceção for dos magistrados que atuam nos Tribunais (art. 137), ela deverá observar, quanto ao seu endereçamento e processamento, o que dispõe o respectivo Regimento Interno (art. 265, III e § 4º).

Se o juiz (o *magistrado* de qualquer grau de jurisdição e não o *órgão* jurisdicional) reconhecer-se suspeito ou impedido, determinará, de pronto, a remessa dos autos ao seu substituto legal (e quem é este substituto é problema resolvido pelas Leis de Organização Judiciária federal e estadual ou pelos Regimentos Internos dos Tribunais). Caso contrário, ele, em dez dias, apresentará as razões pelas quais não se fazem presentes as circunstâncias apontadas pelo excipiente, juntará eventuais documentos e eventual rol de testemunhas que disponha, e enviará os autos ao Tribunal ao qual é vinculado hierarquicamente (art. 313) ou, em se tratando de exceção apresentada perante os próprios Tribunais, ao órgão que indicar o respectivo Regimento Interno, que julgará o incidente para rejeitá-lo ou para acolhê-lo. Nesta hipótese, o juiz será condenado no pagamento das custas do incidente e será determinada a remessa dos autos para o substituto legal (art. 314).

Interessante destacar que, na exceção de impedimento ou de suspeição, a parte que não a formulou não é, de acordo com os dispositivos do Código de Processo Civil, ouvida. Os arts. 312 a 314, com efeito, satisfazem-se com a oitiva do próprio magistrado. A falta de previsão legal não inibe, contudo, que a parte contrária intervenha no incidente para robustecer a tese do excipiente ou para afastá-la, hipótese em que sua atuação se dará em prol do próprio magistrado. A hipótese merece ser tratada similarmente a um caso de “assistência *simples*”, nos termos do art. 50 (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte VII).

O grande óbice a este entendimento reside na identificação do interesse *jurídico* que caracteriza, como tal, esta modalidade interventiva. Tal interesse, contudo, é evidente na situação suposta. A parte que não formula a exceção de impedimento ou de suspeição tem direito, constitucionalmente garantido, de ser julgada (como autor ou como réu, isto pouco importa) por um juiz imparcial e também tem direito de ver qualquer tentativa da parte

contrária de criar incidentes processuais infundados rejeitados de pronto (até porque o *recebimento* da exceção suspende o processo na forma discutida no n. 3, *supra*), seguindo-se a isto não a apenação nas “custas do incidente”, como prevê, de forma singela, o art. 314, mas, muito além disto, a sua apenação como litigante de má-fé (art. 17, VI).

Uma última questão se faz pertinente. O novo parágrafo único do art. 305 não pode ser aplicado naqueles casos em que o *réu* pretende arguir a suspeição ou o impedimento do juiz. A regra, até por dicção expressa de seu texto, deve ser reservada, apenas, aos casos de exceção de *incompetência*. Para as arguições de suspeição e de impedimento, a petição respectiva deverá ser apresentada perante o juízo em que tem trâmite o processo respectivo – ressalvada a existência de dispositivo em sentido diverso em algum Estado, como se dá naqueles que admitem o “protocolo integrado” – ou, aplicando a nomenclatura da regra referida, o “juízo que determinou a citação”.

4. RECONVENÇÃO

O réu pode, sem prejuízo de *reagir* (v. n. 1, *supra*), *agir* em face do autor no *mesmo* processo em que é por ele demandado formulando um pedido de tutela jurisdicional em seu favor. É o que se chama reconvenção.

A reconvenção, de acordo com o entendimento amplamente uniforme, é verdadeira *ação* que o réu apresenta em face do autor nos autos do mesmo processo em curso. Tanto que a doutrina costuma se referir a ela como uma postura *ativa* do réu em face do autor, diferentemente do que se dá com a contestação ou com as exceções que são verdadeiras posturas *passivas* suas. A reconvenção espelha bastante bem a ideia de o réu poder ir além de se limitar a não se sujeitar à pretensão do autor.

O réu, ao contestar, quer afastar a pretensão do autor; não quer se sujeitar ao pedido do autor e à tutela jurisdicional pretendida por ele. Quando o réu reconvém, ele passa a aspirar algo de “positivo”, algo de *novo*, de *diferente* para si, algo que vai além da tutela jurisdicional que obterá caso a sua defesa seja acolhida com a rejeição do pedido formulado pelo autor.

É importante entender, a este propósito, que a improcedência do pedido do autor, isto é, a sua rejeição (“improcedência da *ação*”, como a hipótese é usualmente descrita), tem, por si só, o condão de dar ao réu tutela

jurisdicional. Esta tutela, contudo, é limitada ao que o próprio autor pediu e às razões pelas quais ele pediu e nem poderia ser diferente à luz do princípio da adstrição do juiz ao pedido (v. n. 7 do Capítulo 1). E mais: é o pedido *negado* ao autor que se revestirá de coisa julgada *material*, isto é, que se tornará imunizado a ulteriores discussões pelas próprias partes e por qualquer outro órgão jurisdicional (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte VII).

Pode acontecer, contudo, que o réu tenha *interesse* de obter tutela jurisdicional *qualitativamente* diversa daquela que receberá na hipótese destacada acima. Para tanto, pode ele, aproveitando-se do *mesmo* processo, formular, ele próprio, *pedido* de tutela jurisdicional em face do autor, *agir* em face dele, na expectativa de obter, do Estado-juiz, *mais* do que obterá com a rejeição do pedido do autor. Este pedido é a *reconvenção*. Trata-se, nesse contexto de análise, de um típico caso de aplicação do “princípio da economia e da eficiência processuais” que acompanha o instituto durante todo o seu desenvolvimento na história do direito processual civil (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

O entendimento, absolutamente pacífico, de que a reconvenção é *ação* exercitada pelo réu no *mesmo processo* merece, contudo, alguma consideração. Por força do conceito proposto por este *Curso* desde o n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, é importante entender que o réu não exerce, na hipótese aqui examinada, uma “nova” ação em relação àquela que deu e dá vida ao processo. Trata-se, menos do que uma “nova” ação, de um *novo pedido* de tutela jurisdicional, um pedido de tutela jurisdicional *qualitativamente* diverso daquele feito pelo autor.

Não se trata de uma “nova” ação porque o autor já rompeu suficientemente a inércia da jurisdição, já a *acionou*, portanto, sendo desnecessário entender – para não dizer agressivo ao “modelo constitucional do direito processual civil – que o réu precise, também ele, tomar aquela mesma iniciativa. Para ele, já que o Estado-juiz já foi provocado, é suficiente o seu *agir* em juízo, no *mesmo* processo, formulando pedido de tutela jurisdicional que permita ao Estado-juiz dar-lhe bem da vida *qualitativamente* diverso daquele que obterá caso o pedido do autor seja rejeitado. Até porque, se o réu não tomar esta iniciativa, será vedada, para aquele fim, a atuação jurisdicional que se vincula aos limites do pedido do autor.

Trata-se de legítima exigência feita pela lei para que, diante de alguns pressupostos (v. n. 4.1, *infra*), o réu assuma, perante o autor, postura *ativa*. Não só defendendo-se (*reagindo*) mas, também, *agindo* em face do autor. São casos, em última análise, que a lei, por razões de maior *eficiência* processual (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), admite que o réu peça que lhe seja prestada tutela jurisdicional *qualitativamente* diversa daquela que lhe será prestada se for rejeitado o pedido do autor e o fará no *mesmo* processo perante o *mesmo* juízo (art. 109; v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I).

O entendimento aqui sustentado fica ainda mais forte diante da regra do art. 317. De acordo com o dispositivo, “a desistência da ação, ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção”. É o que a doutrina usualmente identifica como o “princípio da *autonomia* da reconvenção”. O significado da regra é um só: uma vez apresentada a reconvenção, ela tende a ter existência independente da “ação” do autor justamente porque ela depende do *mesmo* processo para se desenvolver, mas não daquela anterior iniciativa do autor. A reconvenção, por assim dizer, mantém a *necessidade* da prestação da tutela jurisdicional, tal qual *ampliada* pelo réu, e, conseqüentemente, impõe o prosseguimento do *processo* mesmo que não persista mais a “ação” que foi responsável pelo rompimento da inércia que caracteriza, como tal, a jurisdição.

O que interessa ao desenvolvimento válido do processo não é mais quem rompeu a inércia da jurisdição, quem *acionou* o Estado-juiz – que, por definição, só pode ser do autor –, mas quem, ao longo do processo, é dizer, da atuação do Estado-juiz, assume adequadamente as posições de vantagem que a lei impõe, é dizer, quem *age* em juízo devidamente. Desde que o agir do autor tenha se mostrado suficiente para dar *existência e validade* ao processo é o que basta para que o *processo* prossiga, isto é, que ainda se faça necessária a atuação do Estado-juiz, mesmo quando o autor não pretender mais a tutela jurisdicional que justificou o seu pedido inicial mas, diferentemente, for o réu que, doravante, pleiteia algo para si.

Não fosse pela possibilidade de o réu reconvir ao autor, ele poderia demandá-lo ainda que por um *novo e distinto* “processo” que teria início, indispensavelmente, com uma *nova e distinta* “ação” (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1). O caso poderia ser, até mesmo, de *conexão* entre as

demandas e, como tais, elas deveriam ser julgadas pelo mesmo juízo (art. 253, I), pelas razões já discutidas pelos ns. 2 e 6 do Capítulo 3 da Parte I. O que a lei faz ao disciplinar a reconvenção é admitir, por iniciativa do réu, o cúmulo de “pedidos” (v. n. 7.2.3 do Capítulo 1) em um mesmo processo, ampliando-se o objeto litigioso e, conseqüentemente, o objeto de *decisão* do magistrado. É medida que, inspirada em razões de ordem pública, busca otimizar a atuação jurisdicional em todos os sentidos (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

A recusa deste *Curso* em aceitar a natureza jurídica de *ação* à reconvenção quer evidenciar, a propósito da consideração do parágrafo anterior, que fosse aquela iniciativa do réu uma verdadeira (e distinta) ação isto significaria que a cada pedido de tutela jurisdicional equivaleria, sempre e em qualquer caso, uma ação. Tantos pedidos de tutela jurisdicional significariam, invariavelmente, tantas “ações”. Tal entendimento, contudo, parece ir de encontro com o entendimento absolutamente pacificado na doutrina de que a “ação” não se confunde e não se pode confundir com o direito material que justifica a *necessidade* da “tutela jurisdicional”. Está, com efeito, abandonada no tempo e na ciência processual a concepção *immanentista* do direito de ação que vinculava o seu exercício a um específico direito. É o que prescrevia, quase que com caráter didático, o art. 75 do Código Civil de 1916: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. A “ação”, embora guarde inequívoca relação com o direito material (e as razões em que isto se dá estão expostas no n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), é instituto diverso de qualquer realidade material e é por isso que o direito de ação é exercitado contra o Estado; trata-se de direito subjetivo *público* do jurisdicionado.

Assim, uma só ação – uma só iniciativa de romper a inércia da jurisdição – é suficiente para que o Estado-juiz possa se manifestar sobre mais de um bem da vida, sobre mais de um “direito”, consoante sejam os *pedidos* formulados no processo. Uma “ação” é suficiente para o cúmulo de diversos pedidos, independentemente de quem tenha a iniciativa de cumulá-los, o autor (v. n. 7.2 do Capítulo 1) ou, como aqui se trata, o réu (v. n. 7.2.3 do Capítulo 1). À ação, neste sentido, cabe o papel de justificar a provocação inicial do Estado-juiz e as constantes provocações ao longo de toda a sua atuação, isto é, ao longo de todo o processo: o *acionar* e o que interessa

para cá, o *atuar*, o *agir* ao longo do processo. Isto, contudo, não se confunde com os *pedidos de tutela jurisdicional* que podem, consoante as autorizações legais, ser formulados concomitantemente em um mesmo processo. Estes sim, os *pedidos de tutela jurisdicional*, mas não a “ação”, dizem e podem dizer respeito a diversos bens da vida, bens que existem *fora e independentemente* do processo, no plano material, embora, em última análise, justifiquem a atuação do Estado-juiz para protegê-los, tutelá-los, quando devidamente provocado o exercício da jurisdição.

Assim, para os fins de identificação das “ações” ou, como prefere o n. 5 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, das “demandas”, basta verificar quantos pedidos foram, a final, formulados pelo autor e pelo réu. Pedido é um dos *elementos* da “ação” (demanda), mas não ela própria. Há, neste sentido, uma relação de continente e conteúdo que, não fossem pelas razões anteriores, veda, por si só, a equiparação entre os dois institutos. Há relação entre eles, é certo, mas não identidade.

Por todos estes motivos – que são recorrentes em diversas outras passagens deste *Curso* –, não é correto falar-se em uma “ação de reconvenção” mas, mais propriamente, de um “pedido de reconvenção” ou, simplesmente, de uma “reconvenção”, nome que significa, por si só, independentemente de qualquer outro complemento, a autorização legal de o réu formular *pedido* de tutela jurisdicional em face do autor no mesmo processo em que é demandado. Trata-se de instituto amplamente fundamentado e justificado no princípio da economia e da eficiência processuais.

Cabe uma última consideração sobre a discussão anunciada pelos parágrafos anteriores, sem pretender estender desnecessariamente o tema. Houve tempo para a *necessidade* da construção da reconvenção como diversa *ação* do réu em face do autor por diversas circunstâncias, inclusive pelas vicissitudes então predominantes do que se entendia por “ação” e os limites, mais ou menos restritos, dos “procedimentos” (ou “processos”) até então conhecidos e da compreensão que então se tinha de uns e de outros.

Considerando que os autores cada vez mais tendem a uma distinção clara e precisa entre a “ação” e a “tutela jurisdicional”, não há razão para insistir em discussões que, em última análise, dizem respeito a outros tempos e a outras necessidades. *Pedido de tutela jurisdicional* não é a *ação*, por mais

que ambos os institutos se relacionem entre si pelas razões e nas condições expostas no n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1. A “ação” não é só o *acionar* a jurisdição, rompendo a inércia da jurisdição, mas, também, o *atuar*, o *agir*, ao longo do processo, permitindo que as partes (e eventuais terceiros) ocupem, consoante as regras aplicáveis a cada procedimento, posições de vantagem com vistas à proteção de seus próprios interesses e direitos. Aqui, no procedimento ordinário, a lei permite que o réu, querendo, peça tutela jurisdicional em seu favor, tutela esta que diz respeito a um bem *qualitativamente* diverso daquele pedido do autor e, mais, *qualitativamente* diverso daquele que o réu obterá caso o pedido do autor seja rejeitado. Isto, é importante sublinhar, não é uma nova ação; é um novo *pedido* que, se é certo, deverá ser levado em conta para distinguir a “ação”, tal qual exercida e exercitada naquele processo (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), mas não se confunde com ela.

Assim, como acentuado no n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, é significativo do exercício da ação ao longo de todo o processo e consoante as características de cada procedimento a assunção, pelas partes e por eventuais terceiros intervenientes, de direitos, deveres, faculdades, ônus e sujeições, oferecidos pelo sistema que, devidamente exercidos, renderão ensejo a um *devido* processo, em estreita consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”. É este o contexto adequado em que a reconvenção, assim como outros *pedidos* que a lei permite ao réu formular no *mesmo* processo, deve ser examinada e estudada.

Não obstante todas estas considerações e o convite aqui feito para que o tema seja, por toda a comunidade jurídica, devidamente enfrentado para a sua devida e adequada reflexão, sempre levando em conta o *contexto* em que ela se dá, o perigo de uma discussão como esta é reduzir o direito processual civil e, mais do que ele, a ciência que o pretende estudar, que o tem como objeto, a uma discussão meramente *nominal* e que pode acabar por fazer as vezes de inócuas *formas*, quiçá *formalismos*, que o direito processual civil analisado desde a Constituição quer (e precisa) combater. Até porque a concepção de que a reconvenção é um *pedido* formulado pelo réu no mesmo processo em que o demanda o autor, como, com as devidas vênias, propõe este *Curso*, não interfere em nada na compreensão do funcionamento do instituto no que diz respeito aos seus pressupostos, ao seu

procedimento e ao seu julgamento, todos eles regulados pelo Código de Processo Civil, objeto de exame dos números seguintes.

Antes daquela exposição, contudo, ainda há espaço para uma última série de indagações. Independentemente das considerações anteriores, é certo que a doutrina distingue com nitidez a reconvenção da chamada “ação dúplice”. Esta “ação dúplice” é aquela em que se identificam as situações processuais de ambas as partes e que significa que o acolhimento ou a rejeição do pedido do autor tem o condão, por si só, de dar, no plano material, a *mesma* tutela jurisdicional para o réu como se ele próprio tivesse tido a iniciativa de provocar a jurisdição. É o que se dá, por exemplo, com a chamada “ação demarcatória” (art. 958), com a “ação divisória” (art. 971, parágrafo único), com a “ação de reintegração de posse” (art. 922) e, embora sem um maior consenso da doutrina, com as chamadas “ações declaratórias”.

Em todos estes casos, não cabe reconvenção porque o réu pode, com a rejeição do pedido do autor, lograr o mesmo resultado favorável com que a sentença o contemplaria, se fosse ele o responsável pelo rompimento da inércia da jurisdição. São situações, a bem da verdade, em que a tutela jurisdicional, que deriva do acolhimento ou da rejeição do pedido do autor, é *qualitativamente idêntica* para as partes. A reconvenção, disto se ocuparam suficientemente os parágrafos anteriores, caracteriza-se pela *necessidade* de o réu buscar tutela jurisdicional qualitativamente *diversa*. A distinção entre os dois institutos, destarte, é aceita por este *Curso*.

De acordo com o entendimento predominante, outrossim, a reconvenção não pode ser confundida com o chamado “pedido contraposto” (ou “ação contrária”). O pedido contraposto, expressamente autorizado no “procedimento sumário” (art. 278, § 1º) e no âmbito dos “juizados especiais cíveis” (art. 31 da Lei n. 9.099/1995; v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 2, tomo II), embora ostente cunho reconvenicional é compreendido como mero pedido do réu em face do autor sem que seu exercício signifique o exercício de uma nova *ação* em um mesmo processo, como a doutrina amplamente majoritária entende significar a reconvenção.

Mesmo que os pressupostos do “pedido contraposto” de acordo com os precitados dispositivos legais sejam mais restritos que o da reconvenção, não há como admitir àquelas duas iniciativas natureza jurídica distinta. Para este *Curso*, pelas razões expostas desde o início deste número, reconvenção

e pedido contraposto não são “ações” diversas daquela exercida pelo autor. São, menos do que uma “nova” ação, um novo *pedido* de tutela jurisdicional a ser formulado no mesmo processo com vistas a uma atuação jurisdicional mais eficiente. O assunto é retomado pelo n. 3 do Capítulo 2 da Parte VI.

4.1. Pressupostos da reconvenção

Para garantir o atingimento da “eficiência processual” colocada em destaque no número anterior, o art. 315 exige que a reconvenção seja “conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”. A “conexão” aí referida não se distancia do que o n. 2 do Capítulo 3 da Parte I já expôs a respeito do tema: duas causas são conexas quando comuns a causa de pedir *ou* o pedido. A conexão tem como finalidade a *modificação* de competência para assegurar que de uma mesma causa de pedir ou para um mesmo pedido (o bem da vida sobre o qual o autor pretende a prestação da tutela jurisdicional) haja o proferimento de decisões uniformes, compatíveis entre si. É o que se dá no caso da reconvenção: desde que a iniciativa do réu – o pedido de tutela jurisdicional que ele formula em face do autor – seja *conexa* com a do autor, a reconvenção deve ser admitida para permitir ao Estado-juiz tutelar coerentemente o que, no plano material, pressupõe uma solução harmônica.

O art. 315, contudo, vai além ao admitir que a “conexão” se verifique com o “fundamento da defesa”. Por “fundamento da defesa” deve ser entendida a “causa de resistir” de que deu notícia suficiente o n. 2.3, *supra*. São os fatos e os fundamentos jurídicos da *defesa* trazidos a conhecimento do juiz com a contestação e que correspondem, pelas razões lá expostas, à causa de pedir que integra, necessariamente, a petição inicial. Também aqui a exigência da lei guarda estreita afinidade com o princípio da economia e da eficiência processuais: se os fatos e fundamentos da defesa deverão ser apreciados pelo juiz – estes fatos, isto também foi objeto de consideração pelo n. 2.3, *supra*, aumentam o objeto de *conhecimento* do juiz, ampliam a sua *cognição* –, a lei admite, para produzir mais amplos resultados com a prática da mesma atuação jurisdicional, que destes fatos e fundamentos o réu pretenda extrair determinadas consequências que vão além da modificação, impedimento ou extinção do direito do autor. O que ocorre, nestes casos, é que os fatos e os fundamentos da defesa acabam fazendo as vezes de uma

autêntica causa de *pedir* para o réu, acabam assumindo o papel de fato *constitutivo* de direito seu, o direito cuja *afirmação* perante o Estado-juiz justifica a reconvenção. A maior ou menor pertinência dos fundamentos da defesa, por sua vez, não interferem no *cabimento* da reconvenção. Tal análise ocupará o magistrado quando de seu enfrentamento meritório. É o que acertadamente decidiu a 3ª Turma do STJ no REsp 1.126.130/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 20.3.2012, DJe 11.4.2012.

Porque se trata de pedido de tutela jurisdicional *qualitativamente* diverso que o réu formula para o Estado-juiz, a reconvenção não significa meramente ampliação da *cognição jurisdicional*. Ela também acaba por representar uma ampliação daquilo que vai ser *decidido* pelo magistrado. O autor, JRM, pediu em face do réu a cobrança de multa pela não entrega de veículo no prazo acertado; o réu, GDM, *reconvém* pedindo que o autor pague os valores devidos e não pagos, razão suficiente para a não entrega do veículo negociado. É muito diferente a mera *apreciação* (cognição) do fato impeditivo do direito do autor trazido pelo réu (não pagamento das prestações) e a *decisão* de, por causa daquele não pagamento, impor ao autor o adimplemento de suas obrigações contratuais. O fato, em si mesmo considerado, é idêntico. Mas as consequências jurídicas, que podem ser experimentadas fora do plano do processo, são diversas. Sem a reconvenção, o acolhimento da defesa do réu traria a ele tutela jurisdicional, isto foi demonstrado desde o n. 1 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 1. Com o acolhimento da reconvenção, contudo, a tutela jurisdicional a ser prestada pelo réu é verdadeiramente dupla: ele obtém aquela que corresponde à negativa de tutela ao autor (a *improcedência* de seu pedido, portanto) e tutela jurisdicional *qualitativamente* diversa, consistente em estar autorizado a cobrar do autor os valores não pagos no *mesmo* processo. Claro, neste exemplo, como se dá a *otimização* dos atos jurisdicionais que, desde sempre, justificou o instituto aqui em estudo.

Justamente como forma de garantir a escorreita aplicação deste princípio é que é amplamente vitorioso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a “conexão” exigida pelo art. 315 merece interpretação ampla para admitir a reconvenção em todos aqueles casos em que a instrução conjunta tiver o condão de fazer surtir melhores resultados pela atuação do Estado-juiz. Para evitar que a reconvenção não seja empecilho a estes fins, é que o

parágrafo único do art. 315 veda-a quando não houver coincidência de partes entre os planos material e processual (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte VII), é dizer, quando houver, no polo ativo ou no polo passivo do processo, algum *substituto processual* ou, mais amplamente, algum legitimado *extraordinário*.

Em todos os casos, contudo, até como forma de permitir que a reconvenção atinja a sua finalidade com observância à eficiência processual desejada desde a Constituição (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), é mister que o juízo seja competente para apreciá-la, no que é expresso o art. 109 (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I). O parágrafo único do art. 253, por seu turno, determina que a apresentação da reconvenção seja anotada pelo distribuidor para os fins dos arts. 251 e 252.

4.2. O procedimento da reconvenção

A reconvenção deve ser apresentada “simultaneamente” com a contestação. É o que exige o art. 299, que dá ensejo a uma questão clássica de direito processual civil. O que significa dizer “oferecimento simultâneo”? É possível ao réu contestar, por exemplo, no décimo dia do prazo e apresentar sua reconvenção no décimo quinto dia? A recíproca é verdadeira?

As respostas a estas questões tendem a ser restritivas, no sentido de que o art. 299 está a exigir que o réu deverá contestar *e*, se este for o caso, reconvir ao mesmo tempo, sob pena de preclusão *consumativa* (v. n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Não há razão para discordar do entendimento majoritário a respeito do tema. O prazo para resposta do réu é um só e não diversos para cada tipo de resposta que a lei permite ao réu oferecer. Somente nos casos em que a própria lei processual civil admite que uma resposta possa interferir de alguma forma na fluência do prazo da outra (como se dá, por exemplo, mas não só, com as exceções, nas condições apresentadas pelo n. 3, *supra*), é que há espaço para entender diferentemente. A apresentação “simultânea”, *concomitante*, portanto, da contestação e da reconvenção, destarte, deve ser observada, até como forma de garantir maior celeridade e eficiência ao processo. Que o réu tem *até* quinze dias para se defender, como regra, não há dúvida (art. 297). Mas, na medida em que ele se defenda em menos dias, o seu prazo fica *consumado*,

verdadeiramente esgotado, para evitar retrocessos no processo. No mais, têm aplicação aqui as considerações feitas pelo n. 3, *supra*.

O art. 299 também exige que a contestação e a reconvenção sejam apresentadas “em peças autônomas”. É esta a *forma* imposta pela lei. Como toda *forma* processual civil, contudo, o seu descumprimento não traz necessariamente prejuízo para o *conteúdo* do ato processual que se praticou. Se, não obstante a regra do art. 299, contestação e reconvenção forem apresentadas na mesma “peça” ou, como é mais comum se referir, na mesma “petição”, disto não deve seguir o seu indeferimento desde que o intento de reconvir do réu seja suficientemente claro e que ele seja tratado como tal em todos os sentidos. Importa na avaliação de cada caso concreto, portanto, verificar se a não observância da forma pode comprometer a *defesa* a ser exercitada pelo autor.

Uma vez apresentada a reconvenção pelo réu, cabe ao magistrado realizar o mesmo juízo de admissibilidade que deve ser reservado para uma petição inicial nos moldes do que foi tratado pelo n. 1 do Capítulo 2. O exame a ser feito pelo juiz para tal fim e que, de resto, deve ser feito com qualquer petição, qualquer requerimento, que lhe seja dirigido durante o processo – e as “condições da ação” e os “pressupostos processuais” devem estar presentes em todas as etapas e fases do processo (v., em especial, o n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1) –, deverá levar em conta as considerações e os dispositivos legais até aqui mencionados neste e nos números anteriores. É importante verificar o correto cabimento da reconvenção diante do que dispõe o art. 317, que empresta a ela subsistência autônoma no mesmo processo (v. n. 4, *supra*).

Proferido juízo *positivo* de admissibilidade, o autor (que, na reconvenção, é identificado como “reconvindo”) será *intimado* na pessoa de seu advogado para apresentar a sua contestação no prazo de quinze dias. É o que dispõe o art. 316.

A regra merece algumas considerações: como o autor já está vinculado àquele mesmo processo – a bem da verdade, foi ele quem deu ensejo ao seu início com a apresentação da petição inicial –, não se faz necessária a sua *citação*, suficiente a sua *intimação*, isto é, que lhe seja dada ciência do pedido formulado pelo réu (o reconvinte) para que ele apresente as defesas cabíveis na espécie. O art. 316, de resto, conforma-se com que a intimação

seja feita na pessoa do *advogado* do autor, desnecessária a intimação *pessoal* do autor e sendo indiferente que o seu advogado não tenha poderes para receber “citação” em seu nome, o que, por força do art. 38, exige previsão *expressa* na procuração. Tais “poderes” decorrem da própria lei, sendo, por isso mesmo, irrecusáveis para o advogado.

O dispositivo diz que o prazo de quinze dias é para o autor-reconvindo apresentar contestação. À luz do princípio da ampla defesa (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), o dispositivo tem que ser entendido amplamente: o autor-reconvindo pode apresentar qualquer resposta, não só a contestação, desde que se façam presentes os seus respectivos pressupostos. O que não pode ser admitido é que estas defesas acabem por frustrar as expectativas que o sistema pretende atingir ao autorizar a iniciativa do réu ao reconvir. Por isso é que se elas forem acolhidas, é a reconvenção que deve ser rejeitada.

A reconvenção também pode ensejar juízo *negativo* de admissibilidade, isto é, ser rejeitada de plano independentemente da oitiva do autor-reconvindo. A decisão proferida pelo magistrado nestes casos deve ser entendida como *interlocutória* (art. 162, § 2º) e, como tal, pode ser contrastada por agravo de *instrumento*, por força do *caput* do art. 522: seria inócuo, sob pena de serem frustradas as expectativas que justificam o instituto da reconvenção, que o reexame daquela decisão aguardasse o desfecho do processo em primeira instância. O tema é mais bem tratado pelo Capítulo 7 da Parte I do vol. 5. Por ora, de qualquer sorte, é importante acentuar que a circunstância de o § 1º do art. 162 definir como sentença o ato judicial que tem conteúdo numa das hipóteses dos arts. 267 ou 269 não interfere na afirmação lançada: é que a aparente singeleza daquela regra deve ceder espaço ao *sistema* processual civil. As sentenças não são e não podem ser, sem agressão àquele sistema, identificadas apenas com base no seu *conteúdo*, mas também com base na sua *função* processual (v. n. 1.1 do Capítulo 1 da Parte V). No caso da rejeição *liminar* da reconvenção, não há encerramento da atividade jurisdicional em primeira instância, razão suficiente para impor o prosseguimento do *processo* e, portanto, dar àquela decisão regime jurídico de interlocutória.

No caso de juízo *neutro* de admissibilidade, o réu será intimado para *emendar* a petição com a qual formula a reconvenção, aplicando-se, à

hipótese, as mesmas considerações trazidas pelo n. 4 do Capítulo 2.

Respondida a reconvenção, os próximos atos a serem praticados dependerão das mesmas variáveis que os arts. 323 a 328 reservam para o procedimento ordinário e que são objeto de exame do Capítulo 1 da Parte III.

4.3. O julgamento da reconvenção

Superadas eventuais *fases ordinatória e instrutória* do processo, a reconvenção será julgada com o pedido (ou, se for o caso, com os pedidos) formulado pelo autor. De acordo com o art. 318, seu julgamento é conjunto com a “ação”, isto é, com o *pedido* de tutela jurisdicional formulado pelo autor-reconvindo, consequência inarredável da “economia e da eficiência processuais” que dá o tom ao instituto. A *autonomia* da reconvenção, de outro lado, permite o seu julgamento mesmo quando a “ação” (o *pedido*) do autor tiver, por qualquer razão, inclusive por força de sua desistência, sido rejeitada (art. 317).

Aplicam-se a este julgamento todas as considerações desenvolvidas pelo Capítulo 1 da Parte V, inclusive no que diz respeito à condenação do vencido no pagamento das custas processuais relativas à reconvenção, exigíveis de acordo com as leis respectivas, e aos honorários de advogado. O art. 34 reserva às custas processuais relativas à reconvenção, com efeito, o mesmo regime jurídico dos arts. 19 a 33, sem qualquer peculiaridade digna de destaque por se tratar de cumulação de pedidos em um mesmo processo.

A regra do art. 318, de outra parte, não inibe que tanto a tutela jurisdicional pretendida pelo autor na sua inicial como a tutela jurisdicional pretendida pelo réu na reconvenção, sejam, se presentes os pressupostos do art. 273 ou do art. 461, § 3º, *antecipadas* (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). O assunto é tratado na Parte I do vol. 4.

CAPÍTULO 4

Outros comportamentos do réu

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O n. 1 do capítulo anterior acenou para o fato de que o rol do art. 297 é insuficiente. Ele dá a falsa impressão de que as únicas respostas do réu sejam a contestação, as exceções e a reconvenção. O réu, contudo, pode adotar outros comportamentos bastante variados se comparados com aquelas três posturas. É para seu exame que se volta o presente capítulo.

2. PEDIDO INCIDENTAL DE DECLARAÇÃO

O pedido incidental de declaração é o que é chamado em geral de “ação declaratória incidental” pela doutrina tradicional que, a exemplo do que se dá com a reconvenção, vê na iniciativa tradução de legítimo “direito de ação” exercitado pelo réu em face do autor no mesmo processo por ele iniciado. Um tal pedido tem previsão expressa nos arts. 5º, 325 e 470.

Têm cabimento aqui as mesmas considerações apresentadas pelo n. 4 do Capítulo 3 a propósito da reconvenção. Não se trata, propriamente, de uma nova “ação” distinta daquela exercida e exercitada pelo autor, mas de um novo *pedido* que o réu (ou o autor; v. *infra*) formula no mesmo processo com vistas à obtenção de tutela jurisdicional não pedida inicialmente, é dizer, tutela jurisdicional *qualitativamente* diversa daquela que, de início, levou o autor a romper a inércia jurisdicional.

Como este *Curso*, contudo, rejeita as tradicionais classificações da “ação” pelos efeitos da tutela jurisdicional pretendida por quem a exerce, é melhor compreender a figura examinada como *pedido* incidental de declaração, para evidenciar que se trata de um pedido de tutela jurisdicional (“declaratória”) formulado incidentalmente, é dizer, em meio a um processo em curso. Trata-se, aqui também, de verdadeira cumulação de *pedidos* em um *mesmo* processo, com vistas a uma melhor e mais ótima, por isso mesmo,

mais *eficiente* atuação jurisdicional. Não, propriamente, de cumulação de *ações* (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1).

É pertinente destacar, a este respeito, que o Código de Processo Civil só se refere a uma “ação declaratória incidental” (arts. 34 e 280) ou a uma “ação declaratória incidente” (art. 109) quando se ocupa de assuntos marginais ao instituto aqui analisado. No que ele tem de maior relevo, silenciam-se os arts. 5º e 470 a se referirem a ele com algum nome, limita-se, o art. 325, a se referir a ela como “declaração incidente” e vale-se, o art. 321, da expressão “demandar declaração incidente”, fórmulas mais próximas daquela aqui proposta.

Independentemente da nomenclatura que se prefira, contudo, importa ter presente que o pedido tem como objetivo revestir de coisa julgada *material* a solução de uma “questão *prejudicial* de mérito”, tornando-a imune a qualquer questionamento futuro (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V). Trata-se de iniciativa, destarte, que amplia não só objeto de *conhecimento* do juiz, mas também o objeto de *decisão* e é por isso ser mais correto descrever o instituto como “pedido *incidental*” e não como “declaração *incidental*”. Justamente porque uma das partes formula o pedido é que a declaração deixa de ser *incidental*, tornando-se *principaliter*, isto é, apta a ser decidida com ânimo de definitividade. É claro quanto a esta finalidade desempenhada pelo incidente aqui discutido o próprio art. 470, ao se referir ao cabimento do pedido quando “a resolução da questão prejudicial (...) constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

Para compreender bem o instituto é importante, fazendo eco à doutrina dominante, trazer à tona as noções de “ponto” e “questão” e de “preliminar” e “prejudicial”. Importante esclarecer o significado de cada uma destas palavras para os fins do direito processual civil.

“Ponto” é toda e qualquer afirmação feita em juízo por quaisquer dos sujeitos do processo, isto é, pelas partes, eventuais terceiros e pelo próprio juiz. Se este “ponto” vier a ser controvertido por alguém, isto é, se alguém questionar o seu acerto, e pouco importa o motivo que fundamenta uma tal controvérsia, surge o que é chamado de “questão”. Questão, por isso mesmo, é o “ponto *controvertido*”, é uma afirmação que, tendo relevância para o plano do processo, tornou-se controvertida, impondo, assim, sua solução.

A compreensão de “preliminar e prejudicial” pressupõe o entendimento de seu gênero designado pela palavra “prévio”. “Prévio” é todo *ponto* ou *questão* (as duas palavras estão empregadas no sentido técnico apresentado pelo parágrafo anterior) que deve ser resolvido antes de um outro. O grau de influência da resolução *prévia* do ponto ou questão é que dá ensejo àquelas duas categorias. Uma em que a resolução *prévia* não influencia no exame e no conteúdo do ponto ou questão seguinte. Outra, diferentemente, que a resolução *prévia* influencia, *vinculando*, o conteúdo do ponto ou questão seguinte. Neste caso, o ponto ou questão é *prejudicial* em relação ao seguinte; naquele, o ponto ou questão é *preliminar* em relação ao seguinte.

“Preliminar”, neste contexto, é todo e qualquer *ponto* ou *questão* que não vincula a solução do ponto ou questão seguinte. “Prejudicial”, de sua parte, é todo e qualquer *ponto* ou *questão* que vincula a solução do ponto ou questão seguinte. O art. 110, embora tratando da competência, traz interessante exemplo de questão *prejudicial* entre a jurisdição penal e a cível – “prejudicial *externa*”, por isso mesmo –, quando impõe o sobrestamento da atuação jurisdicional civil enquanto pende de declaração, na esfera criminal, a existência do fato delituoso. Caso, contudo, a “ação penal” não seja exercida nos trinta dias que se seguirem ao sobrestamento, é o juízo cível quem, determinando o fim da suspensão do processo, decidirá a questão. Outro exemplo pode ser encontrado em decisão da 1ª Turma do STJ (REsp 1.366.587/MS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 18.4.2013, DJe 24.4.2013) que negou interesse de agir ao autor que pretendia indenização do Estado por fraude ocorrida em cartório *antes* de o ato cartorário – que tem fé pública e presunção de legitimidade – ser invalidado.

Em suma: a “questão *prejudicial*” é aquela cuja solução, *prévia* e necessária, predetermina o resultado de questão ainda pendente de exame; a “questão *preliminar*” limita-se a ter como característica a circunstância de ser enfrentada previamente mas sem aptidão para vincular o resultado de qualquer outra decisão. São as “*questões prejudiciais*” (ambos os termos estão empregados em sentido técnico, vale a ênfase) que dizem respeito ao tema aqui examinado, do “pedido incidental de declaração”.

Não basta, contudo, para os fins do instituto aqui discutido, que se trate de uma questão prejudicial qualquer. Tem que se tratar de uma questão prejudicial ao “mérito”, à “lide”, ao “objeto litigioso”, ao próprio pedido

(mediato) do autor; de uma questão, portanto, cuja solução influenciará decisivamente na solução do próprio pedido de tutela jurisdicional tal qual formulado pelo autor desde sua petição inicial.

E mais: é necessário, outrossim, que haja processo pendente e que o juízo seja competente em razão da matéria (art. 470; v. n. 2.2 do Capítulo 1 da Parte I). Oportuno destacar que a “questão prejudicial de mérito” poderia, ela própria, ensejar um outro processo, autônomo, em relação àquele em que ela se configura. A admissão de sua “declaração incidente” no *mesmo* processo é providência que bem se afina ao princípio da economia e da eficiência processuais e bem realiza, desta maneira, o “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Por isso, aliás, a regra de competência do art. 109 (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I).

Na chamada “ação de alimentos”, por exemplo, o réu até pode alegar não haver relação de paternidade. A decisão que acolhe aquela defesa presta tutela jurisdicional para o réu (a “improcedência” do pedido do autor) mas não inibe que, em outra demanda, aquela mesma relação jurídica – o réu ser, ou não, pai do autor – venha a ser discutida novamente. É que, na hipótese figurada, não há coisa julgada sobre a paternidade; apenas sobre a não necessidade de pagamento de alimentos pelo réu. A coisa julgada, com efeito, recai sobre a parte *dispositiva* da sentença e não sobre os seus *fundamentos*, isto é, sobre as razões pelas quais o juiz decide em um ou em outro sentido (art. 469; v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte V).

Para impedir a patente insegurança jurídica derivada da situação aventada é que o pedido incidental de declaração foi concebido. De acordo com ele, a decisão do juiz sobre a *questão prejudicial*, no exemplo, a filiação, *também* “transita em julgado”, impedindo, por isso mesmo, que aquela mesma questão seja, posteriormente, rediscutida em juízo. A coisa julgada, isto foi exposto desde o n. 3.3.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, é pressuposto processual *negativo* e, como tal, sua ocorrência inibe a formação e o desenvolvimento válido de um outro processo que, de alguma forma, busque infirmar anterior prestação de tutela jurisdicional.

Trata-se, a exemplo do que se dá com a reconvenção, de uma forma pela qual a lei autoriza que o réu amplie não só o objeto de *conhecimento* do juiz, o que se dá quando a contestação leva ao magistrado *novos fatos* que

buscam modificar, extinguir ou impedir o direito do autor (v. n. 2.3 do Capítulo 2) mas, mais do que isto, que amplie o objeto de *decisão* do juiz e, nesta condição, tudo o que for decidido, por iniciativa do autor e do réu, tende a se submeter à mesma regra de imutabilidade e, mais amplamente, de segurança jurídica que caracteriza, como tal, a coisa julgada, assunto ao qual se volta com mais vagar o n. 2 do Capítulo 2 da Parte V. E é por isso, porque a existência da *questão prejudicial* já levaria necessariamente o juiz a resolvê-la, determinando, se o caso o exigir, ampla produção probatória para sua constatação, que o instituto aqui examinado afina-se bastante bem ao princípio agasalhado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (uma vez mais, v. o n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Otimizam-se os *efeitos* a serem produzidos pela mesma *atividade* jurisdicional em nome de uma mais ampla segurança jurídica.

A lei não exige qualquer forma para que o réu *peça* que o juiz *declare por sentença* a relação prejudicial. Alguns autores sustentam, por isso mesmo, que a “ação declaratória incidental”, para empregar a nomenclatura mais comum do instituto, tem que ser veiculada em reconvenção porque a reconvenção é, por excelência, a “ação” do réu em face do autor. Este *Curso* opta por aplicar à hipótese em exame a diretriz mais ampla adotada pelo próprio Código de Processo Civil, de que os atos processuais não dependem de forma específica quando não exigida pela lei (art. 154, *caput*) e, mesmo que houvesse uma tal exigência, que o descumprimento da forma não teria o condão de gerar, necessariamente, qualquer mácula ao ato desde que sua finalidade tivesse sido atingida sem qualquer prejuízo para os litigantes e para o processo. É o que, com tranquilidade, sustentam a doutrina e a jurisprudência com relação à dicotomia contestação/reconvenção (v. n. 4.2 do Capítulo 2) e, por força do quanto exposto no n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1, deve ser observado também aqui.

O réu, destarte, pode formular o seu pedido incidental de declaração por mera petição e, até mesmo, na própria contestação, independentemente da apresentação de quaisquer outras respostas, inclusive a reconvenção. O que importa é que o réu evidencie estar formulando o pedido incidental de declaração para os fins já apontados e que se trate de uma “questão prejudicial de mérito”.

Não há, pela lei, prazo para que o réu formule o pedido aqui examinado. Diante da lacuna, a melhor solução é a de admitir, levando em conta, até mesmo, a conclusão dos parágrafos anteriores, que ele seja formulado no mesmo prazo da contestação. É na contestação que o réu controverterá algum “ponto prejudicial” alegado pelo autor e é por isso que ele deve, desde então, pedir que a resolução daquela *questão* também seja objeto de tutela jurisdicional própria, “declaratória”, e, como tal, apta a transitar em julgado. Só assim é que o instituto terá condições de atingir os objetivos a que se destina e, mais amplamente, aqueles a serem perseguidos no e pelo processo à luz do princípio da *eficiência* (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Uma vez formulado o pedido aqui examinado, deverá o autor ser ouvido sobre ele (art. 325), assunto ao qual se volta o n. 7 do Capítulo 1 da Parte III. Salvo alguma anormalidade do processo, o pedido incidental será apreciado conjuntamente com os demais na mesma sentença, cada um deles ocupando um *capítulo* próprio (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte V). As custas processuais derivadas de sua apresentação não têm qualquer peculiaridade de acordo com o que dispõe o art. 34.

O “pedido incidental de declaração”, contudo, não é iniciativa que cabe somente ao réu. O autor também pode – e o art. 325 é expresso quanto a isto, reservando, neste caso, o prazo de dez dias para a formulação do pedido – valer-se da mesma medida quando o réu tornar controvertida a “relação prejudicial” – transformar por iniciativa sua, um *ponto* em *questão*, portanto – sobre a qual se funda o seu próprio direito, isto é, o fato constitutivo tal qual narrado na petição inicial. Esta faceta do pedido é estudada pelo n. 7 do Capítulo 1 da Parte III.

3. DESMEMBRAMENTO DO LITISCONSÓRCIO

Há casos em que o processo pode se formar com pluralidade de autores, com pluralidade de réus ou, até mesmo, com pluralidade de autores e de réus. São os casos de litisconsórcio *ativo*, *passivo* e *misto*, respectivamente.

Quando a reunião das várias partes depende da vontade do autor ou dos autores nos casos que a lei autoriza a iniciativa (“litisconsórcio *facultativo*”) é possível ao réu recusar a formação do litisconsórcio, postulando o seu desmembramento. O prazo que tem para formular um tal pedido é o da contestação, de acordo com o parágrafo único do art. 46.

Por força da metodologia empregada por este *Curso*, o tema é tratado, com o vagar que ele merece, pelo n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte VII.

4. NOMEAÇÃO À AUTORIA

O réu, no prazo para sua defesa, pode limitar-se a “nomear à autoria” (art. 64). Trata-se de instituto que permite a verdadeira *sucessão* do réu indicado pelo autor em sua petição inicial por outro sujeito, um terceiro, que passa a ser réu, consoante determinados pressupostos exigidos pelos arts. 62, 63, 65 e 66.

Para os fins presentes, basta esta menção, deixando para o Capítulo 5 da Parte VII o exame aprofundado desta forma de intervenção de terceiros.

5. DENUNCIAÇÃO DA LIDE

A denúncia da lide é uma das modalidades de intervenção de terceiros que permite ao autor *ou* ao réu que requeiram que lhes seja prestada, no mesmo processo, tutela jurisdicional relativa a uma outra relação jurídica que eles mantêm com terceiros, consoante o acolhimento ou a rejeição do seu pedido. Trata-se, para usar a nomenclatura comumente empregada, do exercício, pelo autor *ou* pelo réu, de uma verdadeira “ação de regresso” exercitada em face de terceiro no mesmo processo em que contendem as partes.

Quando é o réu que denuncia a lide, cabe a ele fazê-lo no prazo para contestação, de acordo com o art. 71. O assunto será tratado no Capítulo 6 da Parte VII, por força da metodologia adotada por este *Curso*.

6. CHAMAMENTO AO PROCESSO

O chamamento ao processo também permite ao réu requerer que a tutela jurisdicional alcance terceiros, isto é, pessoas às quais não fez menção o autor em sua petição inicial (art. 282, II; v. n. 5 do Capítulo 1). Não um *novo* pedido de tutela jurisdicional em face de um terceiro, como se dá nos casos de denúncia da lide, mas o *mesmo* pedido de tutela jurisdicional já formulado pelo autor. É instituto que visa trazer específicas situações de

direito material que une o réu a outros codevedores para o plano do processo, formando, por iniciativa do réu, um *litisconsórcio passivo*.

A exemplo do que se dá para a denunciação da lide, o réu deve exercer esta faculdade no prazo para sua contestação, no que é claro o disposto no art. 78. Também aqui, é suficiente a menção deste comportamento a ser assumido pelo réu. Seu exame, em razão da metodologia empregada por este *Curso*, ocupa o Capítulo 7 da Parte VII.

7. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA

Outra resposta do réu é disciplinada no art. 261.

O réu poderá, no prazo que tem para contestar (art. 297; v. n. 2.4 do Capítulo 3), questionar o valor atribuído à causa pelo autor (art. 282, V; v. n. 8 do Capítulo 1). A impugnação será autuada em apenso, isto é, dará ensejo à formação de “diferentes autos” com documentação própria daqueles atos processuais, embora ela fique anexada (apensada) aos autos do processo. O incidente não tem o condão de suspender o processo.

O autor deverá ser ouvido a respeito da iniciativa do réu no prazo de cinco dias. A intimação respectiva faz-se de acordo com as regras gerais, isto é, por intermédio do advogado do autor, que o representa nos autos (art. 238; v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). À luz do princípio da isonomia e do contraditório, não há razão para negar que o autor pode se manifestar sobre a impugnação do réu em até quinze dias, o mesmo prazo que o réu teve para impugnar o valor dado à causa.

Se houver necessidade, o juiz poderá determinar a realização de prova pericial para fixar o valor da causa. O art. 261, a este respeito, parece admitir que a prova pericial não assuma, em todo e em qualquer caso, a *forma* para a qual lhes reservam os arts. 420 a 439, suficiente a oitiva do perito. Não há, por isso mesmo, como recusar, à hipótese, a incidência do art. 421, § 2º, sobre o qual se voltará, com mais vagar, o n. 5 do Capítulo 7 da Parte IV.

O *caput* do art. 261 dispõe, ainda, que a decisão deverá ser proferida no prazo de dez dias, o que traz à tona os comentários apresentados no n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 deste *Curso* sobre os chamados “prazos *impróprios*”.

O parágrafo único do art. 261 dá ensejo a interessante discussão quanto a ser legítima, ou não, a atuação de ofício do juiz no que diz respeito à impugnação ao valor da causa. É que, de acordo com a regra, “não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial”.

O melhor entendimento para o impasse é o que autoriza o juiz a questionar o acerto do valor dado à causa pelo autor desde a sua petição inicial, no exercício do juízo de admissibilidade a que fez referência o n. 1 do Capítulo 2, independentemente da iniciativa do réu, que deverá assumir a “forma” do incidente aqui estudado. É que o valor da causa, além de ser expressa exigência da petição inicial (art. 282, V; v. n. 8 do Capítulo 1), assume importância inegável para o processo, o que impõe, por isso mesmo, a atuação do juiz em prol de sua correção. Assim, não só nos casos em que há critério *legal* para o valor da causa, mas também naqueles casos em que o exame da inicial revelar descompasso entre o benefício pretendido pelo autor e o valor dado à causa, cabe ao juiz determinar a sua *emenda* na forma do art. 284 (v. n. 4 do Capítulo 2) ou, se for o caso, desde logo, a fixação do correto valor da causa, intimando o autor para que recolha a diferença de eventuais custas, com observância do disposto no art. 257.

Mesmo entendendo o *dever* da atuação oficiosa do magistrado, contudo, é importante que o réu tenha presente que cabe a ele, no prazo que dispõe para contestar, impugnar, se for o caso, o valor da causa. Para ele, réu, a não observância daquele prazo gerará, inequivocamente, preclusão temporal.

8. INCIDENTE DE FALSIDADE DOCUMENTAL

O réu, disto ocuparam-se, suficientemente, os ns. 2.1 e 2.3 do Capítulo 3, quando da análise do art. 302, deve, na sua contestação, impugnar especificadamente os fatos narrados pelo autor. Deve também manifestar-se sobre os documentos trazidos por ele com sua petição inicial e que, na perspectiva do autor, comprovam o acerto de suas alegações.

Pode ocorrer, contudo, que o réu repute *falsos* os documentos carreados aos autos pelo autor. Nestes casos, o réu poderá, no mesmo prazo para a contestação (art. 390), pedir ao magistrado que declare a falsidade daqueles documentos, observando-se a disciplina dos arts. 391 a 395.

Não obstante a letra do art. 394, a melhor interpretação é que, arguida a falsidade dos documentos pelo réu no prazo que ele tem para contestar, a

hipótese não é de suspensão do processo. A suspensão deve ser reservada para os casos em que o incidente for apresentado após o fim da “fase instrutória”, consoante prevê o art. 393 (v. n. 4 do Capítulo 9 da Parte IV). Para os fins presentes, o incidente deve ser processado nos mesmos autos – sequer há exigência legal de que haja uma petição diferenciada (“avulsa”) da contestação –, sendo suficiente que o réu indique as razões pelas quais entende falso o documento produzido pelo autor e indique, de plano, os meios de prova pelos quais pretende comprovar o acerto de suas alegações.

O autor será ouvido no prazo de dez dias sobre as alegações do réu (art. 392) e, se for o caso, será determinada a realização de perícia para constatar a falsidade ou não do documento. Pode ocorrer, contudo, que o autor concorde em “retirar” dos autos o documento questionado, hipótese em que a perícia não será realizada, a não ser que o réu discorde da iniciativa do autor (parágrafo único do art. 392).

A decisão que declarar falsos ou autênticos os documentos é, a despeito do art. 395, decisão interlocutória e, como tal, desafia o recurso de agravo que, em regra, deverá ser retido, a não ser que haja necessidade de revisão *imediate* daquela decisão, quando a forma do recurso deverá ser a de instrumento, nos termos do *caput* do art. 522 (v. n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5). Se, contudo, o incidente for julgado em conjunto com as demais questões, a hipótese será de *sentença*, sendo a sua resolução um de seus *capítulos* (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte V). Nesta hipótese, o recurso cabível é o de apelação.

Questão interessante posta pela doutrina diz respeito a constituir, ou não, o pedido em exame “ação”. Pelas mesmas razões expostas no n. 4 do Capítulo 2, não há como deixar de recusar a ele uma tal natureza jurídica. Trata-se de *pedido* formulado pelo réu, no mesmo processo em que demandado pelo autor, e que se justifica porque visa à prestação de tutela jurisdicional *qualitativamente* diversa daquela pretendida de início pelo autor. A iniciativa que a lei exige do réu para a declaração de falsidade do documento é, para os fins do sistema processual civil, suficiente para emprestar a ele um tal regime jurídico.

De resto, pelas mesmas razões já expostas, a cumulação *ulterior* de pedidos em um *mesmo* processo, ainda que por iniciativa do réu, é medida que atende ao princípio da economia e da eficiência processuais que tem

sede constitucional (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Tanto assim que o direito processual civil brasileiro admite expressamente que o interesse de agir pode limitar-se à “declaração da autenticidade ou falsidade de documento” (art. 4º, II). E justamente por se tratar de verdadeiro pedido de tutela jurisdicional, a *declaração* de falsidade documental feita pelo juiz revestir-se-á de coisa julgada *material*, restando imunizada de ulteriores discussões independentemente de ele ter sido formulado incidentalmente em um processo já pendente, que é a hipótese aqui examinada, ou em outro processo.

Com a observação do parágrafo anterior, pode parecer que o incidente de que se ocupam os arts. 390 a 395 acaba por assumir a feição do “pedido incidental de declaração” de que trata o n. 2, *supra*. Há uma parcela de verdade na constatação, mas é certo que o pedido de que se ocupam os arts. 5º, 325 e 470 tem pressupostos próprios, inconfundíveis com aqueles exigidos pelos arts. 390 a 395 e, por isso, são e devem ser tratados como iniciativas diversas que podem, ou não, conviver em um mesmo processo a depender das *necessidades* de cada caso concreto.

O “incidente de falsidade”, importa colocar em destaque, não se limita ao instante procedimental aqui estudado. Ele pode se justificar em qualquer outro momento do processo, em qualquer grau de jurisdição, por iniciativa do autor *ou* do réu e, até mesmo, de terceiros que já tenham intervindo no processo, observando-se o prazo de dez dias após a apresentação de documento (art. 390). Esta faceta do instituto é examinada no n. 4 do Capítulo 5 da Parte IV.

9. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA

O réu pode também, em sua contestação, pretender que o *autor* ou que *terceiro* apresente, em juízo, documento ou coisa que tem em seu poder. A iniciativa é expressamente admitida pelos arts. 356 e 360 e é tratada, pelo Código de Processo Civil, como um dos “meios de prova”.

Por força da metodologia empregada por este *Curso*, o seu exame é feito no Capítulo 4 da Parte IV, sendo suficiente, por ora, indicar a *possibilidade* de ocorrência da hipótese no mesmo instante processual em que o réu apresenta sua contestação. Até porque, diferentemente do que se dá com

outras respostas do réu, não há, pela disciplina que o Código dá àquele incidente, obrigatoriedade de o réu tomar a iniciativa em sua contestação.

10. JUSTIÇA GRATUITA

O réu pode também no prazo que dispõe para contestar requerer os benefícios da chamada “justiça gratuita”, disciplinada pela Lei n. 1.060/1950. O pedido não tem o condão de suspender o processo (art. 6º da Lei n. 1.060/1950) e pode ser veiculado na própria contestação, desnecessária a sua formulação em outra petição diferenciada, avulsa ou autônoma. O que importa é que o réu alegue estarem presentes os pressupostos dos arts. 2º e 3º da precitada lei, sendo suficiente a sua *alegação* de que é pobre para os fins do art. 4º do mesmo diploma legislativo, não havendo necessidade de produzir qualquer prova sobre isto (v. o n. 14 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

O autor poderá impugnar o pedido do réu, hipótese que também não tem o condão de suspender o processo (art. 4º, § 2º, da Lei n. 1.060/1950). Neste caso, de acordo com o mesmo dispositivo de lei, haverá, a exemplo do que se dá com as hipóteses de “assistência” (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte VII), autuação em apartado do incidente (art. 6º da mesma lei), que será decidido, a despeito do que diz o art. 17, por *decisão interlocutória* e, como tal, sua revisão dar-se-á por intermédio de agravo que, pela própria razão de ser do benefício pretendido, tem que ser interposto na modalidade “de instrumento” nos termos do art. 522, *caput* (v. n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

Na hipótese de o autor ter formulado um tal pedido em sua petição inicial (art. 4º, *caput*, da Lei n. 1.060/1950; v. n. 13 do Capítulo 1), cabe ao réu, no prazo da sua resposta, impugnar seu deferimento em favor do autor, sem prejuízo de, se for o caso, pedir para si o mesmo benefício. De acordo com o § 2º do art. 4º da Lei n. 1.060/1950, a impugnação do réu não suspende também o processo, dando ensejo à autuação apartada do incidente, melhor interpretação para o art. 7º e seu respectivo parágrafo único do mesmo diploma legal.

A Corte Especial do STJ decidiu a propósito que: “II. Permitir que o pleito de revogação da assistência judiciária gratuita seja apreciado nos próprios autos da ação principal resulta, além da limitação na produção de provas, em indevido atraso no julgamento do feito principal, o que pode

ocasionar prejuízos irremediáveis às partes” e “V. O fato de o pedido de revogação da assistência judiciária gratuita não ser aduzido em autos apartados consiste em ofensa à lei, tratando-se de erro grosseiro, portanto, suficiente para impedir a revogação do benefício concedido” (REsp 1.286.262/ES, rel. Min. Gilson Dipp, j.un. 9.6.2013, DJe 26.6.2013). Com o devido respeito, a orientação não pode ser generalizada. Não havendo prejuízo para as alegações e provas das partes, o mero descumprimento da *forma* não pode, por si só, acarretar a nulidade do ato, sob pena de violação dos princípios regentes da espécie no sistema processual civil (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

11. REVELIA

Diferentemente de todos os comportamentos descritos até o momento, que pressupõem comportamento *comissivo* do réu, isto é, alguma atitude sua, a revelia pressupõe a sua omissão, a sua não ação, a ausência de comportamento seu, quando menos de comportamento que seja adotado de acordo com as prescrições legais, a começar pelo prazo.

Revelia é um estado processual. Revel é o réu que, devidamente citado, deixa de apresentar contestação ou a apresenta fora do prazo. Para boa parte da doutrina, o verdadeiro revel é aquele que deixa de apresentar qualquer forma de resposta, não só a contestação, mantendo-se integralmente omissivo no prazo que lhe é aberto para manifestar-se após a citação (art. 297; v. n. 2.4 do Capítulo 2). A discussão é pertinente porque, pelas razões expostas desde o n. 1 do Capítulo 2, são variados os comportamentos que o réu pode legitimamente assumir além de *contestar*.

Por força do “modelo constitucional do processo civil”, forte no princípio do contraditório e da ampla defesa, a melhor interpretação é a que reputa revel o réu que não apresenta nenhuma forma de resposta, que se mantém total e completamente inerte e indiferente à sua citação. Quando o réu revel tiver sido citado *fictamente*, ser-lhe-á nomeado um “curador especial”. Trata-se de regra prevista no art. 9º, II, e que bem se afina aos princípios destacados (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1)

Deste estado processual, de revelia, decorrem duas consequências: os fatos alegados contra o réu revel podem vir a ser admitidos como

verdadeiros (art. 319) e os atos do procedimento serão praticados independentemente de intimação do revel (art. 322, *caput*).

As duas consequências, posto expressas na lei, são alvo de merecidas críticas da doutrina e da jurisprudência, mais ainda quando analisadas no seu devido contexto, desde os princípios do contraditório e da ampla defesa expressamente garantido pela Constituição Federal (v. ns. 5 e 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, respectivamente).

Qual o fundamento para entender verdadeiro um fato alegado por uma parte e não infirmado pela outra? Mesmo naqueles casos em que há disponibilidade do direito, não deve o magistrado atentar à busca da “verdade” que lhe parece a mais correta de acordo com a sua própria consciência e bom-senso? Não é disto que cuida o “princípio do livre convencimento motivado do juiz” (v. ns. 4 e 6 do Capítulo 1 da Parte IV)? Qual é o papel do magistrado na condução do processo? Chancelar presunções que encontram seu fundamento nas mais remotas origens da atividade jurisdicional ou, pelo processo, agir em nome do Estado para pacificar os litigantes? E mais: como admitir que alguém não seja intimado da prática de atos processuais só porque não apresentou defesa? E pior: quando o fez, embora a destempo? Compatibilizam-se eventuais respostas afirmativas a estas questões com o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa?

Aceitando as premissas propostas por este *Curso*, as respostas a estas questões são imediatas. Não há como, sem esbarrar no precitado “modelo constitucional”, entender que da ausência de comparecimento do réu decorram a ele determinadas consequências quando houver, no caso concreto, outros elementos que conduzam o magistrado a postura diversa. O “ser” público do processo não pode tolerar entendimento diverso.

Tanto assim que é amplamente vencedor o entendimento, no que diz respeito ao primeiro grupo das questões, de que não existe, ao contrário do que uma leitura presa ao *texto* do art. 319 poderia fazer crer, qualquer imediatismo entre a revelia e a *presunção* de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Feliz, no particular, para destacar apenas uma dentre outras, a fórmula empregada para descrever o mesmo fenômeno na parte final do § 2º do art. 277, na redação que lhe deu a Lei n. 9.245/1995: “Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão

verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), *salvo se o contrário resultar da prova dos autos*, proferindo o juiz, desde logo, a sentença” (v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte III).

A ressalva colocada em itálico é expressão correta do “princípio da verdade real”, do verdadeiro comprometimento do Estado-juiz e do magistrado com o exercício da atividade jurisdicional para os fins que a justifica e que a ela se destina (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

É neste sentido amplo que devem ser interpretadas as ressalvas do art. 320. A presunção de veracidade a que se refere art. 319 deve ceder espaço às hipóteses em que, havendo litisconsórcio passivo (pluralidade de réus), algum deles contestar a “ação” (inciso I) ou quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis (inciso II) ou, ainda, quando a petição inicial deixar de trazer documento indispensável para a comprovação do fato nela afirmado (inciso III). É, de resto, o regime de qualquer presunção *relativa*, na linha do que expõe o n. 5 do Capítulo 1 da Parte IV.

A hipótese do inciso I do art. 320 independe da espécie de litisconsórcio formado (v. n. 1.1 do Capítulo 2 da Parte VII). A regra não excepciona o chamado “princípio da autonomia dos litisconsortes” construído a partir do art. 48 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte VII). Ela, bem diferentemente, apenas trata de aplicar escorreitamente as considerações até aqui feitas: havendo impugnação de um específico *fato* por um dos litisconsortes, independentemente do regime jurídico a que esteja submetido este litisconsorte, não há por que o magistrado entender que o *mesmo* fato possa ter ocorrido diferentemente para os demais réus, ainda que revéis. Trata-se, em última análise, de uma aplicação de uma consequência do “princípio da aquisição da prova” (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte IV), segundo o qual toda prova produzida pertence ao juízo e não às partes. Como a controvérsia sobre os fatos, independentemente de sua fonte, impõe a realização de prova sobre sua existência (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III), não poderia o juiz simplesmente cindir o mesmo fato para cada qual dos litisconsortes. O “ser” público do *processo*, ainda quando o direito material nele veiculado seja disponível, fica evidenciado.

Os incisos II e III do art. 320, de sua parte, ocupam-se de regradar de forma mais genérica e mais restritiva a mesma realidade jurídica. Se a lei torna um determinado bem jurídico indisponível, inclusive no que diz respeito à forma

de sua prova, não há como admitir que o silêncio do réu possa burlar aquela regra. Naqueles casos em que há direitos ou interesses indisponíveis, destarte, a prova tem que ser sempre direta, vedada a presunção cogitada pelo art. 319.

Ademais, a doutrina concorda que é revel o réu que também contesta a destempo, isto é, fora do prazo que lhe é reservado pela lei. Se é verdade que, em casos como estes, o réu deve suportar a consequência do seu retardo quanto ao cumprimento dos ônus processuais, uma interpretação rígida da hipótese pode levar a injustiças que não justificam, por si só, a atuação do Estado-juiz. É por esta razão que, mesmo nos casos em que a contestação seja intempestiva, ela não deve ser “desentranhada”, isto é, determinada a sua retirada dos autos, mantendo-a lá para que o magistrado, preocupado com o atingimento dos objetivos do processo – da própria atuação do Estado Democrático de Direito, enfim –, possa, eventualmente, usá-la como elemento de informações para formação de sua própria convicção.

Para a segunda parte das questões formuladas, o destaque é ainda mais pertinente. Foi por incidência dos princípios da ampla defesa e do contraditório que se operou a alteração no *caput* do art. 322 promovida pela Lei n. 11.280/2006. Naqueles casos em que o réu seja revel mas que tenha advogado constituído nos autos, sua intimação se dará normalmente, desconsiderado, pelo menos para este fim, o “estado de revelia”. Criam-se condições, desta maneira, de dar maior desenvolvimento àqueles princípios constitucionais, viabilizando, de outra parte, um maior aproveitamento à regra que, com a mesma Lei n. 11.280/2006, veio a ocupar o parágrafo único do dispositivo.

Assim, se o réu constitui advogado mas não contesta ou o faz intempestivamente, ou se constitui advogado somente depois do transcurso do prazo para apresentação da defesa, não há distinção entre uma hipótese e outra para interpretação do dispositivo, os atos processuais praticados desde então deverão ser comunicados ao advogado respectivo, observando-se as regras dos arts. 234 a 242 (v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Sobre o tema, colacionável entendimento da 3ª Turma do STJ, segundo a qual a nomeação do “curador especial” não é necessária quando, a despeito da citação ficta, o réu comparece em juízo e apresenta contestação

intempestiva (REsp 1.229.361/SP, rel. Min. Vasco Della Giustina, j.un. 12.4.2011, DJe 25.4.2011).

Já nos casos em que o réu é revel e não tem procurador constituído nos autos, continua a lei processual civil a dispensar a necessidade de sua intimação de qualquer ato processual. Isto, contudo, não significa e nunca significou que não haja a possibilidade de prática de atos processuais pelo réu. Ele pode praticá-los, a regra é clara quanto a isto agora no parágrafo único do art. 322, mas o *prazo* para a sua prática começa a fluir desde a publicação do ato decisório, independentemente de intimação do réu. O réu que, até então, por qualquer razão, havia ficado de fora do processo, deixando de participar dele – embora regularmente convocado para integrá-lo pela *citação* (art. 213) –, decide ingressar nele. Poderá, desde então, praticar todos os atos processuais sobre os quais não tenha ocorrido preclusão. Se o réu comparece a audiência sem constituir advogado, é correto o entendimento que não só afasta a revelia, mas que também determina sua intimação pessoal dos atos processuais praticados dali em diante, dando interpretação ampla ao *caput* do art. 238. Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, RMS 26.925/RS, rel. Min. Nancy Andrigli, j.un. 11.11.2008, DJe 20.11.2008.

O art. 321 comprova o acerto das considerações apresentadas no parágrafo anterior. De acordo com a regra, ainda que o réu seja revel, o autor só pode alterar o pedido ou a causa de pedir ou “demandar declaração incidente” se promover nova *citação* do réu, que poderá se manifestar sobre a iniciativa do autor no prazo de quinze dias. O que a regra quer assegurar é o amplo direito de participação do réu, mesmo quando revel. A hipótese do dispositivo supõe inovação *objetiva* no processo e, por isso, a específica determinação da prévia oitiva do réu a seu respeito. Melhor do que entender necessária uma nova *citação* do réu, contudo, faz-se suficiente sua intimação. Esta intimação, contudo, deverá ser feita pessoalmente ao réu (art. 238), a não ser que ele tenha advogado constituído nos autos, quando não há razão para recusar incidência da regra do *caput* do art. 322. Este entendimento justifica-se porque a revelia pressupõe prévia e regular *citação* e, pois, escoreita ciência do réu de que o processo existe. Suficiente, a partir dela, que as partes e seus procuradores sejam *intimados*

para que façam ou deixem de fazer o que lhes for determinado pelo magistrado.

12. RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO

Pode acontecer que o réu não assuma nenhuma das variadas posturas examinadas no capítulo anterior e nos ns. 2 a 10 e que também não se omita com relação ao pedido do autor. Ele pode, valendo-se do prazo do art. 297, *concordar expressamente* com a pretensão do autor, isto é, “reconhecer a procedência do pedido”, para empregar os termos utilizados pelo art. 269, II, para descrever a hipótese.

O reconhecimento jurídico do pedido deve ser entendido como a postura do réu que confirma os fatos e as consequências jurídicas pretendidas pelo autor em sua petição inicial. A variante oposta a esta postura do réu é a renúncia, pelo autor, do direito sobre o qual se funda a “ação”. Tanto assim que, em ambos os casos, o juiz deverá proferir sentença nos moldes do art. 269, isto é, sentença de “mérito”, hábil, por isso mesmo, a transitar em julgado (v. n. 3.2 do Capítulo 1 da Parte V).

Nada há na lei que obrigue o réu a tomar esta postura e, menos ainda, no prazo da contestação. O réu pode, a bem da verdade, fazê-lo a qualquer instante do procedimento, até o proferimento da sentença ou acórdão, em se tratando de processo que tem competência originária perante os Tribunais, até mesmo após o proferimento da sentença porque o reconhecimento do pedido independe da prévia concordância do autor.

Diferentemente do que pode se dar, por exemplo, quando as partes buscam uma forma de composição consensual, a despeito do processo, e requerem, em conjunto, a suspensão do processo, como lhes faculta o art. 265, II (com o limite temporal imposto pelo § 3º do mesmo dispositivo), a hipótese aqui examinada, a exemplo de todas as demais aqui estudadas, depende, única e exclusivamente, da vontade do réu que a formaliza perante o magistrado.

O art. 329, ao cuidar das hipóteses de “extinção do processo”, nome que se justifica pela redação do art. 269 antes do advento da Lei n. 11.232/2005, faz expressa remissão ao instituto aqui examinado: se *no prazo da resposta*, o réu “reconhecer a procedência do pedido”, o juiz proferirá, no instante

procedimental em que se insere aquele dispositivo, a sentença do art. 269, II. A análise daquele dispositivo é feita pelo n. 3.2.2 do Capítulo 1 da Parte II.

13. DINÂMICA DAS RESPOSTAS DO RÉU

A apresentação das respostas a que o art. 297 faz referência, estudadas no Capítulo 3, assim como a sua não apresentação, e a assunção de uma ou algumas das variadas posturas estudadas neste capítulo e adotadas pelo réu conduz o magistrado a analisar qual deve ser o próximo ato do procedimento a ser praticado.

Ao contrário do que pode parecer, o procedimento *ordinário* – e é este que está sendo estudado neste momento – não é invariável ou predeterminado pelo Código de Processo Civil. Embora exista uma sucessão padrão de atos e fatos processuais que deve ser observado – a nossa lei processual civil não conhece procedimentos flexíveis –, aqueles atos e fatos tendem a variar consoante sejam as posturas assumidas pelo réu e o conteúdo das defesas apresentadas. É a partir de seu exame cuidadoso que o magistrado determinará, ou não, a suspensão do processo; a oitiva do autor e para que fins; que determinará ou autorizará a intervenção de algum terceiro; que decidirá, enfim, qual o ato seguinte do procedimento. Seja para fins de consolidar a “fase *postulatória*”, seja para inaugurar a “fase *ordinatória*”, seja, até mesmo – e o art. 333 é expresso quanto a isto –, para, desde logo, passar à “fase *decisória*”, sem necessidade de ser realizada a “fase *instrutória*”.

Faz toda diferença, portanto, saber qual foi a postura adotada pelo réu, saber o que ele alegou em que resposta e em qual profundidade, como e em que medida ele já se desincumbiu do ônus da prova de suas alegações pela juntada de documentos (art. 396), porque é desta análise que o magistrado determinará a prática do ato processual seguinte. É este o conteúdo do Capítulo IV (“das providências preliminares”) do Título VIII (“do procedimento ordinário”) do Livro I (“do processo de conhecimento”) do Código de Processo Civil. Para seu exame volta-se todo o próximo capítulo.

Parte II

FASE ORDINATÓRIA

CAPÍTULO 1

Providências preliminares

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com os arts. 323 a 328 do Código de Processo Civil é dado ao juiz discernir, consoante as características de cada caso concreto, quais as atividades processuais que devem ser praticadas após o decurso do prazo para manifestação do réu. É o que o Capítulo IV do Título VIII do Livro I do Código chama de “providências preliminares”.

Como escrito no n. 13, que fecha o capítulo anterior, a depender da *resposta* oferecida do réu e, em cada resposta, a depender do seu conteúdo, põe-se ao magistrado o dever de determinar a prática de certos atos processuais ou não. É neste sentido, vale a ênfase, que o precitado n. 13 referiu-se não a um “procedimento *flexível*” – que o direito processual civil brasileiro desconhece –, mas a um procedimento que pode (melhor: *deve*) ser estabelecido consoante as exigências do caso concreto. O procedimento ordinário, destarte, aceita algumas variações após as respostas do réu e estas variações são vinculadas à postura que o réu tenha, ou não, adotado. São, a bem da verdade, verdadeiras *consequências* do próprio comportamento concretamente adotado pelo réu.

Tal afirmação não pode, como todas as outras, ser compreendida fora de seu contexto. Não há qualquer imediatismo entre, por exemplo, a *revelia* do réu (art. 319; n. 6, *infra*) e o “julgamento antecipado da lide” a que se refere o art. 330, II (v. n. 3.2 do Capítulo 2), não obstante o *texto* da lei (art. 324). Deve haver, na *concreta fixação* dos atos a serem praticados ao longo do processo, inequívoca participação e consequente *decisão* do juiz que, levando em conta as respostas do réu (ainda na “fase postulatória”), decidirá o “caminho” a ser seguido pelo procedimento: se haverá, ou não, necessidade de complementação da fase postulatória com a nova oitiva do autor para os fins do art. 325; se é o caso de realizar atividade saneadora porque há nulidade sanável nos termos do art. 327, segunda parte; se é

possível passar-se à fase instrutória (art. 331, §§ 2º e 3º) ou, desde logo, à decisória (art. 330). As alternativas possíveis contam, por isso mesmo, com a prévia análise e exame do juiz sobre o comportamento do réu, qualquer que seja ele, comissivo ou omissivo.

O art. 323, a bem da verdade, permite entrever esta interpretação. De acordo com o dispositivo, “findo o prazo para a resposta do réu”, o escrivão fará a conclusão dos autos, isto é, encaminhá-los-á ao juiz, no prazo de dez dias, cabendo ao juiz, *conforme o caso*, determinar as providências preliminares “que constam das seções deste Capítulo”.

A última expressão, extraída literalmente do artigo, por isso as aspas, é mais restrita do que o *sistema* adotado pelo próprio Código de Processo Civil permite.

As “providências preliminares” não se limitam, com efeito, ao que está disciplinado nas “seções” do Capítulo IV (“das providências preliminares”), isto é, ao “efeito da revelia” (Seção I, art. 324); à “declaração incidente” (Seção II, art. 325); “dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do pedido” (Seção III, art. 326); e, mesmo; às “alegações do réu”, tais quais descritas na Seção IV, que engloba os arts. 327 e 328. É que há, isto foi objeto de demonstração ao longo do Capítulo 4 da Parte II, *outros* comportamentos que podem ser legitimamente adotados pelo réu como *resposta* sua e que não têm expressa previsão nestes dispositivos. Sua ocorrência, contudo, deverá levar o juiz a também tomar certas “providências” que, no contexto, só podem ser “preliminares”, sendo de todo indiferente que elas não estejam previstas no local que, de acordo com o próprio Código de Processo Civil, deveriam estar. Identificá-las e evidenciá-las, mesmo que dispersas pelo Código ou, até mesmo, pela legislação processual civil extravagante, é tarefa que se impõe e que este *Curso* pretende se desincumbir a contento.

É esta a finalidade precípua deste capítulo.

2. A IDENTIFICAÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

As considerações que fecharam o número anterior ficam ainda mais claras quando se constata que aquilo que o art. 323 chama de “providências

preliminares” deve ser entendido como todos aqueles atos que, determinados pelo juiz, e tomados ou não pelas partes e por eventuais terceiros, tornarão o pedido do autor (e, se for o caso, do próprio réu) apto para o “julgamento conforme o estado do processo”, anunciado pelo art. 328 e cujas variantes são disciplinadas nos arts. 329 a 331 (v. Capítulo 2).

De forma ampla, as “providências preliminares” são vocacionadas para permitir que o juiz enfrente o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor, bem assim aquele eventualmente formulado pelo réu, em observância ao “devido processo legal”. Não só porque buscam eliminar eventuais vícios ou irregularidades que possam existir no processo e que, de alguma forma, podem comprometer ou, até mesmo, inibir aquele julgamento, mas porque também, e antes, preparam-no na medida em que encerram a “fase postulatória” com a derradeira – e, consoante o caso, indispensável – oportunidade de oitiva do autor sobre o comportamento do réu e, se for o caso, também do Ministério Público naqueles casos em que a sua intervenção como “fiscal da lei” for imposta pelo ordenamento (arts. 82 e 83, I; v. n. 3.2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1).

É por esta razão que as “providências preliminares”, para empregar o nome dado pelo próprio Código de Processo Civil, bastante feliz no particular, correspondente ao que boa parcela da doutrina propõe e este *Curso* adota, merecem ser chamadas de “fase *ordinatória*”. Tal fase, portanto, deve ser compreendida como o momento do processo em que o juiz analisa o conteúdo das respostas eventualmente apresentadas pelo réu e, mais amplamente, o seu comportamento, e verifica o que é *necessário* para apreciar o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor e pelo próprio réu. Seja no que diz respeito ao encerramento da fase postulatória ou no que diz respeito à prática de atos verdadeiramente saneadores do processo, atos que têm como objetivo eliminar, do próprio processo, nulidades ou irregularidades que possam comprometer a higidez da manifestação jurisdicional. Entender esta fase como uma fase *saneadora*, seria reduzir o seu campo de abrangência e, por isso, a sua importância; seria tratá-la por uma de suas possíveis variantes sem atentar a todas elas, que as caracterizam como tal.

De qualquer sorte, vale reprimir que o rol dos arts. 324 a 327 é insuficiente uma vez que eles não preveem ou não sistematizam as

consequências que devem advir da apresentação de outras *respostas* do réu. Assim, por exemplo, no caso da exceção de incompetência, suspeição ou impedimento, denunciação da lide ou chamamento ao processo (e mesmo, em alguma medida, nomeação à autoria), impugnação ao valor da causa, pedido de assistência judiciária gratuita, arguição de falsidade documental e reconhecimento jurídico do pedido. Certo que a determinação da prática dos atos processuais a partir de cada uma destas hipóteses decorre clara dos respectivos dispositivos do Código de Processo Civil que os preveem. O que é importante evidenciar é que a leitura “solta”, “isolada”, do art. 323 pode dar a falsa impressão de que as “providências preliminares” restringem-se ao que é descrito nos arts. 324 a 327.

Como a visão das “providências preliminares” é razoavelmente *retrospectiva*, isto é, decidida a partir do comportamento do réu no prazo de sua resposta e sobre o que, até aquele instante do processo, ocorreu, é importante levar em conta também a possibilidade da apresentação daquelas *outras respostas*. Assim sendo, as “providências preliminares” atrelam-se intimamente ao tema “respostas do réu” no sentido mais amplo apresentado pelo n. 1 do Capítulo 4 da Parte II. O art. 324, a exemplo do que se dá com o art. 297, é claramente *insuficiente* quando analisado na *sistemática* processual civil.

Por força do parágrafo anterior, a exposição de todas as providências preliminares observa a mesma ordem adotada pelos Capítulos 3 e 4 da Parte II, de forma a viabilizar uma leitura conjunta de todos eles e evidenciar a íntima relação entre os assuntos lá e aqui tratados, como verdadeira causa e consequência.

3. CONTESTAÇÃO DO RÉU

Os arts. 326 e 327, primeira parte, ocupam-se dos casos em que o réu contesta o pedido do autor. Neles está prevista a necessidade de o autor ser ouvido sobre as alegações do réu, no que os usos e costumes forenses denominam de “réplica”, mas cada um dos dispositivos tem específica hipótese de incidência, bastante diversa da do outro. E, como sua análise terá o condão de evidenciar, não é em qualquer caso que o réu *conteste* o pedido do autor que há necessidade de uma nova oitiva do autor. É que, a depender do conteúdo da contestação, o próprio *procedimento* a ser

observado pelo magistrado a partir da prática daquele ato processual (a apresentação da contestação) poderá se alterar como, também, a atribuição do “ônus da prova”, isto é, a verificação sobre quem, autor ou réu, terá que provar tais e quais fatos (v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte IV).

A primeira parte do art. 327 merece ser examinada antes do art. 326. É que o dispositivo ocupa-se das chamadas “preliminares” que, por força do art. 301, *caput*, devem ser alegadas pelo réu em sua contestação antes do enfrentamento do mérito e, pois, das consequências reguladas pelo art. 326. Analisada a contestação, constatado que qualquer uma das matérias referidas nos diversos incisos daquele dispositivo foi alegada pelo réu, bem assim quaisquer outras que, de alguma forma, possam comprometer a *validade* do processo e, pois, do pronunciamento judicial (v. n. 2.2.10 do Capítulo 3 da Parte II), deve o juiz determinar a oitiva do autor no prazo de dez dias, permitindo-lhe, na oportunidade, a produção de prova *documental*.

É importante, a este respeito, ler o dispositivo amplamente: qualquer prova é passível de ser produzida pelo autor; não só a documental. Deve prevalecer sobre a *letra* da lei, o *princípio* de que se ocupa o n. 6 do Capítulo 1 da Parte IV, o relativo a ser o direito à prova um “direito fundamental”. O que ocorrerá, caso o autor pretenda provar as alegações que lança para afastar as “preliminares” do réu com outros meios de prova que não a documental, é que o juiz não terá condições de “julgar antecipadamente a lide” (art. 330; n. 3 do Capítulo 2). Esta ampliação do procedimento, contudo, não é óbice para incidência, na espécie, do precitado princípio relativo à prova. Muito pelo contrário, a *necessidade* de produção de outras provas que não as documentais e, conseqüentemente, a necessidade de ser desenvolvida atividade jurisdicional relativa à própria “fase *instrutória*” é inerente ao próprio procedimento ordinário.

O art. 327, contudo, vai além. A segunda parte de seu enunciado contém, a bem da verdade, regra ampla que diz respeito a todos os casos em que se fazem necessárias as “providências preliminares” e não somente aos casos em que o réu alega, em sua contestação, “preliminares” e é determinada a oitiva do autor sobre elas. De acordo com o dispositivo, constatada a existência de irregularidades ou “nulidades sanáveis”, o juiz mandará que elas sejam supridas, fixando, para tanto, um prazo de até trinta dias. Por se tratar, a despeito, de sua localização, de uma regra *genérica*, seu exame é

feito no n. 13, *infra*, após a exposição de todas as situações que podem, ou não, levar à determinação daquelas atividades propriamente saneadoras.

O art. 326 disciplina os casos em que o réu, ao reconhecer o fato *constitutivo* do direito do autor, traz a conhecimento do juízo *novos* fatos, com vistas ao impedimento, à modificação ou à extinção do que pretende o autor. O dispositivo em exame ocupa-se, destarte, com os casos de “defesa substancial *indireta*”, em estreita consonância com o que discutido pelo n. 2.3 do Capítulo 3 da Parte II.

É fundamental em casos como estes, portanto, que a contestação, tal qual apresentada pelo réu, seja efetivamente lida pelo juiz e, consoante haja a alegação daqueles *novos* fatos, sobre eles seja determinada a ouvida do autor, que terá dez dias para se manifestar e produzir prova a seu respeito. O art. 326, a este respeito, refere-se única e exclusivamente à prova *documental*. A regra merece, contudo, pelas mesmas razões já expostas acima, interpretação ampla em virtude da mesma compreensão do direito fundamental à prova exposto no n. 6 do Capítulo 1 da Parte IV.

Não há dúvida alguma em sede de doutrina quanto à aplicação no caso, isto é, na *réplica* a ser apresentada pelo autor, do “princípio da impugnação especificada”, o que seja, o ônus de o autor rejeitar, um a um, os fatos trazidos pelo réu em sua contestação (art. 302, *caput*). A consequência da não impugnação especificada é a mesma já discutida no n. 2.3 do Capítulo 3 da Parte II, a de presunção de veracidade daqueles fatos, por força do que dispõem não só o próprio dispositivo, mas também os incisos II e III do art. 334.

Justamente em função da *necessidade* da ouvida do autor nestes casos, que, vale a ênfase, repousa no aporte de fatos *novos* pelo réu a conhecimento do juízo e no reconhecimento daqueles trazidos pelo autor, é que a “*réplica*” do autor transforma-se em momento bastante oportuno para que ele requeira a “antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional”, quando deverá demonstrar a ocorrência dos pressupostos exigidos pelo *caput* do art. 273 e de cada um de seus dois incisos ou, ainda, a circunstância que também a autoriza em consonância com o § 6º do mesmo dispositivo legal. O assunto é tratado com o vagar necessário pela Parte I do vol. 4, sem prejuízo de sua breve menção pelo n. 3.3 do Capítulo 2.

Pode ocorrer, contudo, que a contestação não traga nenhuma “preliminar” e que o réu não tenha manifestado sua concordância com os fatos *constitutivos* do direito do autor. Ele pode, diferentemente, ter se limitado a negá-los ou, quando menos, negar as suas consequências jurídicas (“defesas substanciais *diretas*”; v. n. 2.3 do Capítulo 3 da Parte II). Em casos como tais, a oitiva do autor fica restrita ao fato de a negação do seu direito acarretar a incidência do art. 325, isto é, em que tornar-se controvertida a relação jurídica da qual depende, no todo ou em parte, o acolhimento da sua pretensão. Para esta hipótese, contudo, o prévio e cuidadoso exame da contestação do réu faz-se indispensável por parte do juiz.

O que não deve ser admitido é que a tão só apresentação da contestação acarrete, em qualquer caso, independentemente de seu conteúdo, a manifestação do autor, diferentemente do que se verifica com frequência na prática forense. É importante acentuar que esta prática em nada colabora para a tão propagada “*eficiência* do processo”, porque desvirtua o procedimento ordinário, ao mesmo tempo em que *inutilmente* colhe-se renovada manifestação do autor com perda de tempo e com nítido rompimento dos princípios do contraditório e da isonomia, que devem ser sempre interpretados de forma a assegurar aos litigantes oportunidades iguais de manifestação (v. ns. 5 e 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Com a apresentação da “réplica” do autor e, se for o caso, com a manifestação do Ministério Público quando a hipótese impuser a sua participação como “fiscal da lei” (v. n. 2, *supra*), cabe ao juiz analisá-la e verificar, a partir das suas alegações e das provas já produzidas (documentos) ou que pretende produzir, qual será o próximo ato processual a ser praticado. Aplicam-se, à hipótese, destarte, as mesmas considerações apresentadas no n. 1 do Capítulo 2.

4.EXCEÇÕES

De acordo com o art. 297, o réu deverá apresentar, no prazo de sua resposta, as exceções de incompetência, impedimento e suspeição. O n. 3 do Capítulo 3 da Parte II demonstrou que aquela regra tem aplicação plena somente nos casos de exceção de incompetência. Até porque, não excepcionado o juízo pelo réu, considera-se “prorrogada a competência” nos precisos termos do art. 114 (v. n. 7 do Capítulo 3 da Parte I). As exceções de

impedimento e de suspeição só devem ser apresentadas pelo réu no prazo de sua resposta quando o juiz, que ocupa o juízo para o qual o processo foi distribuído, incide em uma das hipóteses dos arts. 134 ou 135, respectivamente, na sua perspectiva; caso contrário, não. Consoante sejam os sucessivos juízes (magistrados) que venham, por uma razão ou por outra, atuar ao longo do processo, inclusive nos seus desdobramentos recursais (art. 305), pode haver a *necessidade* da apresentação daquela exceção pelo réu e *também* pelo autor.

Para os objetivos presentes interessa apenas a hipótese de o réu, no prazo para sua resposta, apresentar uma daquelas três exceções. Embora não haja qualquer referência ou remissão dos arts. 323 a 328, é irrecusável que tenha incidência, no caso, o disposto nos arts. 306, 308, 309 e 313.

Assim, sem prejuízo das considerações já expostas no n. 3.1 do Capítulo 3 da Parte II, o juiz, *recebendo* a exceção, determinará a *suspensão* do processo e a oitiva do autor em se tratando de exceção de incompetência no prazo de dez dias (art. 308) e, nos casos de exceção de impedimento ou de suspeição, ele próprio tomará uma das providências a que se refere o art. 313. Uma vez resolvida a exceção, o processo retomará seu andamento normal, o que dará ensejo a que o juiz examine os demais comportamentos do réu, inclusive o eventual não decurso do prazo para o réu se manifestar, hipótese que não pode ser descartada por força do que demonstrou o n. 3 do Capítulo 3 da Parte II.

5. RECONVENÇÃO

Os arts. 323 a 328 também nada reservam para a hipótese de o réu, de acordo com o disposto no art. 297, apresentar reconvenção. Têm aplicação, aqui, para suprir a lacuna daqueles dispositivos, o quanto disciplinado no art. 316: havendo reconvenção e proferido juízo *positivo* de sua admissibilidade (v. ns. 2 e 4.2 do Capítulo 2 da Parte II), o juiz deverá determinar a oitiva do autor a seu respeito no prazo de quinze dias, intimando-o na pessoa de seu advogado.

A manifestação do autor sobre a reconvenção do réu deve ser entendida, para todos os fins, como uma *contestação*. E mais do que isto: não há óbice nenhum para que o autor, na condição de “réu” da reconvenção, assim entendido o sujeito em face de quem um pedido de tutela jurisdicional foi

formulado, apresente também, sempre observados seus pressupostos respectivos, as demais respostas examinadas no Capítulo 4 da Parte II. Assim sendo, cabe ao magistrado analisar, como deve fazer com toda e qualquer *resposta*, seu conteúdo para determinar as providências preliminares respectivas. Fazem-se pertinentes, por isso mesmo, as mesmas considerações desenvolvidas ao longo deste capítulo.

Um exemplo tem o condão de esclarecer o alcance do parágrafo anterior: apresentada a reconvenção, será o autor (reconvindo) *intimado* para se manifestar sobre ela no prazo de quinze dias. Ao mesmo tempo, por força do “princípio da concentração dos atos processuais”, já que a reconvenção *não suspende* o processo na qual apresentada, o autor terá, consoante o caso, que se manifestar sobre as *demais* respostas do réu, consoante façam-se presentes os seus respectivos pressupostos. O mais comum é que o autor defenda-se da reconvenção e apresente réplica à contestação do réu.

Incidem sobre a manifestação do autor e sobre a reconvenção do réu-reconvinte os mesmos princípios e regras que disciplinam a contestação, assim o “princípio da concentração da defesa” ou da “eventualidade” e o “princípio da impugnação especificada”. O autor-reconvindo deverá, destarte, apresentar as *preliminares* que entender pertinentes para a espécie, inclusive aquelas relativas ao não cabimento da reconvenção à falta de seus pressupostos específicos (art. 315; v. ns. 4 e 4.1 do Capítulo 4 da Parte II), bem como formular defesas substanciais diretas e/ou indiretas ao pedido do réu-reconvinte. Analisando esta postura do autor-reconvindo, o juiz determinará uma nova oitiva do réu-reconvinte para os fins discutidos neste capítulo. Assim, para explorar um pouco mais a hipótese aqui exposta, para que ele apresente a sua “réplica” em função das *preliminares* de contestação ou em função dos novos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do réu-reconvinte, arts. 327, primeira parte, e 326, respectivamente.

Pelas razões expostas nos ns. 1 e 2, *supra*, é inegável que estas providências a serem tomadas pelo magistrado consoante o que ocorra no plano do processo não são, ainda, atos típicos da fase instrutória mas, ainda, da fase postulatória.

6. REVELIA

O comportamento omissivo do réu, a *revelia*, encontra expressa previsão de suas consequências no art. 324 que, neste sentido, complementa o disposto nos arts. 319 a 322, objeto de exame pelo n. 11 do Capítulo 4 da Parte II.

A redação do dispositivo é bastante feliz com relação às observações já apresentadas quanto à presunção de veracidade dos fatos que *pode* decorrer da revelia: é incorreto o entendimento de que a ocorrência da revelia leve necessariamente, em todo e em qualquer caso, ao acolhimento do pedido do autor porque os fatos constitutivos do seu direito acabariam por restar provados. Assim, quando o art. 324, pressupondo “que não ocorreu o efeito da revelia”, impõe ao magistrado que ele mande “que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência”, o dispositivo assume, corretamente, que nem sempre a omissão do réu em apresentar suas defesas ou, quando menos, apresentá-las a destempo, conduzirá ao acolhimento do pedido do autor, é dizer em linguagem do próprio Código: o julgamento antecipado da lide nos moldes do art. 330, II (v. n. 3.2 do Capítulo 2).

Uma vez mais fica clara a *necessidade* de o magistrado analisar, um a um, os comportamentos assumidos pelo réu, inclusive, como na situação aqui estudada, em que o réu deixa de responder, para determinar o ato processual seguinte a ser praticado. Se o juiz constata a omissão do réu mas não verifica a ocorrência da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor é porque ele mesmo não está convencido, não ainda ao menos, de que deve prestar tutela jurisdicional em favor do autor. A razão pela qual este específico efeito da revelia não se verifica no caso concreto, é indiferente. Pode ser porque a hipótese reclama incidência inequívoca de um dos incisos do art. 320 ou porque, pelo exame das alegações feitas pelo autor em sua petição inicial, o juiz sinta necessidade de produção de prova. Se este for o seu entendimento, o autor é intimado para apresentar as provas que pretende produzir e, consoante sejam elas, o magistrado designará audiência de *instrução* e julgamento a que se referem os arts. 444 a 457 (v. Capítulo 9 da Parte IV).

Pode acontecer, nestes casos, que o autor se manifeste em juízo acentuando que não tem mais provas a produzir, que as suas alegações encontravam, no seu entendimento, suporte fático suficiente nos documentos que apresentou com a petição inicial (arts. 283 e 396; v. ns. 9.1 e 2 dos

Capítulos 1 e 3 da Parte II, respectivamente). A hipótese, bastante comum no foro, tem tudo para levar o magistrado a julgar desde logo (art. 330, I; v. n. 3.1 do Capítulo 2) *improcedente* o pedido do autor nos termos do art. 269, I, não obstante a revelia do réu.

É importante acentuar que a revelia também dá ensejo a um *outro e distinto* efeito. O réu revel que não tem advogado seu constituído nos autos não será intimado da prática de quaisquer atos processuais (art. 322, parágrafo único). A ocorrência deste efeito, contudo, não interfere em nada nas “providências preliminares” aqui discutidas. O que pode se dar, diferentemente, é a necessidade de o réu, não obstante revel, ser intimado de todos os atos processuais porque tem advogado seu, a representá-lo em juízo, por força do que impõe o *caput* do art. 322. E, por força daquele mesmo dispositivo, o réu pode participar dos atos seguintes do procedimento, praticando, inclusive, atos processuais que ainda lhe compita praticar, sempre respeitadas as preclusões já ocorridas.

7. PEDIDO INCIDENTAL DE DECLARAÇÃO

O art. 325 ocupa-se expressamente do pedido incidental de declaração para o qual se voltou o n. 2 do Capítulo 4 da Parte II. O dispositivo, tal qual redigido, disciplina apenas a iniciativa do autor em formular aquele *pedido*, iniciativa que tomará em função do *conteúdo* da contestação do réu. Analisando-a, verificando que o réu nega o fato constitutivo do seu direito, tornando controvertida a “relação jurídica” da qual depende o acolhimento de seu pedido de tutela jurisdicional, o autor *poderá* requerer que o juiz “declare por sentença” aquela mesma relação, situação bastante para que ela venha a ser atingida pela “coisa julgada *material*” e, conseqüentemente, ficar imunizada de quaisquer outros questionamentos em novas investidas jurisdicionais a cargo do réu.

Embora o dispositivo seja pouco claro neste sentido, o juiz, que *sempre* deve analisar o conteúdo das respostas do réu (v. n. 2, *supra*), verificará que a contestação deu ensejo ao aparecimento da “questão *prejudicial*” e, por isso, determinará a manifestação do autor que, querendo, formulará o pedido incidental de declaração no prazo de dez dias que lhe é dado pelo dispositivo em exame.

Caso contrário, não há qualquer óbice para que o próprio autor, tendo conhecimento da contestação do réu e do estabelecimento daquela *questão*, tome a iniciativa e formule o pedido. A tempestividade de sua manifestação, nestes casos, deve ser aferida a partir da inequívoca ciência do autor sobre a contestação do réu.

8. LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Os ns. 3 a 6 do Capítulo 4 da Parte II demonstraram que cabe ao réu, no prazo de sua resposta, determinadas iniciativas com relação ao litisconsórcio e à intervenção de terceiros.

É no prazo da contestação que o réu pode requerer o desmembramento do litisconsórcio nos termos do parágrafo único do art. 46, nomear à autoria, denunciar a lide ou chamar ao processo.

No primeiro caso, única das providências destacadas acima, que permite a atuação oficiosa do juízo (v. n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte VII), eventual pedido formulado pelo réu *interrompe* o prazo para defesa. A interrupção de prazo significa que, resolvido o requerimento do réu, um *novo* prazo para apresentação de sua defesa será concedido *integralmente*, como se ele nunca tivesse tido início. A solução dada pelo parágrafo único do art. 46 à hipótese, com efeito, guarda íntima relação com os pressupostos que autorizam o réu a valer-se daquele expediente. É que o excessivo número de autores ou de réus (e é esta a pluralidade que caracteriza, como tal, o litisconsórcio) pode comprometer o exercício do direito de defesa ou a rápida solução do litígio. Assim, desde que formulado o pedido pelo réu, o prazo para apresentação de suas respostas, quaisquer que sejam elas, fica *interrompido*, passando a ter fluência “da intimação da decisão” que resolve o incidente.

O parágrafo único do art. 46 não disciplina como se forma aquele incidente. Apenas prevê sua hipótese de cabimento e as consequências de sua apresentação. Isto, contudo, não inibe a sua construção levando em conta o sistema de direito processual civil moldado desde o “modelo constitucional do direito processual civil”.

Assim, formulado o pedido do réu, deverá o autor (ou *autores* caso o litisconsórcio seja *ativo*) ser ouvido no prazo de cinco dias que, no silêncio da lei, deve ser aplicado na espécie (art. 185; v. n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Embora a lei não preveja, a *interrupção* do prazo para as respostas do réu prevista no dispositivo, acaba por levar à suspensão do processo. É como se o parágrafo único do art. 46 fosse mais um “dos demais casos, que este Código regula” para aquela finalidade, nos precisos termos do art. 265, VI.

Transcorrido o prazo para manifestação do autor (ou autores), com ou sem ela, o juízo decidirá pela manutenção do litisconsórcio ou determinado o seu desmembramento, isto é, a sua separação, assunto ao qual se volta o n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte VII.

Decidindo o réu nomear à autoria, isto é, pretender excluir-se do processo por não ter responsabilidade pelos fatos narrados pelo autor em sua petição inicial, indicando quem é o responsável, seu pedido deve ser formulado no prazo para defesa (art. 64). Recebendo o pedido para exame, o processo será suspenso (art. 64 c/c art. 265, VI), sendo determinada a oitiva do autor no prazo de cinco dias para se manifestar sobre ele.

Caso o autor concorde com o pedido, será determinada a *citação* do nomeado à autoria, isto é, do terceiro que, segundo o réu, é o verdadeiro responsável pelos fatos que justificam a iniciativa jurisdicional do autor (art. 65). Se o terceiro concordar com a nomeação, ele passa a ser o réu, devendo ser assinado para ele prazo para responder. Caso contrário, o processo retomará o seu andamento, cessando a sua suspensão, portanto, assinando-se *novo* prazo para o réu originário (o “nomeante”) responder (art. 67), quando deverão ser levadas em conta as demais alternativas que a lei lhe dá para tanto, objeto do Capítulo 5 da Parte VII.

A denúncia da lide e o chamamento ao processo aceitam tratamento conjunto para os fins deste número. É que ambas as iniciativas do réu, a serem tomadas “no prazo para contestar” (arts. 71 e 78, respectivamente), têm o condão de suspender o processo, oportunidade em que, aceita a denúncia, será determinada a *citação* dos terceiros (“denunciados” ou “chamados”) que, para todos os fins, serão tratados como *réus* em face do autor. Citados, cessa a suspensão do processo, quando, como todo e qualquer réu, devem os “denunciados” e “chamados” apresentar as suas

defesas e, a partir de sua apresentação, deverão ser determinadas as “providências preliminares” aqui discutidas.

O que pode ocorrer em ambos os casos é que os “denunciados” ou “chamados” neguem esta qualidade ou, até mesmo, questionem o cabimento daquela modalidade de intervenção de terceiros no caso concreto. Se isto ocorrer, o réu, que denuncia a lide ou que chama ao processo, deve ser ouvido a este respeito previamente à manifestação judicial, por analogia ao que dispõe o art. 326, providência irrecusável à luz do princípio do contraditório (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

É desnecessário, por ora, ir além. As demais consequências e desdobramentos do litisconsórcio e de cada uma das modalidades interventivas, inclusive com a contestação, são tratadas, com a profundidade que se faz necessária, na Parte VII, especialmente dedicada ao estudo de cada uma daquelas figuras.

9. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA

Nos casos em que o réu toma a iniciativa de impugnar o valor da causa, o autor deverá ser ouvido no prazo de cinco dias. Aqui, diferentemente do que se dá nas hipóteses examinadas no número anterior, não há previsão de suspensão do processo, é dizer, a manifestação do autor deverá ser apresentada conjuntamente com as que, porventura, façam-se necessárias em função das demais respostas apresentadas pelo réu nos termos discutidos ao longo deste capítulo (art. 261, *caput*).

Como a impugnação ao valor da causa não tem o condão de suspender o processo, a necessidade de sua eventual instrução, para os fins expressamente assumidos pelo mesmo art. 261, acabará por levar o processo àquela fase, isto é, à “fase *instrutória*”.

10. INCIDENTE DE FALSIDADE

Se o réu arguir a falsidade de algum ou de todos os documentos trazidos pelo autor na sua inicial – e, para tanto, ele tem o prazo da contestação para fazê-lo (art. 390) –, o autor deverá ser intimado para se pronunciar sobre aquela alegação no prazo de dez dias (art. 392).

Pelas razões expostas no n. 8 do Capítulo 4 da Parte II, a hipótese não acarreta a suspensão do processo e, portanto, o autor deve, a um só tempo, manifestar-se sobre a falsidade arguida pelo autor e apresentar as demais manifestações que, consoante o caso, lhe sejam determinadas à guisa de “providências preliminares”.

Sendo o caso de prova sobre as alegações trazidas pelo réu, a hipótese conduz o processo à “fase *instrutória*”, objeto da exposição da Parte IV. Caso contrário, ou ocorrendo a hipótese expressamente prevista pelo parágrafo único do art. 392, não há, por esta razão ao menos, necessidade de realização de quaisquer provas, prevalecendo integralmente as considerações apresentadas ao longo deste capítulo sobre as “providências preliminares”.

11. JUSTIÇA GRATUITA

O réu pode, no prazo de sua resposta, requerer a concessão da chamada “justiça gratuita”. O pedido não suspende o processo (art. 6º da Lei n. 1.060/1950) e sobre ele poderá o autor manifestar-se. O art. 4º, § 2º, da Lei n. 1.060/1950, que prevê a hipótese, silencia a respeito do prazo. Deve ter incidência na espécie, portanto, o prazo de cinco dias, nos termos do art. 185, e não o de quarenta e oito horas reservado pelo art. 8º da mesma lei para hipótese diversa, qual seja, o de pedido formulado por quaisquer das partes para que o juízo *revogue* o benefício já concedido para a outra.

12. RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO

O reconhecimento jurídico do pedido conduz o magistrado ao proferimento de sentença nos moldes do art. 269, II, isto é, de sentença de mérito. Trata-se de sentença que dá ao autor precisamente aquilo que ele pretendia obter do Estado-juiz.

Isto, contudo, não deve ser entendido como se, diante de uma tal manifestação, não devesse o magistrado, antes de proferir sua sentença, ouvir o autor a seu respeito. Trata-se de imposição inegável do princípio do contraditório. Ao autor, principal interessado na postura assumida pelo réu, cabe tecer as considerações que entender pertinentes até para demonstrar, ao

magistrado, que a hipótese comporta mesmo, sem quaisquer ressalvas, o proferimento de sentença com o fundamento já destacado.

À falta de previsão legal para este prazo, devem prevalecer na espécie os cinco dias do art. 185.

Com ou sem a oitiva do autor, o magistrado decidirá e, caso entenda presentes os pressupostos próprios, proferirá a sentença a que se refere o art. 269, II (v. n. 3.2.2 do Capítulo 1 da Parte V).

13. ESPECIFICAMENTE O SANEAMENTO DO PROCESSO

Como destacado no n. 2, *supra*, a segunda parte do art. 327 ocupa-se do que pode ser chamado, propriamente, de *saneamento* do processo.

De acordo com a regra, “verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias”.

Não há como recusar o entendimento de que dentre todos os comportamentos a serem assumidos pelo réu no prazo para sua resposta, examinados no Capítulo 4 da Parte II e cujas consequências ocupam este capítulo, o que dará ensejo ao “saneamento” aqui examinado é a apresentação das “preliminares” pelo réu em sua contestação, objeto tratado na primeira parte do mesmo dispositivo. Tal constatação é suficiente para justificar ser aquele mesmo art. 327 que prevê, em dois tempos, uma e outra hipótese.

O exame do “saneamento do processo” em número próprio, contudo, tem a grande vantagem de não vincular a *iniciativa* do réu em indicar vícios do processo ou da própria ação em sua contestação ao *dever* de o magistrado de determinar seu saneamento na primeira oportunidade que tiver conhecimento deles. Tanto assim que, desde o primeiro exame da petição inicial, é dever do juiz verificar eventuais irregularidades ou defeitos que possam, em alguma medida, comprometer a higidez do processo, amplamente considerado, nele compreendida também a “ação”, assunto ao qual se voltou o Capítulo 2 da Parte III do vol. 1.

O que se põe para destaque nesta sede é que, proferido o juízo de admissibilidade positivo da petição inicial, constatados defeitos de qualquer

ordem no processo, cabe ao juiz, ao término do prazo para o réu apresentar a sua defesa, determinar que o autor os supra em prazo não superior a trinta dias. A iniciativa do juiz, vale a ênfase, não depende da iniciativa do réu e, por isso mesmo, é indiferente quais sejam as “preliminares” que o réu tenha trazido a seu conhecimento com sua contestação. É esta a melhor interpretação ao disposto no § 4º do art. 301, que interdita a iniciativa oficiosa do juiz apenas aos casos em que há *convenção de arbitragem*, pelas razões suficientemente expostas no n. 2.2.7 do Capítulo 3 da Parte II.

Trata-se, aqui, propriamente, do desenvolvimento de uma *atividade saneadora* do processo, da qual o juiz *deve* se desincumbir. Tal atividade deve ser entendida, de acordo com o sistema do próprio Código de Processo Civil, como uma das diversas “providências preliminares” aqui estudadas. Também é “providência preliminar” o dever de o magistrado retirar do processo quaisquer nulidades ou defeitos que, de uma forma ou de outra, possam comprometer a realização do “devido processo legal”, de imposição constitucional (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Trata-se, por isso mesmo, de ato que caracteriza, como tal, a fase ordinatória tal qual disciplinada pelo Código de Processo Civil, na linha já sustentada pelos ns. 1 e 2, *supra*, que não se limita a *sanear* o processo, mas também a de colocá-lo em condições de levar o magistrado a se pronunciar sobre o pedido de tutela jurisdicional que lhe foi formulado.

É comum a referência a “despacho saneador”. O instituto, no entanto, não existe no direito processual civil brasileiro desde o advento do Código de Processo Civil de 1973. Era o Código anterior, de 1939, que o previa expressamente com aquele nome, em seus arts. 293 e 294. O que há, no sistema atual – e isto, vale insistir, desde o início da vigência do atual Código de Processo Civil –, é o instante procedimental de que se ocupa a segunda parte do art. 327, de *saneamento* do processo. O juiz nele não profere, propriamente, “despachos” e estes “despachos”, até porque não são proferidos, não têm o condão de “sanear o processo”. Não que as providências que o juiz deve tomar à luz daquele dispositivo sejam substancialmente diversas daquelas que o art. 294 do CPC/1939 autorizava, mas é correto recusar rotulá-las como “despacho saneador”, até como forma de compreender o alcance que todas as providências preliminares, que não se limitam a “sanear” o processo, assumem no sistema atual.

O que há, para os fins do dispositivo em estudo, é que o juiz, de ofício, ou porque provocado para tanto – e as “preliminares da contestação” desempenham suficientemente bem esta função –, determina ao autor, ao próprio réu ou, até mesmo, aos terceiros que intervenham no processo por ocasião das respostas do réu (v. ns. 4 a 6 do Capítulo 4 da Parte II) que tomem as providências cabíveis para que eventuais vícios ou irregularidades no processo sejam extirpados, deixando-o incólume para viabilizar, como devido desde a Constituição, uma hígida atuação do Estado-juiz. Saber se há, ou não, vícios ou irregularidades a serem sanados desafia cognição apropriada do magistrado. A manifestação respectiva do juiz, por isso mesmo, só pode ser entendida como *decisão* e não como *despacho*. As razões são aquelas já apresentadas no n. 4.1.2 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 1. Até pode haver o proferimento de “despachos” nestes casos, assim, por exemplo, deferindo-se pedido de vista dos autos feito por algum dos sujeitos do processo, mas eles são irrelevantes para os fins aqui examinados. Eles, a bem da verdade, não interferem no desenvolvimento da fase saneadora aqui exposta.

Enquanto não tomadas todas as providências, determinadas e avaliadas a sua suficiência e a sua correção, não há espaço para dizer que o processo esteja “saneado”, é dizer, isento de vícios ou irregularidades que podem comprometer a sua regularidade em sentido amplo. Apenas quando o juiz se pronuncia neste sentido e, uma vez mais, ele o faz proferindo *decisão*, é que se pode entender que o processo esteja saneado. É importante perceber, contudo, que, neste caso, não é a decisão do juiz que *sanea* o processo; ela, bem diferentemente, declara-o *saneado*, vale dizer, reconhece que as providências, tais quais determinadas pelo juiz, foram cumpridas a contento pelas partes e por eventuais terceiros: o que saneia o processo são as iniciativas das partes e dos terceiros, em observância às determinações do juiz. O saneamento do processo, isto é, um processo isento de irregularidades ou nulidades, é *pressuposto* do proferimento daquela decisão que se limita a reconhecê-lo (declará-lo) como tal. Melhor do que a expressão consagrada pelo uso, “despacho saneador”, é entendê-la no seu devido contexto como “decisão que declara saneado o processo”.

O art. 327 reserva para que sejam tomadas as providências nele apontadas o prazo máximo de trinta dias. A melhor interpretação para o

dispositivo é a que flexibiliza a regra, sendo correta a postura do juiz que, consoante as *necessidades* de cada caso concreto e as justificativas apresentadas pelo autor, pelo réu ou por terceiros, ultrapasse aquele prazo, dando oportunidade a que os vícios do processo sejam corrigidos mesmo a destempo, é dizer, recusando ver, na hipótese, qualquer preclusão. É importante entender que o *saneamento* do processo aqui examinado é medida de ordem pública, impositiva para o magistrado e por envolver a higidez da própria atuação do Estado-juiz deve ser buscada ampla e generalizadamente para evitar que, por questões de ordem formal, a iniciativa do autor (e, bem assim, do réu) quanto à prestação de tutela jurisdicional seja frustrada. De resto, este prazo não inibe que os prazos expressamente reservados pelos arts. 325, 326 e 327, primeira parte, para as “providências preliminares”, sejam observados à risca, sob pena de preclusão temporal.

A fórmula adotada pelo art. 13 neste particular e que, a despeito de sua localização no Código de Processo Civil, diz respeito às “providências preliminares” aqui tratadas é preferível. O dispositivo permite ao juiz que marque “prazo razoável para ser sanado o defeito”, assim entendido o prazo que, à luz das características concretas, tem o condão de viabilizar a tomada das providências tais quais determinadas. O dispositivo, em continuação, disciplina quais as do não saneamento das irregularidades determinadas pelo juiz: se a providência couber ao autor, o “juiz decretará a nulidade do processo”, isto é, extingui-lo-á com fundamento no art. 267, IV (art. 13, I); se a providência couber ao réu, será ele considerado revel, o que só tem sentido, de acordo com o próprio Código, se o defeito de representação afetar o aproveitamento de todas as defesas eventualmente apresentadas pelo réu (art. 13, II); se, por fim, a providência couber a um terceiro interveniente, ele será excluído do processo, isto é, impedido de participar dele, consoante dispõe o inciso III do art. 13.

Importa destacar que o art. 327 refere-se a “irregularidades ou nulidades sanáveis”. O n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 deste *Curso*, contudo, recusou – e o fez expressamente – uma tal categoria de vício processual. Assumindo as considerações lá desenvolvidas, a melhor interpretação do dispositivo é a de que à medida que o vício, o defeito, a irregularidade, a “nulidade”, enfim, comporte algum tipo de emenda, de

correção, de “saneamento”, deve ela ser determinada pelo magistrado, ao autor, ao réu ou ao terceiro interveniente, que tem o dever de corrigi-la ou que deu ensejo a ela. A diretriz do precitado art. 13 deve ser aplicada amplamente à hipótese.

Não obstante as considerações apresentadas até aqui, é importante não compreender o “saneamento do processo” de forma rígida no que diz respeito ao seu instante procedimental. É que, embora a segunda parte do art. 327 volte-se, inequivocamente, a ele, o § 2º do art. 331, fruto de uma das “Reformas do Código de Processo Civil”, promovida pela Lei n. 8.952/1994, refere-se a “questões processuais pendentes”, menção bastante para que se possa admitir a existência de atividade saneadora do magistrado até a realização da “audiência preliminar” de que trata aquele dispositivo (v. n. 4 do Capítulo 2) ou mesmo atividade saneadora que *independa* da realização daquele específico ato no que é bastante incisivo o § 3º do art. 331 (v. n. 4.2 do Capítulo 2), que expressamente se refere a “sanear o processo”. Assim, em cada caso concreto, é importante verificar se o juiz declara saneado o processo *antes, durante* ou *independentemente* daquela audiência, porque tal verificação importa não só para fins de identificação do término da fase ordinatória e início da fase instrutória – preocupação que, em última análise, acarretaria consequências apenas teóricas –, mas, muito mais do que isto, porque é o saneamento o limite procedimental para que haja alteração nos elementos da demanda (v. n. 14, *infra*).

Nos casos em que não houver possibilidade de saneamento da irregularidade ou em que a determinação do magistrado não for cumprida a contento, a hipótese é de extinção do processo *sem* resolução de mérito nos moldes do art. 267, IV ou VI. Esta situação, contudo, já não se confunde com as “providências preliminares” aqui tratadas. Tais providências, na situação aqui proposta para análise, já foram determinadas e o momento de seu acolhimento, de sua observância, está superado. A hipótese, por isso mesmo, é de “julgamento conforme o estado do processo”, objeto de análise no Capítulo 2.

14. A ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

Uma das consequências do “saneamento do processo”, na forma como discutida no número anterior, está no que a doutrina usualmente identifica,

com base no art. 264, como “estabilização da demanda”, isto é, o limite procedimental para que as partes, mesmo que de comum acordo, pudessem alterar quaisquer dos “elementos da demanda”, assim compreendidos as partes, o pedido e/ou a causa de pedir (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1 e n. 7.8.1 do Capítulo 1 da Parte II).

Importa, por isso mesmo, verificar quando o processo está “saneado”, é dizer, quando o juiz o declara isento de quaisquer vícios ou irregularidades, para que haja um critério seguro para aquela finalidade.

Alguns autores mais recentemente criticam a rigidez da opção legislativa, tal qual se lê do parágrafo único do art. 264. É o caso, por exemplo, de José Roberto dos Santos Bedaque (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 131-135), mais ainda à luz de direito ou fato superveniente à luz do art. 462 (idem, p. 135-140). Para o Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo seria melhor que as partes pudessem, sempre com a expressa concordância uma da outra e consoante determinados critérios legais menos rígidos, pelo menos no que diz respeito ao instante procedimental, ampliar ou reduzir o objeto da decisão do juiz ou, até mesmo, os sujeitos em face dos quais a tutela jurisdicional será prestada.

A iniciativa merece os aplausos deste *Curso* desde o n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1, a propósito da exposição dos princípios processuais relativos à organização dos procedimentos. Trata-se de iniciativa que se compatibiliza bastante bem ao que há décadas é conhecido pelo Código de Processo Penal (arts. 383 e 384) e que é expressamente admitida em proposta de “Código-tipo” formulado em iniciativa conjunta do American Law Institute e da UNIDROIT, no *Principle* 10.4 e na *Rule* 14 dos “Princípios e Regras do processo civil transnacional” (v. n. 7.5 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1 deste *Curso*).

A adoção de um tal entendimento, ademais, tem o condão de viabilizar uma melhor aplicação a determinados direitos materiais *pelo* e *no* processo, por não se amoldarem suficientemente bem nas modalidades de intervenção de terceiros que o nosso Código de Processo Civil conhece, assunto ao qual se voltam, com mais profundidade, o n. 2.3 do Capítulo 2 e os ns. 3.1 e 3.2 do Capítulo 7, todos da Parte VII. E é justamente por esta razão que é importante interpretar o dispositivo aqui examinado no sentido de que a

“substituição” nele permitida diz respeito indistintamente à lei “processual” e à lei “material”.

A crítica que poderia ser formulada à compreensão mais ampla dos limites a que se refere o parágrafo único do art. 264 é que, a se admitir uma maior flexibilização na alteração dos elementos de demanda, estar-se-ia transformando o Poder Judiciário em algo privado, privatístico, até, como se se tratasse do chamado “processo arbitral” em que as partes podem, até mesmo, escolher as regras de procedimento que melhor atendam às suas expectativas para o julgamento de seus conflitos de interesses. A objeção deve ser rejeitada, contudo. É que as diretrizes do direito processual civil não se voltam a preservar a *forma* e os *modelos legais*, mesmo que legitimamente escolhidos pelo legislador, acima de outros valores, de outras finalidades, os verdadeiros “escopos do processo”. A flexibilização aqui exposta e à qual aqui se adere é providência irrecusável não só do ponto de vista do atual estágio da teoria das nulidades processuais (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), mas também, e principalmente, como consequência irrecusável do “modelo constitucional do direito processual civil”, responsável, em última análise, a dar evidência suficiente para os objetivos a serem atingidos pela atuação do Estado-juiz em todo e em qualquer caso.

CAPÍTULO 2

Julgamento conforme o estado do processo

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com o Código de Processo Civil anterior, apresentada a resposta no procedimento ordinário e ultrapassada a fase de seus arts. 293 e 294, o “despacho saneador” (v. n. 13 do Capítulo 1), o juiz necessariamente teria que designar uma audiência de instrução e julgamento.

A grande crítica que se fazia àquele sistema é que o magistrado não tinha espaço para deliberar acerca da concreta *necessidade* de ser realizado aquele ato processual e, conseqüentemente, mesmo em casos em que sua prática nada tinha a acrescentar ao “contraditório”, compreendido amplamente de acordo com o que foi exposto pelo n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 deste *Curso*, ele tinha que ser realizado, daí decorrendo inegável perda de tempo, com agressão inequívoca ao que hoje pode ser chamado, desde a Constituição Federal, de princípio da economia e da eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) o que, mesmo à época, já era destacado por inúmeros autores, embora não fosse este o entendimento majoritário em doutrina e em jurisprudência, quando se referiam ao “princípio econômico” do processo.

O “julgamento conforme o estado do processo” é novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 1973, que não encontra similar no Código de 1939. Trata-se da possibilidade de o magistrado, rente ao que se desenvolve por ocasião das “providências preliminares”, proferir *sentença* independentemente de qualquer outra iniciativa ou providência sua e, em especial, independentemente da colheita de outras provas, é dizer, da realização de uma fase instrutória, uma fase voltada à produção de provas destinadas à formação de seu convencimento.

A este respeito, importa destacar o que se lê do item 19 da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil atual: “O que o processo ganha em condensação e celeridade, bem podem avaliar os que lidam no foro.

Suprime-se a audiência, porque nela nada há de particular a discutir. Assim, não se pratica ato inútil. De outra parte, não sofre o processo paralisação, dormindo meses nas estantes dos cartórios, enquanto aguarda uma audiência, cuja realização nenhum proveito trará ao esclarecimento da causa, porque esta já se acha amplamente discutida na inicial e na resposta do réu. Com a adoção desta nova técnica, bem se vê quanto ficou simplificado o sistema do processo civil”.

O instituto, tal qual disciplinado pelo Código atual, que não sofreu, no particular, nenhuma alteração das chamadas “Reformas do Código de Processo Civil” (v. n. 2.7 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), autoriza ao juiz a proferir sentença consoante verifique ser esta a solução *ótima* para o caso que está sob sua responsabilidade.

Esta concepção é evidenciada pela própria redação dada ao art. 328, não por acaso o último dispositivo do Capítulo IV do Título VIII do Código de Processo Civil dedicado às “providências preliminares”, em que se lê que “cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o capítulo seguinte”. É dizer: compete ao juiz analisar o comportamento adotado pelo réu e, até mesmo, se o réu não apresentou resposta nenhuma, tornando-se revel. A partir do exame das atitudes tomadas por ele e de seu conteúdo, o juiz determinará que sejam tomadas as “providências preliminares” já analisadas. E, como também já foi destacado (v. n. 13 do Capítulo 1), o próprio juízo, de ofício, isto é, independentemente de qualquer manifestação, pode determinar que nulidades ou irregularidades sejam sanadas visando ao “saneamento do processo”. Uma vez tomadas tais providências ou quando elas sejam desnecessárias, ao juiz surgem três alternativas diversas, que é o que o Código de Processo Civil, em capítulo próprio, o capítulo V do mesmo Título VIII, disciplina sob o nome de “julgamento conforme o estado do processo”.

É como se dissesse que os arts. 329, 330 e 331, que ocupam, cada um deles, as únicas três Seções daquele Capítulo V, fossem *espécies* de “julgamento conforme o estado do processo” que, neste sentido, merece ser tratado como gênero.

Os números seguintes voltam-se a analisar cada uma daquelas hipóteses.

2. EXTINÇÃO DO PROCESSO

O art. 329 regula o caso em que o processo deve ser extinto *sem* resolução de mérito por força de uma das hipóteses do art. 267 ou, ainda, em que deve ser proferida sentença com fundamento no art. 269, II a V, as “falsas” sentenças de mérito de que dá notícia a doutrina e que são objeto de exame no n. 3.2 do Capítulo 1 da Parte V.

Com relação às hipóteses de proferimento da sentença com base no art. 267, é importante destacar que, em se tratando de “irregularidade ou nulidade sanáveis”, o magistrado deve ter criado condições objetivas de as partes providenciarem sua correção. A extinção do processo pressupõe a ocorrência de nulidade não passível de saneamento, assim, por exemplo, a falta de uma condição da ação ou, quando menos, a inércia das partes quanto às providências que lhe cabiam tomar para os fins da segunda parte do art. 327 (v. n. 13 do Capítulo 1).

No que diz respeito à incidência do art. 269, o proferimento da sentença pressupõe que o magistrado se veja diante de uma das situações previstas nos incisos II a V. O inciso II, relativo ao “reconhecimento jurídico do pedido”, foi objeto de exame destacado no n. 12 do Capítulo 1. As demais hipóteses não dependem, a bem da verdade, apenas da vontade do réu, pelo que não mereceram, até aqui, qualquer menção. Até porque, e a exemplo do que ocorre com o inciso II do art. 269, a ocorrência daquelas demais hipóteses não guardam relação *necessária* com a temática discutida neste capítulo. Pode acontecer que as partes transijam a qualquer instante do procedimento, antes ou depois do prazo para o réu defender-se; compete ao juiz, desde o recebimento da inicial, verificar se há, ou não, decadência ou prescrição (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II) e o autor pode renunciar ao direito que pretende reclamar perante o Poder Judiciário em face do réu a qualquer tempo, independentemente da concordância do réu. A hipótese, com efeito, não se confunde com a “desistência da ação” prevista no inciso VIII do art. 267, em que a concordância do réu é exigida pelo § 4º daquele mesmo dispositivo. Pode ocorrer, destarte, em todos estes casos que a sentença venha a ser proferida antes ou depois da “fase ordinatória” e, até mesmo, sem guardar qualquer relação com ela.

A doutrina costuma se referir, em todas as situações do art. 329, de qualquer sorte, que a “extinção do processo” lá admitida é anômala, isto é,

sui generis, anormal. Isto porque, uma vez rompida a inércia da jurisdição, a perspectiva do autor é a de que oportunamente lhe seja proferida sentença de mérito favorável, é dizer, sentença que, acolhendo o seu pedido, preste a ele tutela jurisdicional. Quando o processo é extinto por força de uma das hipóteses do art. 267 ou, mesmo, quando o juiz se vê diante de um dos fatos que o conduz a proferir sentença de mérito nos moldes dos incisos II a V do art. 269 – é esta a abrangência do art. 329 aqui examinado –, ele, juiz, não *julga*, propriamente, o pedido do autor.

Nos casos do art. 267, há óbice intransponível para tanto, embora, quando cabível, se tenha buscado removê-lo ao ensejo das “providências preliminares”. É o próprio processo, o *método* de atuação do Estado-juiz, que não pode subsistir naquelas hipóteses. Para as situações do art. 269, também há um obstáculo que não pode ser vencido pelo magistrado, posto ele ser de natureza diversa, residindo no plano do direito material. Os incisos II a V daquele dispositivo, com efeito, inibem, cada um a seu modo, que o juiz reconheça o direito a favor do autor: ou porque um tal reconhecimento já se operou *independentemente* da atuação jurisdicional (reconhecimento jurídico do pedido ou transação); seja porque aquele direito foi *extinto* ou, quando menos, irreversivelmente comprometido quanto à possibilidade de sua apreciação judicial (prescrição ou decadência) ou, ainda, *extinto* porque o autor dele dispôs.

É certo, vale o destaque, que o *caput* do art. 269, na redação que lhe deu a Lei n. 11.232/2005, não faz menção à *extinção* do processo, designativo que acabou, por força daquela mesma lei, restrita ao *caput* do art. 267. A circunstância de o art. 329 fazer menção, contudo, não tem o condão de abalar a distinção que aquele diploma legislativo quis estabelecer. Para todos os fins, em qualquer das hipóteses do art. 329, a “extinção do processo” justifica-se porque, em face dos acontecimentos lá previstos, não há mais razão para a atividade jurisdicional, para o próprio processo, portanto. Sobre o assunto, volta-se o n. 1 do Capítulo 1 da Parte V.

3. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

A segunda hipótese de julgamento conforme o estado do processo é regulada pelo art. 330. Lá está disciplinado o “julgamento antecipado da lide” e sua realização rende ensejo, por definição, a uma sentença que

encontra fundamento no art. 269, I, isto é, a uma sentença que viabiliza, tecnicamente falando, o *juízo* do mérito pelo próprio juiz; é o caso em que o desempenho da atividade jurisdicional revela-se em toda a sua plenitude porque viabiliza que o juiz desenvolva esta sua atividade para decidir quem é merecedor e em que medida da tutela jurisdicional pedida pelo autor e, se for o caso, *ampliada* ao longo do processo nos casos em que a lei permite, inclusive pelo réu. Por isso, a doutrina refere-se a esta hipótese, diferentemente do que se dá para os demais incisos do art. 269, de *verdadeira* sentença de mérito (v. n. 3.2 do Capítulo 1 da Parte V).

O julgamento autorizado pelo art. 330 justifica-se por reputar, o magistrado, desnecessária a “fase *instrutória*”, isto é, a produção de quaisquer outras provas além daquelas eventualmente já produzidas pelas partes com sua inicial (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II) e com sua contestação (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte II).

Para a compreensão do “juízo antecipado da lide”, é importante ter presente que é o juiz – e só ele – o destinatário da prova. É o magistrado quem tem que se convencer da veracidade das alegações trazidas a seu conhecimento pelo autor, pelo réu e por eventuais terceiros. É ele que, desenvolvendo *cognição* (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) estará pronto, ou não, para o julgamento, isto é, para acolher ou deixar de acolher o pedido do autor (ou, se for o caso, do réu) e prestar a tutela jurisdicional respectiva.

Nesta perspectiva, o “juízo antecipado da lide” justifica-se quando o juiz está convencido de que não há necessidade de qualquer outra prova para a formação de sua *cognição* sobre quem, autor ou réu, será tutelado pela atuação jurisdicional. Em termos mais técnicos, o julgamento antecipado da lide acaba por revelar a *desnecessidade* da realização da “fase *instrutória*”, suficientes as provas eventualmente já produzidas até então com a petição inicial, com a contestação e, bem assim, com as manifestações que, porventura, tenham sido apresentadas por força das “providências preliminares”, é dizer, ao ensejo da “fase *ordinatória*”.

Não obstante as considerações genéricas que ocuparam os parágrafos anteriores, é importante analisar cada uma das hipóteses em que o julgamento antecipado da lide é admitido.

3.1. O inciso I do art. 330

De acordo com o inciso I do art. 330, o julgamento antecipado da lide é autorizado “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

O dispositivo é suficientemente significativo da razão de ser do julgamento antecipado da lide na linha exposta pelo número anterior. O juiz pode analisar desde logo, para conceder ou para negar, o pedido do autor, e, se for o caso, o pedido do próprio réu, quando a “questão de mérito for unicamente de direito” ou, “sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. São os casos, vale a ênfase, em que é *desnecessária* a realização da “fase instrutória”; é permitido ao juiz que passe, de pronto, à “fase decisória”.

Ao contrário do que a redação do dispositivo faz crer, não há como conceber uma “questão unicamente de direito”. O direito incide necessariamente sobre fatos. São sempre os *fatos* que dependem de alguma prova e, à medida que eles, os fatos, já estejam *suficientemente* provados, não há necessidade de produção de outras provas, que seriam, portanto, supérfluas e desnecessárias, pelo que é *dever* do juiz analisar, para julgar, o “mérito”, isto é, o pedido, outorgando, ou não, a tutela jurisdicional para quem o formulou.

O “direito”, em si mesmo considerado, só é passível de reclamar prova nos casos do art. 337 (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte IV), hipótese que, se ocorrente, levará o magistrado a determinar a prova respectiva quando ela já não tenha sido produzida pelas partes e justamente por isso fica afastado, sistematicamente, o julgamento antecipado da lide nas condições aqui analisadas.

Por esta razão o inciso I do art. 330 não trata, propriamente, de duas hipóteses diversas, mas de uma só: a *suficiência* da prova já produzida com a petição inicial (arts. 282, VI, 283 e 398; v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II), com as defesas do réu (art. 398; v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte II) e com as manifestações de ambas as partes ao ensejo das “providências preliminares”, que dispensam, justamente pelas considerações que ocuparam o n. 2 do capítulo anterior, a *necessidade* de produção de outras provas.

Não se trata, contudo, de suficiência da produção da prova documental apenas. Não é só a juntada de documentos que autoriza o julgamento antecipado da lide nos termos do inciso I do art. 330. Fatos há que, embora não demonstrados por documentos, dispensam quaisquer outros *meios* de prova para que o juiz se convença de sua ocorrência. São, por exemplo, os fatos notórios (art. 334, I), os afirmados por uma parte e confessados pela outra (art. 334, II), os fatos incontroversos (art. 334, III) e aqueles em que há, por força do direito processual civil ou do direito material, alguma presunção (art. 334, IV). Em todas estas situações, a serem identificadas, caso a caso, pelo juiz – e que são estudadas pelo n. 7 do Capítulo 1 da Parte IV –, põe-se a *necessidade* do julgamento antecipado da lide, como forma de evitar a prática de atos inúteis, iniciativa que, em última análise, conspiraria com o “modelo constitucional do processo civil”, em especial com os princípios da economia e da eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

3.2. O inciso II do art. 330

O inciso II do art. 330 autoriza o julgamento antecipado da lide “quando ocorrer a revelia”, fazendo expressa remissão ao art. 319.

A hipótese já foi enfrentada anteriormente pelo n. 11 do Capítulo 4 da Parte 2 e repisada pelo n. 6 do Capítulo 1. Para cá, vale frisar a concepção de que o julgamento antecipado da lide, neste caso, e não obstante a sua previsão apartada da do inciso I do mesmo dispositivo, não deve ser entendida como se da revelia estivesse autorizado o juiz a julgar, desde logo, o pedido do autor e, ao fazê-lo, julgá-lo necessariamente em seu favor e, conseqüentemente, em detrimento do réu. Nem um nem outro comportamento são corretos.

Primeiro porque da revelia, isto é, da ausência de qualquer resposta do réu, não se segue o dever de o juiz valer-se do julgamento antecipado da lide. Esta modalidade de julgamento pressupõe, por definição, que o magistrado se mostre convencido das alegações do autor e verifique a suficiência dos documentos produzidos por ele desde a sua petição inicial. Prova segura deste entendimento é a de, não obstante a revelia, o art. 324 fazer expressa remissão à hipótese de o juiz determinar ao autor a indicação das provas que pretende produzir.

Segundo porque, mesmo que o juiz se convença da possibilidade do julgamento antecipado da lide, isto só pode ser entendido no contexto do próprio instituto, é dizer, como a desnecessidade de ingresso formal na “fase *instrutória*” porque suficientes as alegações e as provas já produzidas desde a petição inicial. Assim, o julgamento antecipado da lide, diante da revelia, não significa que o juiz tenha que julgar a favor do autor. Pode acontecer, a depender das mais variadas circunstâncias de cada caso concreto, que o juiz acabe por se convencer de que o autor não tem razão e, por isso mesmo, profira sentença a ele desfavorável. O que importa em casos como estes, contudo, é que o juiz, mesmo diante da revelia, consulte o autor sobre a produção da prova para os fins do art. 324. Sem que lhe seja dada aquela oportunidade prévia de influenciar na convicção do juízo, haverá nulidade na sentença (por “cerceamento de defesa”), razão suficiente para buscar a sua invalidação perante o Tribunal competente. O tema tem renovado interesse diante do disposto nos §§ 3º e 4º do art. 515 e é objeto de exame pelo n. 7 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5.

3.3. Julgamento antecipado da lide e antecipação da tutela jurisdicional

Importa, ainda que brevemente, tecer algumas considerações para distinguir o instituto sobre o qual se volta este número, o “julgamento antecipado da lide”, disciplinado pelo art. 331, com outro, totalmente diverso, que é o da antecipação da tutela jurisdicional ou, “tutela antecipada”, que encontra no art. 273 sua norma nuclear.

O julgamento antecipado da lide é técnica expressamente adotada pelo Código de Processo Civil para admitir que o juiz, independentemente da provocação das partes, possa acolher ou rejeitar o pedido do autor independentemente da realização de outras provas além daquelas eventualmente já produzidas pelo autor e pelo réu e tidas como suficientes para a formação de sua convicção. Trata-se de mecanismo que torna *desnecessária* a “fase *instrutória*”, tal qual apresentada pela Parte IV, permitindo ao juiz proferir *sentença* favorável ou desfavorável ao autor, é dizer, ingressar na “fase *decisória*”. Uma vez proferida a sentença, a produção de seus efeitos, isto é, a efetiva tutela jurisdicional concedida para o autor ou para o réu (v. n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) depende,

por definição, do segmento recursal que ela, a sentença, desafia. A regra do Código de Processo Civil é que a sentença, quando recorrida, não produza efeitos (art. 520, *caput*).

A “tutela antecipada”, diferentemente, é técnica admitida pelo Código de Processo Civil que permite ao juiz, consoante a presença de específicos pressupostos exigidos pelo art. 273, acolher, total ou parcialmente, o pedido de tutela jurisdicional emprestando-lhe efeitos concretos, externos ao processo, desde logo e independentemente da interposição de qualquer recurso. Não se trata, portanto, de permitir *só* o proferimento de decisão favorável a uma das partes mas, muito mais do que isto, de permitir que os *efeitos* desta decisão sejam sentidos desde logo, que possam, por isso mesmo, tutelar *antecipadamente* o autor, que formulou, com sua inicial, o pedido de tutela jurisdicional. Não fosse pelo instituto, o autor até poderia ter decisão jurisdicional proferida em seu favor, mas não os seus *efeitos* práticos.

Tanto assim que ambas são realidades perfeitamente utilizáveis concomitantemente no processo. A circunstância de o juiz ver-se diante dos pressupostos que o conduzem ao “julgamento antecipado da lide” (art. 330, I ou II) não inibe que, diante dos pressupostos do art. 273, *também* conceda a “tutela antecipada” ou, mais tecnicamente, que também autorize que os efeitos práticos, externos ao plano do processo, daquele julgamento sejam sentidos desde logo, independentemente de eventual recurso interposto pelo réu.

Maiores digressões sobre o assunto seria extrapolar os limites do trabalho no atual estágio. A ele se volta, com maior profundidade, a Parte I do vol. 4.

4. AUDIÊNCIA PRELIMINAR

A Seção III do Capítulo V do Título VIII recebeu, por força da Lei n. 10.444/2002, uma das leis do movimento das “Reformas do Código de Processo Civil” (v. n. 2.7 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), o nome de “audiência preliminar”. A mesma lei alterou a redação do *caput* do art. 331 e acrescentou, ao dispositivo, um novo § 3º.

O nome é impróprio, mormente diante das modificações trazidas pela precitada Lei n. 10.444/2002 ao instituto que já havia sido incorporado ao

Código de Processo Civil por lei anterior, do mesmo movimento, a Lei n. 8.952/1994. É que ele dá a falsa impressão de que, para esta modalidade de “julgamento conforme o estado do processo”, faz-se, sempre e em qualquer caso, indispensável a designação de uma *audiência* (denominada *preliminar*), o que não é verdade por força do próprio § 3º do art. 331 trazido ao Código por aquela mesma lei reformadora.

A realização da tal audiência, a bem da verdade, é uma das hipóteses possíveis que se põem ao magistrado naquelas hipóteses em que, não sendo caso de extinção do processo nos moldes do art. 329 ou de julgamento antecipado da lide (art. 330), a atividade probatória divide-se indispensável pelo próprio magistrado. Não é porque a realização de uma “fase *instrutória*” faz-se necessária, contudo, que uma audiência para os fins do art. 331 deve ser realizada. Entender desta forma é não só violar o inequívoco sentido do § 3º do art. 331 mas, também, esbarrar nos princípios regentes da organização dos procedimentos, assunto ao qual se voltou o n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1 deste *Curso*.

Antes da Lei n. 10.444/2002, é certo, havia espaço para sustentar a indispensabilidade daquela audiência, desde que não tivessem incidência, no caso, os arts. 329 ou 330. Até mesmo para que a causa fosse tratada em amplo contraditório perante o magistrado, as partes e seus procuradores, que poderiam discutir *oralmente* os limites e o desenvolvimento da fase instrutória. Árduo defensor deste pensamento foi Cândido Rangel Dinamarco (*A reforma do Código de Processo Civil*, p. 125-127). Aquele entendimento, contudo, não prevaleceu nas letras jurídicas nacionais e, com o advento do novel dispositivo, foi expressamente eliminado do sistema, como, aliás, reconhece (e lamenta) o próprio Dinamarco em outra obra sua mais recente (*A reforma da reforma*, p. 108-110).

Partindo do “modelo constitucional do processo civil”, forte, dentre outros, no princípio do contraditório entendido amplamente na forma propugnada pelo n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, este *Curso* não poderia recusar adesão ao entendimento de Dinamarco, não fosse, contudo, a expressa opção legislativa feita mais recentemente que, de sua parte, não viola aquele “modelo”. Pelo contrário, realiza-o adequadamente ao permitir que o magistrado de cada caso concreto verifique as condições que se fazem presentes para designar ou não a “audiência preliminar”, e nela, sem

prejuízo de buscar a conciliação das partes, “tratar oralmente” da fase instrutória. Preferível a solução dada pelo § 3º do art. 331, portanto, à fórmula anterior, trazida pela Lei n. 8.952/1994.

E é justamente pela *dispensabilidade* da audiência preliminar, consoante sejam as circunstâncias do caso concreto, que o nome dado à Seção que ocupa o art. 331 não corresponde à realidade do procedimento. Pode acontecer, como de resto acontece com bastante frequência, que a fase *instrutória* tenha início formalmente com o proferimento da decisão a que se refere a segunda parte do art. 327 que, por isso mesmo, acaba assumindo a mesma função prevista pelo § 2º do art. 331. Melhor entender que a “audiência preliminar” corresponde ao último ato relativo “às providências preliminares” e que não só declara pronto o processo para a fase *instrutória* mas, também, que dá a ela início, com a fixação daquilo que será objeto de prova. E vale insistir: esta atividade pode dar-se “na” audiência ou fora dela, independentemente dela e, por isso, é importante entender a disciplina do art. 331 como representativa da *passagem* da “fase *ordinatória*” para a “fase *instrutória*”.

A conclusão lançada no parágrafo anterior fica ainda mais evidente quando se constata que o art. 331, diferentemente do que se dá nas hipóteses dos arts. 329 e 330, não conduz o juiz ao proferimento de uma sentença, não representa o ato culminante da atividade jurisdicional *cognitiva* pelo juízo de primeira instância, o encerramento da “etapa *cognitiva*” perante aquele grau de jurisdição (v. n. 1 da Introdução), mas, bem diferentemente, é atividade de passagem de duas *fases* que se inserem, por definição, naquela mesma etapa, a “ordinatória” e a “instrutória”. A decisão proferida pelo juiz, nestes casos, é interlocutória: há, ainda, “processo” a ser desenvolvido perante a primeira instância; há, ainda, atividade jurisdicional a ser desenvolvida perante aquele mesmo juízo com vistas à prestação da tutela jurisdicional.

4.1. Hipóteses de realização da audiência preliminar

Lançadas as considerações que ocuparam o número anterior, cumpre analisar os casos em que a audiência preliminar será realizada.

De acordo com o *caput* do art. 331, não sendo caso de aplicação dos arts. 329 (“extinção do processo”) ou 330 (“julgamento antecipado da lide”), a audiência preliminar *pode* ser designada. A audiência recebe este nome para diferenciá-la da “audiência de *instrução e julgamento*”, disciplinada pelos arts. 444 a 457, à qual se volta o Capítulo 9 da Parte IV. A audiência preliminar será designada se a causa versar sobre direitos que admitam transação (art. 331, *caput*) e desde que as circunstâncias do caso concreto evidenciem ser provável sua obtenção (§ 3º do art. 331); caso contrário, não. Por isso, a realização daquela audiência não é impositiva; ela *pode* vir a ser necessária, ela *pode* vir a ocorrer, mas ela não será *necessariamente* e em qualquer caso, indistintamente, designada.

A alternativa é justificável: o primeiro ato a ser realizado na audiência preliminar, como quer a lei, é a possibilidade de as partes transigirem, isto é, realizarem um acordo, sob a supervisão do magistrado, fazendo concessões recíprocas. Esta transação, convém acentuar, pode até envolver matéria estranha àquele proposto pela petição inicial e trazido para debate pelo réu em sua contestação. Desde que o juízo seja *competente* para apreciar a questão, ela pode ser também objeto de transação e, uma vez homologada, isto é, reconhecida sua correção formal, constitui “título executivo *judicial*” nos termos do inciso III do art. 475-N. A sentença é proferida, nestes casos, com fundamento no art. 269, III (v. n. 3.2.3 do Capítulo 1 da Parte V).

Sempre que pela natureza do próprio “direito” questionado em juízo, assim, por exemplo, direitos indisponíveis, em que não há, por definição, espaço para transação pelas partes, e também porque, a despeito da disponibilidade do direito material subjacente ao processo, constatar o magistrado que não há por que tentar a realização de um acordo entre as partes (art. 331, § 3º), não há razão para a realização da audiência preliminar. Tratar-se-ia, é esta a expressa opção da lei (v., uma vez mais, o § 3º do art. 331), de atividade jurisdicional *inútil*.

A designação da audiência preliminar não é obrigatória, destarte. Ela depende do exame de cada caso concreto pelo magistrado. Ela só será realizada se o direito reclamado pelo autor e pelo réu aceitarem transação e, mesmo assim, se, na análise do magistrado, o caso, pelas suas peculiaridades, render ensejo a que as partes sentem-se uma na frente da

outra para conversar sobre o assunto buscando a autocomposição. Não há como sustentar que a audiência preliminar, por mais louváveis que possam ser os propósitos de sua realização, forte na concretização *oral* do princípio do contraditório (v. n. 4, *supra*), seja um ato obrigatório no procedimento ordinário. A atividade nela desempenhada pode ser *dispensada* ou *substituída* à luz das vicissitudes de cada caso concreto por atos que não serão realizados em audiência, isto é, pelo magistrado na frente das partes e de seus procuradores, bem assim de eventuais terceiros. Não há, assim, como sustentar que a não designação da audiência preliminar acarrete qualquer nulidade ao processo.

A grande crítica que às considerações dos parágrafos anteriores pode ser feita é que a audiência preliminar não se volta – e nunca se voltou – à realização de um acordo e que, por isso mesmo, ainda que não haja, por qualquer razão, espaço para a transação, a audiência *deveria* ser designada para as deliberações a que faz referência o § 2º do art. 331. As considerações são corretas mas não podem ser aceitas porque a Lei n. 10.444/2002, ao dar a atual redação ao *caput* do art. 331 e ao introduzir um § 3º no dispositivo, fez nítida *opção* quanto à realização ou não da referida audiência. Fosse esta opção contrária ao “modelo constitucional do direito processual civil” e, certamente, ela deveria ser revista e *corrigida* pelo intérprete e pelo aplicador do direito. Não é o caso, contudo, pelo que não há, destarte, espaço para sustentar a *obrigatoriedade* daquele ato, em nome de outros princípios regentes, desde a Constituição Federal e, também, no plano infraconstitucional, do processo civil brasileiro.

Importa destacar, não obstante as considerações do parágrafo anterior, não existir óbice para que o magistrado, a despeito do desinteresse das partes em transacionar sobre o objeto litigioso ou, até mesmo, na impossibilidade de haver transação, designe a audiência preliminar para que nela os procuradores e ele debatam oralmente sobre a fixação dos “pontos controvertidos”, sobre a realização da prova daí consequente e, até mesmo, sobre a *inversão* do ônus da prova (v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte IV). Trata-se de medida que, embora não seja impositiva para o juiz, pode trazer excelentes resultados para o processo em iniciativa bastante afinada ao “modelo constitucional do direito processual civil”.

Superadas as questões anteriores, entendendo o magistrado que a hipótese é de realização daquela audiência, a sua designação deve se dar no prazo máximo de trinta dias, prazo impróprio, certamente, mas que deve ser observado com as reflexões feitas pelo n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1: é importante que sejam criadas condições *objetivas* para que este prazo limite seja observado, sob pena de a própria razão de ser daquela audiência, a começar pela tentativa de conciliação, acabar se frustrando por completo.

As partes são intimadas a comparecer à audiência por intermédio de seus procuradores. O *caput* do art. 331 não exige intimação pessoal, mesmo nos casos de revelia. Para a hipótese, aplicam-se em sua inteireza o *caput* e o parágrafo único do art. 322: o revel, que tem advogado constituído nos autos, é intimado por intermédio daquele profissional; se não tiver, é desnecessária a sua intimação para a prática do ato que, não obstante, não deverá ser considerado prejudicado apenas pela circunstância da revelia. Cabe ao magistrado avaliá-la, inclusive para a designação da audiência.

O dispositivo autoriza que as partes se façam “representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir”. Trata-se da possibilidade, admitida pelo próprio direito civil (art. 661, § 1º, do Código Civil), de a parte (autor e réu) nomear procurador para atuar em seu próprio nome. A ressalva é expressa e justifica-se pelo ato que inaugura aquela audiência: o procurador deve ter poderes expressos para transigir. A falta deles, contudo, não invalida a audiência preliminar; apenas torna prejudicada a tentativa de conciliação. O magistrado deve avaliar, em cada caso, a ocorrência de litigância de má-fé, considerando a expressa ressalva feita pela lei. Não há nenhum óbice para que os próprios advogados das partes façam as vezes deste “preposto”, não obstante o disposto no art. 23 do Código de Ética e Disciplina da OAB (STJ, 4ª Turma, REsp 705.269/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 22.4.2008, DJe 5.5.2008). O que se põe para eles, contudo, é que recebam poderes *expressos* para a transação, no que é claro o art. 38 e o art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994.

Obtida a conciliação, prossegue o § 1º do art. 331, ela será reduzida a termo, isto é, passados todos os seus termos a escrito, e homologada por sentença (art. 269, III). Uma vez mais, faz-se pertinente a lembrança do que já foi acentuado acima: a transação pode envolver matéria estranha à petição

inicial e à contestação desde que o juízo seja competente para apreciá-la. É esta a melhor interpretação para o inciso III do art. 475-N.

Caso não seja obtida a conciliação, a audiência preliminar ingressa em uma segunda parte. Nela, tem fim propriamente a “fase ordinatória” e início a “fase *instrutória*”. Isto porque, de acordo com o § 2º do art. 331, as questões processuais eventualmente pendentes terão que ser resolvidas (o que, para todos os fins, deve ser entendido como “saneamento do processo” nos termos discutidos no n. 13 do Capítulo 1) e fixados os “pontos controvertidos” com a determinação da produção da prova correlata. Estes “pontos controvertidos” são, rigorosamente, as “questões” de que deu notícia o n. 2 do Capítulo 4 da Parte II, isto é, as alegações (os “pontos”) sobre as quais as partes controverteram até aquele instante procedimental. É sobre elas que recairá a atividade probatória e, mais amplamente, é em face daquela controvérsia que a realização de uma “fase instrutória” justifica-se. Não houvesse “pontos controvertidos” no sentido suposto pela regra em análise e o caso certamente seria de “julgamento conforme o estado do processo” nos moldes do art. 330, I (v. n. 3.1, *supra*).

Fixadas as questões pendentes de investigação, sendo irrecusável, vale enfatizar, que elas possam e, desejavelmente, *devam* ser objeto de amplo debate *oral* entre o juiz e os procuradores das partes e de eventuais terceiros, inclusive com a discussão sobre eventual *necessidade* de inversão do ônus da prova (v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte IV), tem início a “fase *instrutória*”, objeto de análise da Parte IV, em cada um de seus capítulos. É neste sentido que deve ser compreendida a parte final do § 2º do art. 331.

4.2. O fim da “fase *ordinatória*” e o início da “fase *instrutória*”

É importante frisar que a audiência preliminar a que se refere o art. 331 não é obrigatória. Ela só deve ser designada se a natureza do litígio permitir transação e também se as condições do caso concreto evidenciarem ao magistrado a predisposição das partes em transacionar.

É bastante comum, a este respeito, que os magistrados, durante as “providências preliminares”, intimem as partes para que manifestem seu interesse na realização da audiência preliminar. A iniciativa deve ser entendida no contexto do § 3º do art. 331: o que, na verdade, é objeto da

consulta do juiz às partes é se elas têm algum interesse em transacionar sobre o objeto litigioso, oportunidade em que ele, juiz, coordenará os debates ao lado dos advogados de cada uma das partes. Nem teria sentido entender diferentemente. Se as partes manifestam seu desinteresse na autocomposição, é preferível que a audiência preliminar não seja designada. Até porque podem, as próprias partes, a qualquer tempo, chegar elas próprias a algum acordo *independentemente* da realização daquele ato e se limitarem a submetê-lo ao magistrado, que o homologará ou não para os fins do art. 269, III.

Nos casos, portanto, em que a audiência preliminar não seja designada ou, mais amplamente, em que ela não se realize por qualquer motivo, nem por isto as atividades que nela seriam desenvolvidas deixarão de ser realizadas. A uma, porque o art. 125, IV, é indicativo de que o juiz pode, a qualquer tempo, convocar as partes para discutirem a causa visando à sua autocomposição em sua presença e, a duas, porque a *passagem* da “fase *ordinatória*” para a “fase *instrutória*” é medida impositiva em função do que consta da segunda parte do art. 327 (v. n. 13 do Capítulo 1) e não há qualquer vinculação entre a sua ocorrência e a audiência preliminar.

O próprio § 3º do art. 331, ao fazer expressa remissão ao § 2º do mesmo dispositivo, autoriza que o juiz, “desde logo”, isto é, independentemente da “audiência preliminar”, “saneie o processo”, é dizer, declare-o saneado nos termos discutidos pelo n. 13 do Capítulo 1, ordenando, em continuação, a produção da prova a partir da fixação dos “pontos controvertidos”. Tudo, vale repetir, sem necessidade da designação de audiência.

É importante a respeito das considerações do parágrafo anterior entender que o § 3º do art. 331 e a segunda parte do art. 327 não se ocupam de realidades processuais distintas, muito pelo contrário. Ambos os dispositivos disciplinam a *mesma* realidade. O que é distinto neles é o *momento*, isto é, o *instante* procedimental em que aqueles atos são praticados. O art. 327 cuida de permitir ao juiz a concessão de prazo não superior a trinta dias para que as “irregularidades ou nulidades” sejam sanadas pelas partes à guisa de “providências preliminares”. O § 3º do art. 331 acaba por se referir à situação em que aquelas “providências” foram tomadas a contento e, como tais, desafiam o seu reconhecimento (declaração) jurisdicional, por isso a menção à expressão “sanear o

processo” no sentido de declará-lo saneado, já isento de quaisquer irregularidades ou nulidades.

A fixação dos “pontos controvertidos” (*questões*) e a determinação da prova que lhe é correlata é providência que otimiza, em todos os sentidos, a fase instrutória e que por isso não pode ser apequenada. O sucesso, a bem da verdade, daquela nova fase do procedimento depende desta prévia fixação com vistas a realizar adequada e suficientemente o princípio da economia e da eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). E é por esta razão que o número anterior colocou em destaque que, a despeito do sucesso da transação, *pode* o magistrado designar a audiência para viabilizar que a discussão, quanto à fixação das questões sobre as quais recairá a produção da prova, bem assim o seu correlato ônus, seja feita oralmente.

O comando do § 2º do art. 331, aplicável à hipótese aqui examinada, de não realização da audiência preliminar, por força do § 3º do mesmo dispositivo, determina, por fim, que haverá, “se necessário”, designação de “audiência de instrução e julgamento”. A ressalva feita pela própria regra é importante porque, para o procedimento ordinário, a *necessidade* de desenvolvimento da “fase *instrutória*” não é sinônimo de realização da referida audiência. Aquele ato processual só se justifica se a prova a ser produzida for *oral*. O art. 336, que poderia dar ensejo a interpretação diversa, não resiste a uma interpretação sistemática, como demonstra o n. 10 do Capítulo 1 da Parte IV. O dispositivo, destarte, é indicativo da necessidade da fase instrutória e não da audiência de instrução e julgamento que pode, ou não, justificar-se nela.

É para o exame detido da “fase *instrutória*” que se volta a parte seguinte deste *Curso*.

Parte IV

FASE INSTRUTÓRIA

CAPÍTULO 1

Teoria geral das provas

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema relativo às provas no direito processual civil – “direito probatório”, para alguns – é assunto que permite seu estudo em uma das fases do processo, a que, desde o n. 3 da Introdução, vem sendo chamada de “instrutória”.

A circunstância de seu estudo dar-se nesta parte do *Curso*, contudo, não significa que o tema não diga respeito a outras fases do processo, desde a primeira, a “postulatória”. Tanto assim que os “documentos indispensáveis” devem acompanhar a petição inicial, como exige o art. 283, tornando a observação tanto mais relevante na medida em que o n. 9.1 do Capítulo 1 da Parte II propõe que seja interpretada amplamente a locução empregada por aquele dispositivo legal: documento indispensável é todo aquele que o autor tem condições de apresentar ao juiz já quando da elaboração de sua petição inicial.

É por isso que o objetivo desta parte, como as demais, é tratar do caráter *predominante* da atividade jurisdicional a ser desenvolvida em uma específica fase do processo, a “fase instrutória”. É apresentar, de maneira *concentrada*, a disciplina que o Código de Processo Civil reserva ao tema das provas em todo o seu Capítulo VI do Título VIII, com os seus mais de cem artigos distribuídos em oito seções, a primeira delas dedicada às disposições gerais, e as demais, todas elas, voltadas a regular específicos *meios* de prova (v. n. 9, *infra*).

Vale destacar que há polêmica interessante na doutrina do direito processual civil sobre a natureza jurídica das regras de prova: se são normas de direito *material* ou de direito *processual*. A questão não é tão teórica como pode parecer porque o regime jurídico de uma e de outra espécie de norma é bastante diverso.

O tema ganha ainda mais interesse porque o Código Civil de 2002 traz uma série de normas relativas à prova dos atos jurídicos em geral, o que levou diversos autores a pesquisarem em que medida aquelas normas, mais recentes, influenciaram, ou não, o sistema probatório disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1973, norma anterior.

Rigorosamente, ao direito material cabe disciplinar as condições essenciais à prova dos atos e fatos jurídicos em geral e o seu respectivo valor probante. Ao direito processual civil, de seu turno, cabe a disciplina de como transportar aquelas provas para o plano do processo e de como viabilizar a sua *produção* em juízo em termos amplos.

Ocorre, contudo, que nem toda norma jurídica sobre prova que traz o Código Civil, como, de resto, outros diplomas legislativos, é de cunho “material” no sentido aqui proposto e nem toda norma jurídica sobre prova que consta do Código de Processo Civil é, ontologicamente, norma de direito processual civil, também de acordo com o mesmo critério proposto. Assim, melhor do que elaborar listas de normas de uma ou de outra espécie, a este *Curso* parece providência suficiente a compreensão das normas constantes do Código de Processo Civil à luz das normas de direito material, assim e principalmente as do Código Civil, com vistas a criar um *sistema* probatório que apresente condições mínimas de aplicação prática.

Assim, independentemente da natureza que as normas jurídicas sobre prova possam ter – e não há razão para aceitar a dicotomia colocada em referência –, não há como impedir que o Código Civil trate da *mesma* matéria que, de uma forma ou de outra, já tratava – e continua a tratar – o Código de Processo Civil, rendendo ensejo ao que a doutrina vem denominando de “normas heterotópicas”, isto é, aquelas normas que, sendo típicas de direito processual civil, são veiculadas por lei civil ou vice-versa. E, desta forma, o que se põe em cada caso concreto é a necessidade de verificar qual das normas que, eventualmente, disciplinam um *mesmo* assunto prevalece sobre a outra. De resto, à medida que não há essa primazia de uma norma sobre a outra, a solução correta é a de compatibilizar os diversos comandos.

Um exemplo aclarará a preocupação trazida pelos parágrafos anteriores: o art. 212 do Código Civil dispõe que, “salvo negócio jurídico a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante” os meios

de prova lá descritos: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia. Teria o rol da lei civil alterado os meios de prova admitidos pelo Código de Processo Civil? Teria a “inspeção judicial” deixado de ser meio de prova porque não referida pelo precitado dispositivo? Não teria mais sentido em se falar de exibição de documento ou coisa?

A melhor resposta para todas estas questões é a negativa, é a de que sobrevivem incólumes as regras sobre os “meios de prova” do Código de Processo Civil porque o rol do art. 212 do Código Civil, a par de não poder ser compreendido como taxativo (é lê-lo), não poderia atritar com o “princípio da atipicidade das provas” que tem assento constitucional (v. n. 6, *infra*): não há, no ordenamento processual civil brasileiro um rol taxativo de provas; não há, no direito brasileiro, *tipicidade* dos meios de prova. O que há, bem diferentemente, são provas que violam, ou não, o ordenamento jurídico. O que há é obtenção lícita ou ilícita de provas; de meios de prova que podem, ou não, ser utilizados em juízo.

2. CONCEITO, DELIMITAÇÃO DO TEMA E CLASSIFICAÇÕES

“Prova” é palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.

O tema, contudo, não se refere a provar qualquer fato mas, apenas e tão somente, os fatos que, direta ou indiretamente, relacionem-se com aquilo que o juiz precisa estar convencido para julgar. *Objeto da prova*, portanto, são os fatos *relevantes* e os *pertinentes* para aquilo que deve ser enfrentado pelo juiz, seja no plano *processual* (ocorrência de algum pressuposto processual negativo como a “litispendência”) ou no plano *material* (pagamento anterior da dívida reclamada pelo autor).

A distinção é importante para discernir as chamadas “provas *diretas*” das “provas *indiretas*”, critério classificatório que leva em consideração justamente seu objeto. As *diretas* são as provas que apresentam relação

imediate com o fato probando. As *indiretas* são as provas em que não há relação imediata com o fato probando, mas com um fato distinto que permite, por meio de raciocínios e induções, concluir pela existência ou conformidade do fato probando. São os chamados “fatos simples” a que o n. 2.3 do Capítulo 3 da Parte II faz referência.

A palavra “prova”, contudo, não pode ser confundida com os *meios* de prova, que são os instrumentos (as técnicas) que a lei processual civil reconhece como hábeis para que o magistrado tenha conhecimento do *objeto* da prova.

Os meios de prova aceitam três classificações relevantes.

A primeira delas leva em consideração o seu sujeito, isto é, aquele ou o quê produz a prova. Para este critério, os meios de prova serão *pessoais* (declaração ou afirmação feita por alguém) ou *reais* (exame de uma pessoa ou de uma coisa).

A segunda delas diz respeito à sua *forma*, isto é, o método de sua produção. Os meios de provas serão *orais* ou *escritas* consoante seja a palavra oral ou a escrita, respectivamente, empregada para a sua materialização.

Os meios de prova podem ser classificados também quanto ao *momento* de sua produção. Eles podem, para essa terceira classe, ser apresentados dentro ou fora da “fase instrutória” dos mais diversos procedimentos, embora o paradigma assumido para a exposição presente seja o do “procedimento *ordinário*” (v. n. 3 da Introdução). O que importa destacar, por ora, é que o *momento* em que o meio de prova é produzido não é suficiente para descaracterizá-lo como *prova*.

Assim, um documento apresentado desde a petição inicial (v. n. 9.1 do Capítulo 1 da Parte II) ou a contestação (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte II) é o mesmo meio de prova (“documento”) que, por qualquer razão, é exibido, apenas e tão somente, ao longo da fase instrutória e, bem assim, é o mesmo *meio* de prova que, pelas razões autorizadas pelos arts. 844 a 845, pode ser *produzido* antes mesmo da provocação da prestação da tutela jurisdicional pelo autor, mas em um outro “processo”, com finalidade diversa, especificamente a de produzir *antecipadamente* a prova. Em todos esses casos, independentemente do *instante* procedimental, as normas que devem

ser usadas para avaliar o documento apresentado e seu condão de produzir os efeitos desejados pelo sistema são as examinadas pelo Capítulo 5.

3. PROVA E COGNIÇÃO JUDICIAL

É importante ter consciência de que o destinatário da prova é não só o juízo (órgão jurisdicional) mas também, a depender do *meio* de prova, o juiz, o magistrado, o julgador, isto é, a específica pessoa que atua frente ao juízo. Tanto assim que, de acordo com o art. 132, o juiz (pessoa) que concluir a instrução julgará a causa, quando houver produção de prova oral. Trata-se do que comumente é chamado de “princípio da identidade física do juiz” (v. n. 6, *infra*).

Independentemente desta maior ou menor vinculação, contudo, não são as partes ou eventuais terceiros intervenientes os destinatários da prova. É para quem julga a causa que ela deve ser produzida.

Dessa afirmação, que pode parecer despreziosa, há diversos desdobramentos importantes para o tema cujo desenvolvimento interessa para este capítulo e, mais amplamente, para toda essa Parte IV. É que na medida em que o juiz (dando destaque, propositalmente, à pessoa que ocupa o órgão jurisdicional para levar em conta a situação do art. 132) estiver convencido das alegações das partes ou de terceiros, não há razão para se produzir qualquer prova. Inversamente, na medida em que o juiz (a ressalva é a mesma) não estiver convencido das alegações formuladas no processo, do que ocorreu ou deixou de ocorrer no plano a ele exterior, haverá necessidade de produção de provas. Como é o juiz o destinatário da prova, é ele quem determinará a realização da “fase instrutória” porque é ele, em última análise, quem entende ser, ou não, possível o “julgamento antecipado da lide” diante dos pressupostos dos incisos do art. 330 (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III).

Não que o juiz não possa consultar as partes sobre as provas que elas pretendem produzir para provar cada uma de suas alegações. Tal entendimento seria contrário, até mesmo, ao princípio do contraditório quando entendido da forma ampla proposta pelo n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, contraditório no sentido de *cooperação*. É importante que o juiz ouça sempre as partes (e, na normalidade dos casos, *antes*) para decidir. Até porque pode acontecer de o juiz reputar-se convencido de um fato quando,

por qualquer razão, uma das partes pretende produzir prova precisamente sobre ele e, com ela, a possibilidade de formação de uma nova e diversa convicção do juiz é indesmentível.

Isto, contudo, não desautoriza a afirmação anterior: na medida em que o juiz não verifique a *necessidade* de produção de provas além daquelas já produzidas, ele não fica adstrito ou vinculado a pedido eventualmente formulado pelas partes nesse sentido. Se a recusa da produção da prova pelo juiz é, ou não, legítima, é questão diversa que pode, até mesmo, ser discutida em sede de recurso de apelação (art. 513) ou de agravo (art. 522) mas que, em si mesma, não afasta a conclusão lançada. O que importa é que o juiz, ao decidir, diga por que se convenceu suficientemente das alegações que lhe foram apresentadas independentemente de outras provas, inclusive aquelas que as partes pretendiam ainda produzir.

A recíproca, justamente por força da conclusão exposta, é verdadeira. O juiz como diretor do processo, como aquele que deve ter a sua convicção formada, pode determinar a produção da prova nas hipóteses em que as partes ou eventuais terceiros não o façam voluntariamente. São tranquilas a doutrina e a jurisprudência quanto à legitimidade dessa iniciativa pelo juiz, reconhecendo-lhe, inclusive, o que em geral é chamado de “*poderes instrutórios*”, isto é, a possibilidade de o juiz determinar de ofício, ou seja, independentemente de qualquer iniciativa das partes, a prova sem a qual não se sente habilitado a julgar, para acolher ou rejeitar o(s) pedido(s) de tutela jurisdicional (art. 130). Tanto assim que os arts. 339 a 341 impõem como *dever* das partes e de terceiros o de colaborar com o Judiciário para o “descobrimento da verdade”. É o que o n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1 tratou como manifestação do princípio *inquisitorial* em oposição ao princípio *dispositivo*, em que a produção da prova ficaria na dependência da iniciativa das próprias partes.

As afirmações dos parágrafos anteriores são tão mais pertinentes porque o n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, a propósito do princípio do contraditório, sustenta ser imperioso abandonar a clássica dicotomia entre “verdade material” e “verdade real” – esta característica do direito processual *penal*, aquela típica do direito processual *civil* – por conspirar, em última análise, aos objetivos a serem atingidos pelo Estado quando da prestação da tutela jurisdicional, inclusive no âmbito civil (STJ, 3ª Turma,

REsp 1.109.357/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 20.10.2009, DJe 1.7.2010, e STJ, 3ª Turma, REsp 878.954/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 7.5.2007, DJ 28.5.2007, p. 339). A *qualidade* da prestação da tutela jurisdicional, em atenção ao “modelo constitucional do direito processual civil”, não pode tolerar qualquer outro comprometimento do magistrado que não a busca da “verdade real”, isto é, a “verdade”, que no seu íntimo corresponda àquilo que realmente aconteceu no plano exterior ao processo e, por ter acontecido, acabou por motivar a *necessidade* da atuação do Estado-juíz para prestar tutela jurisdicional.

Não é o caso de ir além nessa discussão, suficiente a remissão feita no parágrafo anterior ao volume 1. Muito menos de colocar em pauta questão interessante mas que iria além dos limites que este *Curso* precisa ir, qual seja, a de que toda verdade “processual” não é, por definição, “real”, toda ela é, no fundo, o resultado de uma aceitação de presunções e verossimilhanças que, de uma forma ou de outra, buscam retratar o que realmente deve ter acontecido no plano dos fatos para dar início ao *processo*. O que vale destacar é que essa aproximação da matéria não é e nunca foi estranha sequer para o direito processual *penal*. O comprometimento do juiz de um Estado Democrático de Direito é o de buscar os elementos mais seguros para julgar de acordo com o seu próprio convencimento, em respeito às diversas variantes admitidas pelo sistema processual. Ele não pode julgar sem a busca segura e consciente desses elementos. E se em algum momento da história tal iniciativa era possível, ela não pertence ao atual ordenamento jurídico brasileiro, ao sistema processual civil hoje vigente.

Para o procedimento comum (ordinário ou sumário) a formação da convicção do juiz deve se dar em grau máximo. Todo o *procedimento*, desde a apresentação e análise da petição inicial (início da fase postulatória) até o proferimento da sentença (término da fase decisória) é voltado para que, respeitados os princípios da “ampla defesa” e do “contraditório” e do “devido processo legal” (v. ns. 6, 5 e 4 do Capítulo 1 da Parte II vol. 1, respectivamente), o juiz se convença sobre a veracidade das alegações do autor e do réu e em que medidas elas o são. É o que o n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 se chamou de *cognição exauriente e total*.

Em outros procedimentos, ou mesmo nos casos em que no próprio procedimento comum (ordinário ou sumário), faz-se legítimo ao juiz valer-se de certas técnicas para o reconhecimento do direito à prestação da tutela jurisdicional que não pelo proferimento da sentença, em absoluta consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil” – é o que se dá, por exemplo, com a chamada “tutela antecipada” de que trata o n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 e para cujo exame detido volta-se a Parte I do vol. 4 –, e é legítimo a ele decidir com base em cognição menos profunda (cognição sumária ou superficial) ou, até mesmo, sem levar em conta determinados desdobramentos que a mesma questão de direito material pode comportar (cognição parcial). Nenhuma dessas possibilidades, contudo, afeta o quanto apresentado até aqui. Também nesses casos, o comprometimento do juiz só pode ser o da busca da verdade, ainda que legítima, pelas características do procedimento ou da específica técnica utilizada, a formação de uma convicção mais tênue sobre o conflito de interesses. Nem por isso, contudo, o juiz está autorizado a julgar sem formar *adequadamente* a sua convicção, de acordo com as *necessidades* da tutela jurisdicional do caso concreto.

4. SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA

Narra a doutrina que, ao longo de todo o desenvolvimento do direito processual civil (e penal), houve uma série de “sistemas” sobre o direito probatório, é dizer, variados conjuntos de normas jurídicas que regulavam, em última análise, a forma de o juiz apreciar as provas e, com base nelas, julgar.

O sistema brasileiro, que representa o chamado “sistema do livre convencimento *motivado* do juiz” ou “sistema da persuasão racional”, localiza-se entre os dois extremos usualmente identificados: o da “prova legal” ou “tarifada” ou “plena”, em que é vedado ao juiz a valoração da prova porque todo o seu valor probante e consequências jurídicas são prefixadas pelo ordenamento jurídico, e o da “convicção íntima do juiz”, em que prevalece a orientação oposta, de plena liberdade do juiz para análise e valoração da prova, sem qualquer vinculação às normas de direito positivo.

O “sistema do livre convencimento motivado do juiz” ou “sistema da persuasão racional” é, destarte, aquele em que o juiz, observados os limites

do sistema jurídico, pode dar a sua própria valoração à prova, sendo dever seu o de fundamentar, isto é, justificar a formação de sua convicção. É esta a melhor interpretação para o art. 131, mormente quando lido desde o art. 93, IX, da Constituição Federal e o “princípio da motivação das decisões jurisdicionais (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Mesmo quando o magistrado valer-se de seu próprio convencimento, o “convencimento privado do juiz”, o que lhe é expressamente autorizado pelo art. 335, é fundamental que ele justifique a formação de seu convencimento, levando em conta todas as circunstâncias que lhe pareceram relevantes para decidir de uma ou de outra forma. E, de resto, justamente por força do *sistema* adotado pelo direito brasileiro, a existência das chamadas “provas legais ou plenas” deve, consoante as circunstâncias de cada caso concreto, ser avaliada pelo juiz à luz de outros *meios* de prova, assunto ao qual se voltam os ns. 6 e 9, *infra*.

5. PRESUNÇÕES E INDÍCIOS

Um sistema, que autoriza a formação “livre” da convicção do juiz, desde que ele indique, justificando, as razões de seu convencimento, não inibe que sejam levadas em conta pelo juiz as chamadas “presunções”. Até porque o sistema de valoração das provas acolhido pelo direito brasileiro busca uma conjugação necessária entre a disciplina dada pelas normas jurídicas à prova e a convicção do próprio juiz no exame de cada caso concreto.

As presunções devem ser entendidas não como meios de prova propriamente ditos mas, bem diferentemente, como métodos de raciocínio ou de convencimento que a lei pode assumir com maior ou menor intensidade em alguns casos para dispensar a produção da prova. Pelas presunções, independentemente de sua fonte, autoriza-se ao juiz construir o seu pensamento a partir de atos e fatos auxiliares, isto é, que não guardam *direta* pertinência com o objeto de conhecimento do juiz – são os usualmente chamados de *indícios* –, mas que permitem a formulação de uma conclusão sobre o que ocorreu ou sobre as consequências daquilo que ocorreu. É como se dissesse que os fatos faltantes são assumidos como existentes pelo próprio ordenamento jurídico, sendo possível a sua construção a partir de outros, que são *indiretamente* relevantes para a formação da convicção do juiz (os indícios). A presunção, assim compreendida, dispensa a produção da

prova do ato, do fato ou de sua consequência porque é legítimo assumi-los ou assumi-la como existente. É neste sentido que deve ser interpretado o art. 334, IV.

É possível distinguir, entre as presunções, duas classes diversas, a das presunções *simples* e *legais*.

As presunções chamadas *simples* (alguns a chamam também de “presunções comuns” ou “presunções *hominis*”) são aquelas que não decorrem da própria lei, isto é, não são construídas por obra do legislador, mas que decorrem da própria observação do que usualmente ocorre pelo próprio magistrado, como pessoa inserta em uma dada sociedade com valores e conhecimentos próprios.

É para estas presunções que o Código de Processo Civil dedica o art. 335, que trata das chamadas “máximas de experiência”. Sua utilização, de acordo com o art. 230 do Código Civil, deve ser obstada naqueles casos em que se exclui a prova testemunhal. A regra deve ser interpretada com temperamentos, levando-se em conta não só o “princípio do livre convencimento motivado do juiz” mas também o princípio da *atipicidade* dos meios de prova (v. n. 6, *infra*).

Não há dúvida na doutrina sobre admitirem, as presunções *simples*, prova em sentido contrário, isto é, elas admitem que o fato que se quer provado pela utilização deste método cognitivo possa ser controvertido. São, por isso mesmo, presunções *relativas* ou *juris tantum*. Elas prevalecem enquanto não demonstrada a não ocorrência dos fatos que por elas são assumidos como verdadeiros.

Já as presunções *legais* são aquelas construídas pelo legislador, sendo indiferente para os fins aqui discutidos a motivação política da escolha feita pela lei. Para elas, o que importa é verificar a ocorrência de um ato, de fato ou algum acontecimento que, existente, isto é, suficientemente provado, autoriza o juiz a *presumir* a ocorrência de outro ato, fato ou consequência jurídica.

Bons exemplos desta espécie de presunção estão nos arts. 231 e 232 do Código Civil. De acordo com o primeiro dos dispositivos, “aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa” e, consoante dispõe o art. 232, “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o

exame”. Tanto em um como no outro caso, a não submissão da parte ao exame tal qual determinado poderá conduzir o magistrado a entender existente o fato que, com o exame, seria provado. Por se tratar, aqui também, de presunção *relativa*, contudo, é admissível a produção de prova em sentido contrário do fato assumido como verdadeiro, afastando a incidência dos dispositivos legais, portanto. É esta a melhor interpretação para a Súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. A 4ª Turma daquele Tribunal teve oportunidade, mais recentemente, de discutir a questão, bem aplicando ao caso concreto os referidos dispositivos legais. Trata-se do REsp 786.312/RJ, rel. p./acórdão Min. Fernando Gonçalves, j.m.v. 21.5.2009, DJe 21.9.2009.

A própria regra do art. 319, de que a revelia do réu induz à veracidade dos fatos alegados pelo autor, é, como exposto pelo n. 11 do Capítulo 4 da Parte II, uma *presunção* no mesmo sentido aqui discutido: uma presunção que deve ceder perante as peculiaridades de cada caso concreto, consoante haja ou não necessidade de produção de *outras* provas pelo autor com vistas a dar suficiente embasamento à sua pretensão.

A doutrina admite que as presunções *legais* sejam não só *relativas* no sentido já indicado, mas também *absolutas* (“presunções *juris et de jure*”), isto é, presunções que não admitem prova em sentido contrário. A assunção do legislador sobre os efeitos do fato jurídico a ser provado não tem como ser afastada do caso concreto.

6. OS PRINCÍPIOS RELATIVOS ÀS PROVAS

O exame que ocupa o n. 13 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, a respeito dos princípios constitucionais do direito processual civil, revela a existência de dois princípios relativos à prova que tem sede constitucional. Ambos têm fundamento no art. 5º, LVI, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A eles, o n. 6 do Capítulo 2 da Parte IV daquele mesmo volume acrescentou outros, a partir da análise do sistema infraconstitucional.

É possível e desejável distinguir, a partir daquele dispositivo constitucional, entre “provas ilícitas” e “provas *obtidas* por meios ilícitos”. Prova ilícita é aquela que, em si mesma considerada, fere o ordenamento

jurídico. Assim, por exemplo, a tortura, expressamente proibida pelo art. 5º, III, da Constituição Federal. Prova obtida por meios ilícitos é aquela que, em si mesma considerada, é admitida ou tolerada pelo sistema, mas cuja forma de obtenção, de constituição, de formação fere o ordenamento jurídico. Bem ilustra a figura o desrespeito ao sigilo de correspondência ou a oitiva de conversas telefônicas não autorizada nos termos da lei (art. 5º, XII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 9.296/1996). Essa dicotomia é que dá fundamento à distinção encontrada em parcela da doutrina que distingue a prova *ilícita* da prova *ilegítima*, correspondendo cada uma dessas figuras às hipóteses examinadas nesse mesmo parágrafo, respectivamente.

Tanto em um como em outro caso, contudo, é como se elas, as provas, não tivessem sido produzidas e, conseqüentemente, não podem ser consideradas pelo magistrado. Elas não podem fundamentar a formação da convicção do magistrado.

Como se trata, contudo, de *princípios constitucionais*, o exame de cada caso concreto pode conduzir a *necessários* temperamentos e mitigações da rigidez da afirmação do parágrafo anterior pelo que a prova *obtida* por meios ilícitos pode acabar sendo admitida em juízo. Para tanto, faz-se necessário o uso do chamado “princípio da proporcionalidade” (v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Nunca, entretanto, a prova ilícita, que deve ser entendida como totalmente proscria do ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 157 e seus primeiros dois parágrafos do Código de Processo Penal, todos com a redação que lhes deu a Lei n. 11.690/2008, trazem, a propósito do tema, diretrizes que podem ser empregadas no âmbito do direito processual civil. De acordo com aqueles dispositivos: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A mesma Lei n. 11.690/2008 introduzia ainda um § 4º no art. 157 do Código de Processo Penal que foi, contudo, vetado. De acordo com o dispositivo, “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Não obstante o veto, a incidência daquele comando não pode ser descartada aprioristicamente. Na medida em que o *conhecimento judicial* de dados fatos pelo magistrado só se fez possível mediante o emprego de provas ou de meios de provas reputados ilegítimos, não há como afastar a viabilidade de se questionar a *imparcialidade* do magistrado. O tema, analisado dessa perspectiva, relaciona-se com o “princípio do juiz natural” (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e, por isso mesmo, dispensa lei expressa para ser aplicado consoante as circunstâncias de cada caso concreto.

É também possível e desejável construir desde o “modelo constitucional do direito processual civil” uma categoria apartada dos princípios do “acesso à justiça”, do “contraditório” e da “ampla defesa”, que se relaciona intimamente com o que parcelas da doutrina vêm chamando de “direito *fundamental* à prova”. O que sustentam esses autores é que nada adiantaria viabilizar um amplo acesso à justiça e uma ampla participação ao longo da atuação do Estado-juiz se as alegações transportadas para o plano processual não pudessem ser acompanhadas de prova de sua veracidade, prova esta capaz e suficiente de influenciar a formação da convicção do magistrado, o destinatário da prova. O direito a afirmar um direito em juízo deve ser acompanhado do direito à sua prova. O “direito à prova”, por sua vez, só se perfaz completo se assegurado o direito daquele que detém capacidade postulatória de ter acesso pleno a ela, situação bem ilustrada pela Súmula Vinculante n. 14 do STF, ainda que expedida para tratar do tema no direito processual penal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Formuladas estas considerações, forte nas lições de Italo Andolina e Giuseppe Vignera (*Il modello costituzionale del processo civile italiano*, p. 96-99) e com base no mesmo art. 5º, LVI, da Constituição Federal, é irrecusável admitir que, no direito brasileiro, há outro princípio respeitante

ao tema das provas, o da *atipicidade* das provas. Trata-se de princípio pelo qual qualquer *meio* de prova deve ser admitido, ainda quando não previsto expressamente, desde que não agrida os valores consagrados no ordenamento jurídico. Trata-se, com efeito, de fixação de premissa importante para extrair do art. 332 do Código de Processo Civil toda sua potencialidade, levando em conta, como não poderia deixar de ser, o “modelo constitucional do direito processual civil”.

A prova atípica deve ser entendida como a que pode ser legitimamente obtida e produzida no processo e, como tal, ser analisada e valorada pelo magistrado, ainda que ela não se amolde com exatidão a um dos *meios* de prova regulados pelo Código de Processo Civil.

Um exemplo frequentemente referido de prova *atípica* no direito processual civil brasileiro é o da chamada “prova emprestada”, isto é, a que é produzida perante outro juízo em diverso processo mas que, por retratar fato relevante ou pertinente, deve ser levada em conta em contexto diverso da qual ela foi produzida; assim, por exemplo, as escutas telefônicas obtidas mediante autorização judicial (art. 5º, XII, da Constituição Federal, e Lei n. 9.296/1996) para fins processuais *penais*, quando relevantes para o deslinde de algum processo *civil* e, até mesmo, *administrativo* (STJ, 1ª Seção, MS 16.146/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j.m.v. 22.5.2013, DJe 29.8.2013). A valoração dessa prova deve levar em consideração o seu próprio valor probante no contexto em que colhida e produzida. Não há razão, justamente pela sua atipicidade, de considerá-la necessariamente, em todo e qualquer caso, um documento.

Outros exemplos, mencionados, dentre outros, por João Batista Lopes, forte nas lições de José Carlos Barbosa Moreira (*A prova no direito processual civil*, p. 169-172), são a análise do comportamento extraprocessual das partes ou de testemunhas e a declaração de terceiros que não sejam convocados a juízo para deporem como testemunhas ou para atuarem como peritos. Prática bastante comum no foro, a este respeito, é a apresentação de “pareceres” ou “estudos jurídicos” sobre as questões discutidas no processo a pedido das partes assinadas por juristas e professores de direito e, na linha do que sustenta o n. 2 do Capítulo 8 da Parte VII, a intervenção do chamado *amicus curiae*, uma modalidade de intervenção de terceiros que tem tudo para ser compreendida com destaque à

sua finalidade precipuamente *instrutória* com vistas ao aprimoramento da cognição jurisdicional. O n. 4 do Capítulo 2, de seu turno, apresenta outro meio *atípico* de prova, o “depoimento por iniciativa da própria parte”. À falta de disciplina própria para cada uma destas espécies de prova, não há por que recusar que a hipótese seja entendida como “prova *atípica*”.

O chamado “princípio da atipicidade da prova”, embora expresso no art. 332, tem inegáveis raízes constitucionais: qualquer método probatório é admitido no plano do processo civil *desde que* não sejam agredidos os valores superiores do ordenamento, expressos ou implícitos na Constituição Federal. As prescrições legais, estejam ou não presentes no Código de Processo Civil, não podem violar aquela diretriz mais ampla, de que a prova, ela mesma considerada, não pode contrariar o ordenamento jurídico e, mesmo quando “lícita”, em conformidade, pois, com o ordenamento jurídico nacional, não pode ser *obtida* de forma *ilícita*, contrária ao ordenamento jurídico (“prova *ilegítima*”).

A conclusão exposta nos parágrafos anteriores é tão mais importante porque permite a migração do plano constitucional para o plano infraconstitucional em direção aos demais princípios regentes do direito probatório.

Para cá, cabe rememorar o que já foi exposto no n. 6 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1.

São princípios apontados pela doutrina do direito processual civil que dizem respeito à prova, isto é, à “fase *instrutória*” do processo, os seguintes:

(a) O chamado “princípio da identidade física do juiz”, segundo o qual o juiz que colhe as provas orais e coordena os trabalhos desenvolvidos em audiência em que as provas, se não na sua integralidade, mas na sua maioria, são colhidas, profira sentença, isto é, decida. Não obstante a fundamentação desse “princípio” de que o juiz, naquelas condições, pode melhor decidir – que guarda íntima relação com o princípio da oralidade –, nem por isso a vinculação do juiz ao caso concreto pela colheita da prova em audiência será sempre e em qualquer caso exigível. O art. 132, ao disciplinar a hipótese, aponta, desde logo, as exceções: não há vinculação do magistrado ao proferimento da sentença, mesmo quando “concluir a audiência” nos casos de convocação, licenciamento, afastamento por qualquer motivo,

promoção ou aposentadoria. Em todos estes casos, tão amplíssimos como comuníssimos no foro, graças ao emprego da locução “afastado por qualquer motivo”, introduzida pela Lei n. 8.637/1993, quem sentenciará o processo será o sucessor do magistrado. Mitigando o rigor gerado pelo rompimento do vínculo, o parágrafo único do art. 132 autoriza que o sucessor pode, achando que é o caso, repetir as provas já produzidas.

(b) O princípio da “mediação” ou “imediatez” é aquele segundo o qual é o juiz que colhe, diretamente, as provas (art. 446, II). É ele, o juiz, e não as partes, que interroga o autor e o réu (art. 344) ou que formula perguntas diretamente às testemunhas (arts. 413 e 416) ou ao perito judicial em audiência (arts. 421, § 2º, e 435). Não que as partes, sempre por intermédio de seus advogados, não possam dirigir perguntas umas às outras, às testemunhas ou ao perito judicial. É que, para o direito brasileiro, a “mediação” é tão intensa que estas questões são feitas sempre por intermédio do magistrado. É por isso o uso frequente do verbo “reperguntar” para descrever o ato de o juiz formular à testemunha, por exemplo, a pergunta feita originalmente pelo advogado de uma das partes. A prática é digna de destaque porque o magistrado ao ouvir previamente a pergunta a ser respondida pela parte, pela testemunha ou pelo perito tem condições de decidir sobre sua relevância e sobre sua pertinência, evitando, com isto, desperdício de atividade jurisdicional.

(c) De acordo com o “princípio do livre convencimento motivado do juiz” ou “da persuasão racional do juiz”, ambos construídos a partir do disposto no art. 131, a liberdade do juiz ao apreciar as provas não pode significar que não há o correlato dever de justificar as razões de seu convencimento. Trata-se, por isso mesmo, de um princípio que bem combina os extremos de sistemas probatórios, que não admitem qualquer liberdade na atuação do juiz – o sistema da prova legal ou tarifada e o da convicção íntima do juiz que, pela sua própria enunciação (v. n. 4, *supra*) –, revelando sua total consonância com as garantias constitucionais do processo civil brasileiro, inclusive com a constante do art. 93, IX, da Constituição Federal (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

(d) Também é comum a referência ao “princípio da aquisição da prova”, é dizer, a prova, porque destinada ao juízo e ao próprio juiz, deve ser considerada, analisada e avaliada independentemente de quem a produziu em

juízo e, em última análise, pode, até mesmo, acabar por prejudicar quem a trouxe para o plano do processo, isto é, quem a produziu. Trata-se de princípio segundo o qual é irrelevante quem tenha sido aquele que produziu a prova em juízo que passa a pertencer ao próprio processo, longe da disponibilidade ou dos interesses das partes ou de eventuais terceiros.

Por fim, mas não menos importante, é fundamental destacar que a atividade probatória pode e deve ser determinada de ofício pelo magistrado. Há, pelas razões expostas no n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1 e desenvolvidas no n. 3, *supra*, a propósito dos “poderes instrutórios do juiz”, inegável interesse público na produção da prova, o que, por si só, afasta a concepção tradicional e verdadeiramente clássica do direito processual civil, de que a prova dependeria única e exclusivamente de iniciativa das partes, únicas interessadas na sua produção e, conseqüentemente, na formação do convencimento do magistrado. É correto o entendimento, portanto, de que o art. 130 agasalha o chamado “princípio *inquisitorial*”, em detrimento do “princípio *dispositivo*”, ao autorizar ao juiz a determinação da produção de provas de ofício e o indeferimento de quaisquer diligências que, para esta finalidade, lhe pareçam inúteis ou meramente protelatórias.

7. OBJETO DA PROVA

Objeto da prova, isto é, sobre o que a prova deve recair, é tema de que se ocupa expressamente o Código de Processo Civil. Em geral, o objeto da prova recai sobre *atos* cuja existência devidamente reconhecida pelo juiz darão ensejo ao acolhimento ou à rejeição do(s) pedido(s) de tutela jurisdicional.

Mas não todos os fatos precisam ser sempre, e em qualquer caso, objeto de prova. Há alguns que, pelas suas vicissitudes, não dependem de prova. É o que disciplina o art. 334.

De acordo com o inciso I do dispositivo, não dependem de prova os fatos notórios, isto é, os fatos que, por sua própria natureza, são de conhecimento geral. Também não dependem de prova os fatos “afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária”. A *confissão* referida no inciso II do art. 334 é, ela própria, *meio de prova* e, por isso mesmo, uma vez que há um fato *confessado*, não há *necessidade* de produção de prova porque ele já está suficientemente provado. O inciso III do art. 334 torna desnecessária a prova

dos fatos incontroversos. Aqui, diferentemente do que se dá com o inciso anterior, a incontrovérsia do fato aceita uma maior gama de variantes e pode resultar, apenas e tão somente, de o réu não se desincumbir adequadamente do “princípio da impugnação especificada” (art. 302; v. n. 2.3 do Capítulo 3 da Parte II) ou com as ressalvas já feitas no n. 11 do Capítulo 4 da Parte II, quando o réu deixa de apresentar qualquer resposta, tornando-se revel. Por fim, de acordo com o inciso IV do art. 334, dispensam prova os fatos “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”, suficientes a seu respeito as considerações do n. 5, *supra*.

Embora nada diga a respeito o art. 334, é unânime a doutrina em reconhecer que os fatos irrelevantes, impertinentes ou intuitivos não dependem de prova. Os dois primeiros porque indiferentes ao *objeto do conhecimento do juiz*; o terceiro por ser desnecessária, por sua própria natureza, a sua comprovação.

Também o *direito* pode excepcionalmente ser objeto de prova. É o que disciplina o art. 337, que impõe à parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (isto é, direito derivado dos costumes), a prova não só de seu teor (existência) mas, também, de sua *vigência*, se assim lhe for determinado pelo juiz.

A ressalva feita pelo próprio dispositivo tem razão de ser. Pode ser que o juiz tenha conhecimento das normas municipais, estaduais, estrangeiras ou consuetudinárias envolvidas no processo que exige a sua atuação. Na medida em que aqueles temas não sejam de seu conhecimento, a determinação da prova está expressamente admitida no dispositivo em destaque.

8. ÔNUS DA PROVA

O “ônus da prova” deve ser entendido como a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo. A palavra “ônus” relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente.

De acordo com o art. 333, I, o ônus da prova é do autor quanto ao fato *constitutivo* de seu direito. Fato constitutivo é o suporte fático a partir do

qual pretende o autor a tutela jurisdicional de seu direito. Ele é extraído da “causa de pedir” (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II).

O inciso II do art. 333 impõe ao réu o ônus da prova do fato *impeditivo*, *modificativo* ou *extintivo* do direito do autor. São os *novos* fatos que o réu pode, em contestação, alegar em detrimento da posição jurídica sustentada pelo autor e que, uma vez acolhidos, têm o condão de levar à rejeição do pedido de tutela jurisdicional tal qual formulada pelo autor. Trata-se do que o n. 3.2 do Capítulo 3 da Parte II chamou de “defesas *substanciais indiretas*” e que dão azo ao que a doutrina chama de “causa de resistir” para contrapor-la à “causa de pedir”, que caracteriza a atuação do autor em juízo desde a formulação da petição inicial (art. 282, III).

O exame de ambos os incisos do art. 333, quando feito no seu devido contexto, acaba por revelar o que lhes é mais importante e fundamental: o ônus de cada alegação das partes compete a elas próprias: quem alega, tem o *ônus* de provar o que alegou. Desincumbir-se do ônus da prova significa a produção adequada das provas em juízo, sempre com observância dos ditames legais e judiciais, com vistas à formação do convencimento do magistrado a favor da pretensão daquele que as produz.

O direito processual civil brasileiro admite, contudo, a inversão do ônus da prova, por convenção entre as partes ou por imposição legal.

A inversão *convencional* do ônus da prova – a ser assumido pelas partes em um contrato, por exemplo – encontra, contudo, limites expressos no parágrafo único do art. 333: o ônus da prova não pode recair sobre direito indisponível e não pode tornar excessivamente difícil a prova do fato em juízo por uma das partes (a chamada “prova diabólica”). Cada uma dessas circunstâncias deve ser avaliada em cada caso concreto pelo juiz que, reconhecendo a sua ocorrência, determinará a quem recairá o ônus da prova, levando em consideração a regra geral do *caput* do dispositivo.

Há casos, contudo, em que a inversão do ônus da prova é admitida pela própria lei. São casos, portanto, de inversão *legal* do ônus da prova.

A hipótese mais comentada a este respeito é a do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. De acordo com o dispositivo, “são direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação

ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. A 2ª Seção do STJ, em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.133.872/PB, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 14.12.2011, DJe 28.3.2012), decidiu ser cabível, com fundamento naquele dispositivo, “... a inversão do ônus da prova em favor do consumidor para o fim de determinar às instituições financeiras a exibição de extratos bancários”.

A melhor interpretação para o dispositivo é a de que a inversão nele admitida – e a orientação vale para quaisquer outras hipóteses de inversão *legal* do ônus da prova – deve ser *sempre* previamente comunicada às partes para que elas possam, adequadamente, desincumbir-se de seu ônus em atenção ao dispositivo legal. Embora o tema renda ensejo a acesa polêmica em sede de doutrina e de jurisprudência, o entendimento aqui sustentado parece se afinar melhor ao “modelo constitucional do processo civil”, em especial no que diz respeito ao “princípio do contraditório” (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) que, em última análise, impõe a criação de amplas oportunidades de *participação* das partes ao longo do processo. É essa a direção tomada pela 2ª Seção do STJ (REsp 802.832/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.m.v. 13.4.2011, DJe 21.9.2011, e nos EREsp 422.778/SP, rel. p./ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j.m.v. 29.2.2012, DJe 21.6.2012), em decisão de cuja ementa lê-se, pertinentemente: “A inversão *ope judicis* do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas”.

A diretriz, justamente em função de sua vinculação ao “modelo constitucional do direito processual civil”, deve ser amplamente aplicada no campo do processo na linha do que vem sendo defendido, fundamentalmente com base nas lições do processualista argentino Jorge Peyrano, como “teoria da carga probatória dinâmica” ou “teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”. Por esta teoria, a distribuição do ônus da prova deve atender não apenas à regra derivada da previsão abstrata legislativa – e, para o direito processual civil brasileiro, a regra basilar reside no art. 333 do Código de Processo Civil, que agasalharia, em contraposição ao entendimento apresentado, uma “distribuição *estática*” do ônus da prova, verdadeiramente prevalorada pelo legislador –, mas também – senão principalmente – às

peculiaridades de cada caso concreto e às *reais* possibilidades de os litigantes, inclusive com relação ao *objeto* e aos *meios* de prova, desincumbirem-se adequadamente de seu ônus probatório com vistas à formação do convencimento do magistrado. A este respeito, *ex professo*, é o acórdão da 2ª Turma do STJ no REsp 883.656/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 9.3.2010, DJe 28.2.2012.

Outro caso de inversão *legal* do ônus da prova encontra-se no art. 3º da Medida Provisória n. 2.172-32/2001, que “estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração”, mantida em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, *verbis*: “Art. 3º Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação”. Os arts. 1º e 2º daquele ato normativo estabelecem uma série de nulidades de cláusulas contratuais voltadas a combater a prática da usura.

Toda a temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipóteses de sua inversão – máxime se aceita a referida “teoria *dinâmica*” –, seja ela convencional ou legal, deve ser entendida como regra de *procedimento* e não como regra de *julgamento*. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as *reais* possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de *variação* das regras gerais (*estáticas*) dos incisos do art. 333. Mais ainda quando há, nos diversos procedimentos – e expressamente no procedimento *ordinário* (art. 331, § 2º; v. n. 4.2 do Capítulo 2 da Parte III) –, um específico momento ou, quando menos, um instante procedimental mais oportuno, para que o magistrado se volte precipuamente à análise dos “pontos controvertidos” e sobre a necessidade da produção de sua prova correlata. Não há como, na atualidade do pensamento do direito processual civil, entender diferentemente. Tratar o ônus da prova como mera regra de “julgamento”, de “juízo” acaba revelando uma visão privatista que desloca o magistrado dos fins – que são invariavelmente *públicos* – do processo.

Referir-se, por tais razões, a uma “inversão *judicial*” do ônus da prova, visando a uma melhor *concretização* do sistema processual civil à luz do “modelo constitucional”, não é nada despropositado, muito pelo contrário. Máxime em se aceitando, como é correto, a existência de um verdadeiro “direito fundamental à prova” (v. n. 6, *supra*) e à necessidade de o magistrado criar condições *prévias* de as partes produzirem a prova que lhes é determinada. De mais a mais, uma vez que a prova seja produzida nos autos, passa a ser irrelevante quem a produziu em função do “princípio da aquisição da prova” (v. n. 6, *supra*), razão bastante para afastar eventuais críticas que o pensamento aqui sustentado pode despertar no que diz respeito a uma eventual perda de isonomia do magistrado, ao assumir posição *ativa* na produção probatória.

Conspiraria com o “modelo constitucional do direito processual civil”, mais ainda quando dele se extrai um verdadeiro “direito fundamental à prova” (v. n. 6, *supra*), que o magistrado aguardasse *passivamente* que as partes se desincumbissem do ônus da prova com observância das regras processuais ou materiais para decidir contrariamente àquela que, pelas mais variadas razões, teria condições concretas de melhor produzir a prova ao juízo. Não que a falta de prova não possa prejudicar a parte que tinha o ônus de produzi-la, influenciando, assim, no julgamento a ser proferido. O que é relevante é entender que o ônus da prova deve ser compreendido em contexto mais amplo, que tem aptidão de interferir decisivamente no procedimento e, pois, em toda a dinâmica da fase *instrutória* e que, por definição, *antecede* o julgamento.

9. MEIOS DE PROVA

A doutrina em geral refere-se a “meios de prova” para designar as formas pelas quais se podem produzir provas em juízo, isto é, como as informações relevantes e pertinentes para a prestação da tutela jurisdicional são levadas ao processo e, conseqüentemente, à apreciação do magistrado (v. n. 10, *infra*).

Os chamados “meios” não se confundem com as *fontes* de provas, que são os elementos externos ao processo dos quais se retiram informações para compreensão do alegado.

Os meios de prova, todos eles sem exceção, atuam no plano da *instrução*, no plano da formação da cognição judicial, buscando convencer o magistrado de que os fatos articulados pelas partes ocorreram ou não com ou sem a extensão por elas alegada. São, por isso mesmo, técnicas processuais que têm como finalidade extrair das *fontes* de provas o que é relevante e pertinente para a formação da convicção judicial.

Os “meios de prova” expressamente disciplinados pelo Código de Processo Civil são os seguintes: confissão, depoimento pessoal, interrogatório, testemunhas, documentos, perícia e inspeção judicial. O art. 212 do Código Civil, como o n. 1, *supra*, demonstrou, não interfere nestes mecanismos.

A respeito dos “meios de prova” é bastante frequente a questão sobre se existe, ou não, hierarquia entre eles. A melhor resposta é a negativa. Nenhum meio de prova é mais valioso que o outro. O que pode ocorrer – e ocorre com alguma frequência – é que a própria lei (material ou processual) exija uma específica prova como inerente à própria substância do ato. Isto, contudo, não transforma um *meio* de prova, abstratamente considerado, em hierarquicamente superior a outro. O que ocorre, diferentemente, é que para determinadas situações, o próprio direito exige, como da natureza, da substância do ato, uma específica *forma* que é, em última análise, a única maneira de se comprovar a sua existência. É o que se dá, por exemplo, com a propriedade do bem imóvel (que se prova pelo registro, art. 1.245, §§ 1º e 2º); com o casamento (que se prova pela certidão respectiva, art. 1.543), pela dívida da Fazenda Pública (que se comprova pela certidão de dívida ativa devidamente inscrita, arts. 2º e 3º da Lei n. 6.830/1980), apenas para dar alguns exemplos.

Para essas específicas situações é que se pode falar não em hierarquia de prova, mas de uma prova específica – uma “prova *legal*”, segundo alguns – ou, como referem os arts. 215, *caput*, e 225 do Código Civil, uma “prova *plena*”. O art. 366 refere-se, para admiti-la, à hipótese.

O que ocorre é que a abrangência do princípio do livre convencimento motivado do juiz (v. n. 6, *supra*) tem aptidão para, mesmo diante desses casos, levar o juiz a, valendo-se de outros meios de prova que se façam necessários diante das circunstâncias de cada caso concreto, relativizar o

rigor que decorreria das chamadas “provas *legais*” (ou “plenas”), isto é, os meios de prova exigidos pela lei.

E mais: a existência de “meios de prova” expressamente previstas, isto é, *tipificadas* pelo legislador, não é óbice para que quaisquer outros meios, desde que com respeito aos demais valores do ordenamento, possam ser utilizados pelas partes, pelos terceiros e, até mesmo, pelo próprio juiz de ofício para a mesma finalidade (os “poderes instrutórios” de que tratou o n. 3, *supra*). É esta a consequência do “princípio da *atipicidade* das provas” referido no n. 6, *supra*.

O exame de cada um dos meios de prova previstos expressamente pelo Código de Processo Civil é o objeto dos capítulos seguintes desta parte.

10. A DINÂMICA DA PROVA

A prova não pode ser pensada e entendida como algo estático. É importante entender a sua dinâmica.

Com a prova, em si mesma considerada, não se deve confundir o requerimento ou a determinação de sua produção (“proposição”); o deferimento de sua produção (“deferimento”); a sua efetiva produção (“produção”) e a sua análise, isto é, a sua *valoração* pelo juiz.

A distinção dessas quatro fases lógicas, contudo, depende do exame de cada meio de prova em si mesmo considerado. É que pode ocorrer que, a depender do *meio* de prova, o seu requerimento e sua produção tendam a se amalgamar, sendo difícil, se não impossível, distingui-los com nitidez. É o que se dá com relação à prova documental.

O que releva destacar, contudo, é que, fazendo eco às considerações do n. 1, *supra*, embora as provas tendam a ser produzidas, em sua maior parte em uma *fase* própria do processo – a “fase instrutória” –, isto não quer dizer que os pedidos relativos à sua produção, a sua própria produção e, eventualmente, sua avaliação não possam se fazer em outros instantes procedimentais a levar ao descarte, inclusive, da *necessidade* da fase instrutória.

A prova documental, por exemplo, *deve* ser produzida desde a petição inicial pelo autor e desde a contestação pelo réu (v. ns. 9.1 do Capítulo 1 e 2 do Capítulo 3, ambos da Parte II, respectivamente). Em se tratando de

procedimento sumário, a petição inicial e a contestação já devem indicar pormenorizadamente o pedido de prova testemunhal e pericial (arts. 276 e 278, *caput*; v. ns. 1 e 3 do Capítulo 2 da Parte VI). Essas hipóteses, aqui mencionadas apenas à guisa de ilustração, bem demonstram que não há uma rigidez absoluta no instante do requerimento e da produção da prova.

De acordo com o art. 336, as provas são produzidas em audiência, salvo disposição legal em sentido contrário. O dispositivo, no entanto, aceita tantas e tão diversas ressalvas e restrições, como as que ocupam o parágrafo anterior, que é, no máximo, um indicativo da necessidade, naqueles casos em que há prova *oral* a ser produzida, da realização da audiência de instrução e julgamento para aquele fim (v. n. 1 do Capítulo 9).

Pode ocorrer, outrossim, ser necessária a antecipação da *produção* da prova. Quer ao longo do procedimento, quer, mesmo, anteriormente à *necessidade* de se provocar o Estado-juiz para prestar uma determinada tutela jurisdicional. É o que é disciplinado pelos arts. 846 a 851 como “produção antecipada de provas”, que o Código encarta dentre as “ações cautelares” disciplinadas pelo seu Livro III. Sem adiantar para cá discussões que ocupam a Parte III do vol. 4 é correto o entendimento de que a produção antecipada de provas, mesmo que em “outro processo”, verdadeiramente preparatório, não interfere na avaliação da prova, tal qual produzida, pelo magistrado, que examinará, oportunamente, o pedido de tutela jurisdicional a lhe ser apresentado.

De sua parte, o art. 338 disciplina a interferência que a necessidade de expedição de cartas “rogatórias” ou “precatórias” (v. n. 4.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) para a produção de provas – “prova fora de terra”, para empregar expressão bastante comum na doutrina – pode exercer sobre o processo.

O art. 338 recebeu nova redação pela Lei n. 11.280/2006, pela qual a suspensão do processo não se dá mais, como era no sistema anterior, com o mero fato objetivo de a diligência por carta ter sido requerida antes do “saneamento” do feito, isto é, antes do instante procedimental dos arts. 327 e 331, § 3º (v. n. 13 do Capítulo 1 da Parte III), vale dizer, antes do início da “fase instrutória”.

Pela nova redação dada ao dispositivo, o que releva é o grau de influência que a diligência requerida na carta precatória ou na carta

rogatória pode ter para o julgamento da demanda. Até por força da expressa remissão que o *caput* do art. 338 faz à alínea *b* do inciso IV do art. 265, sua leitura deve ser no sentido de que a suspensão do processo dependerá não apenas da necessidade de verificação de um determinado fato, ou da produção de certa prova, requisitada a outro juízo, mas do grau de imprescindibilidade desta verificação ou desta constatação para o proferimento da sentença (que, nesta perspectiva, só pode ser de mérito).

Modificou o legislador, a bem da verdade, o regime jurídico da “prejudicialidade externa” (v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), que já era prevista na alínea *b* do inciso IV do art. 265. Não basta, mais, para a suspensão do processo o requerimento tempestivo da investigação de um fato ou da produção de uma prova, o que, nesse contexto, é o mesmo, por carta precatória ou rogatória. É fundamental, para aquele fim, que a produção da prova seja considerada imprescindível, fundamental, portanto, à prolação da sentença.

A prejudicialidade não influi, vale a pena destacar, na avaliação quanto à necessidade ou à pertinência da expedição da carta precatória ou rogatória. Bem diferentemente, ela influi na decisão quanto ao prosseguimento do processo, com vistas ao proferimento da decisão final. A imprescindibilidade da prova, que justifica a expedição da carta precatória ou rogatória, destarte, variará consoante o caso concreto, quando deverá ser levado em conta necessariamente o grau de convencimento do magistrado sobre o conflito que lhe foi apresentado para julgamento.

É importante discernir três hipóteses diversas.

(a) Se o magistrado entende que a prova é supérflua ou desnecessária, ele deve *indeferir* a expedição de carta com aquela finalidade.

(b) Se, contudo, entende-a pertinente, ele defere a expedição. Tal deferimento, entretanto, não será, por si só, óbice intransponível para que ele julgue a demanda só porque a expedição da carta deu-se “antes do saneamento”, isto é, no início formal da fase instrutória. Da expedição da carta precatória ou rogatória não se impõe, em qualquer caso, a “automática” suspensão do processo.

(c) Para tanto, a prova tem de ser *imprescindível*, assim considerada a prova sem a qual é inviável o julgamento de mérito e, mesmo assim, o prazo de suspensão não poderá ser superior a um ano, nos termos do § 5º do art.

265 que, vale a pena o destaque, não se confunde com o prazo do art. 203, que é o prazo em que a carta deverá ser cumprida.

Se se tratar de prova *útil, esclarecedora, complementar*, mas não *imprescindível*, não há como recusar que o processo mantenha a sua marcha e que ingresse na fase instrutória (nesse sentido, com honrosa citação deste *Curso*: STJ, 3ª Turma, REsp 1.132.818/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 3.5.2012, DJe 10.5.2012). Em tais casos, em que não há suspensão do processo, a despeito da diligência que justificou a expedição da precatória ou da rogatória (a exemplo do que se dá naqueles outros em que finda o prazo de suspensão do processo), não há como recusar que o magistrado acabe, de uma forma ou de outra, convencendo-se de que uma das partes, mesmo o adversário daquela a quem, pelo menos em tese, a diligência que motivou a expedição da carta poderia aproveitar, tem razão e, por isso, dando-se por satisfeito com a prova produzida até então, sentenciar. Esta interpretação da nova regra afeiçoa-se bastante bem com o parágrafo único do art. 338, não revogado pela Lei n. 11.280/2006. Ainda é correto reconhecer a existência de precatórias e rogatórias “com” e “sem” efeito suspensivo, portanto.

Uma importante questão decorre dessa última hipótese, isto é, nos casos em que a carta é expedida com vistas à produção de “prova *útil*”. O que fazer com a carta precatória ou rogatória nestes casos? Ela perde o objeto quando proferida a sentença? Ela deve ser cumprida até final? A melhor solução é entender que a carta não perde seu objeto. A produção da prova, tal qual requerida, sobrevive ao proferimento da sentença e, com sua conclusão, a carta volta ao juízo deprecante ou rogante, o que se justifica até em função do que dispõe o § 5º do art. 265. Com a devolução, verifica-se a possibilidade, ou não, de aproveitamento da prova. Mesmo em sede de apelação, são admissíveis provas novas (art. 517), hipótese que alberga a aqui ventilada. Na impossibilidade da produção e avaliação da prova em sede recursal ou, ainda, porque já houve trânsito em julgado da decisão – o que não é de olvidar em função do tempo necessário para cumprimento de precatórias ou rogatórias –, a hipótese poderá comportar, conforme o caso, o ajuizamento de uma “ação rescisória” fundada no inciso VII do art. 485. Também aqui não há como negar interpretação ampla à locução “documento novo” para albergar a hipótese em exame.

CAPÍTULO 2

Depoimento pessoal

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Seção II do Capítulo VI (“das provas”) do Título VIII (“do procedimento ordinário”) do Livro I (“do processo de conhecimento”) do Código de Processo Civil, que compreende os arts. 342 a 347, disciplina o chamado “depoimento pessoal”.

O “depoimento pessoal” referido genericamente quer significar o meio de prova segundo o qual as próprias *partes* são ouvidas pelo juiz a respeito dos fatos controvertidos. E, a partir de uma leitura conjunta dos dispositivos já mencionados, a oitiva das partes sobre os fatos controvertidos acaba por poder favorecer uma delas na exata medida em que haja, por uma, o reconhecimento de que o fato (ou fatos) sobre o qual (os quais) depõe realmente ocorreu. É nesse contexto amplo que o art. 340, I, impõe como dever das partes o de “comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado”.

É meio de prova *pessoal* (v. n. 2 do Capítulo 1) e, por isso mesmo, consiste na oitiva de alguém. Para sua configuração, contudo, impõe-se que a oitiva seja do *autor* ou do *réu*. Se se tratar da oitiva de *terceiro*, isto é, todo aquele que não for nem autor nem réu (v. n. 2.2 do Capítulo 1 da Parte VII), o *meio* de prova reservado pelo direito processual civil brasileiro para a sua ouvida no processo é o testemunhal (v. n. 1 do Capítulo 6). Para o sistema processual civil brasileiro, nem o autor e nem o réu *testemunham* em juízo. Eles, diferentemente, prestam “depoimento pessoal”, o que, do ponto de vista de seus respectivos regimes jurídicos, é bastante diverso.

Com relação aos terceiros cabe uma observação. Pode acontecer que um terceiro, ao intervir no processo – e os casos em que isso se dá são estudados na Parte VII –, passe a ser “parte”. Uma vez admitido como tal, a atuação processual do interveniente, isto é, as posições que pode (ou, até mesmo, que *deve*) assumir são idênticas às das partes e, por isso, pode ele, o

interveniente, porque passou a ser parte, prestar depoimento pessoal nas condições aqui examinadas.

Não obstante todas essas considerações, é importante distinguir, nos arts. 342 a 347, três *meios* de prova que, embora gravitem em torno da figura do “depoimento pessoal”, aceitam algumas consequências processuais diversas e que, por isso mesmo, devem ser apontadas separadamente.

2. INTERROGATÓRIO

O primeiro dos meios de prova disciplinado na Seção II está no art. 342. É o que pode ser chamado de “interrogatório” – “interrogatório *livre*” ou “interrogatório *informal*”, de acordo com João Batista Lopes (*Curso de direito processual civil*, p. 110 e *A prova no direito processual civil*, p. 107-110, respectivamente) – e deve ser entendido como a determinação de uma das partes, autor ou réu, ser questionada pelo juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes da causa. A convocação pode se dar de ofício, como expressamente admite o dispositivo, ou a pedido das partes, nos termos do art. 343.

O “interrogatório” pode ser determinado em qualquer instante do procedimento, não havendo necessidade de ele ser reservado apenas e tão somente à audiência de instrução e julgamento, embora seja aquela audiência o momento mais propício para que ele se realize.

Houve época em que era bastante comum que os magistrados se valessem do precitado art. 342 para tentarem, junto às partes e seus procuradores, a realização de um acordo com vistas à resolução do mérito nos moldes do art. 269, III (v. n. 3.2.3 do Capítulo 1 da Parte 1). Rigorosamente, o “interrogatório” nunca serviu para essa finalidade, embora aquela iniciativa, mormente quando examinada à luz das considerações amplas que ocupam o n. 3.3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1, seja louvável. Nas sucessivas Reformas do Código de Processo Civil, a prática acabou consagrada no inciso IV do art. 125, que permite ao art. 343 ocupar melhor o seu papel no sistema processual civil como *meio* de prova.

3. O DEPOIMENTO PESSOAL (PROPRIAMENTE DITO)

O art. 343 ocupa-se do depoimento pessoal “propriamente dito”, isto é, aquele que, não fosse a distinção proposta no número anterior e no número seguinte, seria o *único* meio de prova admissível nos dispositivos ora examinados.

O depoimento pessoal é o meio de prova em que se pretende obter da parte que depõe a *confissão* dos fatos relevantes e pertinentes para a causa, isto é, o reconhecimento de sua veracidade, assunto que o Código de Processo Civil acaba por regular nos arts. 348 a 354, para os quais se volta o Capítulo 3.

É importante acentuar a afirmação: o “depoimento pessoal”, tal qual disciplinado pelo Código de Processo Civil, vai além da mera oitiva das partes sobre os fatos porque o trata como meio de prova voltado precipuamente à obtenção da *confissão* dos fatos, o que, nos termos do inciso II do art. 334, dispensa a parte contrária de provar aquele mesmo fato, já suficientemente provado pela confissão (v. n. 7 do Capítulo 1).

Tanto assim que, de acordo com o art. 343, o depoimento pessoal é pedido pela parte contrária: é o autor que pretende ouvir o réu em depoimento pessoal e, inversamente, é o réu que pode pretender ouvir o depoimento pessoal do autor.

A parte deve ser pessoalmente intimada para prestar o “depoimento pessoal”, devendo constar do mandado respectivo “que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor” (art. 343, § 1º), consequência que é reiterada pelo § 2º do mesmo dispositivo. O art. 345, a esse mesmo respeito, impõe ao magistrado o dever de avaliar o depoimento tal qual prestado, para verificar em que medida a hipótese comporta que o fato sobre o qual a parte depôs pode, ou não, ser considerado verdadeiro, isto é, em que medida houve, ou não, “recusa de depor”. O dispositivo impõe que esse exame seja feito com “as demais circunstâncias e elementos de prova”, enaltecendo, por isso mesmo, o “princípio do livre convencimento motivado do juiz” (v. n. 6 do Capítulo 1).

Trata-se, a regra é clara, de intimação *pessoal* da parte, sendo insuficiente a sua intimação por intermédio do seu advogado. Não há por que entender, contudo, que essa intimação seja feita necessariamente pelo oficial de justiça, porque ela pode preferencialmente ser feita pelo correio e, até

mesmo, por meios eletrônicos (parágrafo único do art. 237), observando-se, neste caso, o disposto na Lei n. 11.419/2006. A intimação será dirigida ao endereço que consta dos autos, que se presume o correto nos termos do parágrafo único do art. 238, inovação da Lei n. 11.382/2006. Eventual irregularidade na intimação em caso de alteração do endereço deve ser cumpridamente justificada pelo advogado e esclarecidas as razões pelas quais o endereço não foi, como deve ser, atualizado perante o juízo. A própria razão do não comparecimento da parte pode ser examinada pelo juiz para afastar as consequências dos §§ 1º e 2º do art. 343, levando em conta, até mesmo, o disposto no parágrafo único do art. 336.

O depoimento pessoal é realizado na audiência de instrução e julgamento (art. 343, *caput* c/c art. 336, *caput*). Quando a parte não puder, contudo, comparecer à audiência por motivo de doença ou outro motivo relevante, mas, nem por isso, estiver impossibilitada de depor, o juiz designará dia, hora e lugar para inquiri-la (art. 336, parágrafo único).

À falta de qualquer regra específica, deve prevalecer, em função do disposto no art. 344, o entendimento de que a intimação da parte para prestar o depoimento pessoal deve observar, se não fixado outro prazo pelo juiz, a antecedência de dez dias da audiência de instrução e julgamento (art. 407, parágrafo único).

4. O DEPOIMENTO POR INICIATIVA DA PRÓPRIA PARTE

Questão que se faz pertinente é se a própria parte pode pretender depor em juízo. A indagação é tanto mais pertinente porque o art. 342 (“interrogatório livre”) refere-se à atuação *oficiosa* do magistrado e o art. 343 refere-se ao pedido da parte contrária para o depoimento pessoal. A melhor resposta, forte no “princípio da *atipicidade* das provas” (v. n. 6 do Capítulo 1), é positiva. Não há razão para recusar que a própria parte possa pretender, independentemente de determinação judicial ou de pedido formulado pela parte contrária, prestar seu depoimento em juízo para esclarecer os fatos relevantes e pertinentes da causa. Justamente porque a prova não é expressamente prevista pelas leis processuais civis brasileiras é que ela deve ser entendida como prova atípica e, nessa medida, admitida.

Porque a hipótese retratada não pressupõe o pedido da parte contrária – até porque, fosse assim, a hipótese seria a de “depoimento pessoal” examinada no n. 3, *supra* –, não deve ser aplicada à hipótese a “pena de confissão” tal qual prevista nos §§ 1º e 2º do art. 343. O melhor entendimento é de que a parte, ao prestar o seu depoimento, esclarecerá os fatos, poderá ser questionada pelo juízo e, circunstancialmente, o magistrado poderá constatar em que medida o depoimento acarreta a confissão, isto é, o reconhecimento de veracidade das alegações. Não há, contudo, como emprestar à espécie, porque de prova atípica se trata, o *mesmo* regime jurídico que a lei processual civil reserva para o “depoimento pessoal”, presumindo-se da não apresentação de qualquer resposta ou, por qualquer razão, da recusa de produzir a prova que a parte voluntariamente se comprometeu, a confissão. Aplica-se, à hipótese, o art. 345, compreendida a regra, como deve ser, no contexto do “princípio do livre convencimento motivado”, isto é, o depoimento da parte, admitida a viabilidade da produção dessa prova atípica, é mais um meio de prova a ser avaliado, como tal, entre as demais já produzidas ou a produzir perante o juízo ao longo do processo.

5. A PRODUÇÃO DO DEPOIMENTO

A oitiva das partes para o “depoimento pessoal” do art. 343 (v. n. 3, *supra*) observará a mesma disciplina reservada para as testemunhas (art. 344), é dizer: o juiz ouvirá primeiro o autor e depois o réu, inquirindo-os pessoalmente dos fatos sobre os quais reputa necessária a prestação de esclarecimentos. Findas as perguntas do juiz, o advogado da parte contrária pode formular suas questões ao depoente – que, bem-entendido, não é a parte que ele representa em juízo –, buscando, com isso, a “confissão *provocada*” (v. n. 2 do Capítulo 3). Não são, no direito brasileiro, admitidas perguntas diretas à parte. O advogado as formula para o juiz que, verificada sua relevância e pertinência, as formulará à parte. Por isso a prática ter consagrado o uso do nome “repergunta” para descrever essa realidade. É unânime o entendimento quanto ao advogado da parte que depõe em juízo não poder formular questões a seu constituinte, em face do risco de ela acabar por confessar, razão última de ser deste meio de prova.

De acordo com o parágrafo único do art. 344, é vedado à parte que ainda não depôs ouvir o depoimento da outra parte. As justificativas da regra são as mais diversas, variando da possibilidade de a presença de uma parte constranger a outra até a possibilidade de que a ouvida da prévia manifestação de uma das partes possa comprometer o depoimento da outra. Seja qual for a mais adequada, contudo, a melhor interpretação, a despeito do texto da lei, é a de que nenhuma das partes pode ouvir o depoimento ou o interrogatório da outra. Trata-se de inarredável consequência do princípio da isonomia ao processo e, conseqüentemente, do contraditório (v. ns. 10 e 5 do Capítulo 1 da Parte II, do vol. 1, respectivamente).

Nos casos do “interrogatório” ou do “depoimento por iniciativa da própria parte” (v. ns. 2 e 4, *supra*, respectivamente), a sua colheita não pode ficar adstrita às regras expostas nos parágrafos anteriores. O art. 344, bem examinado, só pode pretender regular *um* dos casos de depoimento pessoal e não os demais que, a despeito da falta de sua previsão expressa, são extraíveis do sistema processual civil.

Naqueles outros casos, respeitado o princípio da isonomia já referido, isto é, evitando que as partes, tenham ou não sido ouvidas, ouçam o depoimento da outra, não há razão para não permitir que seus próprios advogados, a exemplo do que se dá para as testemunhas, dirijam a elas, sempre por intermédio do juiz, perguntas que buscam o esclarecimento dos fatos controvertidos e sobre os quais deve recair a prova. Como nesses casos não há espaço para cogitar da confissão com o rigor insinuado pelos §§ 1º e 2º do art. 343, uma tal iniciativa deve ser bem aceita.

Ademais, e de forma suficiente, agride o princípio do contraditório, como *cooperação* (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), o entendimento que restringe a ampla participação das partes e de seus advogados ao longo de todo o processo, máxime quando, como na hipótese aqui examinada, o resultado dessa ampla participação só pode ser uma *melhor* prestação jurisdicional.

Cada um dos *meios* de prova examinados neste capítulo impõe que a própria parte seja interrogada ou que ela própria preste o seu depoimento. É essa, com efeito, a sua própria razão de ser. É admissível, contudo, que a parte se faça representar por procurador desde que ele, o procurador, tenha condições legítimas de manifestar-se sobre os fatos que são de conhecimento

da parte. Caso contrário, não há razão para a admissão e, conseqüentemente, para a produção das provas aqui analisadas.

Em se tratando de pessoa jurídica, ademais, é comuníssima a hipótese de comparecerem para prestar o depoimento pessoal (independentemente da modalidade) não os seus “representantes”, isto é, aqueles que, pelo contrato social ou pelos estatutos, podem agir em nome da sociedade, mas, bem diferentemente, as pessoas (físicas) que, em nome da pessoa jurídica, agem em seu próprio nome, negociando, vendendo, comprando e praticando as mais diversas relações jurídicas, isto é, relevantes, para o direito. Essas pessoas, usualmente chamadas de “prepostos”, devem ser admitidas para prestar o depoimento pessoal justamente porque são elas, comumente com mais riqueza de detalhes do que os próprios “representantes” da sociedade, que conhecem os fatos pertinentes e relevantes para a causa, e, conseqüentemente, que precisam ser esclarecidos. Os prepostos, nessas condições, podem, até mesmo, *confessar* – objetivo último do depoimento pessoal do art. 343 (v. n. 3, *supra*) –, razão pela qual devem ser devidamente identificados como tais pelos representantes da sociedade e reconhecidos poderes expressos para a confissão (art. 661, § 1º, do Código Civil). A não se pensar assim, vale insistir, a própria razão dessa específica modalidade de prova pode acabar restando esvaziada.

É importante frisar esta última observação. Por força da especial característica do “depoimento pessoal”, é importante que o procurador, além do conhecimento dos fatos sobre o qual se manifestará, tenha poderes expressos para *confessar* porque é da essência daquele meio de prova a obtenção da confissão. Em sendo o advogado o procurador nomeado para esta finalidade, a procuração deve ter poderes expressos, nos termos do art. 38.

O art. 346 autoriza que a “parte” consulte breves anotações para que o seu depoimento seja o mais detalhado possível. É vedado, contudo, que se valha de escritos anteriormente preparados, o que contribuiria para esvaziar a *espontaneidade* que caracteriza, como tal, qualquer prova *pessoal* e que deverá ser levada em conta pelo magistrado na formação de sua convicção. Tanto assim que a preferência do art. 132, não obstante as diversas exceções lá previstas, é a de que o juiz que colher as provas orais profira a sentença. Por força das considerações dos parágrafos anteriores, esta mesma

autorização não pode ser negada, a despeito do texto da lei, a qualquer um que seja admitido para prestar depoimento pessoal, a qualquer *depoente*, portanto.

6. RECUSA DO DEPOIMENTO PESSOAL

O art. 347 excepciona os casos que dispensam a parte de depor. Não há razão para afastar a incidência da regra a nenhum dos casos de depoimento pessoal referidos neste capítulo, nos ns. 3 a 5, *supra*.

A parte não é obrigada a depor sobre fatos “criminosos ou torpes, que lhe forem imputados” e não é obrigada a depor sobre fatos que ela não pode revelar porque deve sobre eles guardar sigilo em função do estado ou da profissão. É o caso, por exemplo, de o advogado recusar-se a depor sobre a atitude de cliente seu quando sabe do ocorrido por força de sua atuação profissional (art. 7º, XIX, da Lei n. 8.906/1994). O art. 229, III, do Código Civil deve ser lido em conjunto com o art. 347 para impedir o depoimento também sobre o fato que exponha o próprio depoente, seu cônjuge, parentes em grau sucessível ou amigo íntimo a “perigo de vida, de demanda ou de dano patrimonial imediato”.

O parágrafo único do art. 347 ressalva alguns casos em que as hipóteses dos incisos I e II do *caput* não prevalecem, porque, na visão do legislador, há interesses maiores em jogo que devem ser prestigiados. A melhor interpretação para o dispositivo é aquela que afasta as regras do *caput* para as demandas relativas à filiação e ao casamento. Por força do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, a exceção deve ser estendida também para os casos de união estável. A regra deve albergar também a hipótese do precitado inciso III do art. 229 do Código Civil.

Pode acontecer, contudo, que, a depender dos interesses e direitos conflitantes em jogo, o magistrado deixe de aplicar as regras aqui comentadas, fazendo uso do “princípio da proporcionalidade”. Trata-se de conclusão inarredável à luz do “princípio do livre convencimento do magistrado” (v. ns. 4 e 6 do Capítulo 1).

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Seção III do Capítulo do Código de Processo Civil sobre provas disciplina, em seus arts. 348 a 354, a “confissão”.

Há acesa discussão em sede de doutrina e de jurisprudência sobre se a confissão é, ou não, *meio* de prova, *status* que lhe dão, indubitavelmente, o Código de Processo Civil e o Código Civil no inciso I de seu art. 212. Isto porque, com a confissão, tornam-se desnecessárias outras provas, no que é claro o art. 334, II.

O melhor entendimento é o que reputa a confissão com um dos *meios* de prova admitidos expressamente pelo Código de Processo Civil. Uma “prova *típica*”, portanto. Não por força da classificação que lhe dão os próprios Códigos (que o fazem expressamente), mas por causa de sua própria dinâmica e razão de ser. A confissão, quando verificada, é um elemento a mais que, com maior ou menor intensidade, influenciará na formação da convicção do magistrado a respeito da ocorrência de um fato relevante ou pertinente para a causa. A circunstância de outras provas se fazerem desnecessárias por causa da confissão é *consequência* de sua natureza jurídica como *meio* de prova e não a *causa* de sua identificação como tal.

É importante acentuar esse entendimento também porque, não fosse assim, a confissão acabaria por se sobrepor às demais provas – como, ao longo da evolução do direito processual, se verificou em determinados períodos –, o que, por força dos princípios regentes do direito probatório no direito brasileiro, os constitucionais e os infraconstitucionais, é impensável.

Mesmo que uma parte confesse um fato a outra – e a parte que confessa é chamada de “confitente” –, põe-se ao magistrado a *necessidade* de constatar em que medida a confissão é, por si só, *suficiente* para a formação de sua convicção. Até porque nem todo fato enseja a confissão (v. n. 6, *infra*). É

esta, vale repetir, a melhor interpretação para o art. 345 (v. n. 3 do Capítulo 2).

Não há, pois, nenhuma vinculação ou imediatismo entre a confissão de uma parte e a prestação da tutela jurisdicional em favor da outra. Entre um e outro evento cabe, necessariamente, a pesquisa a ser conduzida pelo próprio magistrado sobre as demais provas já produzidas ou a produzir, bem assim, a *qualidade* das alegações de cada uma das partes. Um *fato* ser tido como verdadeiro – é esse o resultado último da confissão – não significa que as consequências *jurídicas* sobre esse mesmo fato sejam inarredavelmente aquelas pretendidas pela parte contrária àquela que confessou. Um exemplo que ilustra bem a hipótese é a do art. 1.602 do Código Civil, segundo o qual é insuficiente a confissão da mãe para excluir a paternidade. A lei, no caso, impõe que a confissão da mãe seja tratada como *um* dos diversos meios de prova que podem ser utilizados para identificação da paternidade, inclusive as “presunções” a que se referem os arts. 231 e 232 do mesmo Código (v. n. 5 do Capítulo 1).

É por essa razão que a confissão não guarda nenhuma relação com a “renúncia sobre o direito que se funda a ação” do inciso V do art. 269 (v. n. 3.2.5 do Capítulo 1 da Parte V) e nem com o “reconhecimento da procedência do pedido” do inciso II do art. 269 (v. n. 3.2.2 do Capítulo 1 da Parte V). Ademais, a confissão, por sua própria natureza, como um dos *meios* de prova admitidos pelo Código de Processo Civil brasileiro, pode ser praticada indistintamente pelo autor ou pelo réu.

O art. 348 é, mormente quando analisado a partir das considerações dos parágrafos anteriores, bastante feliz ao conceituar a confissão como a admissão, pela parte, da verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.

2. CLASSIFICAÇÃO

É com base no art. 348 que a doutrina apresenta a classificação da confissão em *judicial* ou *extrajudicial*.

A confissão é *judicial* quando feita pela parte em juízo e, pela própria dinâmica do processo e do sistema probatório, aceita duas outras classificações, apresentadas abaixo. A confissão é *extrajudicial* quando a admissão, pela parte, do fato contrário a seus interesses se verifica fora do

processo, extraprocessualmente, embora os seus efeitos só possam ser sentidos no próprio plano do processo. Trata-se, nesse sentido, inequivocamente de um *fato* processual, nos termos discutidos pelo n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1.

Segundo alguns, fortes na dicotomia proposta pelo próprio art. 349, a confissão *judicial* pode ser *espontânea* ou *provocada*. A confissão judicial será *espontânea* quando a parte, por decisão sua, por ato seu, pratica-a, reconhecendo como verdadeiro um fato. Pouco importa como a manifestação da vontade da parte seja exteriorizada e chegue ao conhecimento do juiz; é suficiente que ela exista e se materialize “dentro do processo”, nem que seja lavrado um termo específico para tanto. A confissão judicial pode ser também *provocada* quando ela é o resultado do “depoimento pessoal” ao que se volta o n. 3 do Capítulo 2, hipótese em que ela constará do termo da audiência de instrução e julgamento. É para essa espécie de depoimento que se dirigem os §§ 1º e 2º do art. 343 (v. n. 3 do Capítulo 2).

Alguns outros autores preferem subdividir a confissão *judicial* em “expressa” ou “ficta”. “Expressa”, quando ela é manifestada inequivocamente perante o juiz, *independentemente* do instante procedimental em que ela se realiza, inclusive, por isso mesmo, como resultado do depoimento pessoal do art. 343. A confissão judicial será *ficta*, diferentemente, quando o reconhecimento da veracidade do fato decorrer da recusa da parte em depor ou do seu não comparecimento à audiência, não obstante ter sido regularmente intimada para tanto (art. 343, § 1º).

A confissão *extrajudicial*, consoante disciplina o art. 353, pode ser feita por escrito à parte contrária ou a quem a represente e tem a mesma eficácia, é dizer, aptidão de produzir os mesmos efeitos que a confissão manifestada *no* processo. Na hipótese de a confissão ser feita a terceiros ou de ela estar contida em testamento, ela será analisada pelo juiz junto com as demais provas. A confissão extrajudicial *oral* só é admitida quando a lei não exigir forma específica – o parágrafo único do art. 353 refere-se a “prova literal” – para a sua realização. O dispositivo é clara aplicação do “princípio do livre convencimento motivado do juiz” para o caso e deixa mais evidentes as observações do n. 1, *supra*, quanto a confissão dever ser compreendida apenas como um *meio*, dentre outros, de prova.

3. A PRODUÇÃO DA CONFISSÃO

A confissão judicial *ou* extrajudicial pode ser feita pela própria parte ou por mandatário (procurador) munido de poderes especiais. É esta a regra do parágrafo único do art. 349, aplicável a ambos os casos. O dispositivo refere-se expressamente à “confissão *espontânea*”, provavelmente porque pressupõe a inadmissão de que procuradores possam prestar o depoimento pessoal na forma discutida pelo n. 5 do Capítulo 2, do qual pode decorrer a confissão.

Aceitas as considerações expostas naquele número, contudo, não há por que deixar de aplicar a regra também para os casos de “confissão *provocada*” (v. n. 2, *supra*).

De acordo com o parágrafo único do art. 213 do Código Civil, a confissão feita por representante é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado, isto é, em estreita consonância com os poderes dados por quem se fez representar.

4. A INDIVISIBILIDADE DA CONFISSÃO

A confissão é *indivisível* de acordo com o art. 354. Assim, mesmo que a manifestação de vontade da parte possa ser dividida em várias partes – porque confessa um fato mas deixa de confessar outro, por exemplo –, a confissão não o é. Como se trata de *meio* de prova, a ser, como tal, examinado ao lado das demais provas já produzidas ou ainda a produzir no processo, caberá ao juiz avaliar, em cada caso concreto, o significado daquela específica declaração da parte no que diz respeito à formação de sua convicção. É por isso que a confissão deve ser considerada como um todo pelo magistrado.

Quando, é ainda o art. 354 que prevê a hipótese, houver na confissão, isto é, na manifestação de vontade da parte em que há a confissão, a alegação de *novos* fatos (a “causa de resistir” a que se refere o n. 2.3 do Capítulo 3 da Parte II), eles podem ser considerados pelo juiz *independentemente* da confissão, isto é, eles estarão sujeitos ao disposto no art. 333, II, e ao ônus da prova lá disciplinado (v. n. 8 do Capítulo 1). Essa situação não deve ser entendida como uma *exceção* à regra da indivisibilidade da confissão. A segunda parte do art. 354, a bem da verdade, não se refere ao fato (ou aos

fatos) confessado mas a fato (ou fatos) diverso, o “fato novo”, sobre o qual não há confissão e, por isso, não é apanhado pela regra da indivisibilidade.

5. A ANULAÇÃO DA CONFISSÃO

A confissão é meio de prova que depende, para produzir seus regulares efeitos, de uma manifestação de vontade livre e não comprometida da parte da qual emana. Seja feita *judicial* ou *extrajudicialmente*, a parte que confessa deve ter consciência do que faz e de quais podem ser as consequências daquele seu ato, mais ainda por se tratar de ato irrevogável, isto é, uma vez que a manifestação de vontade tenha sido externada, não cabe mais ao confitente pretender sua desconsideração. Os *efeitos* que podem ser sentidos de uma confissão *válida* são, por assim dizer, indisponíveis para aquele que a pratica.

O art. 352 prevê, por isso mesmo, que a confissão, como ato jurídico que é, pode ser *anulada* se viciada a manifestação de vontade do confitente (inciso I) e que, na hipótese de o processo em que ela se verificou já tiver decisão transitada em julgado, que ela pode ser desfeita por “ação rescisória” (inciso II). Em um e em outro caso, a legitimidade para a iniciativa é daquele que confessa, o confitente, passando tal direito a seus herdeiros quando já exercitado (art. 352, parágrafo único).

A hipótese do inciso I do art. 352 deve ser lida em conjunto com o art. 214 do Código Civil, regra mais recente que, ao dispor sobre a *mesma* hipótese, acabou por *derrogar*, isto é, revogar parcialmente, a previsão do Código de Processo Civil. A confissão só pode ser anulada quando ela resultar de *erro* (arts. 138 a 144 do Código Civil) ou *coação* (arts. 151 a 155 do Código Civil) e não mais por *dolo* (arts. 145 a 150 do Código Civil), causa não mais prevista no dispositivo de lei mais recente.

Ensina a doutrina predominante que, havendo um daqueles dois vícios, e desde que o processo em que a confissão tende a surtir seus regulares efeitos ainda esteja em curso, aquele que confessou pode pretender a sua *anulação*, sendo necessário que provoque a jurisdição para aquela finalidade dando ensejo ao nascimento de um *novo* (e distinto) processo. É a chamada “ação anulatória” a que faz referência o art. 486, que pode, até mesmo, acarretar a *suspensão* do processo com fundamento no art. 265, IV, *a* (v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Se a hipótese for de decisão já transitada em julgado, a iniciativa do confitente deve ser por intermédio da chamada “ação rescisória”. Para fins da rescisória estribada no art. 485, VIII (art. 352, II), é indiferente o vício que macula a confissão e que, conseqüentemente, ensejou o proferimento da decisão que acabou por transitar em julgado. De outro lado, é imprescindível que o fundamento central da decisão rescindenda seja a confissão, isto é, a admissão, pela parte, de um fato contrário a seu interesse e favorável ao adversário. Se na decisão que se busca rescindir houver outros elementos de prova bastantes para a manutenção do julgado – e para uma tal constatação é fundamental o exame da *motivação* da decisão que se pretende rescindir –, não há interesse jurídico na propositura da rescisória por esse fundamento que deverá, por isso mesmo, ser rejeitada. Ao assunto dedica-se o n. 6.8 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 5.

6. ABRANGÊNCIA DA CONFISSÃO

A confissão pressupõe que o *fato* sobre o qual ela recaia seja *disponível* para a parte, que não se trate, portanto, de norma de ordem pública (art. 351 do Código de Processo Civil e art. 213 do Código Civil). E mais: como ato de disposição de direito, é importante que a parte, para confessar, seja capaz civilmente. O direito, em si mesmo considerado, não admite “confissão” nos termos aqui discutidos; sua incidência nos casos concretos é sempre “indisponível”. O que se admite é que os *fatos* sobre os quais incide o direito podem comportar alguma margem de disponibilidade, sempre em conformidade com o ordenamento jurídico, e, nessa perspectiva, acabar por acarretar a aplicação de uma ou de outra norma jurídica.

De acordo com o art. 350, *caput*, a confissão só faz prova contra o confitente, isto é, contra a parte que confessa, não prejudicando os litisconsortes, é dizer, as demais partes do mesmo polo do processo, os outros autores (litisconsórcio ativo) ou os diversos réus (litisconsórcio passivo), se for o caso. A regra, contudo, aceita temperamentos a depender do *tipo* de litisconsórcio (se “simples” ou “unitário”, assunto tratado no n. 4.1 do Capítulo 2 da Parte VII).

O parágrafo único do art. 350 impõe que nas demandas que digam respeito a bens imóveis ou direitos sobre imóveis, a confissão de um cônjuge, para surtir seus regulares efeitos no plano do processo, precisa ser

acompanhada pela do outro. Trata-se de regra que se afina bastante bem à mais ampla do art. 10, *caput* e § 1º (v. n. 3.4 do Capítulo 2 da Parte VII) e, por identidade de motivos, ao regime que o Código Civil reserva para a hipótese, em seu art. 1.647.

Embora o dispositivo faça menção à confissão *judicial*, não há razão para negar sua aplicação também para os casos de confissão *extrajudicial* porque a sua finalidade última, para o que diz respeito a este *Curso*, é a de produção de efeitos “no” e “dentro” do processo.

CAPÍTULO 4

Exibição de documento ou coisa

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Seção IV do Capítulo VI, o capítulo do Código de Processo Civil dedicado às provas, refere-se à “exibição de documento ou coisa” como *meio* de prova.

Rigorosamente, os incidentes lá disciplinados não são *meio* de prova mas, diferentemente, a forma pela qual a parte pode, diante de determinadas circunstâncias, *obter* um meio de prova, o “documento” ou a “coisa” para utilizá-lo em juízo. É certo que, na perspectiva do Código, o *meio* de prova justifica-se porque, a depender do desate do incidente, a não exibição do documento ou da coisa poderá levar a que o juiz considere verdadeiros os fatos que, com o documento ou com a coisa, se pretendia provar (art. 359, I). Tal consequência, no entanto, merece temperamentos à luz do *sistema* processual civil (v. n. 4 do Capítulo 1), razão pela qual este *Curso* prefere não entender aquele incidente como mero *meio* de prova. Seu tratamento nessa sede, contudo, justifica-se porque a sua relação com os demais meios de prova e, conseqüentemente, com a “fase instrutória” é irrecusável.

Na normalidade dos casos, a própria parte apresenta, em juízo, os documentos ou quaisquer outros suportes *materiais* de prova que tenha em seu poder (v. n. 9.1 do Capítulo 1 e n. 2 do Capítulo 3, ambos da Parte II). Pode ocorrer, contudo, que, por qualquer razão, esses substratos *materiais* estejam em poder da parte contrária e, até mesmo, de terceiros, isto é, com pessoas estranhas ao processo. É para disciplinar esses casos que o incidente dos arts. 355 a 363 foi concebido pelo legislador processual civil. Bastante didática nesse sentido a regra do art. 355: “O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”.

A distinção entre aquele que possui o documento ou a coisa a ser apresentada em juízo, a parte contrária ou terceiro, é relevante para verificar

o regime jurídico do incidente, consoante demonstram os ns. 2 e 3, *infra*, respectivamente.

É bastante comum a afirmação em doutrina de que a “exibição de documento ou coisa” é significativa do exercício de direito de *ação*, pelo menos nos casos em que ela se dirige a *terceiro*. Pelas mesmas razões expostas especialmente pelo n. 4 do Capítulo 3 da Parte II, o melhor entendimento é o de recusar que se trata de uma “nova” ação e, sim, da formulação de um *novo pedido* pelo autor ou pelo réu no *mesmo* processo e isto independentemente de quem seja o seu destinatário, a parte adversa ou o terceiro. Como se trata de pedido *qualitativamente* diverso daquele que deu motivo suficiente à ruptura da inércia jurisdicional, a hipótese é de *cumulação de pedidos*, no *mesmo* processo, como forma de realizar adequadamente o *sistema de direito processual civil* da atualidade, mormente quando ele é construído desde o seu “modelo constitucional”.

Verdadeira “ação” no sentido admitido por este *Curso* é regulada pelos arts. 844 e 845, que admitem, em *caráter urgente* (v. n. 8.1.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), que seja rompida a inércia da jurisdição exclusiva e suficientemente para aquela mesma finalidade, é dizer, a exibição de documento ou coisa perante terceiro. A hipótese, que o próprio Código de Processo Civil denomina “ação cautelar de exibição”, reclama outras considerações, todas elas desenvolvidas pelo Capítulo 6 da Parte III do vol. 4.

Importa destacar, a despeito destas considerações, que a compreensão do instituto como “nova” ação ou como “novo” pedido significativo da *atuação* dos litigantes ao longo do processo, como prefere este *Curso*, não interfere na sua compreensão objeto dos números seguintes.

2. EXIBIÇÃO REQUERIDA EM FACE DA PARTE CONTRÁRIA

Observando a dicotomia de regimes jurídicos dada pelo próprio Código de Processo Civil à exibição formulada em face da parte contrária ou em face de terceiros, as hipóteses são tratadas separadamente, com a indicação de seus pontos de contato. Este número dedica-se à exibição pedida por uma parte em face da outra.

O *pedido* formulado em face da parte contrária deve conter as indicações dos três incisos do art. 356. Trata-se, para todos os fins, de uma verdadeira “petição inicial”, embora pelas circunstâncias do próprio incidente aqui examinado, quaisquer rigores com relação à sua formulação e apresentação devem ser descartados.

O documento ou a coisa devem ser identificados da melhor maneira possível, até como forma de o juiz convencer-se de sua existência e de que a parte requerente conhece-o suficientemente bem para justificar a *necessidade* de sua apresentação em juízo. O requerimento deverá também indicar a finalidade da prova, indicando os fatos que serão comprovados com o documento ou com a coisa. Estas duas exigências são mais que justificáveis porque o objeto da prova tem que ser relevante e pertinente para o objeto do conhecimento do magistrado (v. n. 7 do Capítulo 1). Por fim, mas não menos importante, o pedido deve narrar as circunstâncias pelas quais a parte que o formula entende que o documento ou a coisa estão em poder da parte contrária.

A parte contrária, de acordo com o art. 357, será *intimada* para responder ao pedido e terá cinco dias contados desde então (sempre com observância do disposto nos arts. 240 e 241) para respondê-lo. Não se trata de *citação* porque a parte contrária já integra, para todos os fins, o processo. É suficiente, destarte, a sua *intimação*, isto é, “o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa” (art. 234). O “fazer” ou o “deixar de fazer” são as alternativas estudadas em seguida.

Alguns autores, fortes na palavra empregada pelo legislador no art. 357, sustentam que o incidente neste caso não teria natureza de “ação”, que se trataria de mero *pedido* de uma parte em relação à outra (v. n. 1, *supra*). A natureza jurídica do instituto, contudo, não repousa (e nem pode repousar) na forma da ciência que a parte em face de quem ele é dirigido tomará. Sua natureza jurídica, diferentemente, decorre de uma adequada avaliação de todo o sistema, não de parte dele.

Há quatro posturas que a parte pode assumir quando *intimada* para os fins do art. 357: entregar o documento ou a coisa, alegar que não possui nem um nem outra, recusar-se a entregar a coisa ou o documento valendo-se das

escusas dos arts. 358 e 363 e, por fim, deixar passar *in albis* o prazo de resposta.

A primeira alternativa levará ao término do incidente. Com a exibição do documento ou da coisa, cabe ao juiz levá-lo em consideração para o julgamento da causa em conjunto com as demais provas já produzidas ou a produzir.

Se a parte alegar que não possui o documento ou a coisa pretendida, cabe ao requerente o ônus da prova de sua alegação, isto é, que o documento ou a coisa estão, a despeito da resposta, em poder da parte contrária. O art. 357 admite expressamente para tal fim a realização de “qualquer meio” de prova e, consoante a sua produção, o juiz decidirá sobre a sorte do incidente com observância do disposto no art. 359.

A terceira alternativa, de invocar, a parte requerida, escusas para a exibição do documento ou coisa, levará o magistrado a verificar a legitimidade de sua invocação no caso concreto.

A parte, assim como o terceiro (v. n. 3, *infra*), não está obrigada a exhibir documento ou coisa relacionados a negócios da própria vida da família (art. 363, I); quando sua apresentação puder violar dever de honra (art. 363, II); quando a publicidade dada ao documento ou à coisa puder acarretar desonra a ela ou a parentes seus, inclusive no que diz respeito à responsabilização criminal (art. 363, III); quando a exibição acarretar quebra de sigilo que a parte deve guardar por estado ou profissão (art. 363, IV). O rol não é exaustivo porque quaisquer outros motivos desde que “graves”, isto é, relevantes e bem fundamentados, podem ser admitidos pelo juiz para legitimar a recusa da exibição (art. 363, V).

De acordo com o parágrafo único do mesmo art. 363, se as hipóteses descritas em seus cinco incisos disserem respeito a apenas *parte* do conteúdo do documento, a exibição do restante será determinada, nem que seja por cópias parciais. O art. 382 ocupa-se dessa mesma situação fazendo referência à exibição parcial de livros comerciais. Em se tratando de coisa indivisível, não tem aplicação o parágrafo único do art. 363, por suas próprias características.

O juiz apreciará as escusas, não as admitindo quando a parte requerida tiver obrigação legal de exhibir o documento ou a coisa (art. 358, I), assim, por exemplo, quando se tratarem de livros comerciais e demais documentos

societários, hipótese regulada expressamente pelos arts. 381 e 382; se ela fez referência ao documento ou à coisa no processo com a finalidade de produzir prova a seu favor (art. 358, II) ou se o documento, pela sua própria natureza, for comum às partes (art. 358, III).

A quarta e última alternativa que se põe à parte em face da qual se requereu a exibição de documento ou coisa é a sua omissão, isto é, deixar de responder ao pedido no prazo legal.

Cabe ao juiz, diante do exame de cada uma dessas quatro alternativas, decidir o incidente, com ou sem dilação probatória, providência irrecusável não só pelo que expressamente dispõe o art. 357 mas, mais amplamente, em função do que dispõem os arts. 130 e 131 (v. n. 3 do Capítulo 1), para determinar, ou não, a exibição do documento ou coisa.

De acordo com o art. 359, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar pelos documentos ou pelas coisas que queria exibidas se o requerido não acolher o pedido (primeira alternativa) e se não fizer nenhuma declaração nos cinco dias seguintes à sua intimação (segunda e quarta alternativas), ou, ainda, se o juiz entender *ilegítima* sua recusa, isto é, se entender não presente nenhuma das circunstâncias indicadas pelo art. 363 (terceira alternativa).

A despeito da consequência peremptória que se lê do *caput* do art. 359, a contextualização do incidente aqui examinado deve conduzir ao entendimento de que não há, na espécie, uma necessária vinculação entre a não exibição e a prova do fato que se pretendia produzir. Cabe ao juiz, em qualquer caso, e, aqui não há espaço para excepcionar isso, avaliar toda prova produzida ou a produzir ao longo do processo e, nesse sentido, o próprio comportamento assumido pela parte em face de quem se pretendeu a exibição pode ser levado em conta para solução diversa daquela que é reservada pelo dispositivo em questão. Trata-se de sustentar, por outras palavras, que a parte em face de quem a exibição é requerida não tem um mero *ônus* de apresentar a coisa ou o documento mas, mais do que isso, verdadeiro *dever* de fazê-lo. O dispositivo, nesse sentido, é, uma *presunção* legal relativa, aceitando, por sua própria natureza, prova em sentido contrário (v. n. 5 do Capítulo 1).

Por esta razão é que se faz necessário deixar de entender a “exibição” como *meio* de prova, mas entendê-la como um “meio” (uma “técnica”) de

obter *meios* de prova e, consoante as circunstâncias de cada caso concreto, avaliar o juiz qual o significado e a relevância da não produção de uma prova e em que medida ela afeta o ônus da prova e, conseqüentemente, em que medida se forma sua convicção para o julgamento da causa (v. n. 1, *supra*).

Até porque, com a atenção voltada ao art. 362, forte nos “poderes instrutórios” do juiz (v. n. 3 do Capítulo 1), nada há que impeça – a não ser a *literalidade* daquele dispositivo, que se refere a *terceiro*, aspecto irrelevante para sua compreensão à luz do “modelo constitucional do direito processual civil” – que, também em face da parte contrária, o juiz *determine* o depósito em juízo, sob pena de sancioná-la (art. 14, parágrafo único) ou, até mesmo, que ordene a busca e apreensão do documento ou da coisa, hipótese em que, até mesmo, força policial poderá ser requisitada. Não só os *terceiros* mas também as *partes* têm o *dever* de cumprir adequadamente as determinações judiciais (arts. 14, *caput*, 339 e 340, III). Assim, mesmo que o precitado art. 362 só se refira a *terceiros* e que o inciso III do art. 341, ao tratar da exibição de coisa ou documento, também a restrinja àquela classe de sujeitos processuais, a interpretação aqui propugnada não pode ser recusada. Entendimento contrário resultaria em uma inadmissível submissão do juiz à vontade das partes, tornando-a, em certa medida, disponível, o que se sobreporia a princípios fundantes da atuação jurisdicional, inclusive os relativos ao “direito probatório” (v. n. 6 do Capítulo 1). É essa a razão pela qual este *Curso* não pode concordar com a Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”. Máxime porque, diferentemente do que sugere seu enunciado, aquela orientação não deve ficar restrita à “cautelar de exibição”, no que é claro acórdão da 4ª Turma do STJ (AgRg no Ag 1.179.249/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 14.4.2011, DJe 3.5.2011). O assunto, naquela perspectiva, é mais bem desenvolvido pelo n. 3 do Capítulo 6 da Parte III do vol. 4.

Por isso mesmo é que a exibição acaba por ter, nos casos em que deferida pelo juiz, forte caráter de viabilizar a instrução do próprio processo. Não se trata, é importante frisar, de olvidar a solução dada expressamente pelo art. 359 à hipótese que, em última análise, cria uma “presunção”, mas de permitir ao juiz que exerça os seus “poderes instrutórios” para o atingimento

das finalidades que caracterizam, como tal, a atividade jurisdicional e a prestação da tutela jurisdicional desde o seu “modelo constitucional”. Trata-se, portanto, de ir *além* da única solução dada pela lei que, entendida isoladamente, tenderia a conspirar contra os demais princípios incidentes ao longo da fase instrutória e, em última análise, à própria razão de ser da instrução processual no atual estágio evolutivo do direito processual civil.

A decisão que resolve o incidente aqui examinado é *interlocutória* (art. 162, § 2º) e, como tal, o recurso dela cabível é o de agravo. Ressalvada a hipótese de seu reexame ser *urgente*, a modalidade *retida* desse recurso deverá ser observada, por força do art. 522, *caput*, assunto ao qual se dedica o n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5.

Se, por qualquer razão, o incidente só for julgado quando do proferimento da sentença, não há como negar que ela, a sentença, *também* o resolva, mais especificamente em um de seus “capítulos” (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte V). Neste caso, por esta razão, não há como recusar, seu contraste deverá se dar pelo recurso de apelação.

3. EXIBIÇÃO REQUERIDA PERANTE TERCEIRO

A exibição de documento ou coisa quando formulada em face de terceiro representa, a bem da verdade, mais uma hipótese que o Código de Processo Civil regula de “intervenção de terceiros no processo”, fora dos casos que, pelas razões apresentadas no n. 2.3 de seu Capítulo 1, são estudadas na Parte VII. A razão pela qual a intervenção de terceiro justifica-se na espécie repousa na exibição, ou não, de um documento ou coisa que, de acordo com a afirmação de uma das partes, encontra-se em seu poder.

Cabe à parte interessada na exibição requerê-la com observância do disposto no art. 356, embora o Código nada diga a este respeito, e pedir que o terceiro seja *citado* para responder ao pedido no prazo de *dez* dias (art. 360). “Citação”, de acordo com o art. 213, é o meio pelo qual se dá ciência a alguém de que um processo existe para que esse alguém exerça o seu direito de ampla defesa constitucionalmente assegurado. Como, por definição, o “terceiro” não tinha ciência do processo e dele não participava, inconcebível, sem agressão ao “modelo constitucional do processo civil”, que ele não fosse *previamente* citado para que tenha ciência formal do pedido que tem o condão de afetar interesse e direito seus.

O terceiro, devidamente citado, tem, diante de si, as mesmas alternativas estudadas no número anterior com base no art. 357, o que dispensa novos comentários. O art. 361, referindo-se a algumas delas, impõe que o juiz designe uma “audiência especial” para tomar o depoimento do terceiro, das partes e de testemunhas, quando ele, o terceiro, negar a exibição ou a posse do documento ou coisa. Trata-se, a despeito da nomenclatura da lei, de verdadeira “audiência de instrução e julgamento” que será designada desde que haja *necessidade* de produção de provas *orais* sobre as razões pelas quais o terceiro não exhibe o documento ou a coisa.

À eventual instrução do *incidente* segue-se a decisão do juiz. Aqui, diferentemente do que se dá com a instrução, na qual não há qualquer distinção com a exibição requerida em face da parte contrária (v. n. 2, *supra*), o art. 362 reserva consequência bem diversa daquela dada pela literalidade do art. 359, *caput*, dando concretização ao que, amplamente, já enunciara o art. 341, III. De acordo com o dispositivo, uma vez que seja considerada ilegítima a recusa de o terceiro entregar o documento ou a coisa, inclusive no que diz respeito à sua invocação das hipóteses do art. 363, o juiz determinará a ele o *depósito* em cartório ou em outro lugar a ser designado no prazo de cinco dias, sob pena de expedição de mandado de apreensão, que pode vir a ser cumprido com o auxílio de policiais, sem prejuízo de o terceiro responder por crime de desobediência. Eventuais despesas com o depósito do documento ou da coisa serão reembolsadas ao terceiro pela parte que formulou o pedido.

Além dos meios “executivos” indicados no dispositivo, é correto o entendimento de que o juiz pode, ainda, valer-se do disposto no art. 14, V, para compelir o terceiro à entrega do documento ou coisa, hipótese em que o seu não acatamento, acarretará a sua apenação com a multa referida no parágrafo único daquele artigo, de até 20% do valor dado à causa, cujo beneficiário é o Estado ou a União, consoante o processo tramite perante a Justiça Estadual ou Federal, respectivamente.

Se, não obstante todas essas consequências, o documento ou a coisa não forem exibidos, põe-se ao juiz o dever de julgar a causa mesmo sem eles, quando deverá avaliar as demais provas produzidas nos autos. É vedado o *non liquet* em quaisquer casos (v. n. 3.4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

De acordo com o art. 361, a decisão que julga a exibição formulada pela parte em face de terceiros é *sentença*. A interpretação que deve prevalecer, contudo, malgrado a redação do dispositivo, é que se trata de decisão interlocutória (art. 162, § 2º) porque a exibição, aqui estudada – mesmo para quem a entende como exercício do direito de ação –, é *incidental*, ela se desenvolve ao longo de um processo já existente e, como tal, passa a ser apenas uma das diversas questões que, durante a atividade do Estado-juiz, precisam ser resolvidas. Fazem-se presentes, aqui, a despeito de o pedido ser formulado em face de um terceiro, as mesmas características de quando a exibição é requerida em face da parte contrária (v. n. 2, *supra*). Tanto lá como cá, a decisão limita-se a resolver questão incidente, um verdadeiro pedido incidental (v. n. 1, *supra*). As eventuais custas serão suportadas pelo vencido nos termos do art. 20, § 2º.

Não obstante esse entendimento, que conduziria ao cabimento do recurso de agravo com as mesmas observações já apresentadas no número anterior, como há acirrada crítica na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza dessa decisão, justamente pela expressa nominação que lhe deu o precitado dispositivo legal, à hipótese tem aplicação ampla o chamado “princípio da fungibilidade recursal” de que dá notícia suficiente o n. 5.1 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1.

Aqui também tem cabimento a ressalva quanto ao *instante procedimental* em que o incidente, por qualquer razão, pode vir a ser decidido.

4. EXIBIÇÃO DETERMINADA DE OFÍCIO

Sem prejuízo das considerações que ocupam os números anteriores, a exibição de documento ou coisa pode *também* ser determinada de ofício pelo magistrado. Embora somente a literalidade dos arts. 382 (que autoriza a determinação da exibição parcial de livros e documentos) e 399 (que regula a requisição judicial dirigida às repartições públicas de certidões necessárias para provar as alegações das partes e dos autos dos processos administrativos que digam respeito à demanda) dê margem suficiente para essa interpretação, trata-se de conclusão a que não se pode furtar quando bem compreendido o sistema processual civil.

A exibição é, antes de tudo, um ato voltado à própria *instrução* do processo. É insuficiente, por isso mesmo, entendê-la como mero *meio* de

prova, como uma forma de se aplicar a “presunção” do art. 359 (v. n. 1, *supra*). Trata-se, mais do que isso, de um meio pelo qual o próprio juiz pode ter acesso aos elementos de prova disponíveis para a formação de sua convicção. A exibição é, nesse sentido, ínsita ao próprio exercício dos poderes instrutórios do juiz e não depende, por isso mesmo, de qualquer iniciativa das partes ao longo do processo.

Tanto assim que a hipótese não pode ser compreendida como significativa de prestação de tutela jurisdicional, o que se verifica quando há iniciativa das partes. Trata-se, apenas, do exercício de um poder instrutório do juiz – de um poder-meio, portanto –, que viabiliza a formação de seu convencimento sobre os fatos relevantes e pertinentes para o julgamento da causa. Não há, conseqüentemente, ampliação de seu objeto de *decisão*; tão só de seu objeto de *conhecimento*, ainda que por iniciativa do juiz.

Assim, sem prejuízo de haver pedido pelo autor ou pelo réu, toda vez que o juiz tiver ciência suficiente de que há documento ou coisa relevante e pertinente para a formação de sua convicção, isto é, para o objeto de seu conhecimento (v. n. 7 do Capítulo 1), pode ele, de ofício, determinar a quaisquer das partes e a terceiros que exibam o documento ou a coisa. O que releva em casos como esses é que o magistrado franqueie o *prévio* contraditório ao destinatário de sua determinação, hipótese em que devem ser observadas as alternativas já apontadas e discutidas nos números anteriores. A final decisão e conseqüente *ordenação* da entrega do documento ou da coisa, contudo, não pode ser evitada toda vez que as respostas eventualmente apresentadas não convencerem o magistrado do seu desacerto quanto à *necessidade* e quanto à *possibilidade* da exibição.

CAPÍTULO 5

Prova documental

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É bastante frequente a lição de que a prova documental é a mais importante entre os demais *meios* de prova porque, diferentemente do que se dá com relação aos outros, ela permite uma compreensão *direta* do fato por ela retratado e, dessa forma, afasta as inevitáveis falhas da memória humana (depoimento pessoal ou testemunha) e, até mesmo, o inegável subjetivismo que pode existir, em maior ou em menor grau, na realização de uma perícia (prova pericial). Mais ainda quando o próprio Código de Processo Civil parece preferir expressamente a prova documental a outras, assim, por exemplo, nos arts. 400 e 401, além do art. 227 do Código Civil (v. n. 2 do Capítulo 6).

Analisada da prova documental no contexto do direito probatório, contudo, mormente quando ele é, como deve ser, visualizado desde o “modelo constitucional do direito processual civil”, as observações do parágrafo anterior só podem ser recebidas com uma série de ressalvas. É que também a prova documental pode sofrer as mais variadas influências negativas desde o momento da confecção de seu *suporte* material, tanto assim que os arts. 390 e 395 reservam às partes a possibilidade de questionar a autenticidade dos documentos juntados ao processo desde a petição inicial (v. n. 4, *infra*).

De resto, não há razão para sustentar a existência de qualquer hierarquia entre os diversos *meios* de prova expressamente admitidos (“provas *típicas*”) ou não rejeitados pelo direito brasileiro (“provas *atípicas*”). O que ocorre, por vezes, é que a própria lei material exige, como prova da existência de um ato ou de um fato jurídico, um específico documento (um *instrumento* preconcebido para fazer prova do ato ou do fato no futuro) e, conseqüentemente, os demais meios de prova não têm o condão de comprová-lo. Não, pelo menos, com os olhos voltados apenas a uma leitura

isolada e estanque do art. 366, que trata daquilo que é chamado de “prova legal” ou “tarifada” ou “plena” (v. n. 4 do Capítulo 1).

Como todo *meio* de prova, o documento exige exame cuidadoso do magistrado sobre o que lhe é apresentado, tanto no que diz respeito ao seu *suporte* como ao seu *conteúdo*, que impõe, inequivocamente, a necessidade de sua *interpretação* (v. *infra*) – e quanto a isso é clara a regra do art. 386 – e sua valoração ao lado das demais provas produzidas ou a produzir, inclusive aquelas que podem entrar em confronto com parte do documento (art. 373, parágrafo único). O “princípio do livre convencimento motivado do juiz” é, em qualquer caso, de irrecusável incidência (art. 131).

De qualquer sorte, o documento é dos meios de prova mais comuns e importantíssimo mesmo nos casos em que a lei (material ou processual) não o impõe expressamente. São tão ricas como variadas as formas de confecção de um documento e as vicissitudes de sua apresentação em juízo (produção). Não é por acaso que a Seção V do Capítulo VI do Código de Processo Civil dedica ao tema o mais expressivo número de dispositivos legais quando comparados aos demais meios de prova. São, ao todo, trinta e cinco artigos de lei, divididos em três subseções diferentes, que serão estudados nesse capítulo.

É importante entender a palavra *documento*, como meio de prova, de forma ampla. Documento é mais que prova *escrita*, abrangendo qualquer representação material de um fato ou de um ato. São documentos, por isso, não só o que é passível de representação em papel, mas também, a fotografia, filmes, gravações, dentre quaisquer outras formas que hoje existem ou que podem vir a existir com aptidão de representar algum ato, algum fato, algum acontecimento ou alguma manifestação de vontade. É esta a melhor interpretação para o art. 383.

Tanto assim que, mesmo sem que houvesse qualquer alteração na lei processual civil ou, mais especificamente, no Código de Processo Civil, não se poderia recusar a existência do chamado “documento eletrônico”, isto é, aquele confeccionado ou produzido pelos meios eletrônicos mais diversos (internet, e-mail, computadores) que pode ser apresentado em juízo e dever ser examinado (valorado) como qualquer outro documento. O ser “eletrônico”, destarte, relaciona-se unicamente com o *suporte* material do documento e não com o seu regime jurídico.

A Lei n. 11.419/2006, que “dispõe sobre a informatização do processo judicial”, disciplina, em seu art. 11, o uso dos “documentos produzidos eletronicamente” em juízo. Para todos os fins, aqueles documentos, a despeito de seu suporte material, são considerados *originais* e devem ter garantia de origem e de seu signatário, com observância dos arts. 1º e 2º daquela mesma lei. O § 2º do art. 11 permite, até mesmo, a arguição de falsidade do documento que seguirá o disposto nos arts. 390 a 395 (v. n. 4, *infra*), que pode, ela própria, ser processada eletronicamente.

O art. 20 daquela mesma lei acrescentou dois novos incisos, o V e o VI, ao art. 365, equiparando expressamente aos documentos *originais* os documentos produzidos eletronicamente nas condições lá especificadas. Complementam os dispositivos os novos parágrafos do art. 365, que impõem a conservação ou a apresentação dos originais para quaisquer conferências que se façam necessárias, inclusive para a arguição de sua falsidade. Também o art. 399 recebeu, por força do mesmo art. 20 daquela lei, um novo § 2º para permitir que as repartições públicas, quando determinadas a tanto pelo magistrado (art. 399, *caput*), forneçam os documentos requisitados em meio eletrônico, declarando, no mesmo ato, sua autenticidade.

Um exemplo tem o condão de esclarecer a necessidade de se admitir a produção de documentos *eletrônicos* em juízo. O Código de Processo Civil é de 1973 e, não obstante as profundas alterações pelas quais atravessou desde sua promulgação (v. n. 2.7 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1), é certo que muitos dos seus dispositivos ainda permanecem com a redação original ou foram alterados ainda na década de 1970. É o que se dá com a maior parte dos dispositivos relativos à prova documental, aliás. Demonstração suficiente disto é que os §§ 1º e 2º do art. 385 exigem, para a *produção* de fotografia em juízo, que seja apresentado o seu respectivo “negativo”. E se tratar de “foto *digital*”, prática cada vez mais comum e acessível, contudo? Não há, em casos como esses, justamente pelos avanços tecnológicos, como juntar aos autos o “negativo” da foto porque ele simplesmente não existe. Faz as vezes dos “negativos”, contudo, o arquivo digital correspondente e, existindo dúvidas quanto à autenticidade da foto, não há por que negar que a parte que a tenha produzido apresente ao juiz o cartucho de memória da máquina fotográfica ou, quando menos, o respectivo arquivo criado, para permitir que ele seja examinado por um perito, que terá condições de

verificar se houve, ou não, e em que medida, adulteração no *conteúdo* do documento, isto é, na imagem (a foto) que foi exibida (art. 383, parágrafo único).

O *suporte* que materializa o documento, isto é, sua representação material, que o corporifica, com efeito, não o afeta em sua substância, embora, para ser considerado como documento para o direito processual civil brasileiro, seja imprescindível que haja um *suporte* (materialização ou corporificação) independentemente da técnica *utilizada* para aquele fim: papel, madeira, pedra, metal, reprodução mecânica, reprodução eletrônica, disquete, “CD”, “DVD” ou o próprio ambiente virtual da internet.

A propósito da distinção colocada em relevo no parágrafo anterior, é importante discernir o *documento* da *declaração* que, eventualmente, pode estar contida nele. A declaração é a exteriorização da vontade de alguém. Ela, a *declaração*, pode, ou não, constar de *documento* que, por sua vez, será necessariamente materializado em um papel, em uma reprodução mecânica qualquer ou, até mesmo, em ambiente virtual, como, com cada vez mais frequência, se vê na internet. Há *declarações*, contudo, que não são veiculadas em documentos e que chegarão ao conhecimento do juiz por outros *meios* de prova, assim a testemunhal ou o próprio depoimento pessoal.

Todo documento, contudo, possui algum *conteúdo*, isto é, o objeto que pretende provar, o “objeto da prova” a que faz referência o n. 7 do Capítulo 1. O conteúdo do documento pode ser uma declaração, um fato, um ato ou um acontecimento qualquer. Trata-se daquilo que o documento, como meio de prova, busca elucidar ao juiz e é ele, o *conteúdo* do documento, que ensejará, uma vez interpretado, examinado, avaliado e sopesado inclusive com as demais provas – “valorado”, portanto –, que o juiz forme a sua convicção sobre o que se pretende provar.

Todas essas distinções permitem a elaboração de uma derradeira quanto à *autoria* do documento. Nem sempre aquele que faz uma declaração ou tem condições de atestar um fato, um ato ou um acontecimento é quem o materializa, isto é, quem o *documenta*. É importante discernir, por isso mesmo, entre a *autoria material* e a *autoria intelectual* do documento. A *autoria material* relaciona-se com a confecção do *suporte* do documento; a

autoria *intelectual*, por seu turno, com o seu *conteúdo*, independentemente de qual seja.

Os incisos do parágrafo único do art. 387 referem-se à hipótese, distinguindo entre a falsidade na *formação* do documento, isto é, a formação de seu suporte, e a falsidade consistente na alteração de documento verdadeiro, ou seja, no seu *conteúdo*. Em ambos os casos, o documento perde a sua força probante.

2. A PROVA DOCUMENTAL CLASSIFICADA QUANTO À SUA AUTORIA

A doutrina é rica em classificações e subclassificações quanto aos documentos, evidenciando uma ampla gama de critérios. Para os fins presentes, faz-se suficiente, partindo das considerações que fecham o número anterior, a indicação das classificações relativas à *autoria* dos documentos – autoria *material* e *intelectual* do documento – porque elas se mostram suficientes para uma melhor compreensão de diversos dispositivos do Código de Processo Civil e do Código Civil voltados a este meio de prova, razão última de ser, aliás, de qualquer classificação.

Outros critérios classificatórios identificados pela doutrina a partir dos mesmos dispositivos codificados estão expostos ao longo do texto, sendo desinteressante, pela sistematização da matéria, apresentá-los separadamente, isto é, sem se mostrarem, desde logo, aplicados consoante se justifiquem à luz das regras doravante examinadas.

2.1. Documentos públicos e privados

Quanto à *autoria material*, os documentos podem ser classificados em *públicos* ou *privados*. Serão públicos os documentos emanados de quaisquer autoridades públicas, independentemente da função por elas exercidas (administrativas, legislativas ou jurisdicionais). Serão *privados* os documentos cujo suporte tenha origem em pessoas particulares. Não se trata de sustentar que estes, ao contrário daqueles, são regidos pelo direito privado. Pessoas públicas, embora sujeitas em alguma medida ao direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, podem, como *autoridades*, produzir documentos *públicos* para os fins

disciplinados pelo Código de Processo Civil. Em outras oportunidades, essas mesmas pessoas, embora públicas, produzirão documentos *privados* que, como tais, deverão ser tratados em juízo. Inversamente, pessoas regidas pelo direito privado, uma construtora, por exemplo, pode celebrar um contrato administrativo, que é inegavelmente regido pelo direito público (art. 54, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, por exemplo).

De acordo com o art. 364, o documento *público* faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

Caso haja algum defeito na constituição do documento que seria público, mas desde que ele seja subscrito pelas partes, sua eficácia probante é a de um documento particular (art. 367).

Sempre que houver dúvida sobre a data do documento *particular*, ela pode ser provada por quaisquer meios de prova (art. 370). Com relação a terceiros, contudo, o documento presume-se datado “no dia em que foi registrado” (inciso I); “desde a morte de algum dos signatários” (inciso II); “a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários” (inciso III); “da sua apresentação em repartição pública ou em juízo” (inciso IV) ou “do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento” (inciso V).

São equiparados aos documentos *particulares* o telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão (art. 374) desde que o original, que gerou a expedição da comunicação, seja assinado pelo remetente, que pode ter sua firma reconhecida pelo tabelião (art. 374, parágrafo único). Esses meios de comunicação presumem-se conformes ao original e provam a data de sua expedição e do recebimento pelo destinatário (art. 375). Se lhes for contestada a autenticidade, impõe-se sua conferência com o original (art. 222 do Código Civil). Por outro lado, “qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas” (art. 383), cabendo à parte contrária questionar a sua autenticidade, hipótese em que pode justificar-se a realização de prova pericial (art. 383, parágrafo único). O art. 225 do Código Civil, ao se referir à mesma hipótese, refere-se à circunstância de aqueles meios fazerem “prova plena” do que se pretende provar, caso não haja impugnação. A regra, não obstante o termo utilizado, deve ser entendida

no contexto do sistema probatório aplicável ao direito processual civil brasileiro, na linha do que consta do n. 4 do Capítulo 1.

Não há por que negar a aplicação desse mesmo regime jurídico também aos documentos transmitidos *ou* produzidos eletronicamente, mais ainda porque a tecnologia dispõe de meios seguros para atestar a sua origem e o seu signatário (“assinatura eletrônica”). A já mencionada Lei n. 11.419/2006 ocupa-se do assunto em seus arts. 1º e 2º, que, no particular, devem ser lidos em conjunto com o disposto na Medida Provisória n. 2.200-2/2001, que “institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”, dentre outras providências.

Também são tratados como documentos *particulares* as cartas e registros domésticos (art. 376), a anotação escrita pelo credor da obrigação mesmo que não assinada (art. 377), os livros comerciais, a escrituração contábil e os documentos de arquivo (arts. 379 a 382) sendo certo que, com relação a estes, o juiz pode determinar, até mesmo de ofício, sua exibição total ou parcial em juízo (v. n. 4 do Capítulo 4). Sobre os “livros e fichas dos empresários e sociedades” também se refere o art. 226 do Código Civil em sentido similar à disciplina do art. 379. Todos os dispositivos destacados estabelecem regras sobre a força probante de cada um daqueles documentos.

O documento, público ou particular, pode ser impugnado pela parte contra quem ele foi produzido no que diz respeito à sua constituição, assinatura ou conteúdo (arts. 387 e 388). A impugnação pode, até mesmo, levar ao juiz a *declarar* a falsidade do documento com força de coisa julgada, desde que devidamente provocado pela parte interessada para tanto (v. n. 4, *infra*). O ônus da prova da falsidade é de quem a alega (art. 389, I), salvo se o questionamento for da assinatura do documento (art. 389, II).

2.2. Documentos autênticos e não autênticos.

Cópias de documentos

A autoria *material* do documento ainda permite uma outra classe que divide os documentos entre *autênticos* e *não autênticos*. Autênticos são os documentos em que se tem certeza quanto ao seu autor *material*, isto é, aquele que o confeccionou. Documentos não autênticos são aqueles em que não há condições de identificação de seu autor.

De acordo com o art. 369, é *autêntico* o documento quando tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que ela foi lançada na sua presença.

Não deve ser confundida com essa classificação a distinção entre documento “original” e em “cópia”. As “cópias” dos documentos nada mais são do que reproduções do suporte original. Na medida em que as cópias sejam “autenticadas”, o documento, embora copiado, é autêntico porque a *autenticação* da cópia tem o condão de revelar que há coincidência entre o original e a cópia em todos os fins.

Os arts. 384 e 385, *caput*, a este respeito, atestam que as *cópias* do documento particular têm o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, se o caso exigir, conferi-las com o original, atestando a sua autenticidade. É a mesma diretriz do art. 223 do Código Civil que, ao se referir à cópia fotográfica de documento, admite que ela valha como prova de declaração de vontade, desde que conferida por tabelião de notas. Se houver impugnação quanto à sua autenticidade, o original deve ser exibido (STJ, CE, EREsp 1.015.275/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 17.6.2009, DJe 6.8.2009). Complementando a regra, o parágrafo único do mesmo art. 223 estabelece que, quando a lei exigir a apresentação do original, a prova mencionada não supre a sua falta.

O art. 365 refere-se a uma série de documentos (mais propriamente *suportes*) que fazem a mesma prova do documento (*suporte*) original. Assim, “as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas” (inciso I); “os traslados e as certidões extraídas por oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas” (inciso II); “as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais” (inciso III); “as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade” (inciso IV); “os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem” (inciso V) e “as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular,

quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização” (inciso VI).

Com relação à hipótese do inciso IV do art. 365, acrescentado pela Lei n. 11.382/2006, cumpre destacar que o dispositivo veio para generalizar, no melhor sentido da palavra, o que, timidamente, foi introduzido pela Lei n. 10.352/2001 no art. 544, § 1º: as cópias extraídas dos autos do processo jurisdicional podem ser declaradas autênticas pelos advogados independentemente da finalidade de seu uso. Por força do art. 544, § 1º, essa possibilidade era adstrita à formação de um específico recurso interposto perante os Tribunais Superiores para contrastar a inadmissão de recursos especiais e/ou extraordinários, o agravo de instrumento a que se refere o *caput* do dispositivo. A lei não exige a observância de uma específica *forma* na autenticação do advogado, razão pela qual se faz suficiente que o profissional declare em cada documento, na própria petição que o *produza* em juízo ou, ainda, em declaração apartada devidamente juntada aos autos que se trata de reproduções autênticas. A arguição de falsidade desses documentos observará, ou não, o *incidente* dos arts. 390 a 395 à medida que a parte contrária pretenda imunizar de ulteriores discussões aquela *declaração* (v. n. 4, *infra*).

Os arts. 216 a 218 do Código Civil também se ocupam do mesmo objeto do precitado art. 365. O que é diverso na disciplina daqueles dispositivos é a prescrição do art. 218, segundo a qual os traslados e certidões serão considerados instrumentos públicos quando os originais tiverem sido produzidos em juízo para prova de algum ato.

2.3. Documentos autógrafos e heterógrafos

Levando em conta a autoria *intelectual* e sua distinção com a autoria *material*, os documentos podem ser *autógrafos* ou *heterógrafos*. Serão autógrafos os documentos em que houver coincidência entre aquele que confecciona o *suporte* do documento e o autor de seu conteúdo, isto é, daquilo que é representado (atestado) pelo documento. Os documentos

heterógrafos são aqueles em que não há essa coincidência: o autor *material* do documento não é o seu autor *intelectual*.

O art. 371 ocupa-se em indicar algumas situações em que se presume a autoria *material* do documento. O art. 372, de seu turno, reserva o mesmo prazo do art. 390 (prazo da contestação ou dez dias da intimação da *produção* do documento) para a parte contrária impugnar a autenticidade da assinatura *ou* o conteúdo do documento. O silêncio faz presumir a autenticidade do documento, sendo admissível, contudo, prova em sentido contrário, sendo expresso o parágrafo único do art. 372 quanto aos casos de o documento ter sido obtido por erro, dolo ou coação.

Complementando o art. 372, o art. 373, *caput*, estabelece que o documento não impugnado prova que o autor fez a declaração contida no documento.

O art. 368 presume verdadeiras as declarações constantes do documento particular em relação ao signatário quando escrito e assinado ou somente assinado pelo seu autor *material*. A declaração da ciência de um fato, contudo, é prova de que a declaração foi feita pelo signatário do documento. Não, contudo, da existência do próprio fato. Quanto a ele, aplicam-se as regras relativas ao ônus da prova, inclusive no que diz respeito à necessidade de *produção* de outras provas. A mesma diretriz consta do art. 219 do Código Civil.

O art. 220 do Código Civil permite que a anuência ou a autorização de alguém para a validade de um ato (assim, por exemplo, quando ela é necessária para a atuação processual de um dos cônjuges; v. n. 3.4 do Capítulo 2 da Parte VII) prova-se da mesma forma que o fato, devendo constar, sempre que possível, do mesmo instrumento.

O art. 221 do Código Civil, por sua vez, dispõe que o instrumento particular feito e assinado ou somente assinado por quem tem capacidade prova as obrigações convencionais de qualquer valor mas, perante terceiros, depende de ter sido registrado no registro público.

3. PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

A *proposição*, o *deferimento* e a *produção* das provas em geral (v. n. 10 do Capítulo 1) não encontra, na prova documental, nítida distinção. Mais ainda porque é o próprio art. 396 que impõe às partes que a prova

documental seja apresentada na petição inicial e na contestação. A expressa remissão que o dispositivo faz ao art. 283 é confirmação segura do acerto do entendimento exposto pelo n. 9.1 do Capítulo 1 da Parte II a propósito daquele dispositivo, mais ainda quando lido em conjunto com o inciso VI do art. 282, quanto à necessidade de *toda* prova documental ser apresentada pelo autor desde a petição inicial, no que deve ser acompanhado pelo réu em sua contestação (art. 297). É correto dar à expressão empregada pelo art. 283, “documentos *indispensáveis*”, interpretação ampla para entendê-los não só como os que guardam vinculação necessária e direta com o pedido ou com a causa de pedir, ou como os documentos exigidos pela própria lei em função do ato ou fato narrado na inicial (“provas legais” ou “plenas”; v. n. 4 do Capítulo 1), mas como qualquer documento que o autor (e o réu) possuam desde a elaboração de sua petição inicial (e contestação). É, destarte, na fase *postulatória* que se produz a prova documental, não na fase *instrutória*.

O que o Código excepciona, e o faz expressamente, é com relação aos documentos *novos*, assim entendidos, com o art. 397, aqueles destinados à prova de fatos novos, isto é, “ocorridos depois dos articulados” ou para viabilizar que a parte se contraponha a documentos produzidos pela parte contrária. Em nenhum outro caso.

É certo, contudo, que a praxis forense admite que os documentos sejam apresentados a qualquer momento do processo sem observância dos pressupostos do art. 397. Trata-se, contudo, de prática, posto comuníssima, à qual este *Curso* não empresta adesão porque ela conspira contra o “modelo constitucional do processo civil”, especificamente contra o disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). É importante, pois, que a juntada de documento após a fase postulatória seja precedida de justificativa da razão pela qual ele, o documento, não foi apresentado antes. Cabe ao juiz, de cada caso concreto, decidir a respeito da *produção* daquela prova, aceitando, ou não, as escusas da parte à luz do art. 397.

A decisão do juiz quanto à admissibilidade do documento e sobre o seu exame, contudo, deve ser precedida da oitiva da parte contra quem se produziu o documento. É o que dispõe o art. 398, que reserva para ela o prazo de cinco dias contados da intimação respectiva para se manifestar sobre o documento. Se a parte em face de quem o documento foi produzido

pretender requerer a sua falsidade nos termos discutidos no n. 4, *infra*, ela terá o prazo de dez dias referido no art. 390 que, para essa finalidade, prevalece sobre o prazo menor aqui destacado.

O art. 398 deve ser interpretado no sentido de ser essencial a oitiva *prévia* da parte contra quem o documento é *produzido*, por decorrer, uma tal imposição, *diretamente* do “modelo constitucional do processo civil” (v. ns. 5 e 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Tanto que, na hipótese de a decisão tomar como base o documento como fundamento seu sem a *prévia* oitiva da parte contrária, ela deve ser considerada *nula* e, como tal, deve ser declarada em sede de recurso e, até mesmo, na hipótese de ele ter transitado em julgado, por “ação rescisória” (art. 485, V).

É nesse sentido que caminham doutrina e jurisprudência (assim, v.g.; STJ, 3ª Turma, REsp 785.360/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 16.10.2008, DJe 28.10.2008, e STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 729.281/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 1.3.2007, DJ 19.3.2007, p. 326), distinguindo, apenas, os casos em que, a despeito da violação da regra do art. 398, a decisão não guardar nenhuma pertinência com o documento produzido ao arrepio do contraditório. Também prevalece, na hipótese, a diretriz de que, sem prejuízo, não há nulidade processual (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

Para os fins do art. 398 é importante entender que qualquer elemento de prova que possa, em alguma medida, interferir na convicção do juiz e que seja materializado nos autos, pressupõe a *prévia* oitiva da parte contrária. É o que se dá, por exemplo, com prática bastante comum no foro de juntada de “pareceres” ou de “opiniões legais” dos mais diversos juristas. Essas manifestações, posto não serem reguladas expressamente pela lei, rendendo ensejo a serem compreendidas como “provas atípicas” (v. n. 6 do Capítulo 1), são, para os fins aqui discutidos, *documentos* e como tais devem se sujeitar ao crivo do contraditório *antes* de sua admissão e exame pelo magistrado. A consequência da sua não observância é a mesma já indicada nos parágrafos anteriores.

4. INCIDENTE DE FALSIDADE DOCUMENTAL

Os arts. 390 a 395 disciplinam o que o próprio Código de Processo Civil chama, na Subseção II da Seção V (“da prova documental”) do capítulo por

ele dedicado às provas, de “arguição de falsidade”.

O tema já foi referido ao ensejo do exame das posturas que o réu pode assumir quando citado. Uma delas, como acentuado no n. 8 do Capítulo 4 da Parte II, é a de arguir a falsidade dos documentos que instruem a petição inicial ou, quando menos, de parte ou de um deles. Para tanto, o réu precisa, no prazo para sua defesa, valer-se do *incidente* aqui examinado.

Naquele instante do *Curso* foi destacado o entendimento, amplamente vencedor em doutrina, de que esse incidente, independentemente de ser formulado pelo réu ou pelo autor, é significativo do exercício do direito de “ação” no *mesmo* processo. Uma hipótese, portanto, em que a lei processual civil brasileira admite a “cumulação de ações” ao longo do processo com vistas à ampliação do objeto de *decisão* do juiz, vez que o objeto de seu *conhecimento* não é alterado com aquela iniciativa: com ou sem a provocação a que se referem os arts. 390 a 395, o juiz precisará analisar, para *valorá-lo*, o documento produzido pela parte. O que acontecerá, mercê do incidente aqui examinado, é que o juiz, acolhendo-o, *declarará* a falsidade do documento – e na hipótese inversa, declarará a sua autenticidade –, prestando, quanto a isto, *tutela jurisdicional* suficiente para impedir que aquela questão receba novo exame em outro processo (coisa julgada *material*).

Aqui têm cabimento as mesmas considerações já lançadas quando do exame da reconvenção e com o pedido incidental de declaração (v. n. 4 do Capítulo 3 e n. 2 do Capítulo 4, ambos da Parte II, respectivamente). Não há por que, à luz do modelo constitucional do direito processual civil, entender que a declaração de falsidade documental seja uma distinta “ação” daquela que está sendo *exercitada* pelas partes. Trata-se, menos do que uma *nova* ação, de um *novo* pedido, um caso de cumulação superveniente de pedidos, portanto, no *mesmo* processo. É medida que busca maior economia e eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e como tal deve ser prestigiada. Amplia-se a mesma “ação” exercida por iniciativa do autor e exercitada por ambas as partes no processo com vistas à prestação de uma tutela jurisdicional mais abrangente.

Uma “nova” ação que renderia ensejo à formação de um “novo” processo – “ação” e “processo” principais e não *incidentais* – é hipótese diversa e

está prevista expressamente no art. 4º, II. Ela, contudo, não desperta qualquer interesse para o tema aqui estudado.

4.1. Campo de incidência da arguição de falsidade

A doutrina amplamente vencedora sustenta que a arguição de falsidade só tem cabimento nos casos de falsidade *material* do documento, isto é, o *suporte* físico ou material do próprio documento (v. n. 1, *supra*), não nas hipóteses de falsidade *ideológica*, isto é, do próprio *conteúdo* do documento (v. n. 1, *supra*), cuja impugnação impõe a tomada de outras medidas ao longo do próprio processo (prova em sentido contrário) e, até mesmo, se este for o caso, uma renovada provocação do Estado-juiz com vistas à prestação de tutela jurisdicional tendente à declaração de nulidade ou à desconstituição do ato jurídico corporificado no documento.

O Superior Tribunal de Justiça tem sustentando entendimento mais amplo para admitir, mesmo para os casos de falsidade *ideológica*, o incidente dos arts. 390 a 395, desde que com ele não se pretenda desconstituir a situação jurídica representada no documento (assim, v.g.: 3ª Turma, AgRg no Ag 354.529/MT, rel. Min. Castro Filho, j.un. 30.4.2002, DJ 3.6.2002, p. 202; 2ª Turma, REsp 257.263/PR, rel. Min. Franciulli Netto, j.un. 17.5.2001, DJ 1.10.2001, p. 186; 4ª Turma, AgRg no Ag 204.657/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.un. 23.11.1999, DJ 14.2.2000, p. 38; 3ª Turma, REsp 167.726/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 23.8.1999, DJ 18.10.1999, p. 228; e 4ª Turma, REsp 19.920/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.m.v. 15.6.1993, DJ 25.10.1993, p. 22498).

A tendência deve ser prestigiada porque viabiliza uma melhor prestação jurisdicional em um *mesmo* processo, em estreita consonância com o “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Tanto mais porque nestes casos, com a impugnação do documento ou de seu conteúdo, a atividade intelectual a ser desenvolvida pelo juiz, é dizer, o objeto de seu *conhecimento*, é a mesma, a permitir, por isso, que a declaração passe a ser objeto também de sua *decisão*, o que caracteriza o incidente como tal.

4.2. Procedimento da arguição de falsidade

Toda vez, ao longo do processo, que um documento for produzido nos autos (v. n. 3, *supra*), pode a parte requerer a declaração de sua falsidade nos dez dias seguintes à sua intimação da produção daquele meio de prova. Em se tratando de documentos que acompanharam a petição inicial – e para esse fim é indiferente a interpretação que se dê ao art. 283 –, o prazo para o réu formular o pedido é o mesmo da contestação (v. n. 8 do Capítulo 4 da Parte II). Na normalidade dos casos, portanto, é no prazo de quinze dias contados da juntada, aos autos, do mandado de citação cumprido. Havendo alguma causa para dilatar aquele prazo, assim, por exemplo, a presença de litisconsortes com procuradores diversos (art. 191), a extensão deve ser observada também para aquela iniciativa (art. 298).

Não obstante a largueza do art. 390 é importante discernir em que instante do *procedimento* é formulado o pedido de declaração de falsidade documental. Isto porque os arts. 391 e 393 reservam diferentes consequências processuais a serem observadas para diferentes hipóteses.

Se o documento for apresentado antes do término da “fase instrutória”, isto é, no instante a que se refere o *caput* do art. 454, após a colheita da prova oral em audiência (v. n. 4 do Capítulo 9), o pedido de declaração de sua falsidade será apresentado nos mesmos autos do processo, com a exposição dos motivos que o justificam e com a indicação dos meios de prova pelos quais a parte pretende provar a falsidade (art. 391).

Caso o documento seja produzido após o fim da “fase instrutória”, isto é, já na “fase decisória”, o pedido será autuado em apenso, isto é, dará ensejo à sua documentação apartada. A determinação do art. 393 é de cunho meramente documental e formal. O intuito da regra é, apenas e tão somente, evitar que o *tempo* a ser ocupado pelo incidente cause quaisquer transtornos para o andamento regular do processo.

Se os autos do processo já estiverem nos Tribunais mercê da interposição de algum recurso da sentença, o incidente, também documentado em autos apartados, se processará perante o *relator* (art. 549).

Assim que o pedido for formulado, cabe ao juiz (ou ao relator, se ele for apresentado quando os autos do processo já estiverem no Tribunal) declarar a suspensão do processo. É o que determina o art. 394. A regra merece ser interpretada com temperamentos em face do “modelo constitucional do processo civil”. Em nome do princípio da economia e da eficiência

processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), deve prevalecer o entendimento de que o incidente ofertado *antes* do término da fase instrutória não significará necessariamente a suspensão do processo porque nada há que impeça que todas as provas cabíveis no caso possam ser produzidas concomitantemente. Não, contudo, quando o único ato ainda pendente de ser praticado diga respeito ao proferimento da decisão. Nesse caso, a suspensão do processo é medida impositiva em face da existência de inegável *prejudicialidade* entre a falsidade documental e a decisão a ser proferida pelo juiz. À hipótese aplica-se, por isso mesmo, o disposto no art. 265, IV, *a*, sem prejuízo da regra ampla do inciso VI do mesmo dispositivo, evidentemente.

Determinada ou não a suspensão do processo com observância das considerações do parágrafo anterior, a *parte* que produziu o documento será *intimada* para responder o pedido no prazo de dez dias (art. 392). Desnecessária sua *citação* pelas mesmas razões apresentadas pelo n. 2 do Capítulo 4.

Havendo necessidade de provas, elas serão produzidas. O art. 392 dá a entender que a prova pericial, na hipótese, é sempre indispensável. A rigidez da regra deve ceder espaço às vicissitudes de cada caso concreto. Se outro meio de prova tiver o condão de comprovar a falsidade material do documento, não há razão para a realização da prova pericial. Quando menos, pode ser suficiente a oitiva do perito na audiência de instrução e julgamento ou em audiência especialmente designada para os fins do art. 421, § 2º. De qualquer sorte, entendendo-se *necessária* a prova pericial, devem ser observadas as disposições dos arts. 420 a 439, objeto de exame do Capítulo 7.

O parágrafo único do art. 392 dispõe que a prova pericial não se realizará se a parte que produziu o documento retirá-lo (“desentranhá-lo”) dos autos com a concordância da parte que formulou o pedido. A solução legislativa é extremamente privatista e impõe que cada caso concreto seja *previamente* examinado pelo juiz. Falsidade documental, mesmo que no plano material, é tipificada como crime nos arts. 296 a 305 do Código Penal, e não pode o juiz desconsiderar o fato quando haja suficientes indícios de sua prática.

De acordo com o art. 395, a decisão que resolve o incidente é *sentença* e ela declarará a falsidade ou a autenticidade do documento. Trata-se, a despeito do texto da lei, de decisão *interlocutória* porque resolve questão incidente no processo (art. 162, § 2º), a despeito de ela veicular tutela jurisdicional (declaração de falsidade ou autenticidade do documento) e, por isso, desde que não recorrida, transitará em julgado (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V). Nessa hipótese, o recurso cabível é o de agravo, que será *retido* ou, desde que urgente o reexame da decisão de acordo com as circunstâncias do caso concreto, de *instrumento*, em consonância com o que dispõe o *caput* do art. 522 (v. n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

Caso, contudo, o incidente seja resolvido a final pelo juiz, com as outras questões pendentes, não é errado que ele profira uma só sentença que resolva concomitantemente todas as questões pendentes de apreciação, inclusive essa. Trata-se de sentença *objetivamente* complexa porque contém mais de um “capítulo”, mais de uma “parte”, que, embora guardem relação entre si, não se confundem (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte I). Para esses casos, o recurso cabível é o de apelação (art. 513).

Como há acirrada discussão da doutrina quanto à natureza da decisão que declara a autenticidade ou a falsidade do documento para os fins do art. 395 e, conseqüentemente, sobre qual é o recurso dela cabível, tem ampla incidência, na espécie, o chamado “princípio da fungibilidade recursal”, de que se ocupa o n. 5.1 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1.

CAPÍTULO 6

Prova testemunhal

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos mais comuns meios de prova, se não o mais comum, é a prova testemunhal. Trata-se do meio de prova pela qual as testemunhas (que são, perante o processo, *terceiros*) relatam oralmente ao juiz as suas lembranças sobre os fatos ocorridos à medida que sejam questionados a seu respeito.

É clássica a crítica quanto à prova testemunhal por força da natural falibilidade humana e porque, pelas mais variadas razões, as experiências efetivamente vivenciadas, direta ou indiretamente, pelas testemunhas podem, quando relatadas, vir influenciadas por variados juízos de valor pessoal que em nada ajudam ao descobrimento da verdade. Pode até ser que os “testemunhos”, isto é, o resultado da prova testemunhal, sejam fruto de mentira, de pura criação, de invencionismo mesmo.

Não obstante essas considerações, o Código de Processo Civil aceita a prova testemunhal e, embora haja, em algumas situações, restrições a seu uso exclusivo (v. n. 2, *infra*), não há como recusar a ela o desempenho do mesmo papel reservado a todos os demais meios de prova e, por isso, não é correto entendê-la como hierarquicamente inferior a qualquer outro meio de prova. O que pode acontecer é o fato já ter sido *suficientemente* provado por outro meio a dispensar, por isso mesmo, a prova testemunhal. Em outros casos, uma prova documental pode ser imposta pela lei a tornar insuficiente a prova testemunhal. Nada disso, contudo, tem o condão de tornar menos importante a prova testemunhal. Mais ainda porque, por vezes, os relatos das testemunhas acabam sendo a única fonte de prova que, de uma forma ou de outra, pode o magistrado basear-se para formação de sua convicção além das alegações formuladas pelas próprias partes.

2. A PERTINÊNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL

As considerações que ocupam o último parágrafo do número anterior são expressas no art. 400. A prova testemunhal é admitida a não ser que haja lei que imponha a *necessidade* de outro meio de prova. A prova testemunhal, de outro lado, é desnecessária quando os fatos já estão provados por documento ou pela confissão, ou quando sua prova depender da apresentação de documentos ou de prova pericial.

Cada caso concreto impõe, destarte, o exame sobre a *necessidade* ou a *desnecessidade* da prova testemunhal consoante haja ou não a imposição legal de um *outro* meio de prova, ou pelas próprias características do fato a ser provado, ou, mais precisamente, pelo *objeto* da prova (v. n. 7 do Capítulo 1), outro meio de prova for o único capaz de revelá-lo adequadamente para o processo e, pois, ser apto para formação da convicção do juiz.

O art. 401, que é, de certa forma, repetido pelo art. 227, *caput*, do Código Civil, contém regra que afasta a exclusividade da prova testemunhal nos contratos cujo valor exceda o valor de dez salários mínimos vigentes no país na época em que celebrados. A regra comporta temperamentos à luz de cada situação concreta. Na medida em que a prova testemunhal seja a única passível de realização, não há razão para o juiz não aceitar a sua produção ou, até mesmo, determiná-la, de ofício.

Tanto assim que o art. 402 aceita a prova exclusivamente testemunhal, *independentemente do valor do contrato*, quando houver “começo de prova por escrito”, entendido como tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova (inciso I do art. 402) e quando, no plano material, “o credor não pôde ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel” (inciso II do art. 402). A regra é, ainda, complementada pelo parágrafo único do art. 227 do Código Civil, que admite a prova testemunhal como “subsidiária ou complementar da prova por escrito”. As hipóteses referidas devem ser todas entendidas amplamente, em função do “direito fundamental à prova” de que dá notícia o n. 6 do Capítulo 1. De resto, no plano material os arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002, inovando com relação ao anterior, impõem como princípios fundamentais da interpretação dos contratos a sua “função social”, a “probidade” e a “boa-fé”.

As regras acima apontadas têm aplicação não só para provar a existência do contrato, mas, também, o seu pagamento e, até mesmo, a remissão da dívida, isto é, a obtenção pelo devedor do “perdão” da dívida (art. 385 do Código Civil). É o que dispõe o art. 403.

De outra parte, rente às suas próprias características no próprio plano de direito material, cabe à parte provar com testemunhas os vícios de vontade admitidos pela lei civil (arts. 138 a 165 do Código Civil), tais como, nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada (art. 404, I) e, nos contratos em geral, os chamados “vícios do consentimento” (art. 404, II).

O art. 230 do Código Civil só admite o uso das presunções *simples* nos casos em que a lei permite o uso da prova unicamente testemunhal. O dispositivo deve ser compreendido levando em conta todo o sistema probatório, inclusive o disposto no art. 335 do Código de Processo Civil, suficientes as considerações do n. 4 do Capítulo 1 a seu respeito.

3. TESTEMUNHAS

As testemunhas são *terceiros* que concretizam ou que realizam, em juízo, um meio de prova, a prova testemunhal.

É importante acentuar que as testemunhas são terceiros porque a oitiva de uma *parte* em juízo sobre os fatos relevantes da demanda tem, para o direito processual civil brasileiro, regime jurídico totalmente diverso daquele que é emprestado para as testemunhas. Trata-se, até mesmo, de *outro* meio de prova, o “depoimento pessoal” (v. n. 1 do Capítulo 2).

Os peritos também são, quando analisados desta mesma perspectiva terceiros (v. n. 2 do Capítulo 7). Eles não se confundem com as testemunhas, no entanto, porque elas, as testemunhas, conhecem os fatos como eles ocorreram independentemente de qualquer avaliação *técnica* deles. As testemunhas levam o fato para o processo tal qual ele se realizou. Não cabe a elas valorá-los de nenhuma forma, muito menos tecnicamente e cientificamente.

As testemunhas são, não há razão para negar, verdadeiros auxiliares do juízo. Qualquer terceiro que, de alguma forma, possa contribuir para o “processo”, é dizer, para o atingimento da *finalidade* do processo jurisdicional – a prestação da tutela jurisdicional à parte que tem, no plano

do direito material, lesão ou ameaça a direito seu –, deve ser considerado como um auxiliar do juízo (arts. 339 e 341). Tanto assim que o parágrafo único do art. 419, referindo-se ao testemunho como “serviço público”, impede que as testemunhas sujeitas às leis do trabalho possam sofrer qualquer tipo de redução nos seus salários pelo período que estão à disposição da justiça.

A regra, por isso mesmo, é que toda pessoa capaz possa servir como testemunha (art. 405, *caput*), sendo os casos de inadmissibilidade aqueles expressamente previstos pelos §§ 1º a 3º do art. 405, que não destoam daqueles previstos pelo art. 228 do Código Civil.

O § 1º do art. 405 ocupa-se dos casos de *incapacidade* da testemunha. A *incapacidade* aí prevista não deve ser entendida como a incapacidade civil mas, apenas e tão somente, como a assunção feita pelo legislador de que determinadas pessoas não podem testemunhar por lhes faltar condições para apreender adequadamente os fatos relevantes e pertinentes para o objeto de conhecimento do juiz. Tanto assim que o deficiente auditivo ou o deficiente visual podem testemunhar em juízo quando o conhecimento do fato não depender do sentido que lhes falta (art. 405, § 1º, IV; e art. 228, III, do Código Civil). No caso do deficiente auditivo, poderá o juiz valer-se de intérprete para se fazer entender e entendê-lo (art. 151, III).

Os §§ 2º e 3º do art. 405, diferentemente, ocupam-se de regras que buscam assegurar a imparcialidade das testemunhas, referindo-se aos casos de *impedimento* e de *suspeição* das testemunhas, respectivamente. As testemunhas não podem ter interesse próprio no desfecho da causa e em cada uma das hipóteses daqueles dois parágrafos, presume-se que há um tal interesse por laços de parentesco (art. 405, § 2º, I); por ter a testemunha interesse direto (art. 405, § 2º, II) ou indireto (art. 405, § 3º, III e IV) na causa; por haver laços de amizade ou de inimizade entre as partes e a testemunha (art. 405, § 3º, III); por força de seus precedentes criminais (art. 405, § 3º, I) ou, meramente, em face de seu comportamento perante a sociedade (art. 405, § 3º, II).

A presunção, contudo, cede espaço às necessidades de cada caso concreto, quando a oitiva da testemunha, mesmo quando *impedida* ou *suspeita*, fizer-se indispensável na ótica do magistrado (art. 405, § 4º; e art. 228, parágrafo único, do Código Civil). É importante destacar, a esse

respeito, que a causa de *impedimento* descrita no inciso I do § 2º do art. 405 – vedação da oitiva da testemunha por laços de parentesco – não deve prevalecer nas causas que digam respeito ao direito de família ou em que sua oitiva seja imposição de um interesse mais relevante a ser constatado pelo juiz em cada caso concreto. Em todos esses casos, elas serão ouvidas, independentemente do compromisso a que se refere o art. 415 (v. n. 5, *infra*) como verdadeiros “informantes”. A *imparcialidade* das testemunhas, de resto, pode ser questionada pela parte contrária àquela que a arrolou na audiência de instrução e julgamento (art. 414, § 1º; v. n. 5, *infra*).

No caso de o próprio juiz da causa vir a ser arrolado como testemunha (art. 405, § 2º, III), cabe a ele, quando tiver conhecimento dos fatos relevantes para o julgamento da causa, declarar-se *impedido* (art. 134, II) e, passando os autos do processo a seu sucessor (art. 313), prestar o depoimento. O inciso I do art. 409 veda, na hipótese, que a parte que tenha arrolado o magistrado desista do seu depoimento. Na hipótese oposta, em que o juiz desconhece os fatos da causa, ele determinará a retirada de seu nome do rol apresentado pela parte, não havendo necessidade, por esse fundamento, de dar-se por suspeito ou por impedido para continuar a presidir o processo (art. 409, II).

Mesmo que admitida, contudo, a testemunha pode recusar-se de depor sobre fatos que, de alguma maneira, podem afetar interesses seus. Assim, quando os fatos tiverem aptidão de lhe causar algum dano, bem como a seu cônjuge (ou companheiro), parentes em grau sucessível, isto é, ascendentes ou descendentes e parentes até o quarto grau, ou amigos íntimos (art. 406, I, do Código de Processo Civil, c/c art. 229, II, do Código Civil) ou quando houver à testemunha imposição de sigilo decorrente da *forma* como adquiriu o conhecimento do fato (art. 406, II). A regra é complementada pelo art. 229 do Código Civil, cujo inciso III obsta o depoimento sobre o fato que exponha o depoente, seu cônjuge (ou companheiro), parentes ou amigos íntimos, a “perigo de vida, de demanda ou de dano patrimonial imediato”.

4. A PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal deve ser produzida em audiência, a “audiência de instrução e julgamento” disciplinada pelos arts. 444 a 457 (v. Capítulo 9). Para ela prevalece a regra geral do *caput* do art. 336, sendo possível,

contudo, que o juiz as ouça em dia, horário e local diverso quando estiver presente a situação do parágrafo único do mesmo dispositivo.

As partes devem apresentar o rol de testemunhas até dez dias antes da realização da audiência de instrução e julgamento ou no prazo a ser fixado pelo juiz quando da designação daquele ato, sempre com observância do decêndio, que deve ser reputado um prazo mínimo exigido pela lei. No prazo, cabe às partes apresentar o nome das testemunhas, sua profissão, endereço residencial e local de trabalho. A iniciativa justifica-se porque é com base nessas informações – e por isso é importante entender que os dez dias referidos pelo art. 407, *caput*, é um prazo mínimo para a apresentação do “rol de testemunhas” – que a parte contrária terá condições de “contraditar” a testemunha, isto é, de recusá-la em função da ocorrência de alguma das hipóteses dos §§ 1º a 3º do art. 405 (v. n. 5, *infra*).

Cada uma das partes pode oferecer no máximo dez testemunhas, embora para cada fato a ser provado, individualmente considerado, a oitiva de três é considerada suficiente por expressa disposição de lei (art. 407, parágrafo único).

É possível a substituição das testemunhas quando ocorrente uma das hipóteses do art. 408: se a testemunha vier a falecer (inciso I); se a testemunha não tiver condições de depor por motivo de doença (inciso II) ou se a testemunha não for encontrada pelo oficial de justiça (inciso III). No caso do inciso II do art. 408, quando a parte não requerer a *substituição* da testemunha, o juiz poderá ouvi-la com observância do parágrafo único do art. 366. A hipótese do inciso III do mesmo dispositivo só pode ser levantada pela parte quando houver requerimento de que a testemunha seja intimada para comparecer à audiência (art. 407).

As testemunhas são intimadas para comparecer à audiência de instrução e julgamento (art. 412, *caput*). Do mandado respectivo, deve constar o dia, hora e local de seu comparecimento, o nome das partes e a natureza da causa, isto é, a indicação mínima da razão que justifica a sua convocação para testemunhar em juízo. Considerando que a testemunha que não comparecer em juízo poderá ser conduzida compulsoriamente – “condução sob vara”, como, em geral, se refere à hipótese –, correto o entendimento de que essa ressalva *também* deve constar expressamente do mandado de intimação, até porque, sem prejuízo da condução coercitiva da testemunha,

poderá ela ser responsabilizada pelas despesas do adiamento da audiência que deixar de se realizar pela sua ausência (art. 412, *caput*).

Se a testemunha for funcionário público ou militar, o juiz a requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir (art. 412, § 2º). É importante que, desde a apresentação do rol, sejam fornecidos elementos suficientes para viabilizar essa requisição.

A intimação da testemunha pelo correio (art. 412, § 3º) ou pelo oficial de justiça, contudo, não é obrigatória. Pode acontecer de a parte comprometer-se, perante o juízo, de dar ciência à testemunha do dia em que será realizada a audiência de instrução e julgamento. Nesse caso, contudo, o não comparecimento da testemunha será entendido como desistência da sua oitiva (art. 412, § 1º).

A testemunha tem o direito de requerer ao juiz o pagamento das despesas que tenha efetuado para o comparecimento à audiência. Uma vez fixado, o valor respectivo deverá ser pago pela parte que a arrolou em até três dias (art. 419, *caput*), sendo possível o seu reembolso pela parte contrária a depender da fixação final da responsabilização das verbas de sucumbência (art. 20, § 2º; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

Não só as partes, contudo, podem arrolar testemunhas. Não apenas por força da iniciativa probatória inerente ao exercício da atividade jurisdicional, mas também por causa da expressa previsão do art. 418, cabe ao juiz determinar a oitiva de testemunhas de ofício, isto é, independentemente do requerimento tempestivamente formulado por uma das partes.

O inciso I do art. 418 refere-se às chamadas “testemunhas *referidas*”, isto é, àquelas pessoas que são mencionadas no depoimento das partes ou em outros testemunhos e que, por sua vez, podem ter condições de auxiliar na elucidação dos fatos controvertidos.

O inciso II do art. 418, de seu turno, admite expressamente a atuação oficiosa do magistrado para proceder a “acareação” de duas ou mais testemunhas, ou seja, o confronto entre as testemunhas cujos depoimentos, em aspectos relevantes da formação da convicção judicial, mostrarem-se confrontantes ou divergentes.

4.1. Casos excepcionais de oitiva das testemunhas

Há situações expressamente previstas no Código de Processo Civil em que as testemunhas não são ouvidas na audiência de instrução e julgamento, excepcionando, também para elas, a regra do art. 336, *caput*.

É o caso das testemunhas que prestam seu depoimento antecipadamente (art. 410, I), as que são ouvidas por carta precatória ou por carta rogatória porque não residem no *foro* em que tramita o processo (art. 410, II), ou nos casos do parágrafo único do art. 336, isto é, quando a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, não puder comparecer à audiência mas, nem por isso, estiver impossibilitada de depor (art. 410, III).

Também não são ouvidas em audiência de instrução e julgamento, embora não haja qualquer vedação para serem arrolados como testemunhas, as autoridades apontadas no art. 411, providência que se justifica em função do cargo que ocupam. Sua oitiva dá-se, por isso mesmo, na sua residência ou no local em que desempenham suas funções, em dia, hora e local a serem designados por ela própria, em atenção ao ofício que lhe enviará o juiz, comunicando o ocorrido e enviando-lhe cópia da petição inicial ou da defesa apresentada pela parte que a arrolou como testemunha (art. 411, parágrafo único). O rol merece interpretação restritiva para que a prerrogativa nele prevista não seja estendida a outras autoridades não contempladas expressamente pelo legislador, prática incompatível com o princípio republicano (art. 1º da Constituição Federal). Isto, contudo, não quer dizer que autoridades que pertencem à mesma classe, embora não estejam nominadas pelos diversos incisos daquele artigo, não possam usufruir da mesma prerrogativa. Assim, no que diz respeito aos desembargadores dos Tribunais Regionais Federais (não mencionados expressamente pelo inciso IX) e, antes da Lei n. 11.382/2006, os ministros do Superior Tribunal de Justiça, que não estavam mencionados no inciso IV do mesmo art. 411.

5. A INQUIRIÇÃO DA TESTEMUNHA

Na audiência de instrução e julgamento as testemunhas são ouvidas “separada e sucessivamente; primeiro as do autor e depois as do réu”, não

podendo uma ouvir o testemunho da outra. É a regra do art. 413. Para cada fato, faz-se suficiente a oitiva de três testemunhas (art. 407, parágrafo único), imposição legal que, de qualquer sorte, deve merecer temperamentos consoante as vicissitudes de cada caso concreto.

A testemunha, devidamente convocada para ingressar na sala de audiência, será qualificada, declarando o seu nome, sua profissão, sua residência, seu estado civil e declarará se tem relações de parentesco com a parte ou qualquer interesse na causa.

Feita a sua qualificação, a parte contrária pode “contraditar” a testemunha, isto é, recusá-la (art. 414, § 1º), quando alegará (e, se houver necessidade, comprovará) a ocorrência de uma das hipóteses dos §§ 1º, 2º ou 3º do art. 405.

Ouvida a contradita, a testemunha poderá confirmar os fatos alegados ou negá-los. Nesta hipótese, a parte terá oportunidade de apresentar documentos e até três testemunhas com relação às razões da recusa, a serem inquiridas sem que as ouça a testemunha contraditada. Na hipótese oposta, isto é, de a testemunha confirmar ser incapaz, impedida ou suspeita de testemunhar, ou caso a contradita seja acolhida, isto, por si só, não significa que a testemunha não poderá ser ouvida. Nesses casos, em sendo *necessário* seu testemunho, ela será ouvida com observância do disposto no § 4º do art. 405, isto é, sem que preste o compromisso a que se refere o art. 415, como mero “informante”.

Também cabe à testemunha requerer que não seja ouvida alegando uma das hipóteses do art. 406 (v. n. 2, *supra*). O juiz decidirá, após a oitiva das partes, a este respeito e ouvirá ou não a testemunha, conforme o caso.

Superados os incidentes descritos acima ou quando eles não tenham lugar, a testemunha, devidamente qualificada, prestará o compromisso de dizer a verdade sobre o que lhe for perguntado (art. 415, *caput*). Há crime tipificado no art. 342 do Código Penal, na redação da Lei n. 10.268/2001, pelo falso testemunho e cabe ao juiz advertir a testemunha da possibilidade de sua ocorrência no caso (art. 415, parágrafo único).

O primeiro a fazer perguntas à testemunha é o juiz. Em seguida, cabe ao advogado da parte que a arrolou, por intermédio do juiz, fazer suas próprias indagações; depois, é a vez do advogado da parte contrária. O objetivo desses questionamentos, perguntas e “reperguntas” (v. n. 6 do Capítulo 1), é

o de esclarecer ou completar o depoimento com vistas ao aclaramento dos fatos controvertidos. Embora não haja comunicação direta dos advogados das partes com as testemunhas, bem como dessas com as partes e vice-versa, o § 1º do art. 416 impõe que haja tratamento recíproco como urbanidade, vedadas perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias. Cabe ao juiz, como diretor do processo e, em específico, da audiência de instrução e julgamento (art. 445), advertir as partes e seus advogados que comportamento contrário àquelas diretrizes não é admitido.

As “reperguntas” indeferidas deverão ser transcritas no termo da audiência, desde que a parte a requeira. Elas podem dar azo, se for o caso, à interposição de recurso fundado no cerceamento de defesa (art. 416, § 2º), isto é, a negativa de produzir prova que, na perspectiva da parte, era indispensável à formação da convicção do juiz.

O depoimento das testemunhas deve ser documentado nos autos por qualquer mecanismo apto de documentação, assim a digitação em computador, a datilografia, a taquigrafia, a estenotipia ou, até mesmo, por sua gravação. A documentação do testemunho será assinada pelo juiz, pela testemunha e pelos advogados (art. 417, *caput*). Nos casos em que a documentação do testemunho não for de fácil ou imediato acesso, assim nos casos de gravação ou de estenotipia, o depoimento será passado a escrito se houver recurso ou pedido da parte ou, ainda, por determinação do juiz (art. 417, § 1º).

Quando o processo desenvolver-se em ambiente eletrônico (virtual), nos termos da Lei n. 11.419/2006, a documentação do testemunho poderá ser digitalizada e assinada da mesma forma pelo juiz, pelo escrivão ou chefe da secretaria, bem como pelos advogados das partes. Nesses casos, como de resto, sempre que houver discordância entre o que foi dito pela testemunha e a sua documentação, cabe aos advogados das partes alegar a sua ocorrência no próprio momento em que se documenta o ato (art. 417, § 2º).

Nas hipóteses em que a oitiva da testemunha realizar-se por sistema audiovisual, inclusive por videoconferência, deve ser observada a disciplina da Resolução n. 105/2010 do Conselho Nacional da Justiça. Embora se trate de norma voltada a reger a hipótese no âmbito do processo penal, não há nenhum óbice para sua observância também no processo civil. Correta,

nesse sentido, é a decisão da 1ª Turma do STJ no CComp 126.770/RS, rel. Min. Sérgio Kukina, j.un. 8.5.2013, DJe 14.5.2013.

CAPÍTULO 7

Prova pericial

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A perícia é o meio de prova que pressupõe que a matéria sobre a qual recai o objeto de conhecimento do magistrado seja técnica, isto é, que se trate de matéria que, para sua perfeita e adequada compreensão, exige conhecimentos especializados que o juiz não possui ou que não domina.

Bastante feliz nesse sentido o inciso I do parágrafo único do art. 420, segundo o qual o juiz indeferirá o pedido de perícia quando a prova do fato não depender do conhecimento *especial de técnico*. Sem que o fato a ser apreciado pelo juiz dependa de um *necessário* conhecimento *especializado e técnico*, não há lugar para a realização da prova pericial.

Mesmo nos casos em que o juiz tem aptidão de compreender o fato técnico de área não jurídica que, usualmente, estaria fora de seu alcance, a doutrina e a jurisprudência reconhecem ser imperativa a nomeação de um perito e a realização da perícia, observando-se o procedimento previsto no Código de Processo Civil. É a forma pela qual as partes terão condições efetivas de *participar* da convicção judicial sobre aquele específico fato e, pois, poderem questionar as condições em que ela influencia o julgamento da causa.

A mesma conclusão pode ser alcançada pela interpretação do art. 335 que, ao autorizar o juiz a valer-se das “máximas de experiência” (v. n. 4 do Capítulo 1), inclusive no que diz respeito às “regras de experiência técnica”, exclui expressamente da incidência daquele dispositivo o “exame pericial”.

Como qualquer outro meio de prova, contudo, a perícia só se justifica se o fato a ser provado, posto demandar conhecimentos técnicos e especializados, não puder sê-lo suficientemente por outros meios ou se, circunstancialmente, ele já estiver provado nos autos (art. 420, parágrafo único, II). Também quando o objeto da perícia for impraticável, isto é,

quando ela não puder, por limitações da própria técnica ou da especialização, ser realizada (art. 420, parágrafo único, inciso III).

A esse respeito, é pertinente o destaque do art. 427 segundo o qual a perícia pode ser dispensada quando as partes, na inicial ou na contestação, apresentarem pareceres técnicos ou documentos suficientemente claros e elucidativos sobre as questões de fato que, normalmente, demandariam a realização daquele específico meio de prova. É fundamental o exame de cada caso concreto para verificar em que medida a documentação carreada aos autos pelas partes dispensa um *ulterior* exame técnico a ser presidido pelo juiz. Tudo dependerá da aptidão daqueles documentos de eliminarem quaisquer dúvidas que o magistrado possa ter sobre as questões.

Na medida em que o fato ou os fatos a serem provados digam respeito a diversas áreas do conhecimento humano, é amplamente recomendável que haja a nomeação de tantos peritos quantos sejam as especializações de conhecimento. A possibilidade, que deve ser aplaudida porque resulta em sempre saudável diálogo (*cooperação*), entre os conhecedores das diversas áreas do conhecimento, consonante com a própria razão de ser desse meio de prova, tem expressa previsão no art. 431-B.

O *caput* do art. 420 dá ensejo ao entendimento de que a prova pericial compreende, na verdade, três *espécies* diversas: o *exame*, a *vistoria* e a *avaliação*.

O exame tem como objeto pessoas ou coisas. A vistoria tem como objeto a constatação de imóveis. A avaliação, por seu turno, é a fixação do valor de mercado de um determinado bem. Alguns autores distinguem, da avaliação, uma quarta espécie, o *arbitramento*, justificável nos casos em que não há condições de fixação *objetiva* do valor do bem.

Não obstante ser possível essa distinção, usualmente observada pela doutrina, ela é de pouco interesse porque a disciplina dada ao Código de Processo Civil a esse meio de prova não traz nenhuma distinção entre uma e outra espécie. O que releva para fins da perícia é que o seu *objeto* seja satisfatoriamente fixado desde o instante em que esse meio de prova é entendido necessário e que o juiz, por conseguinte, determina a sua realização (v. n. 4, *infra*).

2. O PERITO

De acordo com o art. 145 do Código de Processo Civil, “quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421”. Os peritos são escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente (art. 145, § 1º), devendo comprovar sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos (art. 145, § 2º; STJ, 4ª Turma, REsp 1.001.964/MA, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.m.v. 9.6.2009, DJe 22.6.2009). Se não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 145 na comarca ou em localidades próximas, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz. Mesmo assim, contudo, cabe ao juiz levar em conta na sua nomeação que o indicado tenha os conhecimentos *técnicos* que caracterizam como tal a prova pericial.

No que diz respeito a conhecimentos técnicos e especializados, o art. 434, *caput*, dispõe que naqueles casos em que o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento ou for de natureza médico-legal, a nomeação do perito deve recair preferencialmente entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. Havendo a nomeação, os autos do processo serão enviados ao diretor do estabelecimento, assim como eventual material sujeito a exame, viabilizando, com isto, que os trabalhos periciais possam ser praticados em menor espaço de tempo.

O perito é auxiliar do juízo, assim entendido o responsável por levar, ao conhecimento do juízo, informações técnicas, que não estão ao alcance da compreensão exigida de um magistrado mas que, não obstante, são indispensáveis porque *relevantes e pertinentes* para o julgamento da causa (v. ns. 2 e 7 do Capítulo 1). Rigorosamente falando, todas as questões relativas a dados não jurídicos e que têm aptidão de ser entendidas como áreas específicas ou próprias do conhecimento humano podem resultar, quando seu enfrentamento é necessário para fins de resolver um conflito, na *necessidade* da produção de prova pericial.

O perito, profissional, não deve, contudo, ser confundido com a prova pericial, que é o *meio* pelo qual as informações técnicas e especializadas por ele fornecidas são colhidas e levadas à apreciação do magistrado. O perito é o responsável pela realização da prova pericial, modalidade de prova que busca o fornecimento, ao magistrado, de informações estranhas a

seu conhecimento médio, para proporcionar condições de proferimento de uma decisão.

É o perito que leva ao conhecimento do juiz os elementos não jurídicos que se mostram indispensáveis para o julgamento da causa. Quem reclama a *necessidade* da prova pericial é o juiz. Ele pode, ensinam a doutrina e a jurisprudência, determinar a produção da prova pericial mesmo quando as partes não a requeiram. Em termos de *prova*, é o juiz o seu destinatário. É ele – e não as partes – que deve se convencer daquilo que ocorreu no mundo dos fatos (“fora do processo”) para julgar. É ele, portanto, que pode sentir necessidade de que conhecimentos não jurídicos, *técnicos* em sentido amplo, cheguem a seu conhecimento porque é ele quem sente carência daquelas informações e as reputa indispensáveis para a formação de seu convencimento. E sem que ele forme seu convencimento, não há como julgar a causa.

A finalidade *última* do perito (e de seu trabalho, o *laudo pericial*, é, justamente, a de convencer o magistrado de que certas coisas aconteceram de tal e qual modo e que devem receber tal e qual tratamento. O perito, por isso mesmo, é o sujeito ativo da perícia (Moacyr Amaral Santos, *Da prova judiciária no cível e comercial*, vol. V, p. 43).

O que importa, pois, é destacar que o perito e, conseqüentemente, a perícia são sempre justificáveis quando o fato a ser considerado em juízo envolver conhecimentos que fogem do conhecimento jurídico que se espera de um magistrado. A *forma* de sua realização em amplo contraditório – a maior prova é a possibilidade de as partes indicarem assistentes técnicos, formularem perguntas e questões a serem respondidas pelo perito e terem ciência expressa do início dos trabalhos pelo perito (v. n. 4, *infra*) – assegura, assim, a possibilidade de *participação* dos interessados na formação da convicção judicial sobre aquela questão, mesmo que a *percepção* do fato dependa de conhecimentos próprios e específicos. São estes os traços característicos, essenciais, do perito (auxiliar do juízo) e da perícia (meio de prova praticado pelo perito para levar, ao magistrado, conhecimento não jurídico capaz de influenciar no julgamento).

2.1. A imparcialidade do perito

O perito, como auxiliar do juízo que é, está sujeito às regras de impedimento e de suspeição dos arts. 134 e 135, respectivamente. É o que expressamente prevê o inciso III do art. 138 (art. 423).

Ao contrário do que, antes das “Reformas” (v. n. 2.7 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1), exigia o Código de Processo Civil, não há mais necessidade de o perito firmar, perante o juízo, “compromisso” (art. 422, primeira parte). Todos os seus deveres e responsabilidades decorrem única e exclusivamente da aceitação do encargo, que se perfaz com a sua nomeação (indicação) pelo magistrado. Caso não se sinta capaz de desenvolver o múnus, ou quando houver alguma causa de impedimento (art. 134) ou de suspeição (art. 135), deve ele recusar a nomeação expressamente (art. 423) em cinco dias contados da intimação de sua nomeação ou nos cinco dias que se seguirem a algum fato superveniente que interfira na sua *necessária* imparcialidade. É o que dispõem o art. 146 e seu respectivo parágrafo único.

É importante ter presentes os deveres a serem escorreitamente exercidos pelo perito porque ele responde pelos danos que, por dolo ou culpa, causar, além de ficar impossibilitado de atuar como perito judicial por dois anos, sem prejuízo de eventual persecução criminal (art. 147).

Mesmo que o perito não recuse a sua nomeação e o encargo daí decorrente, podem as partes questionar a sua imparcialidade por estar impedido de atuar no processo ou, quando menos, ser suspeito e, até mesmo, questionar sobre seus conhecimentos técnicos e especializados para a realização da perícia.

Para a primeira hipótese, as partes devem arguir o impedimento ou a suspeição em petição a ser apresentada “na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos” (art. 138, § 1º), isto é, no prazo de cinco dias, que se segue à indicação do perito (art. 421, § 1º; STJ, 4ª Turma, REsp 257.700/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 20.8.2009, DJe 2.9.2009). A regra, específica, prevalece sobre a genérica do art. 305, que se limita a disciplinar a exceção de impedimento ou de suspeição do *magistrado* (v. n. 3.2 do Capítulo 3 da Parte II). O incidente não suspende o processo, será autuado (documentado) “em separado”, e, uma vez recebido, o perito será ouvido a seu respeito no prazo de cinco dias. Produzidas eventuais provas quanto àquelas alegações, o juiz decidirá, proferindo decisão interlocutória,

que, pela sua natureza e função processual, pode ser contrastada pelo recurso de agravo de instrumento (art. 522, *caput*; v. n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

Quanto à segunda hipótese, de o perito não possuir os conhecimentos técnicos e especializados que a perícia exige, as partes devem se manifestar no mesmo prazo de *cinco* dias a contar da ciência da nomeação (art. 421, § 1º). O fundamento do pedido encontra-se no inciso I do art. 424.

Os arts. 429 e 434, parágrafo único, reservam, para o perito, verdadeiros poderes de instrução. São verdadeiros “poderes-meio” para que ele desempenhe adequadamente a sua função *para* o processo. Não reconhecer ampla aplicação àqueles dispositivos é tornar menos útil a produção da prova pericial, quiçá inútil, e agredir, em última análise, o “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

3. OS ASSISTENTES TÉCNICOS

O perito é auxiliar do juízo e, pelas razões do n. 1, *supra*, sua nomeação pressupõe a *necessidade* de alguém que tenha conhecimentos técnicos e especializados sobre um ou mais fatos cuja adequada compreensão é inafastável para a formação do convencimento do magistrado.

As mesmas razões que levam o magistrado a determinar a realização da prova pericial e nomear um perito que, por definição, atuará como verdadeiro auxiliar seu no que diz respeito à análise daquele fato diferenciado, verifica-se também com relação às partes e, mais precisamente, com relação a seus procuradores.

Para viabilizar que a prova pericial se desenvolva em amplo contraditório (sempre compreendido amplamente, como *cooperação*, nos moldes propostos pelo n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), o inciso I do § 1º do art. 421 permite que as partes nomeiem “assistentes técnicos” que são profissionais, igualmente técnicos e especializados, que atuarão em seu favor para secundar a sua própria atuação processual com vistas a uma escorreita compreensão e análise do trabalho pericial.

Os “assistentes técnicos”, pelas regras hoje vigentes, não são auxiliares do juízo. São auxiliares das próprias partes, são de confiança delas, e, por isso mesmo, não estão sujeitos às regras de imparcialidade impostas pelos

arts. 134 e 135 (art. 422, segunda parte). Sua indicação tampouco depende de qualquer aprovação do juiz ou da parte contrária, sendo certo, contudo, que, uma vez nomeado, sua substituição só pode ser pleiteada quando fundada em justo motivo, como já teve oportunidade de decidir a 4ª Turma do STJ no REsp 655.363/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 4.12.2008, DJe 2.2.2009.

4. A PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL

A essência da prova pericial está no portar, ao magistrado, elementos não jurídicos que, de uma forma mais ou menos intensa, fazem-se absolutamente indispensáveis para o julgamento da causa. A compreensão de um dado, de uma experiência, de um elemento, de uma situação “não jurídica” é que justifica, em cada caso concreto, a prova pericial.

Como se dá com qualquer outro meio de prova, é o juiz o destinatário da perícia. E é ele que fiscaliza a sua realização, que dirige a produção da prova, que define o objeto da perícia, que aceita ou rejeita os “quesitos” (perguntas) a serem formulados ao perito (art. 426, I), sem prejuízo de, de ofício, formular aqueles que ele próprio entende pertinentes para a melhor compreensão do fato a ser periciado (art. 426, II).

Se a prova pericial, por força da localização do objeto ou da pessoa, tiver que se realizar por carta precatória, a nomeação do perito e a indicação dos assistentes técnicos pode se dar no juízo deprecado, isto é, o juízo perante o qual a prova pericial se desenvolverá (art. 428). Nesses casos, feita a perícia e colhidas as manifestações dos assistentes técnicos das partes (art. 433, parágrafo único), os autos da precatória devem ser enviados para o juízo deprecante, o competente para o julgamento da demanda. Aplica-se à hipótese o disposto no art. 338 e respectivo parágrafo único (v. n. 10 do Capítulo 1).

O deferimento da prova pericial e a determinação de sua conseqüente produção encontra fundamento no ocorrido nas anteriores fases do processo. Toda vez que fato impuser conhecimento *técnico* para ser devidamente aquilatado e quando ele já não estiver suficientemente provado pelas circunstâncias já apontadas no n. 1, *supra* (arts. 420, parágrafo único, II, e 427), a prova pericial deve ser deferida. O instante procedimental mais adequado para o seu deferimento – o paradigma da exposição é o

procedimento ordinário – é o do § 2º do art. 331 (v. n. 4.2 do Capítulo 2 da Parte III).

A produção da perícia tem início com a nomeação do perito, oportunidade em que lhe é fixado o prazo para entrega do laudo (art. 421, *caput*). Independentemente do prazo, o laudo deverá ser apresentado pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento (art. 433, *caput*). É bastante comum, outrossim, que nesse instante procedimental, o juiz determine ao perito que arbitre os seus honorários e as despesas relativas à realização do trabalho pericial, que serão suportadas em consonância com o disposto no art. 33 (v. n. 7, *infra*).

As partes, nos cinco dias que se seguirem à intimação daquela *decisão* (e não “despacho”, como se lê no § 1º do art. 421), poderão indicar assistente técnico (v. n. 3, *supra*), apresentar quesitos e, a despeito do silêncio do dispositivo, questionar, se for o caso, a imparcialidade do perito (art. 138, III e § 1º) ou, até mesmo, questionar a especialização e a técnica do perito para desempenhar o trabalho (v. n. 2.1, *supra*).

Os “quesitos” referidos pelo inciso II do § 1º do art. 421 devem ser entendidos como as “perguntas” que, formuladas pelas partes, deverão ser respondidas pelo perito com vistas ao melhor esclarecimento de seu trabalho e das conclusões a que chegar. Também porque os “quesitos” acabam representando a necessidade de enfrentamento de específicos pontos ou questões pelo perito, que, na análise das partes, fazem-se relevantes e pertinentes e, como tais, deverão ser considerados também pelo magistrado quando do proferimento de sua decisão.

O art. 431-A impõe que as partes sejam formalmente científicas do início do trabalho pericial, ou seja, do dia, hora e local fixados pelo juiz ou pelo próprio perito para aquele fim. A regra é digna de destaque por permitir que a realização de toda atividade do perito seja, desde o começo, acompanhada pelos assistentes técnicos, em esmerada aplicação do princípio do contraditório (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Ao longo da perícia, podem as partes formular “quesitos *suplementares*”, isto é, acrescentar ao rol apresentado no prazo do § 1º do art. 421 questões novas que sejam reputadas indispensáveis ao enfrentamento do perito. Ao contrário do que dá a entender a respeito a literalidade do art. 425, a admissão em juízo desses quesitos não depende tão somente da oitiva da

parte contrária. Ela é indispensável por força do contraditório, mas os quesitos têm que passar pelo crivo judicial, por se mostrarem pertinentes (art. 426, I), e por ser aceita a justificativa de eles não terem sido apresentados no primeiro momento em que as partes tiveram para se manifestar a respeito.

O perito tem prazo certo para apresentação de seu laudo. Trata-se do prazo que, desde sua nomeação, é fixado pelo juiz (art. 421, *caput*). Pode ocorrer, contudo, que haja necessidade de dilação desse prazo, hipótese em que pedido motivado do perito nesse sentido pode vir a ser deferido pelo juiz (art. 432). Em qualquer caso, a apresentação do laudo deve distar pelo menos vinte dias da audiência de instrução e julgamento (art. 433, *caput*). O atraso injustificado na apresentação de suas conclusões pode levar o juiz a destituir o perito, nomeando outro em substituição (art. 426, II). Nessa hipótese, complementa o parágrafo único do art. 426, deverá o juiz comunicar o fato à cooperação profissional à qual o perito pertence, podendo, ainda, impor multa ao perito, a ser arbitrada levando-se em conta o valor da causa e o possível prejuízo ocasionado para o andamento do processo.

Embora silente o dispositivo, é correto o entendimento que o beneficiário da multa seja o Estado ou a União Federal, consoante o processo tenha trâmite perante a Justiça dos Estados ou perante a Justiça Federal, respectivamente, por força do disposto no art. 35. Embora o perito não seja um “serventuário” da justiça, ele é *auxiliar* do juízo, justificando, como tal, a aplicação da diretriz daquele dispositivo legal.

As partes devem ser intimadas da apresentação do laudo pericial, oportunidade em que terá início o prazo de dez dias para que os assistentes técnicos se manifestem sobre ele, isto é, apresentem os seus “pareceres”. O prazo para os assistentes técnicos é, de acordo com o parágrafo único do art. 433, *comum*, isto é, flui indistintamente para os assistentes técnicos do autor ou do réu.

A observância do prazo do *caput* do art. 433 é importante porque as partes podem, após o exame do trabalho pericial, sempre secundadas por seus assistentes técnicos, requerer ao juiz a oitiva do perito e do próprio assistente técnico na audiência de instrução e julgamento. Para tanto, terão que formular pedido até o quinto dia que anteceder aquele ato processual.

Em nome da economia processual, o pedido deverá vir acompanhado, desde logo, pelos novos quesitos a serem enfrentados pelo perito e/ou pelo assistente técnico (art. 435, *caput*).

É bastante comum, na prática forense, que esta oitiva, ainda que requerida tempestivamente pela parte, transforme-se em um verdadeiro “adendo” do laudo pericial, uma nova manifestação *escrita* do perito, quiçá complementar às suas conclusões anteriores. A prática deve ser evitada. É que a oitiva do perito em audiência pretende ir além da leitura e compreensão das conclusões técnicas escritas, permitindo um mais amplo *debate* sobre as questões técnicas tais quais examinadas. Máxime porque o art. 435, *caput*, expressamente refere-se à possibilidade de também o assistente técnico vir a ser ouvido em audiência – e não há razão para impedir que uma das partes pretenda esclarecimentos das conclusões a que chegou o assistente da outra –, razão suficiente para, quando requerida em tempo, haver vício na mera apresentação por escrito de uma renovada manifestação do perito, sempre que houver prejuízo à parte interessada.

Como, contudo, antes do proferimento da decisão final (ou, de forma ampla, uma decisão que possa veicular tutela jurisdicional, mesmo que *antecipada*; v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), não há como divisar a ocorrência ou não de prejuízo para qualquer das partes, impõe-se o acolhimento do pedido da parte intimando-se o perito para comparecer em audiência para nela, com as vantagens da palavra oral e da possibilidade da discussão oral da causa (v. n. 6 do Capítulo 1), concretizar-se o princípio do contraditório no sentido amplo proposto pelo n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1.

5. A DISPENSA DA PERÍCIA

O § 2º do art. 421 aceita a dispensa da produção da perícia nos termos apresentados pelo número anterior quando a natureza do fato permitir. Assim, no lugar da nomeação do perito, abertura de prazo para manifestação das partes e a realização de diligências do perito e dos assistentes técnicos para produzir o “laudo pericial” e os “pareceres técnicos”, é possível que o perito e os assistentes a serem indicados pelas partes sejam ouvidos na audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que tenham anteriormente examinado ou avaliado. Apesar das palavras empregadas pelo

dispositivo – “coisas”, “exame” e “vistoria” – que poderiam pretender justificar a sua aplicação apenas a algumas espécies de perícia (v. n. 1, *supra*), a melhor interpretação é a ampliativa.

No silêncio da lei, os assistentes técnicos, quando da aplicação do dispositivo aqui examinado, devem ser levados pelas partes à audiência sem necessidade de seus nomes serem apresentados ao juízo antes da realização daquele ato, o que se justifica pelo próprio regime jurídico da atuação daqueles profissionais em juízo (v. n. 2, *supra*).

Sem prejuízo da regra acima analisada, a perícia também pode ser dispensada quando as demais provas carreadas aos autos já com a inicial ou com a contestação forem suficientes para convencer o magistrado do fato controvertido. É essa a melhor interpretação do art. 427, mormente quando lido em conjunto com o inciso II do parágrafo único do art. 420.

Em um e em outro caso, contudo, é importante perceber que há, nos autos, manifestação técnica e especializada. Ela, em si mesma considerada, é indispensável. O que a lei permite seja dispensada é a *produção* da prova pericial com observância do *procedimento* exposto pelo número anterior.

6. A ANÁLISE DA PERÍCIA PELO JUIZ

O laudo pericial, isto é, a conclusão a que o perito (ou grupo de peritos na hipótese do art. 431-B) chegou sobre o objeto periciado, é avaliado pelo magistrado como *qualquer* outro meio de prova. Não é porque se trata de prova “técnica” que o juiz deixará de avaliar as conclusões a que o perito tiver chegado livremente, sempre com observância do disposto no art. 131 (v. ns. 4 e 6 do Capítulo 1). Trata-se de conclusão inarredável a partir do “princípio do livre convencimento motivado do juiz”, mais ainda quando as conclusões *técnicas* apresentadas pelo perito podem ser objeto de crítica convincente pelos assistentes técnicos das partes cujos “pareceres” também integram a prova pericial e, nessa qualidade, também devem ser objeto de cuidadosa análise pelo magistrado.

Não fosse suficiente essa conclusão e o art. 436 é expresso quanto a não estar o magistrado adstrito (vinculado) ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com base em outros elementos ou fatos provados dos autos.

E mais: o art. 437 autoriza expressamente que o juiz possa, a depender da sua convicção sobre o trabalho pericial (e dos assistentes técnicos, nem

poderia ser diferente), determinar a realização de uma nova (segunda) perícia, que terá como objeto os mesmos fatos da anterior, com vistas a corrigir eventual omissão ou inexatidão de resultados daquela (art. 438) e observará a mesma disciplina da primeira perícia (art. 439, *caput*), isto é, caberá ao juiz nomear perito, que poderá recusar o encargo; as partes poderão formular quesitos e nomear assistentes técnicos, e assim por diante (v. n. 4, *supra*).

De acordo com o parágrafo único do art. 439, a segunda perícia não substitui a primeira. Caberá ao juiz, sempre por força do princípio do art. 131, decidir consoante seu livre convencimento *motivado*, optando pela primeira, pela segunda ou, não há por que negar, a depender das vicissitudes do caso concreto, determinando a realização de uma terceira perícia.

7. AS DESPESAS COM A PERÍCIA

As despesas com a realização da perícia, incluindo os honorários devidos ao perito, serão, como quaisquer outras custas processuais, *adiantadas* pela parte que requereu a sua realização ou pelo autor quando determinada a perícia de ofício pelo juiz ou por ambas as partes (art. 33; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

As custas são *adiantadas*, a despeito da literalidade do art. 33, porque a responsabilização por seu pagamento definitivo é ato fixado na sentença. É aquele que deu causa ao processo, isto é, que deu ensejo à *necessidade* de o autor pedir a prestação da tutela jurisdicional, que será responsabilizado, a final, por todas as custas processuais, inclusive as relativas à prova pericial (art. 20, § 2º). É por isso que só a final os honorários devidos ao assistente técnico deverão ser levados em conta como verbas de sucumbência. Cada parte adiantará os valores respectivos (art. 33, *caput*) mas, uma vez demonstrado o pagamento em juízo, o seu reembolso é parte integrante daquelas verbas (art. 20, § 2º).

O parágrafo único do art. 33 permite interpretação no sentido de que os honorários do perito sejam fixados em dois tempos diversos e sucessivos. Uma fixação que se segue à nomeação do perito, que, aceitando o encargo, estimará o valor de seus honorários e das despesas que terá com a realização da perícia, o que, em geral, é chamado de “honorários provisórios” (v. n. 4, *supra*). Outra, a final, com a apresentação do laudo,

momento em que o próprio perito poderá rever a sua estimativa inicial, adaptando-a para as reais necessidades de seu trabalho. São os chamados “honorários definitivos”, a serem compensados com aquilo que já tiver sido pago anteriormente. Nos casos em que essa bifurcação não se verificar, a fixação dos honorários, na *letra* do dispositivo em exame, dá-se *antes* da realização da perícia e, uma vez depositado o valor correspondente, cabe ao perito requerer sua liberação parcial na medida em que justifique a sua necessidade.

O não pagamento dos honorários periciais reclama análise bifurcada: se o que não for pago forem os chamados “honorários provisórios”, o caso é de não realização da perícia. Deve-se entender a recusa da parte em efetuar o depósito como desistência da prova que tiver requerido. A conclusão deve ser mantida mesmo quando a prova for determinada de ofício e o autor não efetuar o pagamento dos honorários. Nesse caso, pode ser que a não realização da perícia acabe por resultar, pelo exame das demais provas já produzidas ou a produzir, em julgamento desfavorável à sua pretensão. Trata-se de interpretação verdadeiramente impositiva porque, caso contrário, estar-se-ia a admitir que o perito trabalhasse gratuitamente e que ele acabasse por “financiar” o litígio entre as partes, conclusão que não pode ser aceita.

Em se tratando dos “honorários definitivos”, isto é, aqueles fixados com o término do trabalho pericial, a melhor solução é a de certificar o montante dos honorários, documento esse que constitui título executivo extrajudicial para legitimar que o perito cobre aquele valor do responsável (art. 585, VI). A hipótese não é, todavia de extinção do processo sem resolução de mérito nos moldes do art. 267, III, a despeito da inércia da parte quanto a este específico ato processual. Menos ainda de “nulidade” da perícia ou da impossibilidade de sua consideração como prova devidamente produzida para embasar o proferimento da decisão.

Em se tratando de beneficiário da justiça gratuita, há isenção legal para o pagamento dos honorários periciais (art. 3º, V, da Lei n. 1.060/1950) e, se for o caso, para pagamento do exame de DNA (art. 3º, VI, da mesma lei). Isto não significa, contudo, que a parte sucumbente não deva arcar com eles caso não seja, ela própria, beneficiária da justiça gratuita (art. 11 da Lei n. 1.060/1950).

CAPÍTULO 8

Inspeção judicial

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O último meio de prova disciplinado expressamente pelo Código de Processo Civil, que ocupa toda a Seção VIII do capítulo por ele dedicado ao “direito probatório”, é a inspeção judicial. Trata-se, pois, de mais uma “prova típica” (v. n. 6 do Capítulo 1).

A inspeção judicial difere, contudo, substancialmente dos demais meios de prova. É que ela viabiliza que o juiz tenha acesso aos fatos *diretamente* e não, como se dá nos demais, *indiretamente*, seja através de um documento, de uma testemunha ou, até mesmo, por intermédio de um profissional técnico especializado, o perito.

A inspeção judicial, tal qual regulada nos arts. 440 a 443, dispensa qualquer intermediação por pessoa ou coisa. Trata-se de ato do próprio juiz que, por observação *direta* de pessoas ou de coisas, tende a formar sua própria convicção para melhor compreensão do objeto de conhecimento e, conseqüentemente, viabilizar o proferimento de uma melhor decisão. A inspeção judicial, no dizer de Moacyr Amaral Santos (*Da prova judiciária no cível e comercial*, vol. 1, p. 87), é a “percepção sensorial direta do juiz, a fim de se esclarecer quanto a fato, sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas”.

É bastante comum a referência de que a inspeção judicial seria um meio de prova *complementar*, que só deveria ser utilizada pelo juiz quando, a despeito da produção das demais provas, ele, o magistrado, ainda não tiver se convencido suficientemente – e o grau de “suficiência” da formação da cognição pode variar conforme o caso (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) – sobre os fatos controvertidos. Essa conclusão baseia-se, notadamente, na interpretação geralmente dada ao art. 440, segundo o qual a inspeção realizada pelo juiz tem como objetivo o *esclarecimento* do fato “que interesse à decisão da causa”. Como, rigorosamente, “esclarecer”

pressupõe algum conhecimento prévio, alguma informação anterior sobre o fato, estaria aí, imposta pela lei, a natureza secundária, subsidiária, complementar desse meio de prova.

Esse entendimento não deve ser acolhido. O art. 440, tal qual, de resto, todos os dispositivos do Código de Processo Civil e da lei processual civil extravagante, deve ser lido como um todo, em seu devido contexto. Trata-se da proposta que motiva todo o desenvolvimento deste *Curso*: criar um *sistema*, um todo coeso, para as normas processuais civis independentemente de sua fonte expressa. Com o art. 440 não é e não pode ser diversa a iniciativa.

Assim, não obstante o emprego do verbo “esclarecer” pelo precitado dispositivo, a mais correta forma de interpretar a pertinência desse meio de prova é o de admiti-lo sempre que o magistrado entender que a melhor forma de *apreciar, avaliar, conhecer, convencer-se* de um fato controvertido (sempre considerado amplamente) é a sua percepção *pessoal e direta*. Não há por que recusar, diante disto, poder o juiz valer-se, desde logo, *independentemente* de quaisquer outras provas, da “inspeção judicial”. É o que lhe autorizam o “princípio do livre convencimento motivado do juiz” (art. 131; v. ns. 4 e 6 do Capítulo 1) e a própria razão de ser de *todos* os meios de prova. Ademais, pelas razões lá expostas, não há razão para admitir qualquer hierarquia entre os diversos meios de prova expressamente regulados pelo Código de Processo Civil (“provas típicas”) e, até mesmo, entre as chamadas “provas atípicas” (v. n. 6 do Capítulo 1).

Ademais, é o próprio art. 440 que admite a realização da inspeção judicial de ofício pelo juiz e a pedido das partes, que podem pretender valer-se daquele meio de prova quando inexistirem outros à sua disposição para o convencimento suficiente do magistrado. E não é só: o dispositivo autoriza que a inspeção judicial tenha lugar “em qualquer fase do processo”, isto é, *sempre* que o juiz entender que aquele *meio* de prova é o mais adequado para a sua compreensão dos fatos controvertidos.

2. OBJETO DA INSPEÇÃO JUDICIAL

O art. 440 admite que a inspeção judicial recaia sobre “pessoas” ou “coisas”. É importante interpretar o vocábulo “coisas” amplamente para

permitir que tudo o que não seja uma “pessoa” possa ser objeto do exame *direto e pessoal* do magistrado.

Assim, devem ser entendidos como “coisas” para os fins da inspeção judicial não só os bens *móveis* (aí incluídos os semoventes; art. 82 do Código Civil) e os bens *imóveis*, mas, também, o lugar ou os lugares em que, segundo as alegações das partes, os fatos relevantes e pertinentes para a causa ocorreram.

Com relação às pessoas, cabe destacar que, em se tratando de inspeção judicial que recaia sobre uma parte, tem esta o dever de se sujeitar à inspeção por força do art. 340, II.

3. INSPEÇÃO JUDICIAL E PERÍCIA

Inspeção judicial e perícia não podem ser confundidas. São meios de prova diversos com regimes jurídicos bem distintos de acordo com as normas do Código de Processo Civil. A inspeção judicial caracteriza-se pela percepção *direta* das coisas ou das pessoas pelo juiz; a perícia pressupõe que o conhecimento do juiz seja secundado, intermediado por um técnico, por um especialista, o perito.

A radical distinção entre uma e outra, contudo, não inibe que, na realização da inspeção judicial, o juiz se valha de peritos que o ajudarão a compreender o fato controvertido, sempre que as circunstâncias concretas exigirem conhecimentos especializados. Não se trata de realizar perícia fora da disciplina dada pelo Código de Processo Civil. Há casos em que a perícia formalmente considerada pode ser dispensada, como se dá com os arts. 421, § 2º, e 427 (v. n. 5 do Capítulo 7). Aqui, o núcleo fundamental da inspeção judicial é mantido: trata-se de meio de prova pelo qual o juiz, *direta e pessoalmente*, terá acesso aos fatos controvertidos para formação de sua convicção. A função dos peritos, para tanto, não é a de *substituir* a apreensão *direta* da controvérsia mas, bem diferentemente, auxiliar o juiz a melhor compreendê-la, esclarecendo eventuais problemas técnicos e especializados nela existentes.

A hipótese é expressamente admitida pelo art. 441 que, ao fazer referência a “um ou mais peritos”, deve ser entendido em consonância com o disposto no art. 431-B (v. n. 2 do Capítulo 7), isto é, quanto à conveniência de, a depender das especialidades ou especificidades do fato a ser

apreciado pelo juiz, haver mais de um técnico a auxiliá-lo à formação de sua convicção.

É irrecusável que as partes podem acompanhar a inspeção judicial, devendo lhes ser assegurada ampla participação, já que se trata de um meio de prova que é utilizado pelo juiz para formar seu convencimento sobre fatos relevantes e pertinentes para o julgamento da causa. A diretriz está expressa no parágrafo único do art. 442

Não só as partes, entretanto, podem acompanhar a inspeção judicial. Elas podem valer-se, se o caso reclamar, de assistentes técnicos para que esses profissionais as ajudem a compreender os eventuais desdobramentos técnicos ou especializados do fato controvertido, máxime quando o próprio juiz entender que a hipótese comporta a nomeação de um perito, nos termos do art. 441. Embora esse dispositivo e o parágrafo único do art. 442 nada digam a respeito, a interpretação é impositiva por força do princípio constitucional do contraditório (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

4. PRODUÇÃO DA INSPEÇÃO JUDICIAL

Entendendo o juiz, de ofício ou a pedido das partes, que a hipótese comporta a realização da inspeção judicial, é importante verificar se esse meio de prova significa necessariamente o deslocamento do magistrado ao local em que se encontram as pessoas ou as coisas (amplamente consideradas) a serem por ele *diretamente* examinadas.

Ao contrário do que poderia parecer, a inspeção judicial nem sempre acarreta o deslocamento do juiz. Esse meio de prova pode ser, consoante as circunstâncias concretas, realizado no seu próprio gabinete, em audiência especificamente designada para esse fim ou, quando menos, na própria audiência de instrução e julgamento.

O deslocamento do juiz ao local onde se encontra a pessoa ou a coisa a ser analisada justifica-se quando o magistrado reputá-lo necessário para “melhor verificação ou interpretação dos fatos que deve observar” (art. 442, I), assim, por exemplo, a visita a uma fábrica, a uma linha de produção, a um estabelecimento que se pretende fechar, a um imóvel que apresenta problemas de infiltração, a um condomínio em que se narra haver barulho e incômodo por parte de vizinhos.

Mas não só. O deslocamento do juiz também se justifica quando a apresentação da coisa em juízo for custosa ou difícil (art. 442, II), hipótese que deve ser estendida também às pessoas que, por qualquer razão, não puderem se deslocar para a sede do juízo (porque, por exemplo, estão doentes ou não têm condições de locomoção até o fórum), e, por fim, quando se tratar de reconstituição dos fatos, isto é, da determinação do juiz de que os fatos, tais quais alegados pelas partes, sejam encenados no local em que aconteceram para seu melhor exame (art. 442, III).

Durante a produção da inspeção judicial, seja ela feita em juízo (no fórum) ou fora dele, a participação das partes *e de seus assistentes técnicos* é assegurada (art. 442, parágrafo único; v. n. 3, *supra*), porque podem prestar esclarecimentos e fazer observações ou comentários que repute importantes para a formação da convicção do juiz. Há necessidade de as partes serem intimadas do dia, hora e local, da realização ou do início de realização da inspeção. Deve ser aplicado, por analogia, o disposto no art. 431-A (v. n. 4 do Capítulo 7).

Realizada a inspeção, o juiz determinará que seja lavrado “auto circunstanciado”, isto é, que o escrivão documente todos os acontecimentos relevantes, inclusive as manifestações do perito, das partes e de seus assistentes técnicos, porque é a partir desse *documento* da inspeção judicial que o juiz fundamentará a sua decisão, deixando claras as razões de seu convencimento. Esse “auto” pode ser instruído com desenhos, gráficos, fotografias e quaisquer outros elementos que auxiliaram e possam auxiliar a formação da convicção do juiz (art. 443, parágrafo único).

Sua lavratura não é só imposição do *caput* do art. 443 mas, superiormente, do “princípio do livre convencimento motivado do juiz”, mais ainda quando, como no caso da inspeção, a percepção do fato é *diretamente* apreendida pelo juiz, sendo absolutamente necessário e indispensável que ele *exteriorize e documente* a formação de sua convicção pessoal. Não fosse assim e seria impossível às partes verificarem as razões de convencimento do juiz e, mais amplamente, sequer teriam condições de confrontá-las para seu reexame em sede recursal.

5. O “PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ” E A INSPEÇÃO JUDICIAL

Questão digna de destaque sobre a inspeção judicial é sobre se o juiz que a realizou fica vinculado ao proferimento da decisão, aplicando-se à hipótese o disposto no art. 132, isto é, o chamado “princípio da identidade física do juiz”.

A melhor resposta é a positiva. Menos pela literalidade do art. 132 – porque a inspeção judicial pode ser realizada na própria audiência de instrução e julgamento, desde que não estejam presentes as hipóteses dos incisos do art. 442 – e muito mais pela própria razão de ser da inspeção judicial e daquele princípio. Mesmo que documentada a prova no “auto circunstanciado” a que se refere o art. 443, é de se destacar, uma vez mais, que a inspeção judicial caracteriza-se como tal e justifica-se em cada caso concreto porque o próprio juiz entendeu que a melhor forma de apreender os fatos controvertidos e sobre eles formar sua convicção é o seu exame *direto e pessoal*. Se assim é, nada mais coerente que o juiz que tenha realizado a inspeção judicial seja aquele que venha a proferir a decisão sobre a concessão, ou não, da tutela jurisdicional sobre as partes. É ele, individualmente considerado, com efeito, que tem as melhores condições de prestar ou deixar de prestar tutela jurisdicional àqueles fatos por ele próprio examinados.

O princípio, contudo, aceita os mesmos temperamentos do *caput* do art. 132, quando o cuidadoso exame do auto circunstanciado será providência inarredável pelo novo julgador que, consoante o caso, poderá realizar nova inspeção judicial valendo-se da prerrogativa que expressamente lhe reconhece o parágrafo único do art. 132.

CAPÍTULO 9

Audiência de instrução e julgamento

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A audiência de instrução e julgamento é o ato culminante da “fase *instrutória*”. É nela que, frustrada tentativa de conciliação, realizam-se as provas *orais* (art. 336, *caput*), tempestivamente requeridas pelas partes ou determinadas pelo juiz (v. n. 2, *infra*), que permite o debate oral da causa e conduz o magistrado ao proferimento da sentença.

Trata-se, desta forma, de um ato processual *complexo* em que diversas atividades jurisdicionais são praticadas, ainda que todas elas voltadas a uma só e comum finalidade: a formação da convicção do juiz com vistas ao julgamento da causa. Por isso mesmo é que a audiência rende ensejo a que se verifique, com clareza, a realização dos princípios da oralidade, da imediatidade, da concentração dos atos processuais e da identidade física do juiz, todos já discutidos no n. 6 do Capítulo 1.

A realização da audiência de instrução e julgamento, contudo, não é obrigatória. Ela só será designada se houver necessidade de prova *oral*. Mesmo que o caso não comporte julgamento antecipado da lide (art. 330; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III), porque, por exemplo, fez-se necessária a realização de prova pericial, nem por isso a audiência aqui discutida terá que se realizar. Ela pressupõe necessidade de prova oral e só se houver *necessidade* de provas daquela espécie é que ela será marcada pelo juiz, nem que seja para que o perito ou os assistentes técnicos esclareçam algum ponto de suas conclusões técnicas (art. 435; v. n. 4 do Capítulo 7). Caso contrário, apresentados o laudo pericial e os *pareceres* dos assistentes técnicos, o juiz limitar-se-á a proferir sentença.

A audiência de instrução e julgamento, contudo, não é a única audiência que se realiza ao longo do processo. Antes dela pode ser o caso de designação da “audiência preliminar” a que se refere o art. 331 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III) e pode acontecer, até mesmo, de o juiz, a pedido da

parte ou por determinação sua de ofício, designar o que é chamado de “audiência de *justificação prévia*”, que é a audiência especialmente designada pelo juiz em alguns casos para viabilizar a produção de prova para embasar o proferimento de decisão fundada em cognição superficial ou sumária típica das tutelas jurisdicionais “preventivas”, “antecipadas” ou “provisórias” (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Os arts. 461, § 3º, e 804 a preveem expressamente, assim como o art. 926, assuntos que são abordados pelo n. 2.4 do Capítulo 6 da Parte I e pelo n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II, ambos do vol. 4, e pelo n. 5 do Capítulo 5 da Parte I do tomo II do vol. 2 deste *Curso*, respectivamente.

O nome “audiência” aceita, até mesmo, interpretação mais ampla para descrever qualquer encontro das partes e/ou seus advogados com o juiz. Nenhuma outra dessas situações, contudo, é a audiência de que se ocupa o Capítulo VII do Título VIII do Código de Processo Civil e seus arts. 444 a 457, objeto do exame presente.

A audiência, como todo ato jurisdicional, é pública. Trata-se de exigência feita desde o “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e expressamente reiterada pelo art. 444. As exceções mencionadas pelo dispositivo, que faz remissão ao art. 155, encontram-se em absoluta consonância com o inciso LX do art. 5º e com o inciso IX do art. 93, ambos da Constituição Federal (ainda aqui, v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Naqueles casos, em função do interesse público (art. 155, I) ou em casos de família ou similares (art. 155, II), a audiência será realizada “a portas fechadas”, isto é, não será admitida a presença de quaisquer outras pessoas que não o magistrado, as partes, seus advogados, o membro do Ministério Público, se a hipótese assim impuser (art. 82; v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1) e os serventuários da justiça que se fizerem necessários para a documentação dos trabalhos a serem realizados naquele ato.

É bastante comum a afirmação, com base no art. 455, de que a audiência é *una e contínua* embora ela possa deixar de ser realizada num só dia quando não for possível nele a conclusão de todas as atividades reservadas pela lei processual civil para aquele ato.

A unidade e a continuidade da audiência deve ser entendida no sentido de que por mais adiamentos ou prorrogações que a audiência possa receber,

uma vez iniciada (v. n. 2, *infra*), ela não *recomeça*, pelo que atos processuais que, antes de seu início, poderiam ter sido praticados pelas partes, já não poderão mais sê-lo porque foram atingidos pela preclusão. A audiência de instrução e julgamento, destarte – e isso vale para qualquer outra audiência –, é, em si mesma considerada, um só ato processual, embora ele possa ser praticado em mais de um dia pelas *necessidades* do próprio caso concreto.

É o juiz que preside a audiência (art. 446, I) exercendo o que o art. 445, *caput*, chama de “poder de polícia”. No exercício dele, compete-lhe: (a) manter a ordem e o decoro na audiência (art. 445, I); (b) ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente (art. 445, II); e (c) requisitar, quando necessário, a força policial (art. 445, III). Sem prejuízo, é ao juiz que cabe proceder *direta e pessoalmente* a colheita das provas, concretizando, assim, o princípio da imediatidade (art. 446, II), determinar que os advogados e o membro do Ministério Público debatam a causa com elevação e urbanidade (art. 446, III), realizando, destarte, amplamente, o “princípio da lealdade” (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), e dar a palavra a eles, advogados e membros do Ministério Público, para fazer qualquer comentário ou *repergunta* (v. n. 6 do Capítulo 1) sobre os depoimentos do perito, dos assistentes técnicos, das partes ou das testemunhas (art. 446, parágrafo único).

2. ABERTURA E ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA

Ao contrário do que poderia parecer da leitura dos arts. 447 e 448, a abertura da audiência não se dá com a tentativa de conciliação se o direito em litígio a admitir. A audiência deve, antes disto, ser aberta *formalmente* com observância do art. 450. Ela, no dia e hora designados, será apregoada, isto é, seu início será comunicado às partes e aos seus respectivos advogados, bem como ao membro do Ministério Público pelo serventuário da justiça que, de acordo com as normas judiciárias, tiver essa função.

É importante saber quando a audiência é considerada “aberta”, iniciada, porque é até então que ela pode ser adiada nos casos do art. 453.

A primeira hipótese, admitida por uma única vez, é por convenção das partes, quiçá porque buscam uma forma de autocomposição do litígio sem a participação do magistrado (art. 453, I).

A segunda situação é a da impossibilidade de comparecimento do perito, das partes, das testemunhas ou dos advogados sempre por motivo justificado (art. 453, II).

Há necessidade de distinguir o disposto naquela regra: o que o art. 453, II, regula é o caso de o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados, *devidamente intimados* da designação da audiência, não poderem comparecer àquele ato por algum motivo justificado. O § 1º do dispositivo a esse respeito impõe ao advogado que prove o impedimento até a *abertura* da audiência, sob pena de ela ser realizada sem a sua presença. Se a ausência for do advogado, prossegue o § 2º do art. 453, o juiz poderá dispensar as provas da parte por ele representado. Embora silente o dispositivo em exame, a ausência da parte, intimada para o depoimento pessoal, permite a aplicação dos §§ 1º e 2º do art. 343, isto é, a *confissão* (v. n. 3 do Capítulo 2).

Se, contudo, a ausência se der por falta de intimação àquelas pessoas, a audiência não pode ser realizada, sob pena de cerceamento de defesa. A única exceção a esse entendimento verifica-se com as testemunhas. Se sua intimação foi requerida no rol apresentado tempestivamente, a audiência não se realiza a não ser que, por qualquer razão, a parte desista da sua oitiva. Caso, no entanto, a parte tenha se comprometido a dar ciência à testemunha da audiência, o seu não comparecimento significa, sem necessidade de qualquer outro ato, a desistência no seu testemunho (art. 412, § 1º; v. n. 4 do Capítulo 6).

O § 2º do art. 453 silencia a respeito dos assistentes técnicos. O seu não comparecimento, contudo, deve ser entendido como desistência da oitiva de seus esclarecimentos. Não há, na sua ausência, qualquer óbice à realização da audiência, desde que não se façam presentes os pressupostos examinados nos parágrafos anteriores.

Quem der causa ao adiamento da audiência responde pelas custas processuais respectivas. É o que dispõe o § 3º do art. 454, generalizando para os demais sujeitos processuais a regra que o art. 412, *caput*, já enunciara para as testemunhas (v. n. 4 do Capítulo 6).

3. CONCILIAÇÃO

Declarada aberta a audiência com observância do quanto discutido no número anterior, há espaço para que o juiz busque um consenso entre as partes (e eventuais terceiros) com vistas à resolução do processo nos moldes do art. 269, III (v. n. 3.2.3 do Capítulo 1 da Parte V), hipótese expressamente prevista pelos arts. 447 e 448, quando o termo de conciliação, assinado pelas partes (e por eventuais terceiros, a despeito da omissão do dispositivo) e homologado pelo juiz, fará as vezes da própria sentença (art. 449).

A circunstância de a “audiência *preliminar*” também buscar a conciliação das partes (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III) em nada afeta a necessidade da prática dos atos a que se referem os arts. 447 e 448. Cabe ao juiz, em qualquer instante procedimental, buscar a *conciliação* das partes e não apenas ao ensejo da realização da audiência de instrução e julgamento (art. 125, IV). Trata-se, em última análise, de um dispositivo que será tão mais aplicado quanto seja o magistrado condutor do processo afeito às técnicas de transação e, mais amplamente, de autocomposição do litígio. Além disso, a iniciativa mostra-se afinada às preocupações do direito processual civil da atualidade (v. n. 3.3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1).

O Projeto de Lei n. 3.006/2008, da Câmara dos Deputados, propõe o acréscimo de um parágrafo único no art. 444, segundo o qual o magistrado, a propósito das audiências de instrução e julgamento realizadas em processos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, deve indicar às partes a possibilidade de emprego da arbitragem disciplinada pela Lei n. 9.307/1996 para resolução do conflito, explicando, de acordo com a sua Exposição de Motivos, as vantagens de sua utilização. Aceita a proposta do magistrado, o processo ficará suspenso até o proferimento da sentença arbitral (novo inciso VII do art. 265, também proposto pelo mesmo Projeto), após o que o processo será extinto nos moldes de um novo inciso XII do art. 267, a ser igualmente acrescentado ao Código de Processo Civil.

4. INSTRUÇÃO E DEBATES

Não havendo acordo, tem início a *instrução* (art. 451) pela “fixação dos pontos controvertidos sobre que incidirá a prova”. Não obstante a expressão colocada entre aspas ser bastante similar àquela que se lê no § 2º do art. 331 (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III), elas não podem ser confundidas. A

fixação dos pontos controvertidos lá disciplinada, como ato *inicial* da fase instrutória, busca impor às partes e a eventuais terceiros o ônus da prova sobre os fatos controvertidos e determinar quais os *meios* de prova que deverão ser empregados para prová-los. Aqui, na audiência de instrução e julgamento, ato *final* da fase instrutória, o art. 451 deve ser compreendido como a ordenação dos atos probatórios que serão realizados na própria audiência e não em toda fase instrutória. É o caso de o juiz destacar quais os pontos que, a despeito de eventual prova anteriormente produzida (documental, por exemplo), ainda lhe parecem pouco claros e, conseqüentemente, que será sobre eles que ele ouvirá os esclarecimentos do perito, das partes ou das testemunhas. É um ato, portanto, que pretende colocar em relevo a razão de ser da audiência e qual será o objeto da prova a ser nela produzida.

O dispositivo determina que o juiz, para a fixação das *questões*, ouça as partes. A providência é correta e deve ser observada em nome do princípio do contraditório (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). É com a possibilidade de *ampla* participação das partes e de seus advogados ao longo da audiência que seus objetivos serão melhor alcançados.

O art. 452 estabelece a ordem das provas que serão produzidas na audiência de instrução e julgamento.

Em primeiro lugar, serão ouvidos o perito – ou os peritos no caso de nomeação de mais de um profissional, por força do art. 431-B – e os assistentes técnicos. Para tanto, eles deverão ter sido intimados no prazo e na forma do art. 435 (v. n. 4 do Capítulo 6).

Depois, terá lugar o depoimento pessoal, primeiro do autor e depois do réu. Embora a lei não distinga, a referência a “depoimento pessoal” abrange as três espécies propostas nos ns. 2 a 4 do Capítulo 2.

Em último lugar, serão ouvidas as testemunhas. Primeiro, as do autor; depois, as do réu. A *contradita* (v. n. 4 do Capítulo 6) deve ser apresentada após a identificação da testemunha, seguindo-se, desde logo, se for o caso, a colheita da prova acerca do fato que impede a sua oitiva. Se houver contradição entre testemunhos, a *acareação* (v. n. 4 do Capítulo 6) deve ser determinada após a oitiva da testemunha que levou o magistrado a entendê-la pertinente.

É mister observar, durante a colheita da prova oral, a colocação do n. 5 do Capítulo 2: nenhuma parte ou testemunha pode ouvir o depoimento da outra, sendo insuficientes, a respeito, as regras dos arts. 344, parágrafo único, e 413, que dão ensejo à interpretação de que o óbice seria dirigido apenas a quem não depôs ou testemunhou ainda.

Colhidas as provas orais, inclusive com os desdobramentos que podem ocorrer, consoante colocado em destaque acima, isto é, “finda a instrução”, como dispõe o art. 454, *caput*, tem início o “debate da causa”. O Código de Processo Civil, forte no princípio da oralidade, optou francamente pela manifestação *verbal* dos procuradores das partes, dos eventuais terceiros e do membro do Ministério Público.

Primeiro falará o advogado do autor, seguido do advogado do réu e, depois, terá a palavra o membro do Ministério Público, quando atua na qualidade de fiscal da lei (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1). Se sua atuação justificar-se no processo como parte, é como autor ou como réu que se manifestará, por força do que dispõe o art. 81. Cada um terá vinte minutos para as suas “alegações finais”, prorrogáveis por mais dez se o juiz assim entender necessário.

Se houver litisconsorte ativo, litisconsórcio passivo ou *qualquer* terceiro que não o “opoente”, dispõe o § 1º do art. 454 que o prazo para as manifestações orais será de *trinta* minutos para cada um dos “grupos”, isto é, para cada um dos polos em que se verifique a pluralidade de partes ou a intervenção de terceiro, sendo admissível que eles repartam entre si o tempo de comum acordo.

O § 2º do art. 454 regula expressa e diferentemente o caso de a modalidade interventiva ser a oposição (art. 56). Pela própria razão daquela intervenção, que visa à exclusão da pretensão alheia sobre um mesmo bem jurídico (v. n. 1 do Capítulo 4 da Parte VII), o “opoente” (o *terceiro interveniente*) sustentará suas razões em primeiro lugar, seguindo-se os “opostos” (as *partes*) pelo prazo de vinte minutos cada um.

O § 3º do art. 454, contudo, traz expressa exceção ao prevalectimento da palavra oral no debate da causa, generosamente empregada na prática, ao admitir a substituição dos debates orais pela apresentação de memoriais quando a “causa apresentar questões complexas de fato ou de direito”. Neste caso, o juiz designará dia e hora para a sua apresentação. Podem os

procuradores chegar a um acordo quanto à apresentação escrita de suas alegações finais e, na falta dele, compete ao magistrado decidir por uma ou outra forma consoante as exigências do próprio caso concreto.

Questão interessante que ganha pertinência não só quando analisada à luz do dispositivo em exame mas, superiormente, quando enfrentada à luz do princípio do contraditório é a respeitante à ordem da apresentação dos memoriais. Podem eles ser apresentados *simultaneamente*, como dá a entender o § 3º do art. 454, ou eles devem ser apresentados *sucessivamente*, primeiro os do autor e depois do réu, de forma a que ele, réu, tenha condições de analisar as alegações finais do autor? A melhor solução é a do prevalectimento da ordem constante do *caput* do art. 454, isto é, primeiro o autor se manifesta e depois o réu, que terá acesso às alegações do autor, para delas se defender. Se houver, contudo, *pedido* formulado pelo réu em face do autor (reconvenção, pedido incidental de declaração ou falsidade documental), razoável o entendimento de que possa o autor manifestar-se depois das alegações finais do réu sobre aqueles pontos.

As “alegações finais” ou “memoriais”, independentemente de sua apresentação *oral* ou *escrita*, devem ser entendidas como um resumo de tudo aquilo que, na visão das partes (ou dos terceiros), é mais importante para a formação da convicção do juiz. Não só no que diz respeito aos *fatos* e às suas respectivas *provas*, mas também às *questões jurídicas*, com a indicação de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que corroborem o acolhimento ou a rejeição do pedido ou pedidos de cada um dos sujeitos processuais.

5. JULGAMENTO

Findos os debates orais (art. 454, *caput* e §§ 1º e 2º) ou apresentados os memoriais (art. 454, § 3º), cabe ao juiz proferir sentença.

Ela poderá ser proferida desde logo, na própria audiência, quando os debates orais realizarem-se ou, em qualquer caso, no prazo de dez dias, de acordo com o art. 456. O prazo é daqueles que a doutrina chama de “impróprio”, mas que impõe a reflexão a que faz menção o n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1.

De acordo com o art. 457, o escrivão lavrará, sob ditado do juiz, o termo da audiência, isto é, a documentará, fazendo resumo de todas as ocorrências,

os despachos e decisões eventualmente proferidos e, se ela for proferida em audiência – inclusive quando há transação entre as partes (art. 449) –, a própria sentença. Ocorrendo esta hipótese, é do primeiro dia útil que se seguir à própria audiência que tem início o prazo para apresentação do recurso de apelação (art. 506, I).

O termo será assinado pelo juiz, pelos advogados das partes e dos eventuais terceiros, pelo membro do Ministério Público e pelo próprio escrivão e rubricadas as suas folhas. De acordo com o § 1º do art. 457, o original do termo será juntado em caderno próprio e o escrivão fará juntar cópia autêntica sua aos autos (art. 457, § 3º). É bastante comum, a esse respeito, que o termo já seja lavrado em duplicidade – ambos originais, portanto –, que, assinados e rubricados, passarão a *documentar* o ato para todos os fins. Sendo os atos praticados na audiência de instrução e julgamento documentados por meios eletrônicos, deve observar-se o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169, consoante expressa remissão feita pelo § 4º do art. 457 (v. n. 4.7.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Sobre as *decisões* eventualmente proferidas pelo juiz ao longo da audiência de instrução e julgamento cabe uma palavra adicional. São várias as decisões que podem ser proferidas durante aquele ato processual. Assim, por exemplo, o indeferimento da oitiva de testemunha sobre um mesmo fato; o indeferimento de reperguntas formuladas ao perito, à parte ou às testemunhas; o indeferimento da contradita de testemunha; a recusa de determinar a acareação de testemunhas ou o indeferimento da produção de documento que se reputa *novo* nos termos do art. 397.

Em todos esses casos, de acordo com o que dispõe o art. 523, § 3º, a *forma* do recurso de agravo (são todas decisões *interlocutórias*, agraváveis, portanto, por força do art. 522, *caput*) é *retido*. O recurso deve ser interposto oral e imediatamente, constando do respectivo termo as razões recursais sucintamente apresentadas pelo recorrente. O dispositivo, inovação da Lei n. 11.187/2005, admite uma série de desenvolvimentos relevantes com os quais ocupa-se o n. 2.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5 deste *Curso*.

Parte V

FASE DECISÓRIA

1. O CONCEITO LEGAL DE SENTENÇA

Há, na doutrina, célebre discussão sobre o que deve ser entendido por “sentença” e qual o critério a ser empregado para fixar o seu conceito.

Pela *letra* do art. 162, § 1º, na sua redação original, o critério então empregado era o da *finalidade*. Sentença era o ato judicial que tinha como *finalidade* a de encerrar o “processo”, “pôr termo ao processo”, como se lia do dispositivo, com ou sem julgamento do “mérito da causa”.

Parcela da doutrina sempre buscou aprimorar aquele conceito dado pela própria lei, afirmando que não se tratava, propriamente, de encerrar o “processo” mas o “*procedimento* em primeira instância”. O “processo” não acabava necessariamente com o proferimento da sentença. É que já da sentença sempre houve a possibilidade de interposição de recurso ou de recursos, o que significava, em termos bem diretos, que o “processo” prosseguia em segunda instância e assim sucessivamente, na medida em que houvesse interposição de novos recursos das decisões que, mesmo após a sentença, fossem proferidas pelos Tribunais. Assim, por exemplo, o recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Desta perspectiva, melhor que o art. 162, § 1º, tivesse feito menção, desde sua origem, a “*procedimento* de primeira instância” ou, até mesmo, pela sistemática dos procedimentos regulados pelo Código de Processo Civil, inclusive o ordinário, a “*procedimento* de primeiro grau de jurisdição”, o que retrataria melhor a *função* exercida por aquela decisão do juiz, em contraposição às decisões interlocutórias, objeto de conceituação no art. 162, § 2º.

De outra parte, prestigiosa doutrina referia-se a “sentença” não pela sua *finalidade* (na linha da exposição que ocupa os parágrafos anteriores) mas, bem diferentemente, levando em conta o seu *conteúdo*. Daí falar-se em

sentença como o ato do juiz que tivesse por *conteúdo* uma das várias hipóteses descritas nos arts. 267 e 269. Mais importante que encerrar o “processo” (até porque a sentença nunca o encerrou, e quanto a isto nunca houve espaço para maiores dúvidas), era caracterizar a sentença como o ato do juiz que tinha por conteúdo uma das situações constantes daqueles dois dispositivos legais.

A Lei n. 11.232/2005, ao dar nova redação ao § 1º do art. 162, inclinou-se claramente por esta corrente. Pela sua *letra*, o conceito de sentença é traçado a partir de seu *conteúdo* e não pela sua finalidade. É ler o dispositivo: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

1.1. A sentença e a sua função processual

Não obstante a inequívoca opção da lei, é necessário ir um pouco além para demonstrar que o conceito de sentença, tal qual dado pelo art. 162, § 1º, é, à luz do próprio sistema do Código de Processo Civil, *insuficiente*, é dizer, o dispositivo não pode ser lido e interpretado como se fosse autossuficiente. Ele deve ser lido e interpretado levando em conta outros dispositivos legais também alterados pela mesma Lei n. 11.232/2005, o *caput* do art. 269 e, sobretudo, o *caput* do art. 463, e o § 2º do art. 162, que não teve sua redação modificada por aquele diploma legislativo.

A escorreita interpretação daqueles dispositivos e do § 1º do art. 162 *evidenciam* que, salvo a ocorrência das hipóteses dos arts. 267 e 795 – e, mesmo para o primeiro dos dispositivos, com a ressalva feita pelo n. 1.2, *infra*, construída a partir das preocupações do n. 1, *supra* –, a sentença não encerra necessária e invariavelmente o “processo” e que o “*processo* jurisdicional”, mais do que nunca, deve ser pensado, interpretado e aplicado como uma só realidade, que tem início com a apresentação da petição inicial (que rompe a inércia do Estado-juiz, da “jurisdição”, no sentido de ele dever ser provocado pelo interessado) e que só tem término com a *realização concreta* do que tiver, perante o Estado-juiz, sido reconhecido como “o” direito, independentemente da *forma* que deverá ser empregada para o atingimento desta específica finalidade. Seja o direito do autor, porque é vencedor na demanda e realiza concreta e materialmente a sua pretensão (obtém do réu o pagamento da dívida não paga ou a obtenção da certidão não

expedida pelo posto fiscal competente, por exemplo); seja o direito do réu, porque é ele o vencedor na demanda quando o pedido do autor é julgado improcedente e, por este fato, a ele agregada a coisa julgada material, realiza-se também o *seu* direito, presta-se a ele e não ao autor, *tutela* jurisdicional. É por isso que o art. 795, ao nominar de *sentença* o ato proferido pela ocorrência de uma das hipóteses do art. 794, é correto para os fins aqui sustentados. Ela, a sentença, reconhece, para todos os fins, que não há mais *necessidade* de atuação do Estado-juíz, é dizer de *processo*. O desenvolvimento destas considerações, da perspectiva da “etapa executiva”, ocupa o n. 5 do Capítulo 2 e o n. 5 do Capítulo 3, ambos da Parte I do vol. 3.

Por esta razão é que a *interpretação* do art. 162, § 1º, no *sistema* processual civil, deve ser no sentido de que sentença, para os fins presentes, é ato que encerra a “*etapa*” de conhecimento, a “*etapa cognitiva*” (v. n. 1 da Introdução) na primeira instância, o ato do juiz que revela que não há mais qualquer atividade jurisdicional a ser desenvolvida naquele caso com vistas ao *reconhecimento* do direito, é dizer, com relação à sua *declaração* ou, quando menos, à constatação de que não há condições mínimas para que se dê aquele reconhecimento. Isto, contudo, não significa que o juiz não desenvolverá outras atividades (que são, por definição, jurisdicionais) à medida e que haja *necessidade* para tanto e que seja devidamente provocado para realizá-las. E é por esta razão que a sentença, quando proferida, impede que o juiz decida novamente aquilo que decidiu. É disto que se ocupa o art. 463 (v. n. 8, *infra*). É, portanto, *insuficiente* que o art. 162, § 1º, refira-se a sentença como ato que tenha como conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267 ou 269. É fundamental, para os fins aqui tratados, que o ato, para ser sentença, tenha, *além* daquele específico conteúdo, uma específica *função*, qual seja, a de encerrar a *etapa* do processo jurisdicional em que a atividade precípua desenvolvida pelo magistrado é a de verificar se o direito reclamado pelo autor em sua petição inicial existe ou não e em que medida ele deve ser tutelado jurisdicionalmente.

Não é sentença, não obstante ter como conteúdo hipóteses do art. 267 ou do art. 269, a decisão do juiz que exclui litisconsorte do processo (art. 267, IV ou VI); que rejeita liminarmente reconvenção ou pedido incidental de declaração (art. 267, IV ou VI); que rejeita liminarmente a denúncia da lide, com a mesma ressalva anterior (art. 267, IV ou VI); a que homologa a

desistência *parcial* da “ação” (art. 267, VIII) ou o reconhecimento *parcial* do pedido pelo réu (art. 269, II) ou a renúncia *parcial*, pelo autor, do direito sobre o que funda a “ação” (art. 269, V). Em todos estes casos, a decisão é *interlocutória* nos precisos termos do art. 162, § 2º. Trata-se de *interlocutória* porque a sua *função*, a despeito de seu *conteúdo*, é a de resolver questão *incidente* ao processo; decisão que, resolvida, não põe fim à necessidade do prosseguimento da atuação judicial em primeira instância com vistas ao *reconhecimento* do direito; não põe fim, por isso mesmo, ao *processo*.

Levando em conta as considerações anteriores, sentença é a decisão que, tendo conteúdo dos arts. 267 ou 269, representa o fim da *etapa* do processo em primeira instância na qual a atividade preponderantemente desenvolvida pelo juiz é a de *reconhecer* o direito aplicável à espécie, a “etapa *cognitiva*” do processo, de acordo com o n. 1 da Introdução, portanto. Por sua vez, quando houver encerramento da “etapa *executiva*”, a hipótese é de proferimento da sentença a que se refere o art. 795, ato que reconhecerá, vale a ênfase, a desnecessidade da atuação do Estado-juiz diante da ocorrência de uma das hipóteses do art. 794, assunto do qual se ocupa o n. 6 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 3.

A relevância do tema aqui referido não é meramente conceitual. Suas implicações para o próprio sistema processual civil são incontestes porque o sistema recursal do Código de Processo Civil e da legislação processual civil extravagante a ele adaptada desde sua promulgação relaciona, na primeira instância, o recurso cabível à espécie da decisão proferida. É ler os arts. 513 e 522, *caput*: da sentença, cabe apelação; de decisão interlocutória, cabe recurso de agravo nas suas formas retida (a regra) ou de instrumento (a exceção). O tema é discutido pelo n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5, sendo desnecessário ir além, por ora.

1.2. Sentença e “processo de conhecimento” e “processo de execução”

A atual redação do § 1º do art. 162, mais ainda quando lido, como deve ser, no seu devido *contexto*, levando em consideração o *caput* do art. 269 e o *caput* do art. 463, tem o condão de revelar faceta que, por longo espaço de tempo, não foi compreendida pela ampla maioria da doutrina do direito

processual civil, embora ela decorra *suficientemente* do “modelo constitucional do direito processual civil”, na forma como este *Curso* quis demonstrar desde o n. 2 do Capítulo 3 da Parte III de seu vol. 1: que a sentença não correspondia e continua a não corresponder à prestação da “tutela jurisdicional” tal qual pretendida pelo autor ou pelo réu.

Um exemplo terá condições de aclarar o alcance desta afirmação: NLP demanda MVAS para cobrar dele dívida vencida e não paga. Estabelecido o contraditório, realizadas as provas, o pedido é julgado procedente e o réu, MVAS, é condenado a pagar ao autor, NLP, a quantia de R\$ 57.117,00, com juros e correção monetária desde o desembolso, sem prejuízo das verbas de sucumbência. Pergunta: o tão só proferimento da sentença tem o condão de realizar o direito reconhecido de NLP, o autor, em face de MVAS, o réu? A resposta é negativa. A sentença não tem aptidão de trazer ao autor qualquer *realização concreta* do seu direito, embora o reconheça existente e violado. No máximo, pode-se pensar em uma satisfação *moral, intelectual, pessoal* porque o autor “venceu” a demanda que propôs em face do réu mas, em termos de realização *concreta*, de satisfação *material* – leia-se: o valor que deveria ter sido pago e não foi –, ela simplesmente não existe. O proferimento da sentença, em casos como estes, não satisfaz o autor, não *realiza o seu* direito, embora devidamente reconhecido na sentença. Uma tal realização exige a prática de outras atividades, de outros atos pelo Estado-juiz. Haverá necessidade, para empregar a nomenclatura usual, de “executar” esta sentença, em busca da realização concreta do direito do autor. É clara, neste sentido, a diretriz constante do art. 646, cuja menção é bastante oportuna: “A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor”.

Com a reforma empreendida pela Lei n. 11.232/2005, os arts. 162, § 1º, 269, *caput*, e 463, *caput*, tiveram sua redação alterada para deixar claro que o proferimento da sentença é, tão somente, a finalização de uma “*etapa*” do “processo jurisdicional” e que a sentença não significa – e não deve significar – que o “processo” *encerrou-se* e, mais ainda, que o juízo possa considerar que tenha prestado sua atividade jurisdicional como, antes do novo diploma legal, lia-se no *caput* do art. 463. É por isso que se deve ter presente que o objetivo subjacente da Lei n. 11.232/2005 é bem mais amplo do que as modificações por ela trazidas aos diversos dispositivos do Código

de Processo Civil poderão, por si sós, evidenciar. O que se pretendeu – e foi suficientemente atingido – é eliminar a (falsa) separação entre os chamados “processo de conhecimento” e “processo de execução”, optando a lei, em casos como o do exemplo, por entender as atividades jurisdicionais voltadas ao *reconhecimento do direito* e as atividades jurisdicionais voltadas à *realização do direito* como *etapas* de um *mesmo* processo: uma precipuamente destinada ao *reconhecimento do direito*; a outra, precipuamente voltada à *realização do direito* (v. n. 1 da Introdução).

Neste sentido, muitas das alterações promovidas pelo Código de Processo Civil por aquele mesmo diploma legal, que podem parecer mais de *forma* do que de *conteúdo*, quase que redacionais, acabam por deixar claro que as *atividades* jurisdicionais usualmente chamadas de “cognitivas”, “executivas” – e, mesmo, as usualmente chamadas “cautelares” – nada mais são que as diversas ferramentas que o Estado-juiz tem à sua disposição para *satisfazer* o jurisdicionado, para “dar a ele aquilo que o direito material daria, não fosse o inadimplemento da obrigação” ou, o que é dizer o mesmo com os olhos voltados para o “modelo constitucional do direito processual civil”, não fosse a lesão ou a ameaça a direito devidamente reconhecida pelo Estado-juiz.

Os desdobramentos deste tema, isto é, quais são e como se dão as *atividades* para a *realização* do direito tal qual reconhecido na sentença, é assunto para o qual se volta o vol. 3. Para as usualmente chamadas “atividades cautelares”, amplamente disciplinadas no Livro III do Código de Processo Civil, mas não só, este *Curso* volta a sua atenção no seu vol. 4.

2. MOMENTOS EM QUE A SENTENÇA PODE SER PROFERIDA

A dinâmica do procedimento ordinário revela, ao contrário do que poderia parecer de uma primeira análise do Código de Processo Civil, que a sentença, compreendida nos termos propostos pelo n. 1, *supra*, pode ser proferida desde que rompida a inércia da jurisdição, isto é, desde que o autor dê início ao “processo jurisdicional”.

Não é o caso de examinar, uma vez mais, cada uma daquelas situações, suficiente evidenciá-las para uma melhor visualização das vicissitudes do

proferimento da sentença. É o que se dá com o proferimento de juízo *negativo* de admissibilidade da inicial (ns. 3 e 3.2 do Capítulo 2 da Parte II); após a apresentação da resposta do réu nos casos de julgamento antecipado da lide (n. 3 do Capítulo 2 da Parte III); por força das “providências preliminares” (n. 2 do Capítulo 1 da Parte III) e depois da fase instrutória (n. 1 do Capítulo 1 da Parte IV).

Estes diversos momentos em que a sentença pode legitimamente ser proferida revelam, a olhos vistos, que o procedimento ordinário, tal qual disciplinado pelo Código de Processo Civil, embora não seja *flexível* é muito menos *rígido* do que poderia parecer. Compete ao intérprete e ao aplicador do direito processual civil extrair destas possibilidades seu máximo rendimento, responsável, em última análise, por uma mais *eficiente* prestação jurisdicional (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

O proferimento da sentença, contudo, não deve ser entendido como sinônimo de prestação da tutela jurisdicional. Ela, a tutela jurisdicional, pode ser prestada mesmo *fora* da sentença e independentemente dela. É o que se dá de forma bastante intensa e suficientemente esclarecedora quando o caso concreto reclama a prestação de tutela jurisdicional *antecipada* (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), em que a sua prestação pode se dar por outra classe de decisão jurisdicional, as “decisões *interlocutórias*”.

3. OS POSSÍVEIS CONTEÚDOS DA SENTENÇA

Adotando a orientação do n. 1, *supra*, ao se interpretar e aplicar o art. 162, § 1º, deve-se ter em mente que o proferimento da sentença é, a despeito da nova *letra* do dispositivo, o ato que encerra uma etapa do processo em primeira instância – que, neste caso, desempenha o papel também de primeiro grau de jurisdição – e que terá, necessariamente, um dos conteúdos dos arts. 267, *caput*, e 269, *caput*. A despeito da *letra* do dispositivo, *função e conteúdo* são elementos que, juntos, caracterizam a sentença, distinguindo-a das decisões interlocutórias (art. 162, § 2º).

Por colocar *fim* a uma *etapa* do *processo* em primeiro grau de jurisdição – que, pelas razões apresentadas pelo n. 1 da Introdução, é voltada à prática de atos preponderantemente *cognitivos* –, é que dela caberá o recurso de apelação, de acordo com o art. 513. Caso contrário, quando a decisão não puser fim a nenhuma etapa do processo, posto assumir algum dos conteúdos

dos arts. 267 e 269 – assim, por exemplo, aquelas referidas a título meramente exemplificativo pelo n. 1.1, *supra* –, ela é *interlocutória* (art. 162, § 2º), contrastável, por isso mesmo, pelo recurso de agravo (art. 522, *caput*).

O exame das implicações recursais da afirmação do parágrafo anterior é objeto de exame pelo n. 6 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5. Por ora, importa a análise de cada um dos incisos dos arts. 267 e 269, dando destaque àqueles conteúdos quando veiculados por *sentenças*.

3.1. Sentenças *terminativas* (art. 267)

As decisões jurisdicionais cujo conteúdo é o do art. 267 e que encerram a etapa voltada ao reconhecimento do direito em primeira instância são chamadas pela doutrina de “sentenças *terminativas*”. Terminativas no sentido de que elas terminam o “processo” ou, mais precisamente, pelas razões já expostas pelo n. 1.1 e que ainda serão referidas nos parágrafos subsequentes, a etapa *cognitiva* do processo em primeira instância ou o que, nestes casos, é o mesmo, em primeiro grau de jurisdição.

É bastante comum a referência a que a *extinção* do “processo” nos casos do art. 267 é anômala no sentido de não ser a esperada pelo autor. A observação é correta. Analisada a questão do ponto de vista daquele que pede tutela jurisdicional e, para este fim, rompe a inércia do Poder Judiciário, não há como negar que a ocorrência de uma das hipóteses admitidas no art. 267 e o proferimento da sentença lá prevista seja verdadeiramente indesejada. Não é para reconhecer que o Estado-juiz não pode se manifestar no caso concreto em busca da solução de um conflito de interesses que o autor rompeu a inércia jurisdicional, dando ensejo à formação e ao desenvolvimento de um *processo*.

E é justamente por essa razão que a atual redação do art. 267, *caput*, dada pela Lei n. 11.232/2005 preservou a expressão “extingue-se o processo”, enquanto, no *caput* do art. 269, ela foi suprimida pela mesma lei. Quando não há condições de o Estado-juiz apreciar o “mérito”, é dizer, de *reconhecer* “o” direito aplicável à espécie (e, aqui, pouco importa qual das diversas hipóteses descritas no art. 267 inviabilizam um tal reconhecimento), a atividade jurisdicional tende a se encerrar. Encerrar-se anormalmente, atipicamente – de maneira frustrante, quando analisada a questão do ponto de

vista daquele que provocou a atuação do Estado-juiz, vale a ênfase –, mas encerrar-se-á. E é por isso ser correto, para descrever este fenômeno, falar-se de *extinção do processo*. Se o próprio Estado-juiz declara que não tem condições de atuar, não pode haver, por definição, “processo”. Por isso, coerentemente, o caso é de sua *extinção*, assim entendido o seu *encerramento*, a sua *finalização*, a *desnecessidade* de sua manutenção porque não há condições para que o Estado-juiz pratique quaisquer atos com vistas à prestação da tutela jurisdicional.

Talvez fosse melhor que o legislador, rente às considerações do n. 1.1, *supra*, fizesse menção à extinção da “etapa *cognitiva* em primeira instância” ou o que, nestes casos, é o mesmo, “em primeiro grau de jurisdição”, na suposição de que sempre pode haver recursos da sentença quando proferida, e que a expressão “extinção do processo”, no sentido correto de que não há por que o Estado-juiz atuar e continuar atuando, fosse reservada aos casos em que não há mais recursos a serem interpostos ou julgados e que, conseqüentemente, não há mais qualquer necessidade de atuação jurisdicional. Contudo, não há razão para criticar a atual redação do *caput* do art. 267 que, no particular, apenas repete a fórmula anterior, que não despertou e não tem por que despertar nenhuma dificuldade, mesmo com o advento da Lei n. 11.232/2005.

O *caput* do art. 267, outrossim, assim como faz o *caput* do art. 269, refere-se a “resolução”. Antes da Lei n. 11.232/2005 lia-se nos dispositivos a palavra “julgamento”. A explicação é que, nas hipóteses disciplinadas pelo art. 267, nunca houve, propriamente, “julgamento”, atividade que imporia ao juiz o necessário enfrentamento do “mérito”, isto é, do pedido do autor com os eventuais acréscimos incorporados ao longo do processo (a reconvenção, por exemplo) para que, uma vez apreciado, o juiz resolvesse, ele próprio e por ato seu, o conflito de interesses. Como nos casos do art. 267 não há aquela atividade mental por parte do juiz, justifica-se a palavra mais ampla e mais neutra empregada pela lei mais recente.

A extinção do processo *sem* resolução de mérito, ademais, não é óbice para que as *mesmas* partes venham a formular o *mesmo* pedido (de tutela jurisdicional) fundamentado na *mesma* causa de pedir oportunamente. É esta a consequência reservada pelo art. 268 para a espécie, com a ressalva

expressa, apenas, aos casos de perempção, litispendência ou coisa julgada (art. 267, V, pressupostos processuais *negativos*).

Apesar da literalidade da regra, contudo, é importante que ela seja interpretada com os temperamentos inerentes ao sistema criado pelo próprio Código de Processo Civil, mormente quando robustecido pelo “modelo constitucional do direito processual civil”.

A nova provocação do Estado-juíz para tutelar o mesmo direito material entre as mesmas partes, pelos mesmos motivos, pressupõe que o vício, qualquer que seja ele, que levou à extinção do processo anterior apresente-se sanado. Naqueles casos em que este saneamento for inconcebível, inexistente alternativa para o autor: caso ele volte ao Estado-juíz, é importante que, de início ou mediante adequada informação prestada pelo réu, a solução seja a mesma, de extinção do processo sem prejuízo, evidentemente, de sua incursão nas penas de litigante de má-fé (art. 17; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). É, ademais, para garantir a uniformidade da sentença, em casos como estes, que o inciso III do art. 253 impõe a *prevenção do juízo* para a distribuição do “novo” processo (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I).

Feitas as considerações do número anterior, impõe-se o exame de cada das hipóteses reguladas pelos diversos incisos do art. 267. Trata-se de iniciativa ainda mais oportuna porque permite que vários assuntos até aqui expostos sejam retomados em conjunto.

3.1.1. Indeferimento da inicial

O inciso I do art. 267 prevê a extinção do processo sem resolução de mérito “quando o juiz indeferir a petição inicial”.

O indeferimento da petição inicial deve se dar preferencialmente no início do processo, isto é, *liminarmente*. É neste sentido que se faz tão importante o adequado exame de seu juízo de admissibilidade, assunto discutido com o vagar necessário no Capítulo 2 da Parte I. É fundamental, para a própria regularidade do processo, que a petição inicial seja apta. É por esta razão que a doutrina concorda com o entendimento de que a aptidão da petição inicial é um dos pressupostos processuais de validade (v. n. 3.2.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Também porque a petição inicial nada mais é um do que um “ato processual”, e, como todo ato desta espécie, é importante sua submissão às amplas linhas relativas à validade e à nulidade

daqueles atos. É por esta razão que o n. 4 do Capítulo 2 da Parte I, a propósito do art. 284, insistiu tanto na *necessidade* de a petição inicial ser, naqueles casos em que isto é possível, emendada e complementada para surtir regularmente os seus efeitos sem comprometimento do direito do réu de defender-se – e amplamente – ao longo de todo o processo.

O indeferimento da inicial, contudo, nem sempre levará ao proferimento de uma sentença com fundamento no art. 267, I. Isto é verdade nas situações em que o vício que leva ao indeferimento for de ordem processual. Assim, por exemplo, os casos regulados nos incisos I, II, III, V e VI do art. 295.

Há hipóteses, contudo, em que a rejeição da inicial, mesmo que liminarmente, dará ensejo ao proferimento de uma “sentença *definitiva*”, isto é, de mérito, e que, por isso mesmo, tem conteúdo no art. 269. É o que se dá nos casos de aplicação do art. 285-A (v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte II) em que a sentença é de rejeição (liminar) do pedido do autor (art. 269, I) e nos casos em que o magistrado declara, mesmo independentemente da prévia manifestação do réu, a ocorrência da prescrição ou da decadência (art. 269, IV; v. n. 3.2.4, *infra*).

3.1.2. Paralisação do processo

Os incisos II e III do art. 267 aceitam tratamento conjunto. Ambos são significativos de que a iniciativa das partes é indispensável para o prosseguimento do processo, sempre entendido como método de manifestação do Estado, embora ele, o processo, “desenvolva-se por impulso oficial” como se refere o art. 262. Tal “impulso”, a bem da verdade, pressupõe a ampla participação das partes, razão de ser do próprio princípio do contraditório, tal qual apresentado pelo n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1. O direito de “ação”, ademais, não se limita à sua compreensão como *acionar* a jurisdição, “iniciativa da parte”, lê-se do mesmo art. 262; é também *atuar*, é *agir* ao longo do processo, é atuar com vistas à prestação da tutela jurisdicional (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1).

À falta do *agir* das partes, o processo deve ser julgado extinto sem resolução de mérito “quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes” (art. 267, II) ou “quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias” (art. 267, III).

Em ambos os casos, o § 1º do art. 267 dispõe que as partes serão intimadas pessoalmente para promover os atos cabíveis no prazo de quarenta e oito horas. Findo o prazo, o processo será extinto com o “arquivamento dos autos”. Faz-se, neste caso, necessária a intimação pessoal da parte (autor ou réu), sendo insuficiente a intimação do advogado, mesmo que pessoal, para a prática dos atos cabíveis. A exigência legal, deste modo, é expressa exceção à regra de que as intimações são dirigidas àquele que detém capacidade postulatória, é dizer, capacidade para atuar no processo praticando atos processuais (v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). A intimação deverá observar o disposto nos arts. 234 a 242 (v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) e o prazo de quarenta e oito horas, como todo ato processual, terá seu início na hora seguinte à juntada, aos autos, do comprovante da intimação pessoal (art. 184).

O § 2º do art. 267 ainda complementa ambos os dispositivos. De acordo com ele, na hipótese de paralisação do processo por mais de um ano por negligência das partes (art. 267, II), as partes pagarão as custas proporcionalmente, isto é, divididas pela metade e, se houver litisconsortes, elas serão rateadas de acordo com o seu número (art. 23). No caso do art. 267, III, é dizer, quando a paralisação do processo se dever por omissão do autor por mais de trinta dias, ele, o autor, será condenado a pagar as despesas e os honorários de advogado do réu. Como a extinção do processo sem resolução de mérito não impede a reapresentação da mesma demanda (art. 268), o art. 28 exige que, nestes casos, o autor comprove em juízo o pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado cuja responsabilização lhe impõe o § 2º do art. 267.

Questão que se põe na doutrina relaciona-se com a possibilidade de o juiz, de ofício, extinguir o processo, proferindo sentença com base nos incisos II ou III do art. 267. O interesse na hipótese é tanto maior quando o precitado art. 28 dá a entender que somente a pedido do réu é que o proferimento de uma tal sentença seria possível. A melhor resposta é a que admite a atuação oficiosa do juiz em ambos os casos porque o “processo” é significativo da *necessidade presente* da atuação jurisdicional. Ocorrente qualquer uma das hipóteses aqui relatadas e intimadas as partes para os fins do § 1º do art. 267, a sua omissão em se manifestar deve levar à extinção aqui examinada. A Súmula 240 do STJ, contudo, tende a entendimento

contrário com relação ao precitado inciso III. De acordo com o seu enunciado, “a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”.

3.1.3. Ausência de pressupostos processuais de existência e validade e ocorrência de pressupostos processuais negativos

O inciso IV do art. 267 refere-se aos “pressupostos processuais de existência e de validade do processo” – “pressupostos processuais *positivos*” –, tais quais examinados pelo n. 3.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1. Ausentes aqueles pressupostos, não há como o processo prosseguir. Seja porque ele, rigorosamente, sequer assumiu existência jurídica, ou porque ele não reúne condições mínimas de se desenvolver validamente, isto é, sem comprometer o próprio atingimento das finalidades e das garantias que se impõe desde o plano constitucional, pressupostos processuais de *existência* e pressupostos processuais de *validade*, respectivamente.

O inciso V do art. 267, de seu turno, ocupa-se do que o n. 3.3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 chamou, em contraposição ao que consta do parágrafo anterior, de “pressupostos processuais *negativos*”. Embora o dispositivo refira-se, apenas, à litispendência, à coisa julgada e à preempção, é correto o entendimento ampliativo do instituto para emprestar o *mesmo* regime jurídico também a outras figuras, tais como a “convenção de arbitragem” e a falta de caução exigida pela lei (v. ns. 3.3.4 e 3.3.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, respectivamente).

O § 3º do art. 267 reconhece ser legítima a atuação de ofício do juiz nestes dois casos, isto é, independentemente de provocação da parte a quem a ausência do pressuposto processual *positivo* (ou a presença do *negativo*) interessa imediatamente. Tanto assim que, desde o juízo de admissibilidade da petição inicial, cabe ao juiz realizar esmerado exame de cada um daqueles pressupostos e que, constatada, desde logo, sua ausência, determine ao autor que emende a petição nos moldes do art. 284, sob pena de sua rejeição liminar (art. 295, VI; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II). Nos casos de presença de pressuposto processual *negativo*, a hipótese é de indeferimento liminar da petição inicial (art. 267, I, c/c art. 295, III). A única exceção ao

regime da atuação oficiosa do magistrado repousa na “convenção de arbitragem”, em função do que dispõe o § 4º do art. 301, na interpretação que lhe empresta o n. 2.2.7 do Capítulo 3 da Parte II e é por isso que a hipótese é tratada, pelo legislador, separadamente, no inciso VII do art. 267 (v. n. 3.1.5, *infra*).

Caso o réu deixe de indicar o vício processual “na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos”, isto é, em “preliminar de contestação” (art. 301; v. n. 2.2 do Capítulo 3 da Parte II), ele responderá pelas “custas do retardamento”. Tais custas são aquelas que se fizeram necessárias desde a apresentação da defesa do réu até o instante em que é proferida a sentença com fundamento no art. 267, IV.

3.1.4. Ausência de condições da ação

O mesmo regime jurídico que os incisos IV e V do art. 267 emprestam para os pressupostos processuais, positivos ou negativos, é dado, pelo inciso VI do mesmo dispositivo, para as condições da ação (legitimidade para a causa, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1). À sua falta, deve seguir-se a extinção do processo sem resolução de mérito. Suficientes, para esse fim, as considerações que ocupam o número anterior.

Há, contudo, espaço para ir além no que diz respeito à hipótese do inciso VI do art. 267.

As razões que justificam o dever de *extinção* do processo nestes casos são aquelas apresentadas pelo número já mencionado mas, por força da sistematização da matéria, comporta um breve lembrete: a “ação”, como proposto por este *Curso*, deve ser entendida como o direito subjetivo público de alguém provocar o Estado-juiz para que ele, Estado, preste tutela jurisdicional em seu favor, isto é, resguarde uma específica situação de lesão ou ameaça a direito. Mas a “ação” não pode ser compreendida apenas e tão somente como este primeiro instante, responsável pelo início do processo, o “acionar” da jurisdição. Ela também é a necessidade de as *partes* (e não só o *autor*) ocuparem, ao longo do processo e consoante as possibilidades de cada procedimento, posições ativas para viabilizar a outorga da tutela jurisdicional em seu próprio favor. E para praticar cada um destes atos é mister que as partes preencham o mínimo de condições que justificam a

atuação do Estado-juiz naquela direção. As “condições da ação”, portanto, têm que estar presentes em cada uma daquelas situações ao longo, vale repetir, de *todo* o processo.

É dever do magistrado, desde o primeiro exame da petição inicial, verificar a presença das condições da ação. É *dever* seu rejeitar a inicial na qual não lhe seja possível constatar o preenchimento suficiente daquelas condições (inciso I c/c o inciso III do parágrafo único e incisos II e III, todos do art. 295; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II). Nestes casos, a extinção do processo é consequência natural: sem um mínimo de plausibilidade de existência do direito material que justifica a atuação jurisdicional, não há razão para o Estado agir. Mas o exame das condições da ação não se exaure com o exame da petição inicial e com o seu reconhecimento naquele instante procedimental. As condições da ação ou, mais amplamente, a “ação”, devem estar presentes ao longo de todo o processo, enquanto não se encerrar a *necessidade* da atuação jurisdicional e que, como demonstrado pelo n. 3, *supra*, não se confunde, em qualquer caso, com o proferimento da sentença. Por isso é que, mesmo quando superada a admissibilidade da petição inicial (proferido juízo *positivo* de admissibilidade, portanto), é que a constatação da ausência de qualquer uma das condições da ação deve levar ao *mesmo* resultado, qual seja, a *extinção do processo* nos moldes do art. 267, VI. Aqui também, não obstante o juízo anteriormente feito pelo magistrado, a falta de qualquer plausibilidade sobre a existência do direito material subjacente ao processo justifica – impõe, verdadeiramente – a recusa do Estado-juiz de atuar. Como o seu atuar pressupõe o processo, a sua extinção é a providência mais que justificável.

A redação do inciso VI do art. 267 dá ensejo a discussão levantada por parte da doutrina quanto a “quais são as condições da ação”. É que o dispositivo dá a entender que as condições lá previstas são meramente exemplificativas, por força do emprego da expressão “tais como”. Alguns autores sustentam que, em determinados *procedimentos especiais* (do Código de Processo Civil ou da legislação processual civil extravagante), há condições da ação igualmente especiais. Sem prejuízo do que os demais tomos deste mesmo vol. 2 trazem a respeito do assunto, para este *Curso* não existem, a despeito da redação do dispositivo em exame, outras condições da ação que não aquelas expressamente referidas nele mesmo e secundadas

por diversas outras passagens do Código, assim, por exemplo, os arts. 3º, 4º, os incisos II e III e o inciso III do parágrafo único, todos do art. 295. O que há são específicas manifestações da “mesma” ação e das suas mesmas “condições da ação” a depender das vicissitudes do direito material que, de tão intensas, acabaram por levar o legislador a criar para a sua solução um *procedimento* diferenciado, os “procedimentos especiais”.

A afirmação do parágrafo anterior não deve parecer fora de lugar no desenvolvimento da matéria, mais ainda no número presente. É que, a exemplo do que este *Curso* já sustentou com o vagar necessário desde o n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, a “ação” e suas “condições” não podem ser criadas ou negadas a esmo pela doutrina ou pela jurisprudência. Elas são dados do direito positivo de cada país. O sistema processual civil brasileiro, desde o Código de Processo Civil, tomou expresso partido sobre a questão. A recusa do sistema, já que tem berço legislativo, seria possível se e somente se ele agredisse o “modelo constitucional do direito processual civil”. Não é o que se dá, contudo. A temática “condições da ação”, máxime quando compreendida à luz das considerações aqui expostas e reiteradas, otimizam a atuação jurisdicional, criam, é esta a verdade, a perspectiva de uma *melhor* prestação jurisdicional sempre voltada a uma real probabilidade de tutela jurisdicional (que é processual) de direitos (que residem no plano material, *fora* do processo, portanto). É esta verificação *constante* que deve ser melhor aproveitada em prol de um “processo de resultados”, é dizer, um atuar do Estado-juiz que realmente seja justificável à luz de cada caso concreto e ao longo de toda a sua própria atuação. As hipóteses em que não há um mínimo de plausibilidade de reconhecimento do direito material que deu início à atuação do Estado-juiz deve levá-lo a *recusar* a sua atuação ou, o que é claro no inciso VI do art. 267, a recusar o *prosseguimento* da sua atuação.

Os autores que sustentam que, superada a admissibilidade da petição inicial, não há mais lugar para se ocupar de “condições da ação” mas somente em “rejeição do pedido” (“improcedência da ação”, vão dizer alguns) podem estar certos do ponto de vista lógico ou, até mesmo, científico. Não, contudo, para o sistema processual civil brasileiro.

3.1.5. Convenção de arbitragem

A existência de “convenção de arbitragem”, de acordo com o inciso VII do art. 267, também conduz à extinção do processo sem resolução de mérito. Trata-se, como foi analisado pelo n. 3.3.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, de mais um pressuposto processual *negativo*. Isto, contudo, não é suficiente para tratá-lo ao lado das hipóteses dos incisos VI e V do art. 267 (v. n. 3.1.3, *supra*). Aqui, diferentemente do que se dá para aquelas outras hipóteses, há a rica discussão, enfrentada pelo n. 2.2.7 do Capítulo 3 da Parte II, sobre a possibilidade da atuação de ofício pelo magistrado no que diz respeito ao reconhecimento daquela convenção.

A questão é tanto mais interessante quando se constata que o inciso VII do art. 267 tem sua redação dada pela Lei n. 9.307/1996, a chamada “lei de arbitragem”, a exemplo do inciso IX do art. 301, enquanto o § 4º daquele mesmo art. 301 manteve sua redação dada pela Lei n. 5.925/1973, referindo-se a apenas uma das espécies da convenção de arbitragem admitida pela “lei de arbitragem”, o “compromisso arbitral”.

Pelas razões expostas no número destacado, contudo, tanto o compromisso arbitral (e quanto a ele não há dúvida porque o § 4º do art. 301 é expresso a seu respeito) como a “cláusula compromissória” (e é quanto a ela que existe a rica discussão lá examinada) requerem, por sua própria natureza, a provocação do réu (art. 301, IX). Sem que o réu argua em sua contestação a existência da *convenção de arbitragem* (gênero), em qualquer uma de suas espécies, é vedado ao Estado-juiz reconhecê-la e, conseqüentemente, por este fundamento o *processo* não pode ser extinto.

É como se o início do processo, o exercício do direito de ação pelo autor, portanto, significasse, para todos os fins, sua recusa pela arbitragem. O silêncio do réu deve ser entendido da mesma forma: trata-se de legítima renúncia àquele meio alternativo de solução de conflitos fazendo, conseqüentemente, *necessária* a atuação jurisdicional para solucionar – e imperativamente – aquele mesmo conflito.

3.1.6. Desistência da ação

O inciso VIII do art. 267 impõe a extinção do processo sem resolução de mérito “quando o autor desistir da ação”. Esta “desistência”, complementa a regra o § 4º do mesmo art. 267, depende do consentimento do réu, quando

decorrido o seu prazo para resposta (art 297; v. n. 2.4 do Capítulo 3 da Parte II).

A “desistência da ação” disciplinada no dispositivo deve ser entendida como a vontade de o autor deixar de pretender, ao menos momentaneamente, que o Estado-juiz tutele (proteja) direito seu em face do réu. É como se o autor pedisse ao Estado que deixasse de atuar para prestar a tutela jurisdicional cuja plausibilidade de existência foi suficientemente constatada para colocar em marcha o Estado-juiz para aquela finalidade, dando início ao processo. Retirado o pedido do autor, não há por que o Estado atuar e, por isso, a hipótese é de extinção do processo. A responsabilidade pelo pagamento das despesas e dos honorários de advogado neste caso é do autor (art. 26, *caput*).

O § 4º do art. 267, contudo, exige a concordância do réu quando já transcorrido o prazo para sua resposta. Justificável a exigência. É que a rejeição do pedido do autor significa prestação de tutela jurisdicional para o réu. Tutela jurisdicional, é certo, que pode ser de *qualidade* diversa daquela pretendida originariamente pelo autor mas, de qualquer sorte, o proferimento de sentença nos moldes do art. 269, I, de “rejeição do pedido do autor” (v. n. 3.2.1, *infra*) acrescenta, ao patrimônio jurídico do réu, um *quid* suficiente que impõe a sua prévia oitiva. O réu, com efeito, tem inegável interesse no proferimento de uma decisão que lhe favoreça e que, sendo de mérito, inviabiliza que o autor volte a formular aquele mesmo pedido pelo mesmo fundamento em seu detrimento. Tanto assim é que há julgados do STJ (assim, v.g.: 1ª Seção, REsp 1.267.995/PB, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 27.6.2012, DJe 3.8.2012) entendendo necessário que a discordância do réu sobre o pedido do autor seja *fundamentada*.

A prévia oitiva do réu para se manifestar acerca do pedido de desistência formulado pelo autor não pressupõe que ele tenha efetivamente apresentado qualquer resposta. Não é esta a exigência feita pelo precitado § 4º do art. 267. Basta que o réu, devidamente citado, tenha tido oportunidade plena de apresentar as suas defesas. É esta possibilidade de se defender que satisfaz a exigência *constitucional* da ampla defesa (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Assim, porque o réu, citado, integra o processo para todos os fins, para dele *participar* amplamente em busca de tutela jurisdicional em seu favor, a “desistência” admitida pelo inciso VIII do art. 267 impõe a sua

prévia concordância. Se o réu que não apresentar qualquer defesa – um réu revel, portanto (v. n. 11 do Capítulo 4 da Parte II) – tiver advogado constituído nos autos, o seu advogado será intimado para se manifestar sobre a desistência pretendida pelo autor (art. 322, *caput*). Caso contrário, a melhor interpretação, por força das considerações aqui expostas, fortes no “modelo constitucional do processo civil”, é que o réu seja pessoalmente intimado para se manifestar sobre aquele pedido, não se aplicando, por isso mesmo, a ressalva que consta do *caput* daquele mesmo dispositivo. O silêncio do réu devidamente intimado do pedido do autor, contudo, não é óbice para a extinção do processo pelo magistrado. Neste sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.036.070/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 5.6.2012, DJe 14.6.2012.

A referência a que a desistência é significativa de que o autor não pretende *momentaneamente* que o Estado-juiz tutele direito seu em face do réu deve ser entendida no contexto do Código de Processo Civil. A extinção do processo *sem* resolução de mérito não “obsta que o autor intente de novo a ação” (para fazer uso da expressão do art. 268, *caput*) ou, mais precisamente, não impede que mesmo o autor formule o mesmo pedido em face do mesmo réu pela mesma causa de pedir em outra oportunidade, dando ensejo a um processo que só é “novo” no sentido cronológico.

Esta faceta acaba por robustecer a justificativa dada para a prévia oitiva do réu acerca da desistência naqueles casos em que o prazo para sua resposta já tenha escoado. O réu pode pretender ver a análise do pedido do autor desde logo, evitando, com isto, uma nova investida jurisdicional do autor em função da formação da coisa julgada material às decisões de mérito.

3.1.7. “Intransmissibilidade” da ação

O inciso IX do art. 267 ocupa-se de uma situação em que as influências do direito material no plano do processo e, conseqüentemente, na atuação do Estado-juiz são inescindíveis.

De acordo com o dispositivo, a extinção do processo sem resolução de mérito é justificável “quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal”. A referência à “ação” deve ser entendida com ressalvas. É melhor entender o dispositivo no sentido de que a intransmissibilidade

nele referida é do “direito material” cuja tutela justificou o exercício do “direito de ação” e não da “ação” propriamente dita. À medida que aquele direito material, que se relaciona à ação tal qual exercida, mas que com ela não se confunde (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), não admitir a sua transmissão a qualquer título, a ocorrência do fato que a justificaria impõe a extinção do próprio direito, sua terminação e, por isso mesmo, conseqüentemente, a desnecessidade da atuação jurisdicional.

O dispositivo, de resto, tende a ter maior aplicação nos casos em que uma das partes morrer ao longo do processo e, por força da intransmissibilidade do direito conflituoso, ser inócua a *sucessão processual* a que se refere o art. 43 (v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte VII).

Se a hipótese fosse diversa da prevista pelo inciso IX do art. 267, isto é, de possibilidade de transmissão de direitos (materiais) ao longo do processo, esta *nova* situação de direito material não seria óbice ao *prosseguimento* do processo, é dizer, à necessidade da prestação da atividade jurisdicional mesmo quando, no plano material, houvesse alguma alteração na posição dos sujeitos em face do “objeto litigioso”. O que poderia acontecer, nesta outra e diversa hipótese, é que o adquirente da coisa litigiosa poderia pretender assumir a posição do alienante, assunto disciplinado pelo art. 42 (v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte VII).

3.1.8. Confusão entre autor e réu

A exemplo da hipótese estudada pelo número anterior, o inciso X do art. 267 também cuida de situação em que há direta influência do direito material no plano processual.

A “confusão” entre autor e réu que, uma vez ocorrida, leva à extinção do processo *sem* resolução de mérito, deve ser entendida como a figura em que as posições de credor e devedor de uma dada obrigação passam a ser as mesmas, a *confundir-se*. A confusão é uma das modalidades de *extinção* da obrigação no plano material nos termos do art. 381 do Código Civil.

NNJ era credor de RSA mas, por força de uma operação de direito material, acabou comprando aquele débito para negociar perante terceiros. Nestas condições, NNJ passa a ser “devedor” dele mesmo e porque o conflito que justifica o *processo jurisdicional* tem que ser *intersubjetivo* (v.

n. 1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1) não há como conceber a que título a atuação do Estado-juiz deva prosseguir naquele caso concreto.

Ocorrendo a “confusão” e extinta, no plano do direito material, a obrigação, não há mais *necessidade*, no plano processual, de prestação da tutela jurisdicional para a tutela (processual) de um direito (material) que, ele próprio, por uma vicissitude de direito material, já não existe mais. Se a confusão for *parcial*, como expressamente admite o art. 382 do Código Civil, a hipótese de extinção do processo será, também, *parcial*. Neste caso, contudo, a decisão que a reconhece não será sentença, posto ter conteúdo do art. 267, X, mas, *decisão interlocutória* porque o processo, para a parte da obrigação material não extinta, deverá prosseguir (v. n. 1.1, *supra*).

3.1.9. Outros casos

O inciso XI do art. 267 traz a “norma de encerramento” do dispositivo. De acordo com ela, o processo também deverá ser extinto sem resolução de mérito “nos demais casos prescritos neste Código”.

Dentre estas hipóteses, podem ser destacadas as seguintes: a do art. 13, I (se o autor não regularizar a sua capacidade ou representação processual); a do art. 47, parágrafo único (quando não houve citação de litisconsorte necessário faltante); a do art. 265, § 2º (se o autor não constituir novo procurador na hipótese de morte do anterior); e a do art. 284, parágrafo único (rejeição da petição inicial não emendada a tempo).

Importa destacar, contudo, que todas as hipóteses referidas no parágrafo anterior não deixam de ser perfeitamente redutíveis a algum outro inciso do próprio art. 267, assim as hipóteses do inciso IV (falta de pressupostos processuais *positivos*) e inciso VI (falta de condições da ação).

O dispositivo ganha maior interesse no exame da legislação processual civil extravagante, quando tem lugar o exame da existência, ou não, de “pressupostos processuais” ou “condições da ação” diferentes daqueles exigidos pelo Código de Processo Civil. A este assunto, mencionado pelo n. 3.1.4, *supra*, voltam-se os tomos II e III deste vol. 2.

3.2. Sentenças definitivas (art. 269)

O art. 269 ocupa-se do que comumente é chamado de sentenças *definitivas*. São as decisões que julgam o mérito, sempre entendido, para os

fins do Código de Processo Civil, como sinônimo de lide ou, de forma mais ampla, como o pedido (ou pedidos) de tutela jurisdicional formulado (ou formulados) pelo autor acrescidos de outros que, eventualmente, tenham sido apresentados ao longo do processo, inclusive pelo próprio réu.

Uma característica que une, lado a lado, todas as sentenças a que se refere o art. 269 é que elas ensejam uma “resolução de mérito” que, como expõe o n. 2 do Capítulo 2, tende a ocasionar o que é usualmente identificado como “trânsito em julgado”, cuja característica mais marcante é a de tornar imune a qualquer nova discussão aquilo que já foi decidido.

Esta visão ampla do art. 269, contudo, não inibe uma divisão que, segundo alguns, levou a justificar, até mesmo, uma das alterações promovidas na redação do *caput* do dispositivo pela Lei n. 11.232/2005, qual seja, a substituição da anterior palavra “julgamento” pela atual “resolução”.

É que, pelas razões já apresentadas pelo n. 3.1, a palavra “julgamento” quer denotar atividade intelectual do juiz sobre quem tem e quem não tem “o” direito que fundamenta, desde seu início, a atuação jurisdicional. Esta atividade, assim compreendida a palavra, só existe em uma das hipóteses do art. 269, que é a do seu inciso I. Nas demais, pelas razões apresentadas pelos ns. 3.2.2 a 3.2.5, *infra*, a atividade do juiz é de outra *qualidade*. Ele, propriamente, não diz quem tem e quem não tem razão. Ele apenas reconhece a ocorrência de um *fato* suficientemente inibidor de sua própria apreciação sobre o pedido (ou os pedidos) de tutela jurisdicional. Mais ainda quando, como ocorre nos incisos II, III e V, este fato é autocompositivo do litígio, isto é, a *resolução* do processo depende, apenas e tão somente, da atitude de uma ou de ambas as partes que exteriorizam uma específica vontade perante o Estado-juiz. Os casos, analisados com rigor, não são – e nunca foram – de “julgamento”, e, por isso, é mais correto o emprego de outra, a “resolução” que se lê na regra atual.

Vale destacar a este respeito que a doutrina sempre buscou distinguir as variadas hipóteses do art. 269 em duas classes. A do inciso I corresponde a uma delas: a das “verdadeiras” ou “típicas” sentenças de mérito. Todas as demais, incisos II a V, são “falsas” ou “atípicas” sentenças de mérito; são sentenças de “mérito” por ficção legislativa e não por vocação. Estas

classes, mais do que nunca, justificam-se adotando-se a distinção entre “julgamento” e “resolução”, respectivamente.

De outro lado, na atual redação do *caput* do art. 269, o legislador teve o cuidado de não vincular o “proferimento de uma sentença de mérito” à *extinção* do *processo* no sentido de que o proferimento da sentença, por si só, significaria que o Estado-juiz “cumpriu e acabou seu ofício jurisdicional” (v. n. 8, *infra*) e que a sentença, por si só, teria, em qualquer caso, o condão de atribuir, ao vencedor, aquilo que ele foi buscar perante o Estado-juiz.

Ao deixar de fazer menção a que a “sentença *definitiva*” extingue o processo, como, até então, fazia o *caput* do art. 269, o legislador quis deixar claro que o reconhecimento do direito estampado naquele ato judicial não significa necessariamente, em todo e em qualquer caso, a sua realização concreta, a satisfação daquele que precisou bater às portas do Estado-juiz para obter o que, no plano do direito material, lhe era devido, mas, apenas e tão somente, um passo necessário mas nem sempre suficiente para o seu atingimento.

No entanto, a solução dada pelo legislador, embora louvável quando examinada sob alguns aspectos (v. n. 3.1, *supra*, e n. 3.2.1, *infra*), não deve conduzir o intérprete e o aplicador do direito a exageros formais e, menos ainda, redacionais. Mais ainda porque o art. 329 continua a se referir, nos casos dos incisos II a V do art. 269, a “extinção do processo” (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte III).

Assim, a circunstância de a sentença do art. 269 não “extinguir” o processo, pela *letra* do dispositivo, não significa dizer que, na maioria dos casos lá previstos, uma tal *extinção*, nos mesmos moldes do que se dá para o art. 267, não vá se efetivar. “Processo” é método de atuação do Estado, é o método pelo qual o Estado necessariamente age para o atingimento de determinadas finalidades. Na medida em que a sentença referida nos incisos II a V do art. 269, por exemplo, tornar desnecessária a prática de qualquer outro ato jurisdicional, o processo “extingue-se”, a despeito do texto do dispositivo em exame. Caso contrário, não: processo haverá ainda que não voltado ao *reconhecimento* do direito – já suficientemente reconhecido – mas para prática de atos qualitativamente diversos, nem por isso não jurisdicionais. É o que vai ocorrer se houver interposição de recurso da

sentença; para que uma das partes cobre da outra os valores devidos pela sucumbência ou nos casos em que o acordo que levou ao proferimento da sentença do art. 269, III, for descumprido e houver necessidade da prestação de atividade jurisdicional executiva com vistas ao *cumprimento forçado* do que acordado entre as partes. Em todos estes casos, não há espaço para supor que o processo esteja “extinto”.

A subtração da expressão “extinção do processo” do *caput* do art. 269, a bem da verdade, parece se justificar melhor apenas para as hipóteses de seu inciso I, as “verdadeiras” sentenças de mérito e, mesmo para elas, quando o acolhimento do pedido do autor (v. n. 3.2.1, *infra*) significar que, sem prejuízo do perseguimento das despesas processuais, a atividade jurisdicional pode se fazer *indispensável* para a *realização concreta* do direito tal qual reconhecido. É a hipótese prevista no art. 475-I, em que a tutela jurisdicional prestada pelo Estado-juiz e *veiculada* pela sentença é, para fazer uso da nomenclatura proposta por este *Curso* (v. n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), “*executiva*” e, como tal, conducente à necessidade de nova e *qualitativamente* diversa atuação jurisdicional, dando ensejo, por isso mesmo, à percepção de uma nova “etapa” do processo em que serão desenvolvidas atividades jurisdicionais para aquele fim.

Importa analisar, feitas as considerações dos parágrafos anteriores, cada uma das hipóteses do art. 269. A exemplo da ressalva feita pelo n. 3.1, *supra*, a iniciativa é bastante útil porque permite, uma vez mais, a abordagem de determinados assuntos referidos ao longo do volume em contextos diversos, demonstrando quão cíclico é o resultado de uma construção *sistemática* do direito processual civil.

3.2.1. Acolhimento ou rejeição do pedido

A primeira hipótese prevista no inciso I do art. 269 é a de *juízo* do pedido do autor. Trata-se do acolhimento *ou* da rejeição do pedido (ou dos pedidos, se a hipótese for de cumulação; v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte I) tal qual formulado pelo autor, acolhimento (ou rejeição) que pode ser total ou parcial.

É o que, em geral, é denominado “procedência da ação”, “improcedência da ação”, “procedência parcial da ação” ou identificado por fórmulas

similares. Pelas razões expostas pelo n. 3 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, a procedência (ou improcedência) total ou parcial não é, propriamente, da “ação”, mas do *pedido* do autor. A ação não é procedente ou improcedente. Ela reúne, ou não, condições de ser devidamente *exercida e exercitável* ao longo do processo; ela é cabível ou incabível. Na medida em que não se façam presentes aquelas condições, a hipótese é de extinção do processo *sem* resolução de mérito (art. 267, VI; v. n. 3.1.4, *supra*).

Mas não é só o autor que formula pedido(s) para serem apreciados e julgados pelo magistrado. O réu também formula-os quando apresenta “reconvenção” (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte II); quando requer “declaração incidente” (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II); quando argui a falsidade documental (v. n. 8 do Capítulo 2 da Parte II); quando pleiteia exibição de documento ou coisa (v. n. 9 do Capítulo 2 da Parte II), ou, ainda, quando “denuncia a lide” (n. 1 do Capítulo 6 da Parte VII). Em todos estes casos, o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo réu deve receber resposta jurisdicional nas mesmas condições disciplinadas pelo inciso I do art. 269.

Uma sentença que aprecie pedidos do autor e do réu é uma sentença *objetivamente* complexa que possui tantos *capítulos* quantos sejam necessários para o exame de cada pedido, tenham eles sido formulados pelo autor ou pelo réu (v. n. 5, *infra*).

3.2.2. Reconhecimento jurídico do pedido

O reconhecimento jurídico do pedido ou, como quer o inciso II do art. 269, o reconhecimento da “procedência do pedido”, é hipótese de *resolução* de mérito.

É o caso em que o réu, por ato unilateral seu, representativo de sua vontade, deixa de se opor ao pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor, reconhecendo os fatos e as consequências jurídicas por ele pretendidas. Uma tal vontade, contudo, deve ser devidamente *exteriorizada* como tal perante o Estado-juiz porque a figura aqui examinada não se confunde com a “revelia” ou, mais amplamente, com qualquer atitude passiva do réu. Por suas próprias características, é pressuposto do reconhecimento jurídico do pedido a disponibilidade do direito controvertido.

Ao juiz cabe verificar a legitimidade do ato levando em conta apenas os seus aspectos *exteriores*. Não é o caso de investigar por que o réu acabou por ceder ao pedido do autor. Por esta razão é que o ato do réu, mesmo antes da homologação judicial, tem o condão de surtir efeitos processuais (art. 158, *caput*). Eventuais vícios na manifestação de vontade do réu serão apurados, se for o caso, em processo distinto, por intermédio da chamada “ação anulatória” a que se refere o art. 486, assunto examinado pelo Capítulo 1 da Parte III do vol. 5. A sentença condenará o réu no pagamento das despesas processuais e dos honorários de advogado (art. 26, *caput*).

3.2.3. Transação

O inciso III do art. 269 refere-se à resolução de mérito “quando as partes transigirem”. A “transação” referida no dispositivo deve ser entendida amplamente como qualquer meio de autocomposição em que as partes, *com ou sem* a participação do magistrado, cheguem a um acordo quanto ao direito controvertido no processo e, até mesmo, como expressamente admitido pelo art. 475-N, III, quanto a direitos que sequer foram levados à apreciação do Poder Judiciário desde que seja o juízo competente para apreciá-lo, nos termos analisados pelo Capítulo 2 da Parte I.

Diferentemente do que se dá na hipótese do número anterior, a “transação” é ato bilateral das partes, que pressupõe, por isso mesmo, consenso entre os litigantes. A disponibilidade do direito, contudo, é essencial à sua admissão. Tal disponibilidade, contudo, deve ser entendida de acordo com as regras de direito positivo. Assim, por exemplo, é possível haver transação quanto ao *valor* dos alimentos, embora aquele direito seja irrenunciável (art. 1.707 do Código Civil) e o art. 156, III, do Código Tributário Nacional, prevê a *transação* como modalidade de extinção do crédito tributário. Feito um acordo quanto ao pagamento da dívida entre o contribuinte e o Fisco, cabe ao juiz reconhecê-lo pelo proferimento da sentença aqui examinada.

No mais, têm cabimento aqui as mesmas considerações que fecharam o número anterior: a transação, mesmo antes de sua apreciação jurisdicional, têm o condão de gerar efeitos processuais (art. 158, *caput*), cabendo a “ação anulatória” do art. 486 para contrastar eventual vício na manifestação de vontade das partes quanto à sua celebração ou, se for o caso, a “ação

rescisória” fundada no art. 485, VIII, assunto ao qual se volta o n. 6.8 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 5.

Se nada de diferente for ajustado entre as partes, o pagamento pelas despesas processuais será dividido igualmente entre elas (art. 26, § 2º).

3.2.4. Decadência ou prescrição

O reconhecimento da decadência ou da prescrição, de acordo com o Código de Processo Civil, que se refere à hipótese valendo-se do verbo “pronunciar”, leva ao proferimento de sentenças de *mérito*, de acordo com o inciso IV do art. 269.

Este *Curso* não endossa a iniciativa de parcela da doutrina quanto à pesquisa da razão que teria levado o legislador a emprestar àquelas situações o mesmo regime jurídico das demais decisões de mérito. Menos, ainda, questionar a opção *política* do legislador quanto a dar a cada uma daquelas figuras aquele regime jurídico. A opção, tal qual feita, só poderia ser recusada se houvesse alguma agressão ao “modelo constitucional do direito processual civil”. Não é esta a hipótese, contudo, impondo que ela seja observada.

A decadência ganhou pela primeira vez, com o advento do Código Civil de 2002, disciplina legislativa. A sua construção até então era doutrinária e jurisprudencial. Ela deve ser entendida como a perda do próprio direito pelo decurso do tempo. Não se trata, como ocorre com a prescrição, de perda da possibilidade de exigir o direito em face de outrem (art. 189 do Código Civil), mas do próprio direito.

O que releva para cá não é enfrentar os inúmeros desdobramentos que cada uma daquelas figuras comporta na sua perspectiva de direito material e nas suas relações com o processo. Para o número presente, cumpre destacar que a opção política feita pelo legislador de 1973 significa, para todos os fins, que, uma vez constatada a decadência ou a prescrição, o Estado-juíz deve proferir sentença que impede, em um e em outro caso, indistintamente, a rediscussão do direito que motivou o início do processo. Tanto a decadência quanto a prescrição, com efeito, são fatos *extintivos* do direito do autor e, como tais, quando reconhecidos, são obstáculos intransponíveis para que o próprio Estado-juíz analise o pedido de tutela jurisdicional.

Como se trata de decisão de mérito, ela transita em julgado e por isso nenhum outro juízo poderá voltar-se àquele mesmo exame.

Cabe o destaque, outrossim, que a decadência e a prescrição comportam exame oficioso, isto é, independentemente da provocação das partes. Uma tal iniciativa, contudo, não deve ser confundida como se o juiz pudesse ou, quando menos, devesse dispensar em todo e em qualquer caso o contraditório *prévio* ao proferimento de uma decisão sobre a ocorrência ou não de uma daquelas figuras. As razões são aquelas expostas pelo n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte II. A única exceção a este entendimento é a da decadência convencional, por força do que dispõe o art. 211 do Código Civil (v. n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte II). Para ela, o precitado dispositivo impõe iniciativa da parte, ainda que “em qualquer grau de jurisdição”.

3.2.5. Renúncia do direito sobre o qual se funda a ação

A última hipótese de sentença de “resolução de mérito” é a do inciso V do art. 269. Uma tal sentença será proferida “quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação”.

Esta renúncia deve ser entendida, como já destacado no n. 3.2.3, *supra*, como a contraposição da figura prevista no inciso II do mesmo art. 269, o reconhecimento do pedido pelo réu, isto é, trata-se da hipótese de o autor abrir mão do direito (material) sobre o qual pretendeu, até aquele instante procedimental, fosse prestada tutela jurisdicional. A ela, também por isso, são aplicáveis as mesmas considerações expostas naquele número quanto à incidência, na espécie, dos arts. 158, *caput*, e 486.

Questão interessante que se põe é saber se esta renúncia exige prévia concordância do réu, ao menos após o decurso de seu prazo para defesa, da mesma forma que o § 4º do art. 267 exige para os casos de “desistência da ação” (v. n. 3.1.6, *supra*). A resposta é negativa. A situação regulada no inciso V do art. 269 não é de cunho processual mas, bem diferentemente, de cunho *material*. Aqui, ao contrário do que se dá para aquele outro caso, o óbice à atuação do Estado-juiz encontra-se fora do processo, no plano material, e desde que as regras materiais o permitam – o direito tem que ser disponível –, o juiz não pode impedir que o autor renuncie a uma posição de vantagem sua. Se isto se der, o proferimento de sentença de mérito nos

moldes do dispositivo aqui em exame é impositivo porque não há mais, no plano material, qualquer “direito” a ser tutelado em prol do autor e, nesta condição, não há mais razão para o Estado atuar. A renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação é ato unilateral do autor.

Um óbice que poderia ser levantado a esta conclusão diz respeito à posição do réu e à sua busca de tutela jurisdicional. O óbice, ao contrário do que se dá para o art. 267, VIII, não existe aqui. É que a renúncia do direito do autor, quando reconhecido por sentença, acarreta a tutela jurisdicional que pretendia obter o réu. Por isso, porque a hipótese *necessariamente* conduz à prestação daquela *mesma* tutela, não há espaço para exigir oitiva do réu, embora, por força do princípio do contraditório, sua determinação seja iniciativa correta.

Embora nada diga a respeito de forma expressa, é irrecusável a aplicação, à hipótese, do art. 26, *caput*, pelo qual o autor responderá pelo pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, entendimento que decorre, mais amplamente, da “teoria da causalidade” que rege o tema no Código de Processo Civil (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

4. A SENTENÇA COMO ATO PROCESSUAL

O estudo da sentença vai muito além das considerações expostas nos números anteriores, que se voltam ao exame de sua *função* processual. Sentença é ato processual formal e, por isso, depende de elementos formais, tais quais exigidos pela lei, para que possa ter existência jurídica e validade e, conseqüentemente, pretender surtir seus regulares efeitos. É a obtenção destes efeitos que justificam, em última análise, o próprio rompimento da inércia da jurisdição (v. n. 9, *infra*).

De acordo com o art. 458, são “*requisitos* essenciais da sentença” “o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; e o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”. Apesar da nomenclatura da lei, é mais correto fazer referência a “*elementos*” e não a “*requisitos*” das sentenças porque, por definição, são os *elementos* as partes constitutivas do todo.

Não só as sentenças deverão ter os elementos exigidos pelos três incisos do art. 458, mas também os acórdãos. É o que expressamente dispõe o art. 165. Pertinente destacar que sentença não é sinônimo de acórdão ou de manifestação de tribunal. Nem todo acórdão tem conteúdo de sentença ou faz as vezes de sentença. O Código de Processo Civil não empregou critério homogêneo quanto à classificação dos atos processuais (sentença, decisões interlocutórias e acórdãos), pelo que o art. 165 poderia ser interpretado, em função da remissão ao art. 458, como se se referisse apenas aos casos em que o acórdão tivesse conteúdo de sentença (arts. 267 e 269). Não é assim. *Qualquer* acórdão deve obedecer ao art. 458, mesmo quando decidir acerca de decisão interlocutória em recurso de agravo.

Na verdade, toda *decisão* jurisdicional, não só as sentenças, deve observar o disposto no art. 458. Este artigo estabelece um verdadeiro “roteiro lógico” a ser seguido pelo julgador em qualquer caso. A questão que é submetida a julgamento e as razões fáticas e jurídicas de sustentação dessa questão devem ser expostas para que o direito seja fundamentadamente aplicado à espécie. De qualquer sorte e seguindo a linha de exposição usualmente encontrada em doutrina, a referência é feita aqui sempre a elementos *da sentença*.

Tanto assim que é bastante comum a doutrina acentuar que a sentença encerra um silogismo composto de premissas necessárias para se chegar a uma conclusão, cada uma dessas assertivas correspondendo a um dos elementos exigidos pelos três incisos do art. 458. Assim, o *relatório* e a *fundamentação* (art. 458, I e II) corresponderiam às premissas, maior e menor, respectivamente, enquanto o *dispositivo* (art. 458, III) equivaleria à conclusão, aplicando a vontade *abstrata* da lei no caso *concreto*.

4.1. Os elementos essenciais da sentença

O art. 458 arrola os elementos *essenciais* denominados de *estruturais* ou *intrínsecos* da sentença em número de três: relatório, fundamentação e dispositivo.

O *relatório* da sentença é a parte na qual o julgador indica qual é o conteúdo da postulação do autor e da resposta do réu (uma síntese da “fase *postulatória*”). Toda matéria relativa ao estabelecimento do contraditório (pretensão e resistência) deve ser exposta nessa parte da sentença. O

relatório também deverá indicar o que entender relevante que tenha ocorrido na “fase *ordinatória*”, mormente quando nela houver novas alegações (v., em especial, os ns. 3 a 5, 7 e 10 do Capítulo 1 da Parte III) e na “fase *instrutória*”.

É fundamental que o relatório indique não só as questões de fato decorrentes da postulação e da resistência, mas também as questões jurídicas aventadas pelos sujeitos do processo. Deve descrever, por exemplo, as preliminares levantadas quando da apresentação da contestação e a manifestação do autor sobre elas, a existência de algum agravo retido e a argumentação final desenvolvida nas alegações finais ou nos “memoriais”. Tudo o que for relevante para a *decisão* deve ser exposto no relatório porque é nele que o julgador *demarcará* o que será discutido e resolvido pela sentença.

Exposta a causa – a tese e a antítese –, cumpre ao julgador analisar *criticamente* as *questões* de fato e de direito, *resolvendo-as*. É o que o inciso II do art. 458 denomina de *fundamentos*. Por “questões” de fato e de direito devem ser entendidos os *pontos* sobre os quais autor e réu controverteram (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II). Essa segunda parte “lógica” da sentença (a referente à *fundamentação* ou à *motivação*) é o momento em que o juiz desenvolve seu raciocínio à luz do material carreado aos autos, aplicando, sobre as premissas fáticas que estabelece (no “relatório”), as regras de direito. Tudo o que for relevante para o deslinde da causa deve ser apreciado *e resolvido* nessa *parte* da sentença.

Embora a maior parte da doutrina e a jurisprudência amplamente predominante se manifestem em sentido contrário, é fundamental que também os argumentos ou as teses que, *ao julgador*, pareçam ser de menor ou nenhuma relevância para o julgamento sejam identificadas e rejeitadas *com esta fundamentação*. Caso contrário, não há como verificar em que condições o juiz encontrou os fundamentos *suficientes* para julgamento da causa, isto é, para alcançar a parte dispositiva da sentença. Tanto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cristalizada na Súmula 211, admite a apresentação de embargos de declaração (art. 535, II) para suprir omissão relativa ao não enfrentamento *e* resolução de questão fundamental (essencial) para o deslinde do processo. Importante o enfrentamento explícito de todas as questões trazidas pelos sujeitos do processo, ademais,

porque o magistrado não fica vinculado à fundamentação jurídica trazida pelas partes ao longo da fase postulatória. Pode o juiz valer-se de norma jurídica não ventilada até então nos autos para dar solução à controvérsia. É este o alcance que tem o brocardo *jura novit curia*.

Nunca é demais salientar que a *fundamentação* das decisões jurisdicionais é expressamente exigida pela Constituição (art. 93, IX; v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). O próprio Código de Processo Civil, ao estabelecer, no art. 131, liberdade do juiz na apreciação das provas (“princípio do livre convencimento motivado”; v. ns. 4 e 6 do Capítulo 1 da Parte IV), impõe, *como contrapartida*, que a sentença indique os motivos que formaram o seu convencimento. A necessidade de fundamentação ou motivação das decisões jurisdicionais é, a ênfase é essencial, uma decorrência (uma imposição) do modelo político de Estado adotado pelo Brasil.

A circunstância de decisões que não são sentenças (decisões interlocutórias) poderem ser *concisamente* fundamentadas (art. 165) não desmerece a aplicação *necessária* do art. 458 a *qualquer* decisão. Muito pelo contrário, confirma-a porque a *fundamentação* é apenas *um* dos elementos referidos pelo art. 458. Tanto que a segunda parte do *caput* do art. 459 também autoriza que as *sentenças* de extinção do processo *sem* resolução de mérito (“sentenças *terminativas*”, art. 267) possam ser fundamentadas de modo *conciso*. A fundamentação concisa nesses casos deve ser entendida como a que seja *suficiente* para os fins a que se predestina, isto é, para *embasar* e *justificar* a extinção do processo *sem* resolução de mérito. Se a *concisão* da motivação dispensa, sem dúvida, o enfrentamento de questões relativas à resolução do mérito, ela não autoriza o julgador, ao longo da fundamentação, a deixar de analisar adequadamente eventual discussão travada entre as partes acerca das razões que, em seu entender, conduzem à extinção *anormal* do processo nos moldes do art. 267. A fundamentação sucinta, outrossim, não dispensa o magistrado de *justificar* a extinção do processo *sem* análise do mérito quando, de ofício, verificar a ocorrência de alguma das hipóteses disciplinadas naquele dispositivo (art. 329; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte III). Fundamentação *concisa*, destarte, não é sinônimo de *falta* ou de *deficiência* de fundamentação. Nesta hipótese, não naquela, ocorre nulidade.

Por fim, o *dispositivo* é a parte final da sentença que encerra ou que *conclui* as premissas lançadas nos relatórios e na parte da fundamentação da sentença, aplicando a regra *abstrata* de direito ao caso *concreto*. Embora o art. 458, III, refira-se, a exemplo do inciso II do mesmo dispositivo, a resolução de *questões*, é mais correto o entendimento de que o dispositivo reserva-se, de regra (e se não houver nenhuma espécie de *defeito* no processo que conduzirá a seu *descarte* nos termos do art. 267), à resolução da *lide*, do *mérito*, do *objeto litigioso*, à resolução do conflito de interesses que motivou a demanda, isto é, ao pedido do autor e àqueles pedidos de tutela jurisdicional que, ao longo do processo, foram formulados. O dispositivo, portanto, representa, de regra, o instante culminante do processo porque é nele que o julgador adjudicará o bem da vida ao autor ou ao réu (“sentença *definitiva*”, de mérito). O dispositivo deve decorrer necessariamente do quanto enfrentado e resolvido ao longo da fundamentação.

É na parte *dispositiva* da sentença que estão indicados os *efeitos* que poderão ser sentidos, de acordo com o pedido formulado pelo autor. É o dispositivo – e só ele – que se tornará, se se tratar de decisão de mérito, imutável, em virtude da coisa julgada material (arts. 467 e 468; v. n. 2 do Capítulo 2), com exceção dos casos de “pedido incidental de declaração” (arts. 5º, 325 e 470; v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II) e da “justiça da decisão”, que caracteriza a intervenção do assistente (art. 54; v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte VII), que tornam imutável *também* a fundamentação da sentença, pelo menos no que diz respeito à identificação da premissa necessária para *decidir* a causa.

4.2. Outros elementos da sentença

Não obstante o disposto no art. 458, há outros elementos que a sentença deve possuir sob pena de comprometer a sua existência jurídica, a sua validade e, conseqüentemente, a sua eficácia, isto é, a aptidão de produzir os seus regulares efeitos.

Aplica-se a elas, como, de resto, a qualquer outro pronunciamento judicial (despachos ou decisões; v. n. 4.1.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), o disposto no art. 164: as sentenças devem ser redigidas, assinadas e datadas pelos juizes. Quando ditadas em audiência (arts. 281 e 456), elas

serão reduzidas a escrito pelo auxiliar competente, submetendo-a ao magistrado para revisão e assinatura.

O parágrafo único do art. 164, por sua vez, admite que os juízes assinem eletronicamente as sentenças com observância do disposto na Lei n. 11.419/2006.

Uma vez que a sentença seja *materialmente* existente, ela deve ser publicada, isto é, tornada pública, imposição decorrente do “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Quando proferida em audiência, a sua publicidade é verdadeiramente instantânea. À medida que seja exteriorizada, ela se torna pública. Quando a sentença for proferida pelo juiz fora de audiência, impõe-se que ela seja registrada e juntada aos autos, condição suficiente para a sua publicidade. É importante não confundir este ato com a da *intimação* dos advogados das partes para início do prazo para apresentação de recursos à sentença. Para esta hipótese, volta-se o inciso I do art. 506, quando a audiência é proferida em audiência, e o inciso II do mesmo dispositivo, quando a sentença é proferida fora da audiência.

Além dos elementos *estruturais* ou *intrínsecos* da sentença até aqui tratados, contudo, a doutrina indica outros, relativos à “inteligência do ato” (assim, por exemplo, Moacyr Amaral Santos), que também desempenham papel fundamental para a validade e eficácia daquele ato processual.

Toda sentença deverá ser *clara*. Por sentença *clara* deve ser entendida a ausência de ambiguidade ou equivocidade na sentença, não devendo haver espaço para qualquer forma de dúvida ou hesitação para verificar o que foi e o que não foi decidido, sobre seus efeitos e seu alcance, tanto no aspecto *subjetivo* como no *objetivo*. Eventuais obscuridades podem ser sanadas pelo recurso de embargos de declaração (art. 535, I).

A sentença deve ser *precisa*, o que decorre do art. 459, *caput*, que exige que ela acolha ou rejeite, no todo ou em parte, o pedido do autor. Como o pedido deve ser, em regra, *certo e determinado* (art. 286; v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II), não haveria como admitir que a sentença (que é a resposta jurisdicional ao pedido do autor) deixasse de observar, necessariamente, essas mesmas características. Daí a ideia de que a sentença, para ser precisa, deve conformar-se aos *limites* (quantitativos e qualitativos) do pedido do autor.

A sentença, por fim, deve ser completa. Ela, como resposta ao pedido de tutela jurisdicional, deve enfrentar cada um dos pedidos que tiverem sido formulados, hipótese que ganha maior interesse quando a lei permite a cumulação de pedidos desde a própria petição inicial ou ao longo do processo. Para conceder ou para negar, todos os pedidos formulados precisarão ser analisados e julgados pelo juiz. Para sanar eventual *omissão* daí decorrente, também cabe o recurso de embargos de declaração (art. 535, II).

4.3. Ausência de algum elemento da sentença

O objeto de regramento do art. 458 são os elementos da sentença, assim entendidos os que devem estar sempre presentes para sua existência jurídica, validade e eficácia. Daí serem uníssonas doutrina e jurisprudência no sentido de que, faltante um dos elementos do art. 458, a sentença é *nula*, podendo ser declarada como tal até em segundo grau de jurisdição de ofício, isto é, independentemente de provocação de qualquer dos sujeitos do processo.

Justamente por seu caráter de essencialidade são cabíveis embargos de declaração para suprir omissão de sentença consistente na não observância do art. 458 (art. 535, II). Superada a fase dos declaratórios e do julgamento de recurso pelas instâncias superiores, o trânsito em julgado de sentença, tirada ao arripio do art. 458, enseja a propositura de “ação rescisória” fundada no art. 485, V, assuntos aos quais se volta o n. 2 do Capítulo 8 da Parte I e o n. 6.5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 5, respectivamente.

Se a falta for de algum dos outros elementos relativos à *documentação* da sentença como ato processual (v. n. 4, *supra*), a ausência pode ser suprida de ofício pelo próprio magistrado, a pedido de uma das partes ou, até mesmo, por ato do escrivão, como admite o art. 463, I (v. n. 8, *infra*).

Em se tratando de elemento que diga respeito à *inteligência* da sentença, o caso reclama a apresentação dos recursos cabíveis, a começar pelos embargos de declaração com fundamento no art. 535, I ou II, assunto ao qual se volta o n. 2 do Capítulo 8 da Parte I do vol. 5.

5. CAPÍTULOS DA SENTENÇA

Nem sempre a sentença resolverá um só pedido formulado por um só autor em face de um só réu e, mesmo em casos como estes, nem sempre haverá uma só *questão* a ser por ela decidida. Pode acontecer que o autor tenha formulado mais de um pedido em face de um mesmo réu; que vários autores tenham formulado diversos pedidos em face de um ou mais de um réu; que, por iniciativa do réu, outros pedidos tenham sido formulados valendo-se do mesmo processo (reconvenção e denunciação da lide, por exemplo). Mesmo em processos que não possuam objeto composto ou complexo, entretanto, não há como negar que o juiz deverá enfrentar, sempre, outras questões que decorrem do próprio julgamento, como, por exemplo, a responsabilização pelas verbas de sucumbência (v. n. 10.2, *infra*). Em todos esses casos, a sentença deverá resolver *todas* as questões ou pedidos que foram suscitados.

A teoria dos chamados “capítulos da sentença” tem o condão de viabilizar uma melhor compreensão da sentença e de todos os julgamentos que nela deverão ser feitos pelo juiz. Correspondem, na concepção daquele que a introduziu nas letras jurídicas nacionais, às “partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma prestação distinta” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. 3, p. 198).

É importante que a sentença analise as diferentes pretensões e os seus respectivos desdobramentos indicando *individualmente* (mormente na parte dispositiva) os resultados de cada operação lógica que o julgador tenha desenvolvido. Mais do que técnica de racionalização de proferimento da sentença, a análise *compartimentada* de cada pretensão, de cada questão ou de cada desdobramento das diversas questões que devem ser resolvidas para o julgamento, indicando-os precisamente, é fundamental para se verificar o real alcance da sentença, seus efeitos, o que estará, ou não, acobertado pela coisa julgada material e, bem assim, possibilitar a constatação do que, a final, foi concedido e negado pelo juiz, até mesmo para fins de verificação de interesse recursal. Idealmente falando, embora a sentença seja, em qualquer caso, uma só do ponto de vista formal, é como se para cada questão resolvida pelo juiz houvesse uma “parte” (um *capítulo*) própria, distinta da outra.

A existência de diversos capítulos *decididos* na sentença, contudo, não afeta o cabimento do recurso de apelação contra ela dirigida (art. 513), é dizer: independentemente da matéria contida em cada um destes capítulos da sentença, o recurso cabível contra ela é, sempre e em qualquer caso, o de apelação.

6. CORRELAÇÃO ENTRE PEDIDO E SENTENÇA

O art. 460 é aplicação concreta dos princípios da “inércia da jurisdição” ou da “adstrição do juiz ao pedido”, construídos a partir dos arts. 2º, 128 e 262 (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), e deve ser entendido como a exigência de correlação necessária entre o que foi pedido pelo autor e o que foi decidido na hipótese do art. 269, I. A sentença deve ficar *limitada* ao que o autor, *qualitativa e quantitativamente*, requereu desde sua petição inicial (art. 282, IV; v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II) levando em conta o que se acrescentou ao objeto litigioso ao longo do processo nos casos que a lei autoriza, assim, por exemplo, a reconvenção, o pedido incidental de declaração, a denunciação da lide. Daí ser vedado ao julgador, de acordo com o art. 460, proferir sentença de natureza diversa do pedido ou condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi pedido. O mesmo princípio também vincula a iniciativa do juiz quando é o réu quem formula pedido em face do autor, como se dá nos casos de reconvenção, declaração incidente ou denunciação da lide.

Assim, por exemplo, se a autora, RG, demanda a ré, PMP, reclamando o não pagamento de uma dívida de R\$ 93.759,00, o julgador, enfrentando o mérito, só poderá condenar ou deixar de condenar a ré, PMP, no pagamento da totalidade da dívida ou de parte dela. É-lhe vedado que apenas *declare* a existência da dívida (variação quanto à *natureza* do pedido e da sentença); que determine pagamento que supere os R\$ 93.759,00 (ressalvados os acréscimos decorrentes da própria lei) ou que, ao invés de *condenar a pagar*, determine que a autora fique, *como pagamento*, com um imóvel que pertence à ré, de valor equivalente ao da dívida.

É certo, contudo, que, no atual estágio da ciência processual civil, cada caso concreto pode, à luz de suas próprias vicissitudes, comportar alguns temperamentos em relação à rigidez da afirmação constante do parágrafo anterior. Isso porque, na linha proposta pelo n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III

do vol. 1, é bastante tênue a distinção entre a “natureza” de algumas sentenças quando classificadas pelos *efeitos* da tutela jurisdicional nela veiculada, para empregar a nomenclatura adotada pelo art. 460 (v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II) – bem ilustra a afirmação o quanto decidiu a 3ª Turma do STJ no REsp 1.286.144/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.un. 7.3.2013, DJe 1º.4.2013 –, e também porque o inciso I do art. 475-N rende ensejo a interessante discussão sobre fazer as vezes de uma “condenação” (“tutela jurisdicional *executiva*”), o mero *reconhecimento* judicial de um direito, assunto do qual se ocupa o n. 4.1 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3.

A mesma diretriz deve ser observada nos casos em que a própria lei permite que a sentença conceda “objeto diverso do demandado”, ainda para aplicar a nomenclatura do art. 460, como se verifica, por exemplo, quando o juiz, verificando a impossibilidade da concessão de “tutela jurisdicional *específica*”, impõe ao réu a responsabilidade pelas perdas e danos correspondentes, isto é, concede, em favor do autor, “tutela jurisdicional *genérica*”, forte no que lhe permite expressamente o art. 461, § 1º (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 e n. 2 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3).

Não agride o dispositivo em comento a permissão *legal* de a sentença conceder pedido não formulado pelo autor. Assim, por exemplo, nos casos de prestações periódicas (art. 290), inclusão de correção monetária (art. 1º da Lei n. 6.899/1981) e juros de mora (art. 293). Também não viola o art. 460 a sentença que condena o réu, sucumbente, no pagamento de honorários advocatícios (art. 20), independentemente de pedido do autor. Não pode o julgador condenar em honorários superiores ao eventualmente pedido, entretanto. Em todos estes casos, a concessão daquelas verbas é medida imposta pela própria lei e, como tal, não pode deixar de constar da sentença (v. n. 10.2, *infra*).

Embora o art. 460 trate de *pedido*, é importante destacar que também viola seu princípio norteador a sentença que se vale de *causa de pedir* estranha à formulada pelo autor (art. 282, III; v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte II) ou que considere no julgamento *defesa* do réu (“causa de resistir”; v. n. 2.3 do Capítulo 3 da Parte II) sobre a qual a *lei* exija sua iniciativa. Assim, a sentença deverá levar em conta não só os fatos *constitutivos* do direito do autor, mas também os fatos modificativos, impeditivos e extintivos trazidos

pelo réu na exata medida em que alegados (e provados) pelas partes, salvo quando há autorização para atuação oficiosa do magistrado (art. 128). Embora polêmica a questão, o art. 462 excepciona essas conclusões quando houver fatos *supervenientes* que possam ser apreciados de ofício (v. n. 7, *infra*). Também contraria o art. 460 a sentença que levar em conta quem não é *parte* no processo ou que nele não interveio a título algum (v. n. 6.1, *infra*).

6.1. Vícios da sentença

Tendo presentes as considerações do número anterior, somadas àquelas expostas pelo n. 2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1, quando a sentença vai além do pedido, isto é, quando a sentença dá ao autor mais do que ele pediu, quantitativa ou qualitativamente, é ela *ultra petita*. A sentença que concede ao autor providência não pleiteada (de natureza ou objeto diverso do requerido) é *extra petita*. Trata-se, nesse caso, de dar ao autor coisa *diversa* da que pediu ou, até mesmo, de julgar demanda diversa daquela trazida ao Estado-juiz pelo autor (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1). Quando a sentença deixa de apreciar algum pedido formulado pelo autor, inclusive um dos pedidos *cumulados* (arts. 288, 289 e 292) ou parcela de pedido, é ela *infra* ou *citra petita*.

Todos esses casos são identificados pela doutrina como sendo, para empregar a nomenclatura geralmente empregada, de “nulidades *absolutas* ou *cominadas*” da sentença (v. n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), que, se não corrigidos no processo em curso, dão ensejo à propositura de “ação rescisória” (art. 485, V). Durante o processo, é possível a correção desses vícios pela oportuna apresentação de embargos de declaração (art. 535) que, reconhecido o vício, terão, inegavelmente, efeitos modificativos. Ultrapassada a oportunidade de apresentação dos declaratórios, o vício é passível de correção por recurso de apelação ou, até mesmo, por recurso extraordinário e/ou especial. Todos estes temas ocupam os Capítulos 8, 6 e 11 da Parte I do vol. 5, respectivamente.

Nos casos de *excesso* de sentença, isto é, de julgamentos *ultra* ou *extra petita*, sua correção significará, na medida do possível, e desde que isso não acarrete supressão de instância, a *redução* ao que e por que foi pedido pelas partes que participaram do contraditório. No caso de julgamento *infra* ou *citra petita*, a correção poderá ser efetivada pela *complementação* do

julgado, desde que haja condições para tanto (prova produzida em contraditório). Têm incidência, na hipótese, não só o art. 535, II, mas, também, o art. 515, § 1º.

Não há qualquer vício na sentença que acolhe, em parte, o pedido do autor, rejeitando outra parte ou outro pedido. Uma tal sentença (e, mais amplamente, uma tal decisão) não deve ser considerada *infra petita* no sentido acima destacado. Embora ela fique *aquém* daquilo que foi pedido, a hipótese não é de nulidade, não é de vício no julgamento. O caso, bem diferentemente, é de procedência *parcial*, de acolhimento *parcial* do pedido, de prestação parcial da tutela jurisdicional pedida, sujeitando as partes interessadas na obtenção do que lhes foi negado pela sentença a interporem os recursos cabíveis.

Cabe frisar, por fim, que a ocorrência de decisão *extra* ou *ultra petita* no sentido discutido neste número pressupõe que o direito material imponha iniciativa da parte para formular, ao Estado-juiz, pedido de tutela jurisdicional, isto é, em situações em que prevalece o “princípio dispositivo”. Sempre que o plano material autorizar a atuação de ofício do magistrado (“princípio inquisitório”), os defeitos apontados devem ser afastados. O que se deve observar, em casos que tais, contudo, é a prévia observância do *contraditório* para viabilizar a *ampla defesa* pelos litigantes, evitando o proferimento de decisões “surpresa” que levem em conta no julgamento questões *estranhas* ou *novas* ao debate ocorrido no processo até aquele instante. Decisão proferida ao arrepio dos princípios constitucionais destacados incide em *error in procedendo*, merecendo, por essa razão, ser invalidada; não por violação ao art. 460. Para essa discussão, distinguindo os limites de atuação do magistrado desde o plano material, v. a decisão que a 4ª Turma do STJ proferiu no REsp 864.699/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 19.6.2008, DJe 30.6.2008, com a honrosa citação da 1ª edição deste vol. 2, tomo I. A diretriz daquele julgado acabou sendo agasalhada pela Súmula 381 daquele mesmo Tribunal, cujo enunciado é o seguinte: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

6.2. Pedido certo e sentença ilíquida

O parágrafo único do art. 459 veda que, uma vez formulado pedido certo, possa a sentença ser ilíquida, isto é, uma sentença que não *quantifique* o pedido do autor. Alguns autores chegam a sustentar que, na impossibilidade de descobrir o *valor* do direito reconhecido o autor, o caso seria de *improcedência* do pedido ou, quando menos, de o juiz converter o julgamento em diligência, isto é, reabrir a “fase *instrutória*”, em busca de provas suficientes para aquela finalidade (art. 130; v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte IV).

A interpretação mais adequada para o dispositivo e que vem recebendo apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se deve deixar para a “fase de liquidação de sentença” (arts. 475-A a 475-H; v. Capítulo 5 da Parte I do vol. 3) atividade que já *pode* ser resolvida na “fase instrutória”, e que diga respeito à identificação do valor *certo* pretendido pelo autor. Até para que não ocorra a chamada “liquidação zero” que, embora admitida pela doutrina e pela jurisprudência, não deixa de ser uma forma de *esvaziar* por completo o conteúdo da sentença, tornando inócua e frustrante a prestação jurisdicional.

Assim, se o autor formulou pedido *certo*, não pode a sentença ser ilíquida *desde que* já existam informações suficientes para, a este respeito, ser apreciada e decidida pelo juiz, vale dizer, para que ele profira “sentença *líquida*”. Havendo possibilidade, pois, a sentença deverá indicar, desde já, não só o *an debeatur* (a definição do “direito” tal qual reconhecido jurisdicionalmente, literalmente, “o que é devido”), mas também o *quantum debeatur* (a expressão monetária, o valor, daquele mesmo direito, literalmente, o “quanto é devido”). Diferentemente, quando isto não for possível, haverá espaço para, depois do proferimento da sentença e observado amplo contraditório, fixar o *quantum debeatur*, na chamada “fase de *liquidação* de sentença”. O parágrafo único do art. 459, destarte, é, nitidamente, regra instituída em favor do autor. Nesse contexto, assume importância a “liquidação por artigos”, quando deverá ser alegado e provado *fato novo* (art. 475-E). Entendimento diverso seria tornar inócua a prestação jurisdicional em casos como os regulados pelo dispositivo.

Decorre dessa interpretação do dispositivo a tese de que a violação ao parágrafo único do art. 459 é caso de “nulidade *relativa* ou *sanável* ou *não cominada*”, para fazer uso das expressões largamente aceitas pela doutrina

(v. n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), isto é, nulidade que admite a sua convalidação, mas que só pode ser declarada em favor do autor quando ele comprovar a existência de algum prejuízo seu (arts. 249, § 2º, e 250, parágrafo único). É esse o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, maior prova a Súmula 318 daquele Tribunal: “Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida”.

A hipótese inversa da regulada pelo parágrafo único do art. 459, é dizer, de formulação de pedido *ilíquido* e o proferimento de sentença *líquida*, é admitida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quando, ao longo da “fase *instrutória*”, o *quantum debeatur* acabar sendo objeto de discussão e prova sem prejuízo do desenvolvimento do contraditório e da ampla defesa do réu. Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 647.262/ES, rel. Min. Castro Filho, j.un. 15.8.2006, DJ 11.9.2006, p. 253; STJ, 4ª Turma, REsp 216.718/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 6.6.2006, DJ 28.8.2006, p. 292; STJ, 4ª Turma, REsp 647.448/RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j.un. 2.8.2005, DJ 29.8.2005, p. 355.

Trata-se de diretriz que, com a Lei n. 11.232/2005, veio para prevalecer em alguns dos casos que devem tramitar sob o procedimento sumário (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte VI) e que, à luz do princípio da economia e da eficiência processuais, pode e deve ser generalizado para os demais procedimentos, inclusive o ordinário (v. n. 9 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3).

6.3. Sentença e relação jurídica condicional

A sentença deve ser sempre certa e determinada a exemplo do que o art. 286 exige para o pedido (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II), por isso a usual afirmação de que a petição inicial é “projeto de sentença” (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte II). O parágrafo único do art. 460, quando expressamente admite o proferimento de sentença que decida relação jurídica condicional, *não* excepciona esta regra. Não se trata, aqui, de admissão do proferimento de *sentença condicional*. Muito pelo contrário. O que o parágrafo único do art. 460 prevê é a possibilidade de a sentença decidir e resolver *relação jurídica de direito material condicional* que, nos termos do art. 121 do

Código Civil, é aquela cujos efeitos dependem da ocorrência de evento futuro e incerto.

Assim, atendendo a essa peculiaridade de *direito material*, é possível o proferimento de sentença que, não obstante relativa a relação *condicional*, seja *certa*. Não se trata, destarte, de sentença que dependa, ela mesma, de *condição* para surtir seus efeitos, o que é vedado. É a relação jurídica de direito material por ela decidida e julgada (isto é, reconhecida) que depende, por sua própria característica, da ocorrência de evento futuro e incerto. Entendimento diverso seria violar o art. 126 e a própria *ratio* da prestação jurisdicional, de eliminação de incertezas. A sentença, em si mesma, é certa quanto à existência da relação jurídica e quanto à circunstância de que se trata de relação jurídica condicional, que deverá descrever com a maior precisão possível.

Complementa o dispositivo em tela o art. 572, que exige a demonstração da ocorrência da condição para dar início à fase executiva quando o título executivo respectivo disser respeito a relação jurídica condicional como a aqui destacada (v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 3).

7. A SENTENÇA E OS FATOS E O DIREITO SUPERVENIENTES

O art. 462 agasalha o princípio de que a sentença deve refletir o estado de fato e também de direito (v. n. 7.3, *infra*) vigente no momento do *julgamento* e não no início do processo. Daí admitir expressamente que *novos* fatos podem (e *devem*, consoante a hipótese) ser levados em conta pelo juiz quando do proferimento da sentença para que ela reflita o estado *atual* do conflito existente entre as partes.

A regra não trata da ocorrência de *quaisquer* fatos após a propositura da ação mas, apenas e tão somente, dos fatos *relevantes* ao julgamento da causa.

Os fatos *novos* de que trata o art. 462 só podem ser entendidos como os que ocorrem *depois* do início do processo. Não se trata, aqui, dos fatos que, ocorridos anteriormente, não foram oportunamente arguidos pelo autor ou pelo réu ao longo do processo. O dispositivo, dessa forma, não *excepciona* e não *desconsidera* eventuais preclusões já consumadas em desfavor do autor

ou do réu em virtude da não alegação (e produção da prova correspondente) de fato pretérito, preexistente. Para os fins do art. 462, mister que o fato tenha nascido *depois* do início do processo.

A admissibilidade da atuação oficiosa do julgador para os fatos supervenientes deve ser entendida de acordo com o sistema processual civil. Somente quando houver autorização legal de sua atuação *sem* provocação das partes é que o “fato novo” poderá (*rectius*, deverá) ser levado em conta quando do proferimento da sentença. Não quando a iniciativa das partes for necessária para tal finalidade. Aplica-se, para o art. 462, dessa forma, o disposto no art. 128.

Em todos os casos, independentemente de quem tenha tomado a iniciativa de trazer o “fato novo” para o processo, o princípio do contraditório deverá ser respeitado, ouvindo-se a parte contrária sobre ele. Considerando que o referido princípio deve reger a atividade do juiz em relação a *ambas* as partes, é correto o entendimento segundo o qual as partes deverão ser *previamente* ouvidas acerca de fato (ou direito; v. n. 7.3, *infra*) novo quando invocado officiosamente pelo magistrado (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

7.1. Fato novo e o autor

O *autor* poderá trazer ao julgador fatos *constitutivos* do direito alegado que tenham ocorrido *após* o início do processo. Não há como deixar de admitir, portanto, que o art. 462 *tempera* a rigidez do princípio da “estabilização da demanda” que decorre da conjugação dos arts. 264 e 294 (v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte III) – uma verdadeira exceção àqueles dispositivos, devidamente expressa na lei – e, nesse sentido, afina-se ao princípio da *economia e da eficiência processuais* (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), já que torna desnecessário uma renovada iniciativa do autor em um novo e distinto processo para discutir questão que, embora superveniente, pode ser colocada para debate no processo já em curso. Até porque, mesmo a *coisa julgada material* não impediria que o autor discutisse em *novo e futuro* processo fato *constitutivo* diverso do que qualifica a causa de pedir já levada a exame perante o Estado-juiz porque, de acordo com o art. 468, a coisa julgada limita-se, *na perspectiva do direito do autor*, às questões por ele levadas a juízo (v. n. 4 do Capítulo 2).

A consideração de fato constitutivo do direito do autor *superveniente* não acarreta julgamento *extra petita* (v. n. 6.1, *supra*). Muito pelo contrário, trata-se da escorreita aplicação do art. 462. É fundamental que seja observado o princípio do contraditório com a *necessária* oitiva do réu *antes* de o “fato novo” ser levado em conta quando do julgamento da causa, vale dizer, antes que ele possa ser considerado pelo julgador para formação de sua convicção pessoal acerca da controvérsia.

O tema, de qualquer sorte, não é tranquilo, quer em doutrina, quer em jurisprudência. Há aqueles que entendem que o art. 462 não autoriza a alteração da causa de pedir (art. 282, III), não sendo exceção ao sistema dos arts. 264 e 294, a despeito de sua previsão legal.

O entendimento predominante, com efeito, é o de que os fatos supervenientes admitidos pelo art. 462 são apenas os “fatos *simples*”, isto é, os que não têm aptidão de alterar a causa de pedir mas, apenas e tão somente, de prová-la, confirmá-la ou delimitá-la (v. n. 2.3 do Capítulo 3 da Parte II). Assim, para exemplificar, o que o art. 462 autoriza é que vencida, no curso do processo, a dívida, não há como negar ao autor seu interesse de agir. O que releva é que, quando do sentenciamento do feito, seja a obrigação exigível. O mesmo seja dito para a obtenção, durante uma “demanda reivindicatória”, do registro do imóvel reivindicando sem o que o pedido do autor seria rejeitado. O art. 462, no entanto, não admitiria – e é este, vale repetir, o entendimento largamente majoritário – que se trouxesse ao processo notícia de adultério cometido por um dos cônjuges se a demanda em que se pretendia o divórcio fundava-se na ocorrência de violação a outro dever conjugal.

Pelas razões expostas no início deste número, forte no “modelo constitucional do direito processual civil”, este *Curso* não pode deixar de emprestar sua adesão ao entendimento minoritário.

7.2. Fato novo e o réu

Também o réu pode tomar a iniciativa de alegar (e provar) fatos *novos*, ocorridos depois da apresentação de sua defesa, temperando, assim, o princípio da *eventualidade* (art. 300). Afinado ao art. 303, I, o art. 462 admite que o réu traga à consideração do juízo fatos *modificativos* ou *extintivos* do direito do autor que ocorreram posteriormente ao instante

procedimental de sua primeira alegação (contestação) e que são *relevantes* para o deslinde da controvérsia. A lei nada dispõe, a essa altura, acerca dos fatos *impeditivos* que poderiam ser alegados pelo réu. Certamente porque não há como conceber, por definição, fatos *impeditivos* (a *anulabilidade* ou *nulidade* do negócio jurídico, por exemplo), que não sejam *anteriores* ou *contemporâneos* à formação do negócio jurídico levado a juízo.

Confirma-se, deste ângulo de análise da questão, que os fatos *novos* que poderão influenciar o julgamento da causa nos termos do art. 462 são os *ocorridos depois* do início do processo e não aqueles ocorridos *antes* e que as partes, por um ou outro motivo, deixaram de alegar tempestivamente.

7.3. Direito novo

Não só os *fatos* ocorridos *após* o início do processo, mas também *nova* norma jurídica (novo dispositivo constitucional, nova lei ou novo ato administrativo) que, de alguma forma, tenha aptidão para influenciar o julgamento *devem* ser levados em conta quando do proferimento da sentença. Não há como negar, para essa hipótese, a atuação oficiosa do julgador.

Doutrina e jurisprudência estão em conformidade quando afirmam que a aplicação do “direito superveniente” (*jus superveniens*) não pode, entretanto, violar eventual ato jurídico perfeito ou direito adquirido, ambos objeto de proteção constitucional específica (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

7.4. Aplicação do art. 462 no âmbito dos Tribunais

O art. 462 tem aplicação irrestrita no âmbito dos Tribunais de segundo grau de jurisdição. Também eles deverão levar em conta *fato* ou *direito* novo que têm aptidão de influenciar o julgamento do pedido (ou pedidos) de tutela jurisdicional. Não necessariamente, entretanto, em sede de recurso extraordinário e especial, considerando o estreito âmbito de *devolutividade* que caracteriza estes recursos como tais e que decorre da exigência constitucional constante dos arts. 102, III, e 105, III, de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça julguem, tão somente, *causas decididas*.

A viabilidade do acolhimento de tal alegação no âmbito dos Tribunais Superiores dependeria da tentativa de uma das partes alegar o fato ou direito superveniente perante o segundo grau de jurisdição, mesmo que em sede de embargos declaratórios, e ver negado esse seu direito, que decorre do art. 462. Nestes casos, não há como negar a viabilidade de interposição de recurso especial forte na violação àquele dispositivo legal. Seu provimento significará a anulação do julgado do segundo grau de jurisdição e a determinação de realização de um *novo* julgamento sem que incorra naquele *error in procedendo*, nos termos da Súmula 211 do STJ. O tema é desenvolvido pelo n. 2.1 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5.

7.5. O art. 462 e a sucumbência

Os ônus sucumbenciais, no sistema processual civil brasileiro, fundam-se na teoria da *causalidade*: quem deu causa à demanda deve suportar os custos relativos ao processo (art. 20). Considerando que fato ou direito superveniente não modifica – e nem poderia fazê-lo – a necessidade *pretérita* do ingresso em juízo, sua ocorrência é impertinente para fins de fixação da sucumbência. Os ônus sucumbenciais deverão ser suportados por aquele que motivou o ingresso da outra parte em juízo e, portanto, devem ser fixados com abstração do exame do fato ou do direito superveniente.

8. O “PRINCÍPIO DA INVARIABILIDADE DA SENTENÇA”

O art. 463 agasalha o chamado “princípio da invariabilidade da sentença pelo juiz que a proferiu” (José Frederico Marques e Moacyr Amaral Santos), que deve ser entendido como a vedação de seu prolator *modificá-la* após sua publicação.

A publicação da sentença pela sua entrega em cartório ou pela juntada aos autos é essencial para que ela adquira *existência jurídica* (v. n. 4.2, *supra*). Não existem *atos de direito público*, entre eles os atos jurisdicionais – atos, em última análise, significativos do exercício de uma das funções do Estado, a jurisdicional – que não sejam públicos (art. 93, IX, da Constituição Federal e art. 155, primeira parte, do CPC; v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Enquanto a sentença não for publicada nos termos da lei

processual civil, isto é, tornada *pública*, sentença ela não é e, rigorosamente, pode ser alterada ou modificada pelo juiz. Desde que ela o seja, entretanto, é vedado a seu prolator modificá-la, revogá-la ou, mais amplamente, redecidir a causa.

O art. 463 exige tão só a *publicação* da sentença para os fins que regula. Indiferente, destarte, que as partes já tenham sido *intimadas* da sentença. A publicação da sentença na imprensa para fins de intimação das partes (art. 236, *caput*, c/c art. 242, *caput*) é ato *posterior* à sua publicação em cartório ou de seu proferimento e publicação na própria audiência nos termos dos arts. 456 e 457 (v. n. 5 do Capítulo 9 da Parte IV). Tanto que nesse caso, proferida a sentença em audiência (e aí *publicada*), as partes dela sairão *intimadas* (art. 242, § 1º).

A redação atual do *caput* do art. 463, dada pela Lei n. 11.232/2005, refere-se apenas a “sentença”. Antes, referia-se a “sentenças de *mérito*” (aquelas que têm como conteúdo alguma das hipóteses do art. 269; v. n. 3.2, *supra*), o que poderia ensejar alguma dúvida sobre a aplicação do princípio agasalhado no dispositivo aos casos das sentenças meramente *terminativas* do art. 267, isto é, de extinção do processo *sem* resolução de mérito (v. n. 3.1, *supra*). O mesmo princípio também deve ser aplicado, não obstante a literalidade do dispositivo na sua atual redação, aos *acórdãos* (art. 163). Não há por que negar a aplicação do dispositivo no âmbito dos Tribunais. Não deve, por isso mesmo, merecer guarida entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que recursos interpostos de *acórdãos* já lavrados e publicados no sentido colocado em destaque acima, mas dos quais não foram as partes ainda *intimadas*, são intempestivos.

O art. 463, de resto, nunca pôde ser entendido, mesmo antes do advento da Lei n. 11.232/2005 – mormente à luz do princípio agasalhado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal; v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) –, como sinônimo de *desligamento* do julgador do processo após a prolação da sentença. A *ratio* do dispositivo é a de que o julgador não pode *rejulgar* a causa; que ele não pode *modificar* o que já decidiu e *que* tornou público. O dispositivo não vai além deste ponto, no entanto. Após o proferimento da sentença, o julgador ainda desenvolverá diversas atividades relevantes e

essenciais, não podendo delas se furtar a qualquer pretexto. Muito menos em virtude da incidência da regra em destaque.

Assim, *mesmo após publicada a sentença* – e justamente em virtude da prática deste ato – é o juízo que a proferiu que deverá processar eventuais recursos contra ela interpostos (art. 518) e, sempre que admissível, será ele o juízo competente para a chamada “execução provisória” (art. 475-O, II; v. Capítulo 6 da Parte I do vol. 3). Seja execução provisória *ex lege* pelo recebimento da apelação no efeito devolutivo (arts. 475-I, § 1º, 520 e 521), seja execução provisória determinada pelo próprio magistrado (*ope judicis*) quando reconhece ou atribui executividade (ou, mais amplamente, *eficácia imediata* à sentença por intermédio da antecipação da tutela *após* ou *na própria* sentença (arts. 273 e 461; v. Capítulo 3 da Parte I do vol. 4).

Portanto, o art. 463 é óbice apenas para que a cognição que levou o magistrado a prolatar a sentença seja retomada ou rediscutida por ele. A *publicação* da sentença significa, por isso mesmo, a *estabilização* do quanto decidido. No que diz respeito a atividades de recebimento e processamento de recurso, de reconhecer a *eficácia* do quanto decidido e constante da sentença e de praticar atos voltados à realização concreta do quanto decidido (“execução provisória”), não há como afastar a *competência* do juízo prolator e a necessidade de sua atuação neste sentido e para aqueles fins.

As duas únicas exceções ao quanto escrito – além das hipóteses dos dois incisos do dispositivo analisadas nos ns. 8.2 e 8.3, *infra* – dizem respeito aos arts. 285-A e 296. De acordo com estes dispositivos, é possível ao juízo que proferiu sentença de rejeição liminar da petição inicial retratar-se dela acolhendo as razões do recurso de apelação apresentado pelo autor. Nestes casos, por expressa dicção legal (arts. 285-A, § 1º, e 296, *caput*), é possível ao magistrado *redecidir* nas condições analisadas pelos ns. 3.1 e 3.2.4 do Capítulo 2 da Parte II.

8.1. O art. 463, *caput*, depois da Lei n. 11.232/2005

Fora a alteração de estilo (“publicada a sentença” no lugar de “ao publicar a sentença”, talvez para deixar claro que não é o juiz que publica a sentença), que não desperta nenhum interesse, é importante analisar a subtração de texto no atual *caput* do art. 463. Pela redação a ele dada pela

Lei n. 11.232/2005, a sentença não pode mais ser tomada, mesmo com os olhos voltados para a *letra* da lei, como sinônimo de “cumprimento”, de “encerramento” do ofício jurisdicional. Antes, o *caput* do art. 463 podia dar esta falsa impressão, é ler a sua antiga redação: “Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: ...”.

Com a redação vigente, o texto do art. 463, *caput*, passa a evidenciar o que parcela da doutrina, com a atenção dirigida ao “modelo constitucional do processo civil”, e não ao *texto* da lei, já sustentava: proferimento de sentença, mesmo daquelas de mérito, isto é, que tenham como conteúdo uma das situações constantes no art. 269, não significa *satisfação* no sentido de que não se pode esperar mais nenhuma atividade do Estado-juiz. Pelo menos, não em todos e quaisquer casos, de forma generalizada.

A diretriz assumida pelo legislador na atual redação do art. 463, *caput* – e, de certa forma, é este um desdobramento necessário do que ocupa o n. 1.1, *supra* –, é a de que o proferimento da sentença de mérito tem de ser entendido apenas como o encerramento de uma “etapa” do processo, pensando nele como um todo que envolve não só a atividade eminentemente intelectual do juiz (*definição* de quem tem e de quem não tem razão) mas, indo além disto, praticando atos materiais para *satisfação* daquele que tem razão. O processo envolve não só as atividades de *reconhecimento do direito*, mas também as atividades de *realização concreta deste mesmo direito* que, pelas razões expostas pelo n. 1 da Introdução, podem, para fins didáticos, ser agrupadas, em uma diferente, embora relacionada, “etapa”.

Haverá, não há como olvidar isto, determinadas situações em que o proferimento da sentença significará, ela mesma, “cumprimento do ofício jurisdicional”, nada mais se podendo esperar do Estado-juiz ou, mais corretamente, da atividade jurisdicional. Assim, por exemplo, uma sentença que julga procedente o pedido de declaração de falsidade de um documento; ou que declara nula ou anula uma cláusula contratual sem que haja pedido de repetição de quaisquer valores já pagos com base nela; a que divorcia um casal naquelas situações não abrangidas pelo art. 1.124-A; a que declara indevido o recolhimento de um tributo ainda não pago pelo contribuinte aos cofres públicos, e assim por diante.

Em outras hipóteses, a satisfação pode se dar independentemente do proferimento de uma sentença. Basta, para confirmar o acerto desta afirmação, constatar o que, por vezes, ocorre quando autor e réu chegam a um acordo sobre o cumprimento da sentença e o apresentam para o juiz, que se limita a homologá-lo (art. 269, III). Se é verdade que o juiz, neste caso, “cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional” com o proferimento da sentença de mérito, como queria a redação original do art. 463, a satisfação das partes independe de qualquer atividade do Estado-juiz, mas, bem diferentemente, do adimplemento das obrigações assumidas voluntariamente no próprio acordo e que se desenvolverá no plano material e não no plano do processo, mediante a atuação jurisdicional.

Nenhuma destas situações, contudo, tem o condão de abalar o que é mais relevante e digno de destaque para o *caput* do art. 463 na sua atual redação. O dispositivo deve ser lido no sentido de que o juiz pode e deve ser chamado a prestar atividade jurisdicional mesmo depois de proferir uma sentença de mérito. O impeditivo da regra diz respeito à vedação de o juiz, uma vez proferida a sentença, inovar no sentido de *redecidir*, a não ser que reconheça uma das duas situações descritas nos incisos I e II do art. 463 (v. ns. 8.2 e 8.3, *infra*).

De forma bem direta: o art. 463, *caput*, significa que o juízo prolator da sentença de mérito não a altera a não ser para corrigir erro material ou em função do acolhimento de embargos de declaração. E esta restrição não guarda nenhuma relação com a necessidade, em muitos casos, de que, perante o Estado-juiz e no *mesmo* processo, tenha início uma série diversa de atividades jurisdicionais voltadas precipuamente à realização concreta do direito que o juiz veio de reconhecer na sentença.

É o entendimento de que determinadas classes de sentença precisam, necessariamente, da prática de outras atividades pelo Estado-juiz (atividades predominantemente *materiais* e não *intelectuais*) para a realização concreta daquilo que nela é reconhecido como lesionado ou ameaçado e que o proferimento ou a publicação da sentença não tem, nestes casos, o condão de satisfazer aquele que pede tutela jurisdicional, da perspectiva do direito material, que deve nortear a interpretação e aplicação do art. 463, *caput*. Isto, contudo, não retira do art. 463, *caput*, o que é – sempre foi e continua a ser – o mais essencial: que o juízo prolator da

sentença (independentemente de seu conteúdo, isto é, resolvendo, ou não, o “mérito”, adotando-se como referenciais os arts. 267 e 269) não pode rededir a causa fora das hipóteses dos incisos I e II do próprio art. 463 e das hipóteses do art. 285-A, § 1º, e do parágrafo único do art. 296 (v. n. 8, *supra*).

8.2. Inexatidões materiais ou erros de cálculo

Excepcionam a regra contida no *caput* do art. 463 seus dois incisos.

De acordo com o inciso I, é possível ao julgador corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo. Essa *correção* admitida pela lei não significa e não pode significar rejuízo da causa, proferimento de *nova* decisão ou, de qualquer forma, um novo repensar ou refletir acerca da controvérsia apresentada para discussão. Essa possibilidade é vedada ao julgador. O que é admissível nos termos do inciso I do art. 463 é a *correção* de evidentes equívocos cometidos pelo julgador e que significam divergência entre a manifestação de vontade expressada ao julgar e o que se lê, material ou documentalmente, na sentença. São atos *involuntários*, *inconscientes* ou, de qualquer forma, não desejados pelo legislador. Essa “discrepância” entre o que se pensou e o que se expressou ou se exteriorizou é que é passível de correção por intermédio do inciso I do art. 463. Tanto assim que alguns autores chegam a defender o entendimento de que somente o mesmo *juiz*, e não o *juízo*, que proferiu a sentença pode corrigi-la.

Os exemplos são vários: o magistrado faz menção no relatório e na fundamentação (art. 458, I e II, respectivamente) ao autor e ao réu e, na parte dispositiva (art. 458, III), menciona pessoa diversa. O magistrado impõe ao réu o pagamento de determinada soma em dinheiro e comete erro na soma das parcelas discriminadas pelo autor. Rescinde-se contrato de locação de imóvel que não corresponde ao apontado nos autos.

O erro de cálculo que permite correção nos termos do art. 463, I, deve ser entendido como o mero *erro aritmético*. Critérios de cálculo, inclusão de verbas e quaisquer outras questões que necessitem de reexame de provas, quiçá técnicas, ou de alegações das partes estão excluídos da incidência do dispositivo. O que se admite corrigir, para os fins do art. 463, I, é, pois, o *erro de conta*, não os *critérios* estabelecidos pelo juiz para sua elaboração.

Estes são passíveis de modificação mediante recurso e, desde que não interposto, transitam em julgado, desafiando, conseqüentemente, sua desconstituição por “ação rescisória” nos casos do art. 485. Nesse sentido, em sede de Recurso Especial Repetitivo: STJ, CE, REsp 1.143.471/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 3.2.2010, DJe 22.2.2010.

O que importa para admissão da atuação oficiosa do magistrado nesses casos é que não se trate de um *novo* julgar ou de um *redecidir*. A hipótese de incidência do dispositivo limita-se aos casos em que há discrepância entre o pensamento e sua materialização tornada pública por intermédio da sentença. É muito mais um caso de *reexpressão* do magistrado.

8.3. Embargos de declaração

O inciso II do art. 463 admite uma segunda exceção ao “princípio da invariabilidade da sentença pelo juiz que a proferiu”. A hipótese é a dos embargos de declaração (art. 535).

Embora o local apropriado para discussão dos embargos de declaração seja, consoante a metodologia adotada por este *Curso*, o volume 5, é pertinente acentuar que a possibilidade de *alteração* da sentença (e, de resto, de *qualquer decisão jurisdicional*) por intermédio dos declaratórios é *expressamente* admitida pelo inciso II do art. 463. Não há como negar, à luz deste dispositivo, que a correção dos vícios e defeitos que autorizam a oposição dos declaratórios tem efeitos *modificativos* do quanto decidido na exata proporção em que eles existam e que o resultado da correção se manifeste inconciliável com o quanto decidido originariamente (ou não decidido, quando o caso é de embargos de declaração fundados no inciso II do art. 535). É correto dizer que os efeitos *modificativos* dos embargos de declaração (expressamente admitidos pelo dispositivo em comento, vale o destaque) são *consequência* de seu acolhimento e não a *causa* de sua interposição.

8.4. Embargos de declaração e erros materiais ou de cálculo

A correção de erros materiais ou erros de cálculo (art. 463, I) não precisa ser requerida pela apresentação dos embargos de declaração (art. 463, II)

quando uma das partes tomar a iniciativa. Os embargos de declaração não se prestam a estas correções, a não ser que do erro material ou do erro de cálculo apontado decorra alguma contradição, obscuridade ou omissão, únicas hipóteses de cabimento dos declaratórios (art. 535).

Embora existam alguns julgados exigindo que a correção de erros materiais ou de cálculo seja necessariamente requerida pelas partes pelo uso daquele recurso, é mais correto e consentâneo com o sistema processual civil que sua correção seja admitida por mero requerimento. Decorre desse entendimento a conclusão de que a correção *não está sujeita* a prazo (os embargos de declaração devem ser opostos em cinco dias, consoante exige o art. 536) e nem a forma específica. Até porque – jurisprudência e doutrina são uniformes na afirmação – erros materiais e erros de cálculo não transitam em julgado, podendo ser corrigidos, *inclusive de ofício*, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Evidentemente que a *mera* correção de erro material ou de erro de cálculo por intermédio de embargos declaratórios não acarreta qualquer vício ou nulidade processual. Considerando que, até mesmo de ofício, tais defeitos *devem* ser corrigidos, não poderá o julgador se eximir de julgar aquele recurso quando veiculem aquela alegação.

9. EFEITOS PRINCIPAIS DA SENTENÇA

Não é usual na nossa doutrina de direito processual civil a referência a “efeitos *principais* da sentença” em contraposição àqueles que podem ser chamados de “efeitos *anexos*” (v. n. 10.2, *infra*). Isto, contudo, não reduz a importância da identificação da classe pelas razões expostas a seguir.

Por “efeitos *principais* da sentença”, no contexto deste capítulo, devem ser entendidos o que o n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 optou por classificar como efeitos da *tutela jurisdicional*: os efeitos executivos e os não executivos. Aqui, à guisa de sistematização da matéria e com o objetivo confessado de permitir que este *Curso* dialogue livremente com as obras que se baseiam nas premissas da doutrina tradicional, vale a pena fazer referência, embora muito breve, às chamadas “sentenças *declaratórias*”, “sentenças *constitutivas*”, “sentenças *condenatórias*”, “sentenças *executivas* ‘*lato sensu*’” e “sentenças *mandamentais*”.

O correto, isto é objeto de exame do número já destacado, é o entendimento de que as sentenças, como de resto decisões interlocutórias e acórdãos, veiculam a tutela jurisdicional que podem *também* ser classificadas de acordo com os efeitos que projetam para *fora* do processo, para o plano do direito material, portanto.

De qualquer modo, para os fins enunciados, forte no rótulo usualmente empregado pela doutrina tradicional, nada há de mal em fazer menção às “*sentenças* declaratórias”, às “*sentenças* constitutivas”, às “*sentenças* condenatórias”, às “*sentenças* executivas *lato sensu*” e às “*sentenças* mandamentais”, todas elas entendidas como sentenças que veiculam, isto é, que portam, as tutelas jurisdicionais de cada uma daquelas classes. Trata-se, assim, da mesma iniciativa que os ns. 2 e 2 dos Capítulos 2 e 3 da Parte III do vol. 1 ocuparam-se de fazer com relação às “ações” e aos “processos”, respectivamente. O emprego daquelas locuções, nesta sede, deve ser entendido como se elas fossem verdadeiras “expressões idiomáticas”.

Nestas condições, não há necessidade de enfrentar o que é uma “*sentença* declaratória”, uma “*sentença* constitutiva”, uma “*sentença* condenatória”, uma “*sentença* executiva *lato sensu*” ou uma “*sentença* mandamental”. É suficiente que se tenha presente o que cada uma destas classes de tutela jurisdicional (aqui veiculadas pelas sentenças) significa para o direito processual civil da atualidade, suficientes, por isso mesmo, as considerações do n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1. O que importa destacar é que as chamadas “*sentenças* declaratórias” e “*sentenças* constitutivas”, em contraposição às chamadas “*sentenças* condenatórias”, “*executivas lato sensu*” e “*mandamentais*” prestam, por si sós, independentemente de qualquer atividade jurisdicional complementar a seu proferimento, tutela jurisdicional. Aquelas outras classes, diferentemente, impõem a *necessidade* da atuação jurisdicional toda vez que, por qualquer razão, o *comando* da sentença não for suficientemente observado por seu destinatário no plano material, isto é, quando não houver cumprimento *espontâneo* da decisão judicial, assim compreendida a atuação livre de qualquer influência externa do réu para o acatamento do quanto decidido pelo Estado-juiz na sentença.

Apresentado este contexto, não há como reconhecer que o tema e seus desdobramentos digam respeito ao exame das “*sentenças*” propriamente

ditas. O que se verifica, bem diferentemente, é que eles se relacionam com a tutela jurisdicional em si mesma considerada (objeto de análise do n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) e com as diversas *técnicas* de obtenção desta tutela jurisdicional, objeto de exame pelo vol. 3 deste *Curso*. E não foi por outra razão que a ênfase nas expressões idiomáticas utilizadas até aqui residiu na palavra “sentença” e não no seu complemento.

Isto, contudo, não impede, muito pelo contrário, que *por força do direito positivo brasileiro*, em especial o disposto nos arts. 466-A, 466-B e 466-C, algumas considerações sejam feitas às “sentenças” lá previstas.

9.1. Os arts. 466-A a 466-C

O exame do disposto nos arts. 466-A, 466-B e 466-C revela com nitidez que as “sentenças” neles disciplinadas são, para emprego da nomenclatura sugerida por este *Curso*, “não executivas”, isto é, elas dispensam atividade jurisdicional para fins de outorga da tutela jurisdicional ou, na linha da doutrina tradicional, “sentenças *declaratórias*” e “sentenças *constitutivas*” (v. as remissões feitas ao vol. 1 pelo número anterior). É como se a sentença, nestes casos, correspondesse, ela própria, à tutela jurisdicional pretendida pela parte.

Ela, a tutela, já é suficientemente concedida com a sentença e, à medida que ela possa surtir os seus efeitos, o autor (ou o réu) obtém, conseqüentemente, a *satisfação* de seu direito no plano material. Nestes casos, o tão só proferimento da sentença pelo juiz – o resultado de sua atividade cognitiva, portanto – corresponde à proteção (à tutela jurisdicional) que levou o autor a romper a inércia jurisdicional e a *satisfação* daquele direito depende, apenas, da viabilidade dos efeitos daquela decisão serem sentidos de imediato ou não, tema que se relaciona intimamente com a sistemática recursal e os efeitos de recebimento dos recursos, objeto de exame do n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5.

No máximo, como ocorre em qualquer sentença desta classe, aliás, o “capítulo” da sentença relativa às custas processuais (honorários de advogado e despesas processuais) poderá reclamar o exercício da tutela jurisdicional destinado ao perseguimento daqueles valores. Trata-se, contudo, de “efeito *anexo*” da “sentença” (mais amplamente, do exercício da

tutela jurisdicional) e não da razão que justificou a investida jurisdicional do autor, é dizer, o início do processo (v. n. 10.2, *infra*).

Os arts. 466-A, 466-B e 466-C sempre despertaram rica discussão na doutrina sobre sua melhor classificação. Seriam, para empregar as expressões consagradas, de “sentenças declaratórias”, “constitutivas” ou “condenatórias”? Seria um tipo de “sentença executiva *lato sensu*”?

Este *Curso* não vê necessidade de opinar quanto à controvérsia. Todas as “sentenças” lá referidas são, pelas razões já reiteradas, “não executivas”. O que importa destacar para cá, contudo, é que aqueles dispositivos legais, até o advento da Lei n. 11.232/2005, sequer faziam parte do “Livro I” do Código de Processo Civil, voltado ao “processo de conhecimento”. Elas correspondiam, respectivamente, aos arts. 641, 639 e 640, pertencentes, todos, originariamente, ao “Livro II”, que disciplina o chamado “processo de execução” e expressamente revogados pelo art. 9º da Lei n. 11.232/2005. A bem da verdade, os arts. 466-A, 466-B e 466-C não são “novos”; são, apenas, os antigos arts. 639 e 641 em “*lugar novo*” e expostos em ordem diversa, alguns autores sustentam que mais clara, do “geral” para o “particular”.

A lógica daquele diploma legislativo de “transferir” aqueles dispositivos para o “Livro I” do Código de Processo Civil é bastante esclarecedora a respeito das considerações até aqui expostas. Como resultado do acréscimo dos arts. 466-A, 466-B e 466-C, a Seção I (“requisitos e os efeitos da sentença”) do Capítulo VIII (“sentença e a coisa julgada”) do Título VIII (“procedimento ordinário”) do Livro I (“processo de conhecimento”) passou a vigorar com os três novos dispositivos e, conseqüentemente, toda a disciplina relativa à sentença constante do Código acabou por ficar compreendida nos arts. 458 a 463 e 466 a 466-C (os arts. 464 e 465, que se ocupavam dos embargos de declaração a ela oponíveis, foram revogados pela Lei n. 8.950/1994, que unificou a disciplina deste *recurso* nos arts. 535 a 538), regulando, em dois novos capítulos, o IX e o X, a fase de “liquidação” (arts. 475-A a 475-H) e a fase de “cumprimento de sentença” (arts. 475-I a 475-J), respectivamente.

Justamente porque as “sentenças” dos arts. 466-A a 466-C não conduzem ao chamado “cumprimento da sentença” é que elas são tratadas neste momento do *Curso*. Caso contrário, por força da sistematização da matéria,

elas seriam tratadas no vol. 3, destinado ao exame da “tutela jurisdicional *executiva*”, como se dá, por exemplo, com os arts. 461 e 461-A, também frutos das “Reformas do Código de Processo Civil” (v. Capítulo 1 da Parte III e Capítulo 1 da Parte IV do vol. 3, respectivamente).

A leitura dos arts. 466-A, 466-B e 466-C é bastante esclarecedora de seu alcance, quando devidamente compreendida a análise até aqui feita.

De acordo com o art. 466-A, “condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”. Segundo o art. 466-B, “se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”. Por fim, o art. 466-C assegura que “tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível”.

Todas as situações lá disciplinadas evidenciam que a “sentença” faz ela própria, independentemente de qualquer outra atividade do réu e, mais do que isto, independentemente de qualquer outra atividade jurisdicional, as vezes do comportamento que legitimamente se poderia esperar no plano do direito material. As regras dos arts. 466-A e 466-B, de sua parte, autorizam a sua enunciação ampla no sentido de que a sentença supre a falta de manifestação da vontade da parte que *ilegitimamente* não a declarou para a conclusão do negócio jurídico cuja frustração motivou a *necessidade* do processo. O art. 466-C, por seu turno, é regra nitidamente material: a sentença não fará as vezes da declaração de vontade não emitida se o autor não tiver cumprido, a contento, todas as obrigações que lhe cabiam, de acordo com as regras de direito material e que eram logicamente anteriores à manifestação de vontade não emitida pelo réu. Se o autor busca tutela jurisdicional sem reunir as condições exigidas pelo próprio direito material, o caso é, se não de impossibilidade jurídica do pedido ou falta de interesse de agir, que levariam ao proferimento de sentença fundamentada no art. 267, VI, de rejeição do seu pedido, com fundamento no art. 269, I.

Uma dificuldade que pode ser chamada de “clássica” na doutrina diz respeito ao comando do art. 466-A: já que a “sentença” produzirá todos os

efeitos da declaração não emitida quando ela transitar em julgado, isto é, quando dela não forem interpostos os recursos cabíveis ou quando julgados os recursos interpostos, é possível que a sua *tutela* seja obtida por decisão interlocutória *antes* do trânsito em julgado? É possível nestes casos a obtenção de tutela jurisdicional *antecipada*, assim entendida a tutela em que seus efeitos são sentidos “antes” da liberação de seus efeitos por obra do legislador (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). A resposta dada por este *Curso* é positiva, malgrado o *texto* da lei. Desde que presentes, em cada caso concreto, os pressupostos legitimadores da tutela antecipada (art. 273) a serem identificados pelo juiz, não há como recusar, sob pena de violação do “modelo constitucional do processo civil”, a sua negação.

10. EFEITOS ANEXOS DA SENTENÇA

Ao lado do que se dá com relação ao que este *Curso* chamou de “efeitos *principais* da sentença”, a doutrina reconhece os chamados “efeitos *anexos* da sentença”, que, por vezes, são chamados de “efeitos *secundários*” ou “efeitos *acessórios*” da sentença, assim entendidos os que, em virtude de expressa previsão legal, decorrem do *fato* da sentença, isto é, pelo simples *fato* de sua prolação e que, por isso mesmo, independem de pedido da parte. Decorrer do *fato da sentença* significa dizer que sua mera prolação pode propiciar ao credor a fruição de uma específica situação de vantagem ainda que não formule pedido neste sentido. São, por assim dizer, efeitos *anexados* a determinadas sentenças por expressa imposição legislativa.

É essa a razão, aliás, pela qual a doutrina tradicional sempre se referiu a alguns efeitos aqui discutidos, em especial aqueles previstos nos arts. 290 e 293 como verdadeiros “pedidos implícitos”. Por força das considerações expostas no n. 7.6 do Capítulo 1 da Parte II, a compreensão daqueles efeitos *anexos* da sentença como “implícitos” só é justificável à luz de premissas privatistas do processo que vinculavam toda e qualquer fruição do autor, no plano do direito material, a um pedido por ele formulado, uma inegável interpretação restritiva do “princípio da adstrição da sentença ao pedido” (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Melhor do que continuar a propagar esta visão sobre o tema, é compreender que aquelas situações decorrem do próprio *fato* do julgamento, por expressa imposição legal,

como meio de garantir àquele que faz jus à proteção do Estado-juiz uma mais ampla tutela jurisdicional.

Ademais, à luz do sistema processual civil atual não parece mais correto entender que os efeitos anexos da sentença possam ser sentidos com o tão só proferimento daquela decisão independentemente de haver, ou não, recurso contra ela interposto e, mais do que isto, analisar se o recurso foi, ou não, recebido com o chamado “efeito suspensivo” (art. 520). Este “efeito”, investigado com o vagar necessário, pelo n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5, impede que a sentença produza seus efeitos. Assim, é importante discernir os efeitos da sentença, quaisquer que sejam eles, do momento em que eles, os efeitos, poderão ser sentidos. Para a análise dos efeitos, principais ou anexos, é indiferente o *instante* em que os efeitos serão produzidos.

10.1.Hipoteca judiciária

Dentre os efeitos *anexos* da sentença merece destaque a “hipoteca judicial” ou “hipoteca judiciária” regulada pelo art. 466. O instituto tem como finalidade garantir, ao vencedor da demanda, a efetividade da execução a ser instaurada contra o perdedor. Age diretamente sobre os bens imóveis do devedor, destacando-os de seu patrimônio para que, oportunamente, sobre eles recaia a realização da atividade jurisdicional executiva (arts. 621, 646 e 659, *caput*), independentemente de onde quer que eles se encontrem.

Como hipoteca que é, a *judiciária* depende de *registro* para ter eficácia perante terceiros. Nesse sentido é expresso o *caput* do art. 466. A Lei n. 6.015/1973, Lei de Registros Públicos, prevê expressamente a hipótese em seu art. 167, I, n. 2. Imperioso, destarte, que o credor indique quais os bens que serão objeto da hipoteca e qual o valor a ser garantido (especialização), que será registrado por mandado do juízo prolator da sentença. A hipoteca judiciária se não garante ao credor direito de *preferência* sobre os bens sobre os quais recai, garante o denominado direito de *sequela*, ou seja, a possibilidade de perseguir os bens hipotecados onde quer que se localizem e independentemente de quem os possua.

Não há como negar, nesse contexto, que a razão de ser do instituto é a de acautelar e assegurar plena efetividade do cumprimento de sentença contra o

réu, ao mesmo tempo em que resguarda e previne o autor de eventuais fraudes que poderiam ser facilmente praticadas pelo réu durante o segmento recursal, dispensando-o de provar qualquer forma de conluio ou má-fé entre adquirente e alienante, nem sempre fáceis de demonstração em juízo.

Por sua própria natureza e finalidade, a hipoteca judiciária pressupõe sentença que imponha pagamento de dinheiro ou entrega de coisa.

É indiferente que a sentença seja ilíquida para os fins da hipoteca judiciária admitida pelo art. 466. Desde que a sentença tenha definido o *an debeat* (impondo ao réu um determinado pagamento em dinheiro, por exemplo), é possível ao credor registrar, desde logo, a hipoteca judiciária, embora ainda haja necessidade de encontrar o valor devido, o *quantum debeat* (“liquidação de sentença”, arts. 475-A e ss.). É o que expressamente autoriza o inciso I do art. 466. Nessa hipótese, o credor arbitrará o valor a ser garantido pela hipoteca, servindo o valor da causa, devidamente atualizado monetariamente, como parâmetro concreto. Nos casos em que o credor optar pela “liquidação *provisória*” da sentença (art. 475-A, § 2º; v. n. 10.2, *infra*), o valor lá encontrado poderá ser utilizado como parâmetro do registro da hipoteca.

Os incisos II e III do parágrafo único do art. 466 admitem a hipoteca judiciária mesmo quando houver *arresto* de bens do devedor (art. 814, parágrafo único; v. Capítulo 2 da Parte III do vol. 4) ou quando o credor puder promover a execução provisória da sentença (arts. 475-I, § 1º; v. Capítulo 6 da Parte I do vol. 3), respectivamente. É correto afirmar, portanto, que a hipoteca judiciária age independentemente de a execução já estar garantida por outros mecanismos ou da possibilidade de eficácia imediata da sentença, isto é, independentemente de eventual recurso de apelação interposto pelo réu vir a ser recebido sem efeito suspensivo. É, portanto, de todo indiferente, para fins da hipoteca judiciária, que a execução da sentença já esteja assegurada, que a execução já possa ter início ou que a sentença seja objeto de recurso.

10.2. Outros efeitos anexos da sentença

Embora exista alguma hesitação em doutrina quanto ao seu reconhecimento, os efeitos anexos da sentença não se restringem à hipótese regulada pelo art. 466, a hipoteca judiciária. Pela própria definição de tais

efeitos, tudo aquilo que a sentença, enquanto *fato processual*, tiver o condão de acarretar para o plano do processo e para o plano material independentemente de pedido das partes deve ser entendido como efeito anexo.

Sem pretender a exaustão dos casos em que isto se verifica, até porque o tema é corrente ao longo de todo o *Curso*, é pertinente a menção às hipóteses a seguir.

A fixação da responsabilidade daquele que se beneficiou de tutela jurisdicional provisória ou antecipada é efeito anexo derivado da eliminação do título que legitimou aquela iniciativa (arts. 273, § 3º, 475-O, I e II, e 811). Trata-se de situações em que a responsabilidade é objetiva, isto é, em que a responsabilidade se perfaz independentemente de culpa.

É o que se dá com o § 3º do art. 475-A, que admite a chamada “liquidação *provisória* da sentença”, isto é, a pesquisa relativa ao *quantum debeat* (a quantificação do valor devido) independentemente da interposição de recurso pela parte sucumbente. A regra, instituída pela Lei n. 11.232/2005, deve ser entendida amplamente para viabilizar uma maior eficiência na prestação da tutela jurisdicional (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), e, portanto, rente ao “modelo constitucional do processo civil”, deve merecer interpretação ampla. Assim como a doutrina reconhece com tranquilidade relativamente ao art. 466, é indiferente que o recurso interposto da sentença tenha sido recebido com efeito suspensivo ou não. Um tal efeito interfere nos efeitos *principais* mas não nos anexos, como os aqui referidos.

A incidência de correção monetária (art. 1º da Lei n. 6.899/1981), o cômputo de juros moratórios (art. 293; v. ns. 7.6 e 7.7 do Capítulo 1 da Parte II) e as prestações vencidas ao longo do processo (art. 290; v. n. 7.6 do Capítulo 1 da Parte II) também são efeitos anexos da sentença. Elas dependem tão somente do proferimento da sentença independentemente de terem sido “pedidas” pelo autor. Elas, a bem da verdade, são impostas pela própria lei e que, por isso mesmo, não podem ser recusadas pelo magistrado quando se vê diante de suas específicas hipóteses de incidência. Pelas razões já expostas no n. 10, *supra*, deve ser abandonada a referência usual na doutrina de “pedidos implícitos” para descrever sua derivação *imediate* da lei. São, por isso mesmo, efeitos *anexos* da sentença.

Pelas mesmas razões, também a responsabilização pelo pagamento das despesas processuais e dos honorários de advogado deve ser entendida nesse mesmo contexto pela própria sistemática processual civil. Tal fixação não depende de pedido da parte e decorre do *fato* de a sentença entender que o responsável pela *necessidade* do processo é uma ou ambas as partes e em que proporção se dá essa responsabilidade (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Claro, nesse sentido, o comando do art. 20, *caput*. É nesse contexto que deve ser compreendida a Súmula 453 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”, e o quanto decidido pela Corte Especial daquela Corte no REsp 886.178/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.12.2009, DJe 25.2.2010 – Recurso Especial Repetitivo. Como a responsabilização pelo pagamento dos honorários advocatícios é “efeito *anexo*”, cabe à parte prejudicada com o seu não arbitramento recorrer da decisão, apresentando, desde logo, embargos de declaração (art. 535, II). A não correção do vício *no processo* deve ser entendida como concordância do quanto decidido e, conseqüentemente, sujeito à coisa julgada material. O contraste da decisão trântia em julgado deve se dar, se for o caso, por “ação rescisória”.

As multas devidas pela litigância de má-fé (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1) são também efeitos anexos. A circunstância de elas poderem ser arbitradas desde logo ou posteriormente (art. 18, § 2º) ou exigidas no “mesmo processo”, ainda que em “autos em apenso” (art. 739-B), não inibe a sua colocação no mesmo contexto aqui analisado.

A Lei Complementar n. 135/2010, mais conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, ao incluir um novo dispositivo na Lei Complementar n. 64/90, acabou prevendo a hipótese. É lê-lo: “Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput*, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser

comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu”.

Por fim, mas não menos importante, não há como recusar ao chamado “efeito vinculante” de determinadas manifestações do Supremo Tribunal Federal, como as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da Constituição Federal; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1) e as Súmulas expedidas de acordo com o art. 103-A daquela Carta e com observância do *procedimento* estabelecido na Lei n. 11.417/2006 (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1), seu tratamento como efeito *anexo* nas mesmas condições aqui tratadas. O tema, com relação às Súmulas vinculantes, é desenvolvido pelo Capítulo 3 da Parte II do vol. 5.

11. EFEITOS REFLEXOS DA SENTENÇA

Alguns autores referem-se, ainda, a uma *terceira* categoria de efeitos da sentença, os chamados “efeitos *reflexos*”.

O aspecto relevante desta categoria reside na constatação de que os efeitos das sentenças – como, de resto, de qualquer decisão jurisdicional – podem afetar, em maior ou menor intensidade, *terceiros*, isto é, quem não foi e não é *parte* no processo.

Para os fins do capítulo presente, estes efeitos são os “principais” ou são os “anexos”. As relações destes efeitos com os terceiros são analisadas pela Parte VII, toda ela voltada ao estudo da pluralidade de partes e da intervenção de terceiros, porque, em última análise, é a ocorrência destes efeitos que justifica que alguém que não é parte pretenda intervir em processo alheio ou seja obrigado a tanto (v. n. 2.4 do Capítulo 1 da Parte VII).

CAPÍTULO 2

Coisa julgada

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos temas mais polêmicos do direito processual civil diz respeito à coisa julgada. Não só com relação aos seus ricos desdobramentos e aplicações práticas, mas, também, à sua própria definição e a de seus contornos.

À luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, a coisa julgada é expressamente garantida como “direito fundamental” no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Trata-se, nesta ampla perspectiva do instituto, mais ainda quando o referido dispositivo refere-se concomitantemente ao “direito adquirido” e ao “ato jurídico perfeito”, de uma técnica adotada pela lei de garantir *estabilidade* a determinadas manifestações do Estado-juiz, pondo-as a salvo inclusive dos efeitos de novas leis que, por qualquer razão, pudessem pretender eliminar aquelas decisões ou, quando menos, seus efeitos, e, neste sentido, é uma forma de garantir maior *segurança jurídica* aos jurisdicionados.

Esta percepção, contudo, é insuficiente. A análise do direito infraconstitucional, da forma como o Código de Processo Civil disciplina a coisa julgada em seus arts. 467 a 474, é indispensável.

Para tanto, a exemplo do que em diversos outros momentos de seu desenvolvimento, este *Curso* opta conscientemente em não visitar ou revisitar a evolução da tão rica quanto complexa discussão relativa a este tema. O que se põe para exame é a constatação de que a coisa julgada é, inegavelmente, uma realidade para o direito processual civil brasileiro, com raízes sólidas e *expressas* na Constituição Federal e um regime jurídico bastante consistente no plano infraconstitucional, nos precitados dispositivos do Código de Processo Civil.

O que vale destacar sobre a natureza jurídica da coisa julgada é que de uma concepção que entendia a coisa julgada como um “efeito” da sentença, o

qual se vinculava, única e exclusivamente, a seu efeito *declaratório*, quase como uma necessidade que se impunha para justificar como “correta”, quiçá como única, a declaração de um direito obtida jurisdicionalmente, a doutrina mais recente – e para esta finalidade o papel de Enrico Tullio Liebman não pode deixar de ser referido – passou a entender a coisa julgada não como um efeito da sentença, mas, bem diferentemente, como uma especial qualidade dela ou, mais especificamente, uma especial qualidade atribuída a seus efeitos; a *quaisquer* de seus efeitos e não somente aos efeitos *declaratórios*.

Liebman demonstrou que efeito da sentença não se confunde com a possibilidade de um dado sistema jurídico reconhecer que, em determinadas condições, estes efeitos tendem a ser estabilizados, ficando imunes a qualquer nova confrontação, a qualquer novo questionamento. Uma coisa, escreve, é identificar quais são os efeitos da sentença. A outra, inteiramente diversa, é verificar se estes efeitos se produzem de maneira mais ou menos perene ou imutável ao longo do tempo.

A coisa julgada só pode ser compreendida como algo a mais que se junta, que se agrega aos efeitos da sentença, independentemente de quais sejam eles, para viabilizar a sua estabilidade. “Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato” (Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 54).

O Código de Processo Civil, segundo se lê de sua Exposição de Motivos, a cargo do seu elaborador, o então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, célebre professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Ministro do Supremo Tribunal Federal, quis adotar a doutrina de Liebman e esta distinção entre os *efeitos* da sentença e a especial qualidade a eles atribuída de sua imutabilidade em nome de uma maior segurança jurídica. Ocorre que, não obstante as considerações lançadas no item 10 daquele Ato, o art. 467 acabou por definir a coisa julgada como *efeito* da sentença nos termos seguintes: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna

imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Esta constatação, contudo, não tem aptidão de recusar acerto à distinção proposta originariamente por Liebman, largamente aceita, com algumas variações e desenvolvimentos pela doutrina do direito processual civil brasileiro.

Tanto assim que a sentença, mesmo antes de “transitar em julgado”, isto é, antes de revestir-se desta especial qualidade que a imuniza de questionamentos futuros, pode produzir seus *efeitos* com maior ou com menor intensidade. É o que se dá nos casos da chamada “execução provisória”, expressamente admitida pelos arts. 475-O e 521, em que a eficácia da sentença é irrecusável ainda que ela penda de ulterior revisão e confirmação em sede recursal. O tema é retomado pelo Capítulo 6 da Parte I do vol. 3.

A hipótese inversa também merece menção. É o que está disciplinado no art. 475, segundo o qual, dada a ocorrência das situações previstas em seus incisos, a sentença, mesmo que não seja objeto de recurso, não poderá surtir seus regulares efeitos porque sujeita ao que se convencionou chamar de “reexame necessário”. Aqui, a sentença não é imutável porque sobre ela não recai, ainda, a coisa julgada. Seu estado de ineficácia, contudo, não deriva da interposição de um recurso mas, bem diferentemente, de um estado de sujeição criado pela lei, embora mitigado mais recentemente, como se verifica dos §§ 2º e 3º daquele dispositivo. Uma vez mais, portanto, a dicotomia preconizada por Liebman evidencia-se com clareza no sistema processual civil brasileiro. Sobre o tema, volta-se o Capítulo 2 da Parte III do vol. 5.

E mais: desde o n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, e de forma mais incisiva no n. 9 do Capítulo 1, este *Curso* insiste no entendimento de que não é só a sentença que veicula tutela jurisdicional no sentido destacado pela doutrina tradicional de “efeitos” ou, mais amplamente, de eficácia, isto é, aptidão de produzir efeitos. Outras decisões, que não as sentenças, também veiculam estes “efeitos”, também portam aquela eficácia, também produzem a mesma *qualidade* de tutela jurisdicional.

Por tais razões é que não se trata, propriamente, de a “sentença” ou, pior que isto, a “ação” fazer coisa julgada (material) mas, bem diferentemente, de

o direito aplicável à espécie, tal qual *reconhecido* pelo Estado-juiz (chame-se de pedido, mérito, lide, objeto litigioso ou, até mesmo, de “declaração” daquele direito), tornar-se imune a quaisquer discussões. Não há por que recusar, por isso mesmo, que pode vir a transitar em julgado uma decisão interlocutória que “antecipa a tutela” para os fins do art. 273, § 6º, ou uma decisão que rejeita a “impugnação” ofertada pelo devedor nos moldes do art. 475-L. O problema é sempre saber se houve cognição jurisdicional *suficiente* e observância ao modelo constitucional do processo civil para a aquisição daquele *status* de imutabilidade do que efetivamente foi objeto de decisão.

Analisada a questão deste prisma, não há como deixar de aderir à distinção sugerida por Liebman: efeitos das decisões jurisdicionais não se vinculam à sua imutabilidade ou à vedação de seu questionamento em juízo. É possível – e, de resto, expressamente admitido pelo direito brasileiro – a distinção entre uma e outra realidade. Aqui também, o que se põe para exame é como cada ordenamento jurídico realizou as suas opções políticas. A tendência do direito brasileiro mais recente é a de admitir “efeitos” e, mais amplamente, “eficácias” *imediatas* independentemente de sua estabilização. A “efetividade do processo”, neste sentido, acaba prevalecendo sobre a “segurança jurídica”. A coisa julgada é instituto que se afina a este valor; não àquele.

O conceito dado pelo art. 467 reclama alguns complementos que são revelados pelo art. 468. Este dispositivo reconhece à decisão “que julgar total ou parcialmente a lide” a autoridade da coisa julgada, passando a ter, por isso mesmo, “força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

A “força de lei” é a característica (ou qualidade) de imutabilidade dos *efeitos* da sentença de que dá notícia Liebman. Esta imutabilidade, contudo, só recai sobre o julgamento, total ou parcial, da lide e das questões decididas. “Lide”, na terminologia empregada pelo Código de Processo Civil, deve ser entendida como “mérito”, como “objeto litigioso” ou, ainda, como “pedido” – nomenclatura preferida por este *Curso* –, pedido este para o qual se predestina a finalidade primeira da atividade jurisdicional, que é o *julgamento* para os fins do art. 269, I (v. n. 3.2.1 do Capítulo 1). Para o direito processual civil brasileiro, só as decisões de *mérito* transitam (materialmente) em julgado. Só elas se tornam imunes a questionamentos

futuros, embora, pelas razões expostas no n. 3.1 do Capítulo 1, a tese de que as sentenças do art. 267 (de extinção do processo *sem* resolução de mérito, portanto) autorizam novos e idênticos processos, precise ser entendida no seu devido contexto. A coisa julgada, justamente em face destas considerações, é fenômeno que diz respeito à estabilização de um reconhecimento *judicial e suficiente* de um direito.

As “questões decididas” a que se refere o art. 468, por sua vez, devem ser entendidas como todos os demais *pedidos* que, desde o recebimento da petição inicial até o proferimento da sentença, foram formulados ao longo do processo. É o que se dá, por exemplo, com a “reconvenção” (v. n. 4 do Capítulo 3 da Parte II), com a “declaração incidente” (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II), com o “incidente de falsidade” (v. n. 8 do Capítulo 3 da Parte II) e com a “denúncia da lide” (v. n. 1 do Capítulo 6 da Parte VII). Em todos estes casos, também há coisa julgada porque houve um reconhecimento *judicial e suficiente* de um direito.

Não se trata, é importante destacar desde logo, de questões no sentido do raciocínio lógico que o magistrado tem que percorrer para aceitar ou rejeitar o pedido do autor. Estas “questões”, ainda que resolvidas, não ficam sujeitas à coisa julgada, é dizer, não se tornam imunes a questionamentos diversos a não ser que, sobre elas, haja o “pedido incidental de declaração”, o “incidente de falsidade”, ou, ainda de forma mais excepcional, que a hipótese seja de intervenção de terceiro na qualidade de assistente quando se pode cogitar da figura disciplinada no art. 54, a chamada “justiça da decisão” (v. n. 4.2, *infra*).

2. COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

A doutrina distingue as chamadas “coisa julgada *formal*” da “coisa julgada *material*”. A coisa julgada formal tende a ser entendida como a ocorrência da imutabilidade dos efeitos da sentença ou, mais amplamente, de seu comando (v. n. 1, *supra*) “dentro” do próprio processo. É o que ocorre quando não é interposto no prazo da lei o recurso cabível da sentença ou do acórdão, como prevê expressamente o art. 467. Neste sentido, não há como recusar se tratar de instituto que se aproxima bastante da *preclusão* (v. n. 4.5

do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), residindo a distinção entre ambos em aspecto exterior a eles, já que a coisa julgada *formal* tende a ser identificada com o encerramento da “etapa *cognitiva*” do processo (v. n. 1 da Introdução), recaindo, por isso mesmo, sobre sentenças, ainda quando confirmadas em sede recursal, dando ensejo a “acórdãos” (art. 163) e nunca sobre decisões interlocutórias (v. n. 1.1 do Capítulo 1).

A chamada “coisa julgada *material*”, por sua vez, representa a característica de imutabilidade do quanto decidido na sentença para “fora” do processo, com vistas a estabilizar as relações de direito material tais quais resolvidas perante o mesmo juízo ou qualquer outro. Trata-se, a bem da verdade, da concepção da coisa julgada a que geralmente se faz referência. Tanto assim que o uso da expressão “coisa julgada” sem qualquer qualificativo quer dizer, quanto a isto não há maiores discrepâncias e este *Curso* não pretende aventá-las, a coisa julgada *material* e não a coisa julgada *formal*.

Por assim dizer, denomina-se coisa julgada *formal* aquela *sentença* não mais sujeita a qualquer espécie de impugnação endoprocessual e, portanto, trata-se de realidade próxima àquela desempenhada pela preclusão. A coisa julgada *material*, de sua vez, é aquela mesma característica de imutabilidade, analisada de fora do processo, isto é, enquanto característica da imutabilidade da sentença do ponto de vista exterior, não podendo a mesma ser atacada por qualquer meio, inclusive extraprocessual.

A distinção entre coisa julgada *formal* e *material* é bastante útil para compreender melhor o *momento* em que se forma a coisa julgada (material). Ela, de acordo com o disposto no art. 467, depende da não interposição dos recursos cabíveis de uma decisão que, por força de lei, pode transitar em julgado, ou na inexistência de um recurso cabível pelo uso de todos os reservados pelo sistema para a espécie. É dizer: tanto a não interposição dos recursos cabíveis como o julgamento dos interpostos e a inexistência de outros recursos cabíveis rendem ensejo à formação da coisa julgada.

A questão, contudo, não pode ser analisada apenas desta perspectiva. Como já destacado, é mister que a decisão tenha aptidão de transitar em julgado e uma tal decisão, para o sistema processual civil, tem que ser de *mérito*.

3. FUNÇÕES POSITIVA E NEGATIVA DA COISA JULGADA

A doutrina descreve, em geral, duas funções para a coisa julgada: a sua função *positiva* e a sua função *negativa*.

A função *positiva* da coisa julgada relaciona-se à noção de *imutabilidade* da decisão transitada em julgado obrigar, isto é, vincular as partes perante as quais ela foi proferida.

Por sua vez, a chamada função *negativa* da coisa julgada captura o instituto como pressuposto processual *negativo*, isto é, como um fator impeditivo de sua rediscussão por qualquer órgão jurisdicional ou pelas próprias partes (v. n. 3.3.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Trata-se, não há por que negar, de uma verdadeira *consequência* da identificação de sua função *positiva*. Para que a função *negativa* da coisa julgada seja devidamente desempenhada, é mister que se tenha presente a teoria da identificação das demandas, isto é, saber em que condições duas demandas são idênticas e, por isso mesmo, em que medida a segunda delas não pode ser julgada novamente pelo Estado-juiz (art. 301, §§ 1º a 3º). O assunto é objeto de exame no n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1.

4. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Por “limites objetivos da coisa julgada” deve ser entendida a parte da decisão que fica imunizada de ulteriores discussões, é dizer, o que não pode mais ser rediscutido perante o Estado-juiz pelo prevalecimento do princípio da segurança jurídica.

A resposta é dada pelas próprias regras do Código de Processo Civil. O que transita em julgado, é dizer, o que faz coisa julgada e torna-se “imutável” é a parte “dispositiva” da decisão – o “comando da decisão”, isto é, aquilo que o Estado-juiz determina “deva-ser” – e não a sua fundamentação, isto é, as razões de decidir, entendida esta distinção à luz das considerações traçadas pelo n. 4.1 do Capítulo 1. Assim, todas as outras questões, ainda que influenciadoras em maior ou em menor grau do quanto decidido e, mais, as “questões” que necessariamente precisaram ser enfrentadas e *decididas* para que a “parte dispositiva” fosse alcançada, não são cobertas por esta qualidade de imutabilidade. É este o objeto de

disciplina do art. 469, segundo o qual “não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

O próprio Código de Processo Civil, contudo, encarrega-se de excepcionar a regra trazida pelo art. 469. É o que se lê no art. 470 pelo qual, “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”. Portanto, desde que ocorrentes os pressupostos do “pedido incidental de declaração” (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II), seu acolhimento significará que a “questão prejudicial” ficará, também, imune a qualquer discussão posterior, tanto quanto a “parte dispositiva”. Trata-se da própria razão de ser do instituto da “declaração incidente”. Não fosse a regra do art. 469, III, e não haveria espaço para aquele instituto no direito processual civil brasileiro.

A impossibilidade de rediscussão da “questão prejudicial”, de resto, é técnica que atua em favor de uma maior estabilização do quanto decidido porque impede que, numa futura atuação do Estado-juiz, o resultado prático do processo anterior seja esvaziado. É lembrar do exemplo já referido da “ação de alimentos”: mesmo que ao réu seja imposto o dever de pagá-los ao autor, uma iniciativa sua quanto à negação de paternidade (no exemplo, uma das premissas fundamentais, de acordo com o próprio direito material, para a obrigação alimentar), se acolhida, terá como efeito prático infirmar o que havia decidido anteriormente ainda que, tecnicamente, não haja qualquer afronta àquela coisa julgada por serem as demandas diferentes.

As observações dos parágrafos anteriores não significam dizer que os motivos da sentença, isto é, a sua fundamentação, não possam ser (e não sejam) elementos importantes para compreender o que foi e o que não foi decidido pelo juiz e o alcance de sua decisão. Isto não quer dizer que eles transitem em julgado, o que não é admitido pelo art. 469, mas podem e devem ser utilizados como verdadeiros auxiliares para a compreensão do que efetivamente foi julgado e em que medida o pedido (ou pedidos) de tutela jurisdicional foi efetivamente acolhido (ou negado) na sentença. Não é diverso o que o n. 7.7 do Capítulo 1 da Parte II sustenta para a *interpretação*

do próprio pedido que, em última análise, é a baliza maior do que transitará ou não em julgado.

4.1.A eficácia preclusiva da coisa julgada: o “princípio do dedutível e do deduzido”

Ainda sobre os limites objetivos da coisa julgada, convém examinar duas figuras que, de alguma forma, assumem feições bastante próximas à *finalidade* desempenhada pela coisa julgada embora com ela não se confundam. A primeira delas, objeto do número presente, é a chamada “eficácia preclusiva da coisa julgada” ou também chamado “princípio do deduzido e do dedutível”.

Ao contrário do Código de Processo Civil de 1939 em que, por força do parágrafo único do art. 287, considerava-se cabível o princípio do julgamento implícito (“considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissas necessárias da conclusão”), no atual, devido ao art. 474, não há mais espaço para aquele entendimento. Aquele dispositivo pretende criar maior estabilidade ao que foi efetivamente decidido sem necessidade do recurso a qualquer ficção. A chamada “eficácia preclusiva da coisa julgada” ou “princípio do dedutível e do deduzido”, construído a partir do art. 474 é, destarte, uma técnica voltada a proteger a própria coisa julgada.

Para o direito processual civil brasileiro, “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” (art. 474). Esta diretriz significa que, após o trânsito em julgado da decisão de mérito, nenhuma outra alegação ou defesa que *poderiam ter sido empregadas durante o processo em busca de resultado diverso* pode ser feita.

Trata-se de algo necessário para a compreensão do próprio fenômeno da coisa julgada e para a máxima eficiência desta opção *política*, que realiza o princípio da segurança jurídica, expressamente consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (v. n. 1, *supra*). Não se poderia cogitar, com efeito, da *imutabilidade* de uma decisão se fosse possível levar ao Judiciário, a cada novo instante, novos *argumentos* das questões já

soberanamente julgadas, iniciativa que, em última análise, teria o condão de desestabilizar o que, por definição, não pode ser atacado.

As “alegações” e “defesas” referidas no art. 474 não se confundem com “causa de pedir”. Bem diferentemente, elas se relacionam, muito mais, com os “argumentos”, isto é, com a “retórica” utilizada para fins de convencimento e formação da cognição judicial a partir de um fato jurídico, vale dizer, da própria causa de pedir.

Causa de pedir, fenômeno exclusivamente processual, relaciona-se, unicamente, com as consequências jurídicas que devem ser experimentadas a partir de um dado fato jurídico ou uma série deles. Causa de pedir e argumentos podem até conviver mas não se confundem, é dizer, para que o magistrado se convença da existência de uma dada causa de pedir é dado ao interessado valer-se dos mais diversos argumentos, além da produção da prova que se faça relevante e pertinente. Mas a causa de pedir, em si mesma considerada, não é o mesmo que os argumentos de que se vale para seu enfrentamento e vice-versa. Os elementos apontados no art. 474 devem, pois, ser compreendidos como identificadores ou como elementos de *comprovação* de uma *mesma* causa de pedir.

É importante insistir na distinção. Causa de pedir é aquele fato ou conjunto de fatos (causa de pedir composta) significativo, por si só, de uma determinada consequência jurídica no mundo do direito. Os motivos, as razões, os *argumentos* (as “alegações” e as “defesas”) que sustentam a causa de pedir (ou as causas de pedir) não se confundem com elas próprias.

Alterando-se a causa de pedir, não há óbice para um *novo* processo. Trata-se, a bem da verdade, de uma nova *demand*a, por força do que dispõe expressamente o art. 301, § 2º (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1). Não, contudo, quando a causa de pedir for a mesma e novos forem os *argumentos*, as “alegações e defesas”, quando novos forem os motivos para infirmar as razões de decidir que levaram ao proferimento da decisão acobertada pela coisa julgada. É esse o objetivo visado pelo art. 474, que, em última análise, desempenha papel bastante relevante na conservação e na imunização do que transita em julgado. Em correto julgado, a 4ª Turma do STJ (REsp 1.090.847/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 23.4.2013, DJe 10.5.2013) admitiu o usucapião de imóvel que a União afirmava ser terreno de marinha à falta de prévio processo demarcatório que o

reconhecesse como tal. Frisou-se que a decisão não impediria, por causa do art. 474, que se reputasse dedutível questão que exige, no âmbito administrativo, processo próprio.

As considerações expostas trazem a lume outro ponto bastante importante sobre os limites objetivos da coisa julgada. Como a qualidade de imutabilidade recai sobre o que foi efetivamente decidido e porque aquilo que poderia ser arguido para conduzir o magistrado a uma ou a outra decisão reputa-se feito por força do art. 474, é fundamental compreender, para delimitar, o que tenha sido objeto da *decisão*, porque é isto que se pode imunizar de ulteriores questionamentos.

Para este fim, é importante destacar que o pedido identifica-se pela causa de pedir; ele é inequivocamente *limitado* pela causa de pedir que *caracteriza*, como única, uma específica demanda. Embora não haja imutabilidade da causa de pedir, é importante distingui-la de outras para constatar o que foi e o que não foi objeto de prévia apreciação jurisdicional. Contudo, a *comprovação* da causa de pedir, entendida a palavra de forma ampla e não só no sentido de “produção de provas”, depende de uma série de alegações e demonstrações, as mais variadas possíveis que, por si só, não têm o condão de alterar a causa de pedir e o pedido e não têm, por isso mesmo, como alterar o objeto litigioso. Justamente por isso é que o art. 474 impede que se considerem feitas outras razões ou alegações que poderiam ter sido usadas para conduzir o magistrado a decidir diferentemente, e, por isso, consideram-se repelidas de antemão, em nome da estabilidade que caracteriza como tal o instituto da coisa julgada.

4.2. A justiça da decisão

Sem prejuízo do exame que, sobre o tema, faz o n. 6 do Capítulo 3 da Parte VII, em atenção à metodologia adotada por este *Curso*, cabe, no momento presente, fazer uma menção à chamada “justiça da decisão” ou “eficácia da intervenção”.

A figura, que tem fundamento no art. 55, caracteriza-se como uma decorrência necessária da intervenção de um específico terceiro no processo, o “assistente” que nada mais é do que aquele que pretende atuar em processo existente entre outras partes buscando o proferimento de uma

decisão favorável a uma delas e que, de modo mais ou menos intenso, também lhe seja favorável.

Toda vez que uma tal intervenção se verifica, as razões de decidir ficam imunizadas de qualquer questionamento ulterior por parte do assistente, isto é, do terceiro interveniente, o que, de acordo com toda a doutrina que se manifestou sobre o assunto, justifica-se para dar maior estabilidade e segurança jurídica ao que foi decidido no processo em que o assistente acabou por atuar. Até porque, em alguns casos, é nas razões de decidir que fica evidenciada a razão (o “interesse jurídico”) da intervenção daquele terceiro. Não é por outro motivo que outro nome dado a esta figura é “eficácia da intervenção”. Tanto assim que as exceções àquela estabilização, expressas nos incisos do art. 55, pressupõem que a atuação processual do assistente não tenha se relevado útil o suficiente para afastar o proferimento de uma decisão que, em última análise, é contrária a seus próprios interesses.

4.3. Coisa julgada e cognição jurisdicional

É importante enfrentar um outro ponto pouco abordado pela doutrina em geral sobre os limites *objetivos* da coisa julgada e que permite o confronto da exposição do n. 4, *supra*, com o tema relativo à cognição jurisdicional, objeto de exposição no n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1.

Que a qualidade de imutabilidade recai sobre a parte dispositiva da *sentença* não há qualquer dúvida em sede de doutrina e em sede de jurisprudência. Também não há qualquer hesitação no entendimento de que esta “sentença” deve ser de *mérito*, isto é, ter como fundamento uma das hipóteses do art. 269 porque, para o direito processual civil brasileiro, só sentenças “de mérito” transitam em julgado (v. n. 1, *supra*). Mas não só as *sentenças*, ainda que de mérito, transitam em julgado e isto por duas razões principais.

A primeira, mais evidente, é que os acórdãos também tendem a transitar em julgado quando proferidos. E, para tanto, é suficiente que contra eles não seja apresentado nenhum recurso ou que não caiba nenhum recurso, já interpostos e julgados os eventualmente cabíveis. É, de resto, a orientação segura que decorre do próprio art. 467. Sustentar que “acórdãos” transitam em julgado, contudo, é afirmação que merece ser melhor examinada.

Por força do art. 163, acórdão é toda manifestação colegiada dos Tribunais. Assim, desde que o Tribunal atue colegiadamente – e é esta manifestação colegiada que decorre do “modelo constitucional do processo civil” (v. n. 8.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) –, o resultado de sua manifestação será chamado “acórdão”. Mas nem todo acórdão tem como conteúdo uma decisão de mérito. Pode acontecer que o acórdão se refira a uma sentença proferida nos moldes do art. 267 e que a confirme. Mesmo que o acórdão *substitua* aquela decisão (art. 512), isto é, que ele passe a fazer as vezes da anterior decisão, por força do prevalecimento da hierarquia jurisdicional do Tribunal, ele, acórdão, passa a ser também uma decisão que extingue o processo sem resolução de mérito. Este acórdão não tem aptidão para transitar (materialmente) em julgado, a exemplo do que já não tinha a sentença que foi substituída por ele.

Pode acontecer, também, que a manifestação do Tribunal se justifique a propósito de um recurso de agravo de instrumento, interposto de uma decisão interlocutória (art. 522, *caput*). Que o acórdão substituirá a decisão proferida pelo juiz de primeira instância não há como duvidar, à luz do já citado art. 512. Mas o acórdão transita em julgado? A pergunta aceita resposta ampla que trate *também* da possibilidade de uma decisão interlocutória transitar em julgado. É esta a segunda razão anunciada anteriormente.

Para este *Curso*, as decisões interlocutórias também são hábeis para veicular tutela jurisdicional (v. n. 1, *supra*). Nem toda tutela jurisdicional, contudo, é apta para transitar em julgado. A opção política do direito processual civil brasileiro é, quanto a isto, bastante clara: só transita em julgado – e a referência nestes casos é sempre à “coisa julgada *material*” – a decisão que tenha cognição jurisdicional *exauriente* e não as decisões proferidas com base em cognição superficial ou sumária (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Assim, desde que a interlocutória veicule tutela jurisdicional com base em cognição *exauriente*, ela é apta a transitar em julgado, assim como é o acórdão que venha, em grau recursal, substituí-la para os fins do art. 512.

As considerações do parágrafo anterior não guardam relação *necessária* com os *momentos* de prestação da tutela jurisdicional. Pode acontecer de a

tutela jurisdicional ser prestada *antecipadamente* e, mesmo assim, ela revestir-se de coisa julgada porque a cognição jurisdicional foi exauriente.

O mesmo seja dito com relação à chamada “ação cautelar”. Prevalece amplamente, quanto a ela, o entendimento de que não se trata de decisão apta a transitar em julgado, mesmo quando o chamado “processo cautelar” (Livro III do Código de Processo Civil) reclama uma “sentença” para ser finalizado. A doutrina explica a situação por não vislumbrar “mérito” no chamado “processo cautelar” – com o que este *Curso* não concorda – e porque, e é isto que interessa à exposição presente, não há desenvolvimento de cognição exauriente no “processo cautelar”. É o próprio art. 810, contudo, que excepciona expressamente a hipótese quando admite que uma sentença proferida naquela sede pode vir a transitar em julgado quando reconhecer a prescrição ou a decadência.

Pelas razões aqui expostas e que são enfrentadas também pelo n. 10 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 4, a ocorrência da coisa julgada pressupõe o exercício de cognição jurisdicional *exauriente* porque é ela, e não as demais classes da cognição no que diz respeito à sua profundidade, a única que representa o vetor subjacente ao instituto, o da *segurança jurídica*. Sem uma tal cognição, o que pode haver é uma maior ou menor estabilidade na decisão jurisdicional, até mesmo a ocorrência de coisa julgada *formal*; não, contudo, a coisa julgada *material* de que trata este capítulo.

5. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Não só o *objeto* da decisão interessa ao estudo da coisa julgada, isto é, o exame “do que” torna-se imune a ulteriores questionamentos, mas também a análise “de quem” fica vinculado ao que foi decidido. É o que a doutrina usualmente identifica como limites *subjetivos* da coisa julgada. Limites subjetivos porque relacionados com os *sujeitos* que não podem pretender tomar a iniciativa de rediscutir o que já foi soberanamente decidido pelo Estado-juiz porque vinculados à decisão já proferida.

É a primeira parte do art. 472, que fornece a regra a ser observada para o assunto. De acordo com o dispositivo, a coisa julgada se restringe às *partes* e não pode beneficiar ou prejudicar *terceiros*.

O conceito de “partes” é contraposto ao de “terceiros” no plano do direito processual civil (v. n. 2.2 do Capítulo 1 da Parte VII). É parte todo

aquele que pede ou em face de quem se pede tutela jurisdicional. São terceiros, por exclusão, todos aqueles que não são partes. A imutabilidade do que for decidido (observados, sempre, os limites *objetivos* da coisa julgada) diz respeito somente às *partes* e não aos *terceiros* (STJ, 4ª Turma, REsp 291.634/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 17.3.2009, DJe 30.3.2009).

Quaisquer terceiros não ficam sujeitos à coisa julgada, embora fiquem sujeitos aos *efeitos* ou, menos amplamente, à *eficácia* daquilo que for decidido. É o que o n. 11 do Capítulo 1 denominou efeitos *reflexos* das sentenças. A distinção entre os efeitos das decisões jurisdicionais e a imutabilidade do que é, ou não, decidido (a coisa julgada) é a pedra de toque para o tema relativo à intervenção de terceiros. Justamente porque os *efeitos* das decisões jurisdicionais afetam, com maior ou com menor intensidade, aqueles que não participam do processo (os terceiros), é que se põe a necessidade de examinar em que condições aqueles terceiros, precisamente por aquele motivo, *podem* ou *devem* ingressar no processo. E mais: uma vez que sua intervenção seja possível, quais são as possibilidades de sua atuação processual e, mais amplamente, qual é o papel que poderão (ou deverão) desempenhar ao longo do processo. Por força da metodologia empregada por este *Curso*, este assunto ocupa uma parte própria, a Parte VII.

A segunda parte do art. 472, contudo, dá a entender que alguns terceiros se sujeitam à coisa julgada, é dizer, à imutabilidade do que foi decidido num dado processo. Ocorre, contudo, que os “interessados” lá referidos não podem ser identificados como verdadeiros terceiros, mas, bem diferentemente, como *partes*. Tanto assim que o dispositivo refere-se à figura do “litisconsórcio necessário”, que é a situação em que, por força da lei ou por força do próprio direito material subjacente ao processo, impõe-se que uma pluralidade de autores, de réus ou de autores e réus atuem concomitantemente em juízo em um mesmo processo (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte VII). A hipótese deve ser compreendida, para todos os fins, como pluralidade de *partes* e, por isso, não há como recusar a elas o mesmo regime da incidência da coisa julgada, porque são partes. Assim, não só nas causas relativas ao estado de pessoa, mas também em quaisquer outras causas em que haja litisconsórcio, necessário ou facultativo (v. n. 1.1 do Capítulo 2 da Parte VII), as *partes*, todas elas, sujeitam-se à coisa julgada.

A distinção entre “partes” e “terceiros” aqui empregada é eminentemente *formal*, isto é, ela leva em conta o plano do processo e não o plano do direito material. Por força das premissas eleitas para desenvolvimento deste *Curso* (v., em especial, o n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1), é irrecusável admitir a *necessária e inafastável* influência do plano material sobre o processual.

Em geral aquele que é parte, isto é, que atua perante o Estado-juiz, pertence, ao menos como hipótese de trabalho (v. n. 3.1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), ao plano material controvertido. São os casos de “legitimação *ordinária*” (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte VII). Há casos, contudo, em que se admite, por força do art. 6º, a ruptura radical dos planos do processo e material, situações em que há a chamada “legitimação *extraordinária*” (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte VII). Para tais situações, importa pesquisar como operam os limites *subjetivos* da coisa julgada. Quem fica sujeito à imutabilidade do quanto decidido: aquele que atua em juízo ou aquele em prol de quem se atua?

A melhor resposta para as questões é aquela que sustenta que a coisa julgada recai sobre aquele que *não age* em juízo, a despeito de não ser “parte” no sentido proposto, e também recai sobre aquele que *age* em juízo, justamente, pelas razões até aqui expostas, por ser ele a “parte” no sentido proposto. É a própria razão de ser do instituto da legitimação extraordinária que conduz a este entendimento. Se a própria lei admite que haja uma verdadeira dicotomia entre aquele que age em juízo e o destinatário da tutela jurisdicional, imediata a percepção de que a atuação daquele que age deve *vincular* aquele que não agiu.

Desta forma, por expressa exceção legislativa – e os casos de legitimação *extraordinária* são justificáveis à luz de políticas legislativas expressas (art. 6º) –, pode ocorrer que aquele que não age em juízo fique *também* sujeito à coisa julgada. A circunstância de ele não agir, contudo, não o transforma em um verdadeiro “terceiro” porque é dele a situação de direito material discutida perante o Estado-juiz. E uma tal vinculação deve, como regra, se dar tanto na hipótese de a atuação do legitimado extraordinário *beneficiar* quem não agiu (quando é concedido o pedido de tutela jurisdicional, por exemplo) como na hipótese inversa, de *prejudicar* quem não agiu, assim, quando é rejeitado o pedido formulado “em nome alheio”.

Embora haja clássica discussão doutrinária a respeito, as exceções a este entendimento dependem de serem expressas no ordenamento jurídico. É o próprio ordenamento que pode, sempre movido por razões de política legislativa, disciplinar diferentemente e conjugar das mais variadas maneiras as relações entre o tema “legitimação extraordinária” e “limites *subjetivos* da coisa julgada”.

Assim, o próprio direito pode prever situações em que a atuação do legitimado extraordinário pode vincular *diferentemente* aquele para quem se agiu em juízo. Na medida em que uma tal opção legislativa seja constatada no ordenamento jurídico, sua observação é irrecusável, a não ser que haja agressão ao “modelo constitucional do direito processual civil” que este *Curso* não vislumbra analisando a questão em tese.

No âmbito do chamado “direito processual coletivo” (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I), o legislador excepciona expressamente a diretriz do art. 472. Sem necessidade de enfrentar o tema por ora, porque ele é objeto de exame no n. 10 do Capítulo 1 e no n. 7 do Capítulo 2, ambos da Parte II do tomo III deste vol. 2, a diretriz do art. 103, III, da Lei n. 8.078/1990, por exemplo, é a de que a atuação do “legitimado extraordinário” somente pode *beneficiar* os sujeitos que não agem em juízo. Não há vedação para aqueles que não agiram pessoalmente tomarem as medidas cabíveis para a tutela de seus próprios direitos, justamente pela ausência de coisa julgada. É o que a doutrina chama de “coisa julgada *secundum eventum litis e in utilibus*”, isto é, a imutabilidade do quanto decidido só opera se a decisão proferida for benéfica àqueles que não atuaram no processo.

Esta peculiaridade, contudo, não é exclusiva do “processo coletivo”. Também no plano do “processo individual”, é possível constatar exceções às considerações já feitas. É o que se dá, por exemplo, embora não haja unanimidade da doutrina a este respeito, com o art. 274 do Código Civil. De acordo com o dispositivo, nos casos em que houver solidariedade *ativa* (art. 267 do Código Civil), a atuação de um dos credores em nome dos demais, iniciativa que é expressamente autorizada pelo art. 260 daquele mesmo Código, só pode *beneficiar* os demais, que não agiram em juízo; nunca prejudicá-los.

6. LIMITES TEMPORAIS DA COISA JULGADA

Tema pouco discutido em doutrina mas de inegável importância é o relativo aos limites *temporais* da coisa julgada, isto é, como a qualidade de imutabilidade que se agrega àquilo que foi decidido pelo Estado-juiz em determinadas hipóteses comporta-se ao longo do tempo (Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, p. 87).

Os arts. 471 e 473 ocupam-se do assunto, trazendo à mente inclusive as considerações que o n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 traz a respeito da preclusão. A preclusão é fenômeno que opera *dentro* do próprio processo, é dizer, gera efeitos endoprocessuais: é vedada a rediscussão de uma mesma questão já decidida ao longo do processo. Não há como confundir a preclusão, destarte, com a coisa julgada *material* que, por definição, tem consequência extraprocessual, para fora do plano do processo. Ela, contudo, pelas razões expostas no n. 2, *supra*, aproxima-se da função desempenhada pela chamada coisa julgada *formal*, ao menos quando analisada desta perspectiva, embora aquele instituto seja associado ao proferimento de *sentenças* (ainda que confirmadas em sede recursal) e não de decisões interlocutórias.

As “questões” a que se referem aqueles dispositivos destacados devem ser entendidas, na mesma linha do quanto consta do n. 2 do Capítulo 4 da Parte II, como toda matéria que deve ser resolvida antes do julgamento do pedido (ou pedidos) de prestação de tutela jurisdicional. São verdadeiros antecedentes lógicos da “decisão relativa ao mérito”, sobre os quais para controvérsia entre as partes. São, neste sentido, “questões *prévias*”.

A vedação da rediscussão de uma mesma *questão* ao longo do processo, contudo, deve ser distinguida de outra hipótese, que é a possibilidade de, à luz de *novos* fatos ou do aprofundamento da cognição jurisdicional, fazer-se necessário o proferimento de uma *nova* decisão, diferente da anterior, mesmo que seja para confirmar o que já havia sido decidido.

É neste contexto que o tema relativo à chamada “preclusão *pro judicato*” merece nova menção, sem prejuízo das considerações feitas pelo n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1. Não é porque determinados institutos, por expressa disposição de lei, aceitam seu reexame de ofício pelo “em qualquer tempo e grau de jurisdição” (é o que expressamente dispõe o § 3º do art. 267), que o juiz pode, independentemente da provocação das partes, redecidir o que já havia decidido. A não ocorrência de preclusão, nestes

casos, depende da inexistência de decisão anterior ou, quando menos, da alteração do substrato fático-jurídico dela, o que permite, na forma já aventada, o proferimento de uma *nova* decisão, situação bem diversa.

O art. 471, contudo, vai além, dando ensejo ao enfrentamento do tema no contexto que para cá diz respeito, isto é, da coisa julgada *material*.

O *caput* do dispositivo aplica a regra dos limites *objetivos* da coisa julgada ao longo do tempo, apresentando os contornos bem aceitos do tema: não se rediscutem mais as “questões já decididas relativas à mesma lide”, isto é, as questões sobre as quais operou-se a coisa julgada, em outros processos. É a função *negativa* da coisa julgada a que se refere o n. 3, *supra*, sua concepção como verdadeiro *pressuposto processual negativo*. A coisa julgada, pela sua própria razão de ser, tende a projetar o caráter de imutabilidade do que foi decidido ao longo do tempo.

Pode ocorrer, contudo, que haja motivos para decidir novamente o que já foi objeto de decisão, mesmo quando ela esteja acobertada pela coisa julgada. Aqui, uma vez mais, é verificar se e em que situações há razões de política legislativa que mitiguem o instituto, prevalecendo sobre a “segurança jurídica” por força de outros valores, igualmente tutelados pela Constituição Federal.

Os incisos do art. 471 ocupam-se de casos em que o legislador expressamente fez esta eleição.

No inciso I, é possível ao juiz voltar a decidir, a despeito da coisa julgada anterior, quando houver modificações no estado de fato ou de direito das chamadas “relações jurídicas continuativas”. O que caracteriza tais relações jurídicas é a sua duração ao longo do tempo. O exemplo clássico é o da prestação alimentícia. A obrigação de prestar alimentos desenvolve-se ao longo do tempo e as mais diversas ocorrências podem interferir na continuidade daquela prestação. É supor que o devedor de alimentos seja despedido e não tenha mais condições de manter os padrões da prestação à qual estava obrigado ou, inversamente, de ele passar a ter um salário melhor. Estes *atos*, que ocorrem, todos, no plano material, interferem, necessariamente, no que já foi julgado (no plano do processo) e, por força do dispositivo em análise, é permitida uma *nova* decisão.

É bastante comum a afirmação da doutrina de que na hipótese ventilada, de “ação de alimentos”, não há coisa julgada. Pelas razões até aqui

desenvolvidas, não há como concordar com a afirmação. Coisa julgada há. O que existe, contudo, é expressa previsão legislativa para que o que foi decidido anteriormente à luz de uma específica situação de fato ou de direito seja reexaminado por força da alteração destes fatos ou do direito. A coisa julgada opera nestes casos *rebus sic stantibus*, isto é, ela prevalece enquanto a situação a ela subjacente permanecer igual.

À mesma conclusão é possível chegar tendo presente que a alteração dos fatos ou do direito é, por si só, suficiente para alterar a *causa de pedir* e, neste sentido, viabilizar o início de um *novo* processo, porque *qualitativamente* diverso do anterior, em cuja decisão recaiu a coisa julgada. O mesmo raciocínio deve ser empregado para os casos em que houver alteração do *pedido* ou das *partes* sobre as quais operou-se a coisa julgada anterior. Em todas estas situações, porque de nova “demanda” se trata, não há como entender que a coisa julgada anterior seja óbice a uma *nova e diversa* manifestação do Estado-juiz.

De uma forma ou de outra, contudo, o que releva é destacar a existência de uma *prévia* coisa julgada que, pelas necessárias comunicações dos planos material e processual, mesmo ao longo do tempo, pode vir a ser mitigada. Trata-se, vale enfatizar, de combinar, à luz das vicissitudes de cada caso concreto, os diversos valores antagônicos que compõem o “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

O art. 471, II, refere-se a “outros casos previstos em lei” para admitir que em quaisquer situações em que as características daquilo que for julgado forem mutáveis haja novo julgamento sem que isto acarrete qualquer ofensa à coisa julgada. É o que se dá, por exemplo, com determinadas relações jurídicas regidas pelo direito tributário, que se renovam a cada exercício fiscal, na linha do que dispõe a Súmula 239 do STF: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

Também no âmbito do “direito processual coletivo” (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1) há expressa previsão de reexame da decisão acobertada pela coisa julgada quando houver “nova prova”. É o que expressamente preveem, entre outros, o art. 18 da Lei n. 4.717/1965 (a “lei da ação popular”), o art. 16 da Lei n. 7.347/1985 (a “lei da ação civil

pública”) e o art. 103, I e II, da Lei n. 8.078/1990 (o “Código do Consumidor”) assunto que, por razões de metodologia, é tratado no tomo III deste vol. 2.

7. MEIOS DE CONTRASTE DA COISA JULGADA

A coisa julgada aceita impugnação. Embora sua proteção tenha assento constitucional expresso no art. 5º, XXXVI, é possível e, mais do que isto, desejável, que o legislador possa estabelecer padrões de seu contraste diante do necessário prevalectimento de outros valores ou de outros ideais do mesmo ordenamento jurídico. Trata-se, em última análise, de uma conclusão da qual não se pode arredar aceitando as premissas que fundam o desenvolvimento deste *Curso* (v., em especial, o n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Não deve prevalecer, por isso mesmo, o entendimento de que a coisa julgada é, ela própria, uma espécie de “sanatória” geral de qualquer vício ou nulidade do processo. Que, uma vez julgados os recursos interpostos ou não cabível mais qualquer forma de impugnação da decisão, e formada a coisa julgada, o que foi decidido torna-se imutável e imune a qualquer discussão. Há situações em que uma tal discussão ainda é possível. Não para os fins discutidos no n. 2, *supra*, mas, bem diferentemente – e é disto que se ocupa o número presente –, como forma de admitir que se volte à própria formação da coisa julgada. Questionando a regularidade do processo, isto é, da atuação jurisdicional, que redundou no proferimento da decisão sobre a qual ela recai ou, até mesmo, sobre a própria decisão independentemente de qualquer vício no processo em que proferida.

Há diversos meios de contraste da coisa julgada. Para os fins presentes, é suficiente a sua indicação, deixando para o momento oportuno o seu exame, rente à metodologia empregada por este *Curso*.

É o que se dá com a “ação rescisória” (art. 485) pela qual a coisa julgada pode ser removida (desconstituída) quando presente uma ou mais de uma das hipóteses arroladas nos diversos incisos daquele dispositivo; com a “impugnação” ao cumprimento de sentença, em que é dada oportunidade ao réu de contrastar o título executivo representado pela decisão trãnsita em julgado por variados fundamentos, que vão desde a falta ou nulidade de citação para o processo (inciso I do art. 475-L) até a declaração de

inconstitucionalidade da lei sobre a qual se funda o título (§ 1º do art. 475-L); com os “embargos à execução” opostos pela Fazenda Pública (art. 741), para os quais são cabíveis, por ora, as mesmas considerações feitas à “impugnação” do art. 475-L (sobre a possibilidade de os embargos à execução servirem para contrastar os “limites *temporais*” da coisa julgada, v. STJ, 2ª Turma, REsp 1.127.664/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 14.6.2011, DJe 16.9.2011); e com o chamado “mandado de segurança contra ato judicial”, cujo uso é admitido pela doutrina e pela jurisprudência, mitigando o rigor da Súmula 268 do Supremo Tribunal Federal, mesmo contra decisões transitadas em julgado, embora o art. 5º, III, da Lei n. 12.016/2009, que passou a reger o instituto, vede-o expressamente para este fim (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 5).

Todos estes mecanismos, vale repetir, que serão estudados ao longo dos demais volumes deste *Curso*, buscam, de uma forma ou de outra, *desconstituir* a coisa julgada já existente e, conseqüentemente, viabilizar a reabertura do processo no qual a decisão havia sido proferida ou, quando menos, o proferimento de uma *nova* decisão para *substituir* a anterior.

É importante destacar sobre os meios de controle da coisa julgada, que, além dos já mencionados, o sistema processual civil brasileiro admite outros que, embora não se voltem especificamente a ela, dirigem-se a decisões que, ao menos formalmente, transitaram em julgado. A sua admissão, bem assim o seu respectivo regime jurídico, dependem, fundamentalmente, da compreensão do tipo de vício que padece a decisão e que, a depender de sua intensidade, sequer fica imunizado com a formação da coisa julgada. É o que se dá, por exemplo, com a classe das “inexistências processuais” (v. n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Para quem as admite, não é correto sustentar a *necessidade* da “ação rescisória” para reconhecê-las jurisdicionalmente. Elas, por sua própria natureza, afastam aquela iniciativa, admitindo que, até mesmo de ofício, isto é, sem provocação das partes ou eventuais interessados, elas sejam identificadas pelo Estado-juiz. Quando menos, que seu reconhecimento jurisdicional dê-se ao ensejo das chamadas “ações declaratórias de inexistência de ato processual” ou “ações declaratórias de inexistência de relação jurídica processual”.

O art. 486, por seu turno, prevê o cabimento de uma demanda em que o autor pode pretender a declaração de nulidade ou a desconstituição de um

ato que acabou por ser homologado judicialmente e que, por esta razão, assumiu relevância para o plano do processo, podendo, inclusive, ter transitado em julgado. São as hipóteses da chamada “ação anulatória”, que se voltam não à decisão jurisdicional propriamente dita, mas ao ato que elas consideraram formalmente correto. Seu exame ocupa o Capítulo 1 da Parte III do vol. 5.

7.1. A relativização da coisa julgada

A respeito dos mecanismos processuais voltados ao contraste da coisa julgada, é importante fazer menção ao que vem sendo chamado de “relativização da coisa julgada” ou “coisa julgada *inconstitucional*”.

Crescente parcela da doutrina, capitaneada por considerações de José Augusto Delgado e Humberto Theodoro Júnior, tem desenvolvido a tese de uma necessária *relativização da coisa julgada* em casos em que houver, *flagrantemente*, alguma injustiça ou, de forma mais ampla, algum *flagrante* erro de julgamento. É o que ocorre, por exemplo, em casos em que o reconhecimento jurisdicional da filiação se dá em contraste ao que, em função dos avanços tecnológicos, é possível, com precisão, estabelecer ou em que a decisão foi proferida com base nas mais variadas formas de corrupção que só é apurada depois de longo espaço de tempo (acolhendo a tese, merece ser lido o erudito voto-vista proferido pelo Min. Luiz Fux no RE 363.889/DF, STF, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j.m.v. 2.6.2011, DJe 10.6.2011).

Em situações como estas, são cada vez mais comuns as vozes que sustentam a necessidade de o *princípio da segurança jurídica*, que, em última análise, dá sustento à coisa julgada (v. n. 1, *supra*), ceder espaço a outros valores, igualmente consagrados pela Constituição brasileira (como a “dignidade da pessoa humana” e o da “proibição administrativa” para fazer referência aos exemplos dados no parágrafo anterior) e, conseqüentemente, admitir-se um novo julgamento da causa. É como se dissesse que uma verdade *materialmente* constatável não pudesse deixar de ser jurisdicionalmente reconhecida em virtude de uma anterior decisão jurisdicional.

A corrente tem opositores ferrenhos, dentre os quais vale o destaque do pensamento de Nelson Nery Junior e de Leonardo Greco. Para esta corrente,

a estabilização da coisa julgada, mormente porque expressamente consagrada pela Constituição Federal, ao contrário do que se dá em outros países, não admite, fora das situações expressamente previstas pela própria Constituição ou pela lei, ser mitigada. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, embora votando em harmonia com o entendimento prevalecente naquela Corte em sentido contrário – fazendo-o, expressamente, por força do “princípio da colegialidade” –, o Ministro Celso de Mello já teve oportunidade de justificar sua discordância com a teoria que “... mostra-se apta a provocar consequências altamente lesivas à estabilidade das relações intersubjetivas, à exigência de certeza e de segurança jurídicas e à preservação do equilíbrio social. A invulnerabilidade da coisa julgada material deve ser preservada em razão de exigências de ordem político-social que impõem a preponderância do valor constitucional da segurança jurídica, que representa, em nosso ordenamento positivo, um dos subprincípios da própria ordem democrática” (STF, RE 649.154/MG, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 23.11.2011, DJe 28.11.2011).

Partindo das premissas eleitas para seu desenvolvimento, este *Curso* não pode deixar de acompanhar a corrente que sustenta a necessidade da *relativização* da coisa julgada. Sua aceitação, contudo, deve depender das especificidades de cada caso concreto – vedada, por sua definição, sua generalização –, em que se possa contrastar, frente a frente, o conflito dos *valores envolvidos* e verificar em que medida e por quais razões a segurança jurídica, valor predominantemente protegido pela coisa julgada, deve ceder espaço a outros valores ou a outros princípios também existentes no ordenamento jurídico. É dizer de forma bem direta: não se pode, justamente por causa da influência do “modelo constitucional do direito processual civil”, sustentar a aplicação indiscriminada, até mesmo generalizada da tese da “relativização da coisa julgada”. Tal aplicação não pode ser aceita.

É por esta razão que a crítica feita à relativização da coisa julgada não pode ser simplesmente aceita ou ignorada. O tema não permite enfrentamento que descarte a busca do ponto de *equilíbrio* do sistema justamente porque se trata, em última análise, de conflito explícito entre valores constitucionais igualmente protegidos pela ordem jurídica. Assim, é importante ter presente a crítica à tese se não para guiar uma radical transformação do direito legislado com a criação de *outros* mecanismos de controle da coisa julgada,

mais flexíveis que aqueles mencionados no número anterior, para, ao menos, nortear que a aplicação da tese aos casos concretos, independentemente de modificação legislativa, seja feita com bastante parcimônia para evitar a desestruturação do sistema jurídico e a instalação de insegurança jurídica.

Uma das formas de obter este resultado sem necessidade de alteração legislativa é admitir uma leitura ampliativa, extensiva, até mesmo *criativa*, dos diversos incisos do art. 485, flexibilizando-se, com isto, os casos de cabimento da “ação rescisória”. Quando menos, em alguns casos, sendo *necessária* uma fluência diferenciada do prazo *decadencial* para ajuizamento da “ação rescisória” sem os rigores do art. 495, que não distingue as variadas hipóteses pelas quais, de acordo com o próprio art. 485, a rescisória tem cabimento. Assim, por exemplo, para que em determinadas situações o prazo para o exercício daquela demanda tenha início não do trânsito em julgado da decisão que se pretende questionar, mas, diferentemente, da descoberta, objetivamente constatável, do fato que dá origem ao contraste do que foi julgado e que está imunizado pela coisa julgada.

Esta proposta de *flexibilização* do regime jurídico da “ação rescisória” e, bem assim, dos demais mecanismos de contraste da coisa julgada afina-se bastante bem às premissas fundantes deste *Curso*. Mais ainda porque o entendimento amplamente predominante em sede de doutrina e de jurisprudência é o de que as hipóteses do art. 485 são *taxativas*, a exigir interpretação *restritiva*. É certo que a coisa julgada relaciona-se intimamente a um “princípio constitucional”. Justamente por isto, contudo, é que se impõe, diante das vicissitudes de cada caso concreto, algum temperamento às hipóteses de controle das decisões transitadas em julgado. É o que sustentam, por exemplo, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina em *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, e Eduardo Talamini em *Coisa julgada e sua revisão*.

O que convém destacar a respeito dos últimos parágrafos, contudo, é que aceitas as considerações neles expostas, não se está, propriamente, “relativizando a coisa julgada”, mas, bem diferentemente, os *meios* de seu controle independentemente de qualquer alteração legislativa. Trata-se, em última análise, de submeter o art. 485 e, bem assim, os demais mecanismos destacados no n. 7, *supra*, ao que a Introdução da Parte II do vol. 1 chamou

de “filtragem constitucional” e, em nome de *outros* valores e princípios constitucionalmente exigidos, permitir o controle das decisões jurisdicionais, mesmo quando transitadas em julgado, para sua adequação às realidades subjacentes ao processo ou, mais amplamente, do próprio ordenamento jurídico e, nestas condições, possam, elas próprias, restar imunes a novos questionamentos.

Parte VI

PROCEDIMENTO SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por força das premissas apresentadas desde o início deste volume do *Curso* (v. o n. 3 da Introdução), faz-se necessário o exame destacado do chamado “procedimento sumário”, uma das espécies de “procedimento *comum*” de acordo com a classificação dada pelo próprio Código de Processo Civil (art. 272, *caput*).

O exame feito por este capítulo busca evidenciar aquilo que distingue o “procedimento *sumário*” do “procedimento *ordinário*”, de forma a permitir ao leitor comparar um e o outro para ver os pontos que os aproximam e que os afastam. A medida é tão mais importante porque o parágrafo único do art. 272 determina a aplicação *subsidiária* das regras relativas ao procedimento ordinário ao procedimento sumário, isto é, disciplinarão o procedimento sumário os dispositivos reservados pelo Código de Processo Civil ao procedimento ordinário sempre que não houver regra específica.

O procedimento sumário, desde sua concepção original no Código de Processo Civil – quando então era chamado de “procedimento *sumaríssimo*” –, é moldado à luz dos princípios da oralidade e da concentração dos atos processuais e, por isso mesmo, superiormente, não há como recusar para ele forte influência do princípio da economia e da eficiência processuais, expressamente previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II e n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV, ambos do vol. 1). É justamente nisto que reside sua distinção com o procedimento ordinário.

Como sói acontecer em se tratando de *princípios*, a percepção explícita de o procedimento ser, desde sua concepção abstrata pelo legislador, forma de realização de determinados valores no atuar necessário do Estado-juiz, é ferramenta fundamental de trabalho para viabilizar um questionamento *crítico* de algumas soluções adotadas no plano infraconstitucional.

A cognição desenvolvida pelo juiz, contudo, não é “sumária”, isto é, não é cognição menos aprofundada, que não permite ao magistrado o conhecimento profundo do conflito de interesses que as partes trazem para a solução jurisdicional (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). O que é “sumário”, no sentido de *concentrado*, *breve* ou *encurtado*, é o *procedimento*, os atos processuais a serem praticados pelo Estado-juiz durante o exercício da função jurisdicional, ou seja, os atos praticados ao longo do *processo*. Não a *qualidade* de sua decisão considerada em todos os seus aspectos, inclusive no que diz respeito à sua *profundidade* e, pois, a sua aptidão de resolver o conflito com ânimo de definitividade, revestindo-se, por isso mesmo, desde que presentes os demais pressupostos exigidos pelo Código de Processo Civil (v. n. 4.3 do Capítulo 2 da Parte V), de “coisa julgada *material*”. No procedimento sumário, a decisão proferida com fundamento no art. 269, I, tem cognição *exauriente*.

Desnecessário retomar o tema já exposto no n. 6.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, embora seja relevante ter presente a discussão lá apontada quanto à distinção feita, desde a Constituição Federal, entre a competência *privativa* da União Federal para legislar sobre “processo” (art. 22, I) e a competência *concorrente* dela e dos Estados para editar normas sobre “*procedimentos* em matéria processual” (art. 24, XI).

As considerações lançadas têm, quando menos, aptidão de convidar à reflexão de que a disciplina dos arts. 275 a 281 do Código de Processo Civil, deve ser entendida como “normas *gerais*” editadas pela União Federal (art. 24, § 1º) que aceitam, nos precisos termos dos §§ 2º e 3º do mesmo art. 24, *suplementação* por obra de cada um dos Estados “para atender a suas peculiaridades”. A observação tem, contudo, sabor mais teórico à falta de qualquer interesse *político* nesse sentido por parte dos Estados.

2. HIPÓTESES DE CABIMENTO DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

O art. 275 ocupa-se de indicar as “causas” em que o procedimento sumário *deve* ser observado. Há rica discussão sobre a *necessidade* de sua observância quando, por força dos Juizados Especiais, há previsão de

atuação daqueles órgãos jurisdicionais, assunto que, para fins de exposição, será tratado no n. 2.1, *infra*. É importante evidenciar, desde logo, contudo, que, pelas razões lá expostas, os temas não aceitam distinção rigorosa. A bem da verdade, as hipóteses de cabimento do procedimento sumário são *residuais* àquelas que as leis de regência dos Juizados Especiais reservam para eles.

De acordo com o inciso I do art. 275, o procedimento sumário deve ser observado em todas as causas até o valor de sessenta salários mínimos. O critério eleito pela regra é exclusivamente o do valor independentemente da *natureza* ou da *matéria* do litígio trazido para solução perante o Poder Judiciário, com as únicas exceções do parágrafo único do mesmo art. 275: o procedimento sumário está excluído com relação às “ações” relativas ao estado e à capacidade das pessoas.

Discussão interessante é a relativa sobre saber a que salário mínimo refere-se a lei: ao salário mínimo *federal* ou ao salário mínimo indicado como referência por vários Estados? A segunda alternativa é a que melhor se afina ao “modelo constitucional do direito processual civil”, inclusive no que diz respeito à falta de regras próprias estaduais, ao melhor cumprimento do inciso XI do art. 24 da Constituição Federal (v. n. 1, *supra*).

O inciso II do art. 275 cuida de diversas hipóteses em que, *independentemente* do valor envolvido na causa, o procedimento sumário deve ser observado pela *natureza* ou pela *matéria* envolvida no litígio.

É o que se dá nos litígios envolvendo arrendamento rural e de parceria agrícola e, mais amplamente, à parceria rural nas suas variadas modalidades (alínea *a*); na cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio, independentemente do tipo de condomínio formado, isto é, o regido pela Lei n. 4.591/1964, com as modificações dos arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil, ou pelos arts. 1.314 a 1.330 do mesmo Código (alínea *b*); no ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico (alínea *c*); no ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre (alínea *d*); na cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo – e para esses fins, pouco importa se de via terrestre ou não (alínea *e*); na cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial (alínea *f*); e nos demais casos previstos em lei (alínea *g*).

Algumas destas previsões merecem um exame mais profundo.

Com relação à alínea *b*, “cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio”, importa destacar ser amplamente majoritário o entendimento de que as relações de crédito e débito regidas pela precitada Lei n. 4.591/1964 e pelo Código Civil entre o condomínio e o condômino impõem o procedimento sumário com vistas ao prévio reconhecimento *judicial* do crédito e a consequente prática de atos executivos com vistas à sua satisfação. Somente os casos em que há relação locatícia, comprovada documentalmente, é que dão ensejo à formação de um “título executivo *extrajudicial*” (art. 585, V) a tornar *desnecessário* o prévio reconhecimento judicial do direito, suficiente a sua apresentação (art. 614, I) para permitir, desde logo, a prática de atos jurisdicionais executivos com observância dos arts. 652 e seguintes. O tema é enfrentado pelo Capítulo 2 da Parte II do vol. 3.

No que diz respeito à cobrança de honorários dos profissionais liberais (alínea *f* do inciso II do art. 275), é de se observar que o contrato de honorários do advogado é, por si só, “título executivo *extrajudicial*” (art. 24, *caput*, da Lei n. 8.906/1994), a afastar, por isso mesmo, o procedimento sumário. A hipótese, bem diferentemente, é de execução por quantia certa contra devedor solvente a observar o disposto nos arts. 652 e seguintes (v. Capítulo 2 da Parte II do vol. 3). Ademais, em sendo necessária, antes da cobrança dos honorários profissionais, o seu *arbitramento*, isto é, a fixação de seu valor, o processo respectivo não reclama a incidência do art. 275, II, *f* (STJ, 3ª Turma, REsp 633.514/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j.m.v. 7.8.2007, DJ 17.9.2007, p. 248).

Sobre os demais casos previstos em lei em que o procedimento sumário deve ser observado (art. 275, II, *g*), cumpre destacar, entre outros, os seguintes: a “ação revisional de aluguel” (art. 68, *caput*, da Lei n. 8.245/1991); a “ação de adjudicação compulsória” (art. 16 do Decreto-lei n. 58/1937, na redação da Lei n. 6.014/1973); a “ação discriminatória” (art. 20 da Lei n. 6.383/1976); a “ação” entre representantes comerciais autônomos e representados (art. 39 da Lei n. 4.886/1965, na redação da Lei n. 8.420/1992); a “ação de acidente de trabalho” (art. 129, II, da Lei n. 8.213/1991); a “ação de usucapião especial rural ou urbano” (art. 5º, *caput*, da Lei n. 6.969/1981 e art. 14 da Lei n. 10.257/2001); e a “ação de

desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária” (art. 1º da Lei Complementar n. 76/1993).

Além da vedação do parágrafo único do art. 275 já colocada em destaque, é importante ter presente que se o caso reclama a observância de um “procedimento *especial*”, assim considerados, por exemplo, os disciplinados pelo Livro IV do Código de Processo Civil, a hipótese não é de procedimento *comum* (sumário ou ordinário), no que é clara a regra do art. 271 (v. n. 2 da Introdução).

Não é suficiente, contudo, o exame da matéria *apenas* com os olhos voltados ao art. 275. É mister compreender as hipóteses de cabimento do procedimento sumário também à luz das prescrições que as Leis ns. 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009 reservam para os juizados especiais. Pela importância do tema, há todo um número dedicado ao seu exame.

2.1. Ainda as hipóteses de cabimento do procedimento sumário: os Juizados Especiais

O art. 24 da Constituição Federal, prevê, em seu inciso X, a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para a “criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas”. O inciso I do art. 98, também da Constituição Federal, permite à União e aos Estados a criação de “juizados especiais” com competência para julgar causas de menor complexidade mediante “os *procedimentos* oral e sumaríssimo”

Regulamentando aqueles dispositivos, a Lei (federal) n. 9.099/1995 disciplinou os Juizados Especiais (cíveis e criminais) no âmbito das Justiças Estaduais, a Lei (federal) n. 10.259/2001 disciplinou os Juizados Especiais (cíveis e criminais) no âmbito da Justiça Federal e a Lei (federal) n. 12.153/2009 disciplinou os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios, suficientes para render ensejo, para os fins presentes, a uma questão que merece já ser chamada de *clássica* e que foi anunciada pelo n. 2, *supra*.

Sem prejuízo do enfrentamento pormenorizado do *procedimento* dos chamados “juizados especiais” pela Parte III do tomo II deste vol. 2, é fundamental saber, aqui, em que medida a previsão legislativa de que algumas hipóteses sejam julgadas por aqueles “juizados especiais” afetam as situações que, de acordo com o art. 275, estão reservadas, pelo Código de Processo Civil, para o procedimento sumário. É apresentar a questão de maneira diversa: há, para o autor, possibilidade de *escolha* entre romper a inércia do Poder Judiciário provocando a sua atuação com vistas à prestação da tutela jurisdicional pelo “procedimento *sumário*” ou pelas normas que disciplinam os chamados “juizados especiais”? A indagação tem pertinência tanto para o âmbito dos Juizados Especiais da Justiça Estadual, regulados pela Lei n. 9.099/1995, para os Juizados Especiais da Justiça Federal, disciplinados pela Lei n. 10.259/2001 e também para os Juizados Especiais da Fazenda Pública da Lei n. 12.153/2009.

A pertinência da questão é tanto maior quando se constata que algumas das hipóteses reservadas pelo art. 275 ao “procedimento sumário” foram albergadas para os Juizados Especiais Cíveis da Justiça Estadual (art. 3º, I e II, da Lei n. 9.099/1995), pelos Juizados Especiais Cíveis da Justiça Federal (art. 3º, *caput*, da Lei n. 10.259/2001) e também pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 2º da Lei n. 12.153/2009), sempre tendo presente a distinção rígida que existe entre a competência da Justiça Estadual e a Federal, imposta desde o “modelo constitucional do direito processual civil” (v. o n. 5 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 e o n. 2 do Capítulo 2 da Parte I).

O entendimento amplamente vencedor, em sede de doutrina e de jurisprudência, é o de que há, para o autor, uma verdadeira *opção* entre litigar de acordo com o “procedimento sumário” e o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. A alternativa a ser feita pelo autor justifica-se, segundo esta corrente, precipuamente, porque o Juizado Especial é uma forma bastante rápida, eficiente e simples de acesso à justiça, não havendo como recusar a ele que pudesse “migrar” para aquele sistema que, sobretudo nos primeiros anos de sua instalação e funcionamento, acabou se revelando muito mais rápido e, nesse sentido, muito mais eficiente para a declaração e para a realização dos direitos, mais que o próprio procedimento sumário tal qual codificado. Seria, é o que se lê dos defensores desta vertente, uma

melhor forma de realizar o “acesso à justiça” e o “devido processo legal”, princípios expressamente agasalhados na Constituição Federal (v. ns. 3 e 4 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). O entendimento, no que diz respeito aos Juizados Especiais Cíveis da Justiça *Estadual*, tem guarida no próprio Superior Tribunal de Justiça, como ilustram suficientemente os seguintes julgados: 2ª Seção, CComp 62.402/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 29.6.2007, DJ 11.10.2007, p. 283; 3ª Turma, REsp 331.891/DF, rel. Min. Pádua Ribeiro, j.un. 21.3.2002, DJ 15.4.2002, p. 216; 4ª Turma, REsp 173.205/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.un. 27.4.1999, DJ 14.6.1999, p. 204; 4ª Turma, REsp 151.703/RJ, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j.un. 24.3.1998, DJ 8.6.1998, p. 124; e 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, REsp 146.189/RJ, j.un. 24.3.1998, DJ 29.6.1998, p. 196.

Em que pesem a contundência destes argumentos e o brilho de seus expositores, em sede de doutrina e de jurisprudência, este *Curso* opta por aderir ao entendimento minoritário, sustentado, dentre outros, por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em seu *Manual do processo de conhecimento*, p. 658-663. Diversamente do que se lê da corrente vitoriosa, não parece que o “princípio do acesso à justiça” permita ao jurisdicionado *escolher* provocar o exercício da jurisdição do Estado sem que leve em conta as legítimas opções que o legislador tenha, a este propósito, efetuado. Ninguém duvida da *constitucionalidade do estabelecimento* dos Juizados Especiais, tanto no âmbito da Justiça Estadual, inclusive no âmbito da Fazenda Pública, como no âmbito da Justiça Federal. Não há dúvidas quanto a ser legítima, isto é, plenamente *constitucional*, a criação, para aqueles casos, de um procedimento ainda mais breve e ainda mais informal que aquele reservado, pelo art. 275 do Código de Processo Civil – por isso o nome usualmente empregado “procedimento *sumaríssimo* ou *sumaríssimo*” –, para determinadas causas, seja em razão do *valor* (art. 275, I) ou em razão da *matéria* (art. 275, II). Eventual questionamento a esse respeito reside, única e exclusivamente, na verificação da aptidão de lei *federal* imiscuir-se na organização da justiça *estadual*, assunto para o qual se volta o n. 1 do Capítulo 3 do tomo II deste vol. 2.

Para cá, contudo, a discussão que importa é outra. A questão não pode ser compreendida como se houvesse uma alternativa entre *procedimentos*, o que, até mesmo por força do art. 295, V, do Código de Processo Civil, expresso

quanto ao tema, seria tolerável, seguindo-se, no máximo, a necessidade de emenda da *forma* da provocação do Estado-juiz (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II). Trata-se, muito mais do que isto, da criação de um verdadeiro aparato jurisdicional *novo e distinto* pelo Estado que deve ser entendido como uma inequívoca opção *política* de *tirar* do âmbito do Código de Processo Civil diversas causas porque são consideradas “pequenas causas” (art. 24, X, da Constituição Federal) *ou* de “menor complexidade” (art. 98, I, da Constituição Federal). O resultado disto é que, à medida que haja pontos de contato entre o que deve ser julgado pelos Juizados Especiais e pelos Juizados não Especiais, isto é, os “juizados comuns”, esvazia-se esta em função daquela. A questão do *procedimento*, portanto, não é a *causa* do entendimento aqui sustentado. É uma *consequência*, dentre tantas outras, dele.

Na verdade, o problema deve ser enfrentado de perspectiva algo diversa, de *competência* para julgamento de determinadas matérias ou causas de determinado valor. E como tudo que diz respeito à competência jurisdicional, a questão que se põe para enfrentar é saber qual parcela do Poder Judiciário deve apreciar, para julgar e executar, determinadas questões, levando-se em conta os mais variados critérios, assim o *valor*, a *matéria*, as *pessoas* ou o *território* envolvidos. Os “juizados especiais” têm, mercê da Lei n. 9.099/1995, da Lei n. 10.259/2001 e da Lei n. 12.153/2009, *competência* para julgar determinadas causas e a sua competência, por ser de *juízo* e *especial*, prefere a não especial, a “comum”. Deve prevalecer o entendimento apresentado desde o n. 4.1 do Capítulo 2 da Parte I de que a competência dos *juízos* comuns é sempre residual. Eles são competentes quando não houver nenhum outro órgão jurisdicional (nenhum outro *juízo*) que o seja pelos mais variados critérios específicos, a começar pelos *constitucionalmente* impostos, passando pelos previstos na lei federal e, por fim, os previstos nas normas de organização judiciária, das Constituições estaduais, inclusive.

Por tais razões, não há como deixar de chegar a conclusão contrária à corrente vencedora: não há *opção*, *alternativa* ou *faculdade* daquele que se sente lesionado ou ameaçado em direito seu de romper a inércia do Estado-juiz pelo “procedimento sumário” ou mediante o “procedimento” dos Juizados Especiais. Se o seu conflito for daqueles que a *lei* reservou para o

âmbito dos Juizados Especiais – cível, federal ou da Fazenda Pública estadual, municipal ou distrital, quanto a isto não há diferença –, é aquele *órgão jurisdicional* (aquele *juízo*) que deverá ser provocado para prestar tutela jurisdicional com exclusão de qualquer outro.

Assim, a criação dos Juizados Especiais Cíveis é, por si só, um dos tantos mecanismos empregados pelo legislador com vistas à concretização do “princípio do acesso à justiça”. Entender que, existindo o Juizado, o conflito de interesse intersubjetivo deve ser conduzido a ele, *necessariamente* não viola o “modelo constitucional do direito processual civil”; pelo contrário, cria condições para que ele seja adequadamente realizado, rente às preocupações exteriorizadas pelo legislador e que justificam, em última análise, os investimentos que a União, os Estados e o Distrito Federal têm feito e devem fazer para viabilizar, em estreito cumprimento aos preceitos (arts. 24, X, e 98, I) e aos valores constitucionais, é relevante frisar, um acesso à justiça *ótimo*, em que, para situações consideradas de “menor complexidade”, inclusive em relação ao valor, a atuação do Estado-juiz (o *processo*, portanto) dê-se de forma ainda mais breve, mais ordenada, mais oral, mais concentrada e, nessa perspectiva, mais *eficiente*. Tudo por causa do *procedimento* reservado para os Juizados Especiais pelas leis já destacadas e por outras normas que, posto não poderem ser entendidas como *procedimentais*, acabam por refletir o menor custo e o menor tempo para o reconhecimento e a realização do direito em algumas situações.

Não há, destarte, *opção* ou *alternativa* para aquele que busca o Poder Judiciário para resolver seu conflito de interesses. Se o art. 3º da Lei n. 9.099/1995, o art. 3º da Lei n. 10.259/2001 ou o art. 2º da Lei n. 12.153/2009 elegeu o conflito, tal qual apresentado perante o Estado-juiz, como critério de *competência* dos Juizados Especiais Cíveis, estaduais (inclusive da Fazenda Pública) e federal, respectivamente, não há como entender que a causa comporte *também* a atuação do Estado-juiz mediante o procedimento sumário. A atuação do Estado-juiz – o *processo* – é uma só e as regras que deverão ser observadas para o desenvolvimento daquele *processo*, o *procedimento*, não são disponíveis pelas partes (ou, mais precisamente, pelo autor), porque há, para cada situação, um aparato jurisdicional diverso e que, por isso mesmo, não aceita tratamento

indiferente. Por tal razão é que o art. 275 do Código de Processo Civil deve ser interpretado *residualmente*, isto é, esgotadas as causas de competência dos Juizados Especiais, estaduais (inclusive da Fazenda Pública) ou federal.

E se assim é, ou seja, já que a conclusão aqui proposta não afeta em nada o “modelo constitucional do direito processual civil”, pelo contrário, concretiza-o adequadamente, não há como não dar mais um passo e sustentar que o art. 275 está *derrogado* com o advento das Leis ns. 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009. Aquelas leis, ao *imporem* (é esta a premissa a ser extraída dos parágrafos anteriores) o Juizado Especial para algumas causas, retiraram-nas dos “juízos comuns” e, portanto, não há como sustentar, para elas, a observância do “procedimento sumário”. A questão, vale repetir, deve ser analisada pela perspectiva da criação, constitucionalmente incentivada, de um órgão jurisdicional diferenciado que atuará, em determinadas causas, por um procedimento extremamente simplificado e abreviado.

De qualquer sorte, mesmo para aqueles que não concordem com a exposição dos parágrafos anteriores, há um dado de direito positivo que não pode passar despercebido. O art. 3º, § 3º, da Lei n. 10.259/2001 dispõe que, naqueles casos em que estiver instalado o Juizado Especial Federal, sua competência para processamento, julgamento e execução das causas referidas no *caput* do dispositivo, é *absoluta*. O mesmo está expressamente previsto para os Juizados Especiais da Fazenda Pública no art. 2º, § 4º, da Lei n. 12.153/2009. Competência absoluta, isto é exposto pelo n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I, é aquela cujo regime jurídico não admite disponibilidade pelas partes e pelo próprio juízo; é competência instituída por opção política consciente de melhor distribuição de um serviço público, o jurisdicional, no espaço. Por força daqueles dispositivos de lei, não há como admitir qualquer *concorrência de competência* entre os Juizados Especiais e os juizados comuns nos casos em que, na mesma *subseção judiciária*, houver “juizado *especial* federal” e o “juízo *comum* federal” ou, no âmbito da Justiça Estadual, quando na mesma *comarca* houver “juizado *especial* da Fazenda Pública” e um “juízo *comum* da Fazenda Pública”, isto é, uma vara especializada para os litígios envolvendo a Fazenda Pública.

Portanto, as hipóteses de *cabimento* do procedimento sumário (v. n. 2, *supra*) devem ser analisadas levando em conta o que é de *competência* dos

Juizados Especiais *estaduais*, o que é de *competência* do Juizado Especial *federal* e o que é da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Neste sentido, não há por que negar serem *residuais* os casos de procedimento sumário, resultado inequívoco da opção política feita, legitimamente à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, pelo legislador processual civil mais recente.

De acordo com o art. 3º da Lei n. 9.099/1995, “o Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III – a ação de despejo para uso próprio; IV – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo”, além de competência para execução de seus julgados e dos títulos executivos extrajudiciais do valor referido pelo inciso I (art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.099/1995). O § 2º do mesmo dispositivo exclui da competência do Juizado Especial “as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial”. Não podem litigar perante os Juizados Especiais Cíveis estaduais, outrossim, o incapaz, o preso, a massa falida e o insolvente civil (art. 8º, *caput*, da Lei n. 9.099/1995) e somente as mencionadas nos incisos do § 1º do mesmo art. 8º é que podem ser *autoras* perante aqueles Juizados.

Consoante o art. 3º da Lei n. 10.259/2001, “compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”, com exceção daquelas indicadas no § 1º do mesmo dispositivo: as “referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos” (inciso I); “sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais” (inciso II); “para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal” (inciso III) e “que tenham como objeto a impugnação da

pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares” (inciso IV).

O art. 2º da Lei n. 12.153/2009, de seu turno, dispõe que são competentes os Juizados Especiais da Fazenda Pública para “processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos”. O § 1º do mesmo dispositivo legal exclui da competência daqueles órgãos jurisdicionais as seguintes hipóteses: “I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos; II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas; III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares”. O § 2º, por sua vez, dispõe que: “Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no *caput* deste artigo”. O art. 5º da mesma Lei prescreve poder ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública: “I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006; II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas”.

A pertinência do procedimento sumário, portanto, pressupõe que não se esteja diante de uma das hipóteses que aquelas leis reservam (com exclusividade) para os Juizados Especiais.

No âmbito estadual, o procedimento sumário, tal qual regulado pelo Código de Processo Civil, justifica-se para julgamento das demandas em que o valor da causa for superior a quarenta até o limite de sessenta salários mínimos *desde que* a matéria não seja uma daquelas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 3º da Lei n. 9.099/1995, ou que as partes não observem as prescrições do art. 8º, *caput* e respectivo § 1º do mesmo diploma legal. É importante destacar, a este respeito, ser amplo o entendimento (embora não uniforme) de que as causas referidas no inciso II do precitado art. 3º

precisam *também* observar o limite dos quarenta salários mínimos. Neste sentido, vale citá-la, é a Súmula 11 das Turmas Recursais do Juizado Especial do Rio Grande do Sul: “Mesmo as causas cíveis enumeradas no art. 275, II, do CPC, quando de valor superior a quarenta salários mínimos, não podem ser propostas perante o Juizado Especial”. Ao assunto, na perspectiva dos Juizados Especiais, volta-se o n. 2 do Capítulo 1 da Parte III do tomo II deste vol. 2.

Se, fora daqueles casos, o autor quiser litigar perante o Juizado Especial poderá fazê-lo desde que renuncie, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei n. 9.099/1995, ao que o seu direito exceder ao parâmetro dos quarenta salários mínimos. Para este fim, porque a referência legislativa é feita ao direito *material*, há pleno sentido em sustentar haver uma *opção* ou uma *alternativa*, o que não ocorre, pelas razões expostas nas demais hipóteses (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 2, tomo II).

Ainda no âmbito da Justiça Estadual, estando a hipótese prevista nos arts. 2º e 5º da Lei n. 12.153/2009, o processo deverá ser distribuído ao Juizado Especial da Fazenda Pública que tem, frise-se, competência *absoluta* nos termos do § 4º do art. 2º daquele diploma legal.

No âmbito federal, para as causas promovidas pelas pessoas referidas pelo art. 6º, I, da Lei n. 10.259/2001, em face das pessoas administrativas federais indicadas no inciso II do mesmo dispositivo, cujo valor não for superior a sessenta vezes o valor do salário mínimo (federal) e desde que não ocorra uma das hipóteses expressamente referidas nos quatro incisos do § 1º do art. 3º da mesma lei, a competência é da “Justiça Federal *comum*”. Também aqui, há a possibilidade de o autor *renunciar* ao excedente de seu direito para que seja admitido no Juizado Especial (art. 3º, § 3º, da Lei n. 9.099/1995 c/c art. 1º da Lei n. 10.259/2001 e art. 27 da Lei n. 12.153/2009; v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte III do tomo II deste vol. 2), situação bem diversa, porque relativa ao direito *material*, de “escolher” perante qual *órgão jurisdicional* se justificará a atuação do Estado-juiz.

Se o resultado final de toda esta exposição é um inegável *esvaziamento* do procedimento sumário disciplinado pelo Código de Processo Civil e, antes disto, um esvaziamento da própria *competência* dos juízos não especiais, isto só pode ser entendido como legítima decorrência da opção política que, desde a Constituição Federal, fez o legislador mais recente.

Trata-se de criar mecanismos de acesso à justiça que realizem adequada e suficientemente o “modelo constitucional do direito processual civil”. Não, o que é bem diferente, criar diferentes aparatos jurisdicionais, com diversos e radicais regimes jurídicos de atuação, para que os indivíduos *optem* por um ou outro como se não houvesse, por trás da criação e efetiva instalação de cada órgão jurisdicional do Estado, uma clara e inequívoca política pública que *deve* ser atingida.

CAPÍTULO 2

Fase postulatória

1. PETIÇÃO INICIAL

Superadas as questões relativas ao seu cabimento, impõe-se o exame do *procedimento sumário* tal qual regulado pelo Código de Processo Civil, deixando o exame do *procedimento* dos Juizados Especiais, estaduais, federal e da Fazenda Pública para a Parte III do tomo II deste vol. 2.

O exame aqui proposto parte da mesma metodologia empregada para o estudo do procedimento ordinário: a identificação da *fases* ideais ao longo do procedimento (v. n. 3 da Introdução), quais sejam, as fases “postulatória”, “ordinatória”, “instrutória” e “decisória”. Por força de sua própria peculiaridade, contudo, estas fases, no procedimento sumário, apresentam-se menos evidentes do que no procedimento ordinário, o que reflete, até mesmo, na própria divisão dos capítulos desta parte. De qualquer sorte, é importante ter presente que aqueles quatro instantes procedimentais fazem-se presentes *também* aqui.

O art. 276 traz regras *complementares* à petição inicial do procedimento sumário, isto é, ao requerimento formal apresentado por quem se afirma lesionado ou, quando menos, ameaçado em direito seu para o Estado-juiz visando a um só tempo romper com a inércia jurisdicional e a prestação da tutela jurisdicional em seu favor, exercer, portanto, direito de ação.

Assim, sem prejuízo da observância do art. 282 (v. Capítulo 1 da Parte II), em homenagem ao princípio da economia e da eficiência processuais (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) e ao princípio da concentração dos atos processuais (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), a inicial do procedimento sumário deverá *também* trazer o rol de testemunhas e, se for requerida a realização da prova pericial, a indicação do assistente técnico e a formulação de quesitos deve ser feita nela.

A observância da regra pressupõe, evidentemente, que, na ótica do autor, a prova *oral* (testemunhas) e a prova *pericial* (conhecimentos técnicos e

especializados) se façam necessárias para a formação da convicção do juiz. Se, por qualquer razão, o autor entender que aqueles meios de prova são desnecessários, ele não observará a diretriz do art. 276. Se a *necessidade* daquela prova fizer-se presente ao longo do processo, devem ser aplicadas as regras dos §§ 4º e 5º do art. 277, objeto de exame pelo n. 3 do Capítulo 4.

O dispositivo aqui examinado silencia-se a respeito do depoimento pessoal. A omissão deve ser suprida pelo intérprete, por força dos princípios já colocados em destaque. O autor, na sua petição inicial, também deverá, se for o caso, requerer o depoimento pessoal do réu, oportunidade em que serão observadas as regras dos arts. 342 a 347 (v. Capítulo 2 da Parte IV).

Não há óbice, outrossim, para que na petição inicial do procedimento sumário seja formulado pedido de “tutela antecipada” nos moldes do art. 273 ou art. 461, § 3º, devendo, neste caso, o autor demonstrar a ocorrência de seus respectivos pressupostos. Como a *sumariedade* do procedimento aqui analisado não guarda nenhuma relação com a *cognição* a ser desenvolvida pelo juiz com vistas ao proferimento de sua decisão final, pode acontecer de se mostrar necessária a prestação de tutela jurisdicional *antecipadamente* em face das características de cada caso concreto. Até porque, não obstante “sumário” o procedimento, pode ocorrer de haver *necessidade* de a tutela jurisdicional ser prestada *antes* do proferimento da sentença e independentemente do segmento recursal, quiçá, até mesmo, antes da citação do réu. Por ora, basta esta indicação com a remissão do que ocupa o n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1. Ao exame aprofundado do tema volta-se a Parte I do vol. 4.

A petição inicial do procedimento sumário comporta juízo de admissibilidade rigorosamente idêntico à do procedimento ordinário. Todas as considerações expostas no Capítulo 2 da Parte II têm aqui plena aplicação. O que se modifica em função da lei diz respeito aos atos processuais que se seguem ao seu recebimento, assunto que é desenvolvido pelo número seguinte.

2. CITAÇÃO E AUDIÊNCIA PRELIMINAR

Em nome dos princípios relatados desde o n. 1 do Capítulo 1, o procedimento sumário, tal qual regulado nos arts. 275 a 281, representa uma

inegável *concentração* de atos processuais quando comparado com o procedimento ordinário. Prova suficiente disto é que o réu não será citado *apenas* para apresentar as suas respostas mas para, sem prejuízo delas, comparecer em juízo em audiência que será designada com observância do disposto no art. 277, *caput*.

De acordo com o dispositivo, a audiência deverá ser realizada no prazo de trinta dias contados do juízo *positivo* de admissibilidade da petição inicial, sendo certo que a citação do réu deverá ser realizada com dez dias de antecedência e, em se tratando o réu de pessoa jurídica de direito público, os prazos serão dobrados, isto é, sessenta dias para a audiência e vinte dias de antecedência para a citação. Esse prazo não é alterado se o autor desistir de demandar algum dos réus, não sendo aplicado ao procedimento sumário, dadas as suas peculiaridades procedimentais, o disposto no art. 298, parágrafo único. Expresso nesse sentido: STJ, 2ª Seção, EAREsp 25.641/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 12.6.2013, DJe 25.6.2013.

Do mandado de citação, deverá constar a advertência de que a ausência injustificada do réu poderá levar à presunção de veracidade das alegações constantes da petição inicial, “salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença”. A determinação, expressa no § 2º do art. 277, representa adequadamente a interpretação amplamente dada ao art. 319 e a um dos efeitos da revelia. Como expõe o n. 6 do Capítulo 1 da Parte III, não deve prevalecer o entendimento de que a ausência do réu pode, por si só, levar o juiz a acolher o pedido do autor. É fundamental, em qualquer caso, que o magistrado examine a verossimilhança daquela pretensão e em que condições há provas suficientes para embasá-la.

Não obstante o nome dado pela regra em exame, “audiência de *conciliação*”, é mais correto entender este ato como verdadeira “audiência *preliminar*”. A iniciativa tem o mérito de colocá-la ao lado de sua congênere do procedimento ordinário, a audiência a que se refere o art. 331. Não se trata, contudo, da *mesma* audiência. No procedimento sumário, ao contrário do que se dá com relação ao ordinário, a audiência *preliminar* é de designação obrigatória porque é nela, desde que não haja conciliação, que o réu apresenta as suas respostas.

É por essa razão que o *caput* do art. 277 evidencia que será determinado o “comparecimento das partes” àquele ato. Trata-se de determinação que se justifica para o primeiro ato que será praticado na audiência *preliminar*: a tentativa de conciliação.

O § 3º do art. 277, a este respeito, permite expressamente que as partes se façam representar por “preposto com poderes para transigir”. O “preposto” deve ser entendido como alguém que tenha *procuração* do réu para, em seu próprio nome, transacionar com a parte contrária, aceitando, recusando ou ofertando propostas de acordo, isto é, de formas autocompositivas do litígio. Uma vez que se verifique a transação, a hipótese comporta, desde logo, o proferimento de sentença fundamentada no inciso III do art. 269, situação expressamente prevista pelo § 1º do art. 277.

O mesmo dispositivo legal, com vistas a uma maior *eficiência* do ato de levar as partes à autocomposição, admite que o juiz seja auxiliado por um *conciliador*. Trata-se, a despeito do silêncio do Código de Processo Civil, de um auxiliar da justiça que tem como função a de buscar o acordo entre as partes. A regra deve ser aplaudida porque é claramente insuficiente a previsão legal para a realização de acordos – seja a expressamente reservada para o procedimento sumário ora em exame, a do procedimento ordinário (arts. 331, *caput*, e 448) ou a norma ampla do art. 125, IV –, se o magistrado não dominar as técnicas existentes e disponíveis para conduzir tratativas que possam cumprir os resultados desejados pelo sistema. Não se trata, contudo, de permitir que o conciliador presida a audiência. Qualquer audiência deve ser presidida e acompanhada, passo a passo, pelo juiz. Prevalece, em quaisquer casos, a regra do art. 446, I (v. n. 1 do Capítulo 9 da Parte IV). O conciliador não substitui o magistrado, age e interage com ele, auxiliando-o na obtenção de uma solução amigável para o impasse. Sua função não vai – e não pode ir – além disto. É correto, por isto, o quanto decidiu a 4ª Turma do STJ no REsp 1.166.340/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.m.v. 1.3.2012, DJe 2.8.2012, que recusou a decretação, pelo próprio conciliador, da *revelia* do réu que não apresentara contestação na audiência, após frustrada a tentativa de conciliação.

Questão que se põe com relação à audiência *preliminar* do procedimento sumário diz respeito ao não comparecimento das partes e/ou de seus procuradores.

Desde que regularmente *citado*, inclusive com observância da antecedência mínima exigida pelo *caput* do art. 277, o réu não comparecer à audiência, ela será realizada sem a sua participação. A tentativa de conciliação deve ser considerada frustrada, e já que é naquela audiência que o réu *deve* apresentar as suas respostas (v. n. 3, *infra*) é possível que os fatos alegados pelo autor sejam presumidos verdadeiros, levando o magistrado ao “julgamento antecipado da lide”, o que fará com fundamento no art. 330, II. O art. 277, § 2º, prevê expressamente a hipótese, que é, pois, de revelia. Se, a despeito da previsão legislativa, a contestação já tiver sido ofertada *antes* da audiência, o não comparecimento do réu afasta, por si só, a possibilidade de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (STJ, 2ª Seção, EAREsp 25.641/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 12.6.2013, DJe 25.6.2013).

Sobre o tema e levando em consideração, adequadamente, as prerrogativas institucionais dos membros da Defensoria Pública (v. n. 5.1 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), a 4ª Turma do STJ (REsp 1.096.396/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 7.5.2013, DJe 21.5.2013) entendeu que não se pode considerar revel o réu, representado pela Defensoria, cujo defensor não teve, *antes da audiência*, vista pessoal dos autos.

Pode acontecer, contudo, que compareça preposto do réu. Neste caso, desde que munido de poderes para transacionar, é aquele ato que deverá ser praticado em primeiro lugar. Frustrada a autocomposição, a revelia do réu dependerá da apresentação tempestiva de resposta(s) sua. Se se tratar de petição escrita, formalmente em ordem, é indiferente, especificamente para sua apresentação em juízo, a presença do próprio advogado. Neste caso, contudo, os demais atos processuais poderão ser legitimamente praticados e os prazos fluirão para o réu da intimação do advogado que subscreveu a contestação ou, mais amplamente, as respostas (art. 322, *caput*). Se só o advogado comparecer, pode ele próprio atuar como procurador do réu para fins de transação, observando-se os demais atos se não realizada.

Se quem não comparecer for o autor, é mister verificar se está, ou não, presente preposto ou advogado seu e, consoante haja condições para tanto, a tentativa de transação deverá ser levada a cabo (STJ, 4ª Turma, REsp 705.269/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 22.4.2008, DJe 5.5.2008). Se ninguém comparecer pelo autor, a audiência será realizada

normalmente, ficando prejudicados a tentativa de conciliação e os demais atos que se seguiriam à apresentação da resposta (ou respostas) pelo réu (art. 278). Frustra-se, na hipótese, a expectativa de maior celeridade e brevidade que caracteriza, como tal, o procedimento sumário, mas isto, por si só, não tem o condão de trazer qualquer nulidade ou vício para o plano do processo e, tampouco, justificar a sua extinção nos moldes do art. 267, II ou III (v. n. 3.1.2 do Capítulo 1 da Parte V). Se não for caso de “juízo antecipado”, o procedimento ingressará na “fase instrutória”.

3. AS RESPOSTAS DO RÉU

Frustrada, por qualquer motivo, a conciliação, segue-se a prática de outros atos processuais. O réu deverá apresentar, na própria audiência preliminar, as suas respostas. Elas, de acordo com o *caput* do art. 278, podem ser ofertadas escrita ou oralmente.

A exemplo do que o art. 276 reserva para a petição inicial, a contestação deve vir acompanhada de documentos (que, por definição, não são passíveis de produção oral; v. n. 1 do Capítulo 5 da Parte IV), rol de testemunhas e, desde que o réu requeira perícia, pelos quesitos a serem respondidos pelo perito e pela indicação de seu assistente técnico.

O conteúdo da contestação no procedimento sumário merece duas considerações apartadas.

A primeira diz respeito à alegação do réu de que a hipótese concreta não reclama o procedimento sumário em face da “natureza da demanda”, isto é, pela não ocorrência de quaisquer das hipóteses do inciso II do art. 275, ou pela ocorrência de uma das hipóteses do parágrafo único do mesmo dispositivo. Trata-se, bem examinada a questão, de *preliminar* a ser arguida em contestação (v. n. 2.2 do Capítulo 3 da Parte II). Até porque, acolhidas as considerações expostas pelo n. 2.1 do Capítulo 1, a causa reclama a competência dos Juizados Especiais Cíveis.

O magistrado, de acordo com o § 4º do art. 277, deve decidir a questão “de plano”, determinando a conversão do procedimento sumário em ordinário, se acolhida. O decidir “de plano” não significa dizer que, sobre a arguição do réu, o autor não *deve* ser ouvido previamente, por imposição do contraditório. O dispositivo, no particular, deve ser entendido no sentido de que a decisão deve se dar na mesma audiência preliminar para evitar

desperdício de tempo ou de atividade jurisdicional, em homenagem aos princípios da “economia e da eficiência processuais” e da “concentração dos atos processuais”.

A segunda consideração sobre a contestação do réu no procedimento sumário encontra fundamento no § 1º do art. 278. De acordo com o dispositivo, “é lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial”. Trata-se do que a doutrina denomina “pedido contraposto” que faz as vezes, tornando desnecessária (por falta de “interesse de agir”) a *reconvenção* que, nessas condições, tende a ser desnecessária no procedimento sumário.

O que não desperta maiores dúvidas sobre o dispositivo é que o “pedido contraposto” é um pedido que o réu pode fazer em face do autor para, além da prestação da tutela jurisdicional derivada da improcedência do pedido daquele, ser-lhe prestada tutela jurisdicional *qualitativamente* diversa. Assim, na demanda em que o autor pretende o réu condenado a pagar os prejuízos pelo acidente de veículos terrestres, o pedido contraposto do réu é ver o próprio autor condenado no pagamento dos seus próprios prejuízos decorrentes do mesmo fato retratado na inicial.

Antes da disciplina atual do procedimento sumário, dada pela Lei n. 9.245/1995, o Código de Processo Civil trazia vedação expressa à reconvenção (antigo § 2º do art. 315), o que era aplaudido por boa parte da doutrina em nome dos princípios sempre destacados. A opção do legislador de 1995, contudo, ao passar a admitir expressamente o “pedido contraposto”, foi a de melhor otimizar a prestação jurisdicional porque viabiliza que um mesmo fato que deverá ser necessariamente enfrentado pelo juiz (objeto de conhecimento) possa embasar prestação de tutela jurisdicional que dele deriva em igual ou similar intensidade. Embora o pedido contraposto acarrete também uma *ampliação* do *objeto litigioso* (objeto de decisão), esta ampliação vai ao encontro da otimização, tornando-a mais *eficiente*, da atividade jurisdicional. Típica solução que bem concretiza, destarte, o comando do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

É lição comum da doutrina a de que o “pedido contraposto” não se confunde com a reconvenção. Esta e não aquele teria natureza jurídica de *ação*. Pelas razões que expõe o n. 4 do Capítulo 3 da Parte II, este *Curso*

opta em propor solução diversa, de verdadeira e confessada *aproximação das figuras*, dando ao pedido contraposto a mesma natureza jurídica da reconvenção por força do papel que ambos os institutos desempenham no plano do processo à luz do “modelo constitucional”.

Tanto uma como outra iniciativa admitem que o réu, querendo, volte-se em face do autor no *mesmo* processo em que é demandado para obter tutela jurisdicional *qualitativamente* diversa daquela que receberá com a rejeição do pedido do autor. Não fosse pela autorização legislativa e o réu precisaria, para assumir aquela *mesma* posição de vantagem, romper originariamente a jurisdição, dando nascimento a um *novo* processo, exercendo, por isso mesmo, uma *nova* ação. O que faz a lei, na hipótese aqui examinada, é admitir, com vistas a uma maior otimização da prestação jurisdicional, que, valendo-se do *mesmo processo* e da *mesma ação*, o réu formule um novo *pedido* de tutela jurisdicional para que, de pronto, possa o Estado-juiz apreciar quantos conflitos as partes levem a ele sobre os mesmos fatos ou, quando menos, sobre fatos próximos e similares.

Desnecessário ir além na discussão, suficientes as considerações que ocupam o número já colocado em destaque. Até porque, lá como aqui, independentemente da concepção que se possa dar ao “pedido contraposto” (“nova *ação*” ou “novo *pedido*”), interessa que ele é expressamente admitido no procedimento sumário e que é, por isso, lícito ao réu *pedir* tutela jurisdicional em face do autor que vá além daquela derivada da rejeição de seu pedido. É nisto que reside o traço característico do chamado “pedido contraposto”, mesmo para a doutrina tradicional.

Independentemente da aproximação ou da distinção da natureza jurídica do “pedido contraposto” e da “reconvenção”, contudo, é patente que os pressupostos de cabimento de um tal pedido de acordo com o art. 278, § 1º, são mais estreitos que os exigidos pelo art. 315, *caput*, para a reconvenção. O cabimento dela pressupõe conexão com a “ação principal ou com o fundamento da defesa”; para ele, o pedido contraposto, a referência é feita apenas aos fatos trazidos pelo autor na inicial. É inegável que a comparação dos dispositivos revela um *menor* campo de abrangência para o pedido contraposto quando comparado com a reconvenção.

A constatação do parágrafo anterior não afeta, em si mesma considerada, a compreensão quanto à natureza jurídica do pedido contraposto. O que

importa é verificar se ela pode (ou deve) conduzir o intérprete e o aplicador do direito a aproximar os dois institutos *também* no que diz respeito aos seus pressupostos de cabimento. A resposta é positiva. A *literalidade* do § 1º do art. 278 deve ceder espaço ao *sistema processual civil*, analisado não só no plano infraconstitucional mas, superiormente, desde o seu “modelo constitucional”. Assim, mesmo que o “pedido contraposto” fundamente-se em alegação ou fato “novo”, isto é, trazido pelo próprio réu, não há por que negá-lo, uma vez que o *objeto de conhecimento* do juiz já está ampliado pela iniciativa do réu – e não há qualquer dúvida quanto à possibilidade de uma tal iniciativa no procedimento sumário –, não havendo, por isso mesmo, qualquer empecilho para que se trate aquela parte também como objeto de *decisão*. Trata-se de viabilizar, em rica harmonia com o princípio da economia e da eficiência processuais, a otimização da prestação jurisdicional para resolver, de uma só vez, os conflitos de interesses derivados de um mesmo ou similar acontecimento, independentemente de quem o porte para o plano do processo.

Por tais razões, o pedido contraposto deve ser admitido também quando “conexo” com o “fundamento da defesa”, a exemplo do que expressamente autoriza o art. 315, *caput*, para a “reconvenção”. E, de resto, pela interpretação proposta ao § 5º do art. 277 pelo n. 3 do Capítulo 4, pode o magistrado, consoante o caso concreto, converter o procedimento sumário em ordinário para que o autor possa defender-se amplamente do pedido contraposto que lhe for apresentado pelo réu a partir de fatos novos, nos termos do parágrafo anterior.

O mesmo § 4º do art. 277 traz regra própria sobre outra específica resposta do réu: a impugnação ao valor da causa (v. n. 7 do Capítulo 4 da Parte II). Ela deve ser resolvida “de plano” pelo magistrado, isto é, na própria audiência *preliminar*, porque, em última análise, aquele valor tem o condão de interferir no próprio procedimento, nos casos do inciso I do art. 275. Neste caso, assim como no acolhimento da “preliminar” relativa à não aplicação do art. 275, II, constatando-se que a hipótese não é de procedimento sumário, a solução, ainda é o § 4º que se ocupa da espécie, é a conversão do “procedimento sumário em ordinário”.

Com relação às demais respostas ou, mais amplamente, comportamentos que o réu pode adotar, somente duas outras despertam peculiaridades em

função do procedimento sumário: a “intervenção de terceiros” e o “pedido incidental de declaração”. Como são hipóteses expressamente referidas pelo art. 280, seu exame ocupa o n. 1 do Capítulo 4. Para as demais, suficientes as considerações expostas no Capítulo 4 da Parte II.

CAPÍTULO 3

Fases ordinatória, instrutória e decisória

1. ATIVIDADE ORDINATÓRIA E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

A disciplina que o Código de Processo Civil dá ao procedimento sumário silencia-se sobre a existência de uma “fase *ordinatória*” nele, diferentemente do que claramente prevê o procedimento ordinário (v. Parte III). Isto, contudo, não inibe que o juiz, desde o primeiro exame da petição inicial, pratique atos com aquela finalidade e exercite a função saneadora ao longo de todo o procedimento, à medida que haja vícios ou nulidades “sanáveis”.

Na própria audiência preliminar, à qual se voltou o n. 2 do Capítulo 2, há inegavelmente atividade saneadora do juiz, como demonstram os §§ 4º e 5º do art. 277. Não há, contudo, no procedimento sumário, uma *fase* própria para tanto, em que a atividade a ser desempenhada pelo juiz seja *preponderantemente* ordinatória. Trata-se de um reflexo do princípio da *concentração* dos atos processuais que caracteriza, como tal, este procedimento.

Isto, contudo, não inibe, muito pelo contrário, que o juiz, a depender do ocorrido na “fase postulatória”, isto é, do confronto entre petição inicial e contestação, observe o que de mais importante trazem os arts. 323 a 328 acerca das “providências preliminares” e que, pela própria sistemática do procedimento sumário, deverão ser praticadas na audiência preliminar. Por isso, a referência feita por este número ao desenvolvimento de *atividade* ordinatória.

Assim, o autor deverá ser ouvido naquela mesma audiência sobre as preliminares, sobre os novos fatos e sobre o pedido contraposto aos quais faça referência a contestação do réu até porque, não fosse assim, o princípio do contraditório restaria maculado. O que ocorre, dadas as peculiaridades

da *sumariedade* (brevidade) do procedimento, é que esta oitiva dê-se *oralmente*, na própria audiência *preliminar*, em nome dos princípios regentes do procedimento. Questões eventualmente mais complexas ou deverão ser rejeitadas pelo juiz, ou poderão levá-lo a *converter* o procedimento sumário em ordinário (art. 277, § 5º; v. n. 3 do Capítulo 4).

Com a renovada manifestação do autor, o § 2º do art. 278 expressamente autoriza que o juiz profira sentença com observância do disposto nos arts. 267 e 269, II a V (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte III), ou que julgue antecipadamente a lide porque presentes os pressupostos do art. 330, I e II (v. n. 3 do Capítulo II da Parte III), ou, ainda, se não ocorrer nenhuma daquelas hipóteses, que determine a produção da prova – oral ou pericial – que se mostrar indispensável.

Se a hipótese for só de prova oral (depoimento pessoal, testemunhas e oitiva do perito para os fins dos arts. 421, § 2º, ou 435), a audiência de *instrução e julgamento* será designada para, no máximo, trinta dias. Caso se determine a realização de prova pericial, eventual audiência para colheita das provas orais, será designada com observância do art. 433, já que não prevalece, no sistema, o antigo inciso II do art. 280, expressamente revogado pela Lei n. 10.444/2002, que impunha a apresentação do laudo pericial em quinze dias no procedimento sumário.

É importante entender aplicável ao fecho da audiência preliminar do procedimento sumário, quando o caso não for de julgamento antecipado da lide, a despeito do texto da lei, a regra do § 2º do art. 331, isto é: cabe ao juiz fixar os “pontos controvertidos” sobre os quais recairá a prova. Trata-se de iniciativa que busca otimizar a prática dos atos processuais seguintes, deixando-se claro, para todos os participantes do processo, no que consiste e por que se justifica a fase probatória, inclusive no que diz respeito à distribuição do ônus da prova, e, se for o caso, a realização de uma nova audiência voltada à instrução e ao julgamento.

2. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Será designada audiência de instrução e julgamento desde que a colheita de prova *oral* seja necessária. Ela observará, na ausência de regras diversas, as mesmas que os arts. 444 a 457 reservam para o procedimento ordinário (v. Capítulo 9 da Parte IV). As regras específicas para a audiência

de instrução e julgamento do procedimento sumário são as analisadas nos parágrafos seguintes.

O art. 279 expressamente prevê, com vistas a imprimir maior rapidez e economia na *documentação* dos atos processuais, que sejam utilizados mecanismos como a taquigrafia ou a estenotipia – o rol é claramente exemplificativo –, e que não haja, a não ser por determinação do juiz, a respectiva transcrição daqueles registros. O parágrafo único do art. 279, referindo-se aos locais em que não sejam disponíveis aqueles aparelhos ou profissionais habilitados a utilizá-los, admite que os termos da audiência contenham apenas o essencial, sempre a ditado do juiz.

Em tempos de informática, a regra do parágrafo único do art. 279 merece interpretação ampla: melhor do que se determinar o registro de toda a audiência pela taquigrafia ou pela estenotipia ou, até mesmo, a sua gravação em fita analógica ou digital (a exemplo do que o art. 13, § 3º, da Lei n. 9.099/1995, permite para os “juizados especiais”), é admitir que, desde logo, o termo seja digitado com o essencial. A iniciativa torna desnecessária a ulterior degravação daqueles mecanismos de documentação – o que é irrecusável na hipótese de haver recurso, como forma de viabilizar que os graus de jurisdição superior possam ter conhecimento amplo do que ocorrido na audiência e o contexto em que proferida a decisão – e, conseqüentemente, evita maiores delongas do processo.

Colhidas as provas, tempestivamente requeridas, e realizados os debates *orais*, cabe ao magistrado proferir, na própria audiência ou nos dez dias seguintes, a sentença. É o que determina o art. 281 que, no particular, deve prevalecer sobre a regra do art. 454, § 3º, que permite a substituição dos debates orais pela apresentação dos memoriais escritos. É que se a hipótese acabar por revelar “questões complexas de fato ou de direito”, a solução dada expressamente pelo art. 277, § 5º, é o de *conversão* do procedimento sumário em ordinário, providência que o juiz já teria tomado anteriormente. Não sendo o caso de conversão, afasta-se sistematicamente a incidência daquele dispositivo, disciplinando a hipótese, incólume, a regra específica. À falta de prejuízo para as partes, contudo, eventual deferimento do juiz para que os memoriais sejam entregues, não há como constatar qualquer nulidade.

A propósito do “julgamento” no procedimento sumário, isto é, o proferimento da sentença, cabe o destaque de uma peculiaridade trazida pela

Lei n. 11.232/2005 para as hipóteses das alíneas *d* e *e* do art. 275, II. De acordo com o § 3º do art. 475-A, é vedado o proferimento de sentença *ilíquida* nas ações que visem ao “ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre” e à “cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo”, ou seja, é vedado, naqueles casos que, em razão da matéria, devem tramitar sob o procedimento sumário (v. n. 2 do Capítulo 1) o proferimento de sentença que não aponte, desde logo, qual é o *valor* devido pelo réu, embora este valor possa, quando do *cumprimento* da sentença, vir a ser atualizado monetariamente nos termos do art. 475-B. O que a regra proíbe é que haja, para o cumprimento da sentença, renovada atividade jurisdicional voltada ao descobrimento do *quantum debeatur*, o que significa dizer que é vedada a “liquidação por arbitramento” (arts. 475-C e 475-D) ou a “liquidação por artigos” (arts. 475-E e 475-F).

O objetivo da lei é o de permitir que a sentença nestes casos crie, para o autor, condições mais rápidas de perseguir o valor devido, reduzindo o *tempo necessário* para o início da “etapa *executiva*” do processo, isto é, o cumprimento de sentença a que se referem os arts. 475-I a 475-R.

A regra deve, contudo, ser entendida no seu devido contexto e não como se autorizasse, o magistrado, a julgar procedente o pedido do autor quando ele não vê provado nenhum dos danos retratados na petição inicial. O que lhe é vedado, apenas e tão somente, é deixar para uma fase posterior (a de “liquidação de sentença”) a apuração do *quantum debeatur*. A regra não cria nenhuma espécie de *presunção* de que há dano. Não altera a necessidade de o magistrado, para julgar procedente pedido de reparação de danos nos casos das alíneas *d* e *e* do inciso II do art. 275, mostrar-se absolutamente convencido de que houve danos em acidente de veículos e que o réu é responsável por ele ou que o seguro respectivo deve ser pago (o *an debeatur*). A pesquisa relativa à existência do dano e ao seunexo causal, deste modo, não sofre qualquer mitigação com o dispositivo em exame. O § 3º do art. 475-A limita-se a impor que o juiz não deixe para um “segundo momento” (a liquidação) a pesquisa relativa ao *quantum debeatur*.

Uma de duas: ou há elementos relativos à quantificação do dano e o juiz se vale deles para proferir a sentença líquida imposta pelo § 3º do art. 475-A, ou ele, a seu “prudente critério”, fixa algum valor. A terceira alternativa, qual seja, a de que não há elementos relativos ao dano, à sua existência

material, deverá levar à *improcedência* do pedido do autor: se não há dano, não há lugar para a indenização.

Assim, mesmo quando, por qualquer razão, o autor não tiver formulado pedido certo, o juiz, nos casos indicados pelo novo dispositivo, não poderá proferir sentença ilíquida. Aprimorou-se, para estes casos, a regra genérica que já constava (e continua constando) do art. 459, parágrafo único (v. n. 6.2 do Capítulo 1 da Parte V).

O “prudente critério” de que o juiz poderá lançar mão para fins de fixação, desde logo, da indenização, deve ser entendido como aplicação escorreita do “princípio do livre convencimento motivado do juiz”, isto é, à luz das demais provas existentes e levando em conta também a regra do art. 335, o juiz arbitrará um valor que, de acordo com a sua própria experiência e conhecimento comum, pareça-lhe o mais justo para reparar a lesão de direito tal qual reconhecida.

Questão interessante é a de saber se há vício no caso de, não obstante a regra, ser proferida sentença ilíquida. Deve prevalecer o entendimento de que não há vício na hipótese. É preferível que o próprio Tribunal possa, desde logo, arbitrar o valor que lhe parecer mais consentâneo com a situação, aplicando-se, à espécie, a mesma diretriz que consta do art. 515, § 3º, medida afinadíssima com o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Até porque, mesmo que se pudesse reputar a ocorrência de algum vício, seria irrecusável a aplicação, à espécie, da diretriz do § 4º do art. 515, dada a possibilidade de seu suprimento em grau recursal, isto é, a fixação pelo Tribunal, desde logo, do *quantum* indenizatório, sempre ouvidas as partes *previamente*.

Evidentemente que, na exata medida em que o Tribunal, por qualquer razão, não tenha condições para, desde logo, fixar o valor da indenização, não existe outra solução que não a de determinar que o juízo de primeiro grau de jurisdição arbitre-o, nem que seja com a determinação de realização de prova para tal fim.

CAPÍTULO 4

Peculiaridades procedimentais

1. ATOS PROCESSUAIS NÃO ADMITIDOS NO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

O art. 280 veda no procedimento sumário a “ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro”.

A “ação declaratória incidental” aí referida é o que o n. 2 do Capítulo 4 da Parte II deu o nome de “pedido incidental de declaração”. A vedação do dispositivo parte de um preconceito quanto à natureza jurídica daquele pedido e ao seu alcance. Sem necessidade de repetir aqui as considerações do número já indicado, a vedação não pode prevalecer à luz do “modelo constitucional do direito processual civil”.

O “pedido incidental de declaração”, a exemplo do que o n. 3 do Capítulo 2 destacou a propósito do “pedido contraposto”, é medida que deve ser *incentivada e ampliada* pelo legislador, pelo *intérprete* e pelo *aplicador* pelo direito, sendo injustificável ou, quando menos, profundamente *formalista* a opção feita pelo art. 280. É porque tanto um como outro destes pedidos permitem uma maior estabilização do quanto decidido com a *mesma* atividade jurisdicional. São iniciativas que, partam apenas do réu (pedido contraposto ou reconvenção) ou partam de ambas as partes (pedido incidental de declaração), realizam adequadamente o “modelo constitucional do direito processual civil”. Tanto mais porque o “pedido incidental de declaração” sequer acrescenta algo ao objeto do *conhecimento* do juiz já que é pressuposto de seu cabimento a existência de uma *questão prejudicial* que, com ou sem ele, deverá ser resolvida pelo juiz. Por que recusar à *mesma* decisão do juiz tornar-se imutável também no que diz respeito àquilo que o juiz *necessariamente* resolverá?

A vedação do art. 280 quanto à chamada “ação declaratória incidental” não resiste, destarte, a uma leitura desde o “modelo constitucional do direito processual civil” e, como tal, não é óbice para que o juiz, em cada caso concreto, admita-a quando presentes os seus respectivos pressupostos, tais quais analisados pelo n. 2 do Capítulo 4 da Parte II.

O mesmo dispositivo codificado veda, de outra parte, intervenções de terceiro que não sejam a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a “intervenção fundada em contrato de seguros”. A justificativa usualmente fornecida pela doutrina é a de que outras intervenções, que não aquelas, teriam o condão de ampliar o objeto de conhecimento *e de* decisão do juiz, comprometendo os princípios norteadores do procedimento sumário. Trata-se, no particular, do mesmo raciocínio empregado para explicar vedação similar encontrada no art. 88 da Lei n. 8.078/1990, o Código do Consumidor, que recebe interpretação *ampliativa* do STJ (para albergar as hipóteses previstas nos arts. 12, 13 e 14 daquela Lei), como faz prova o quanto decidido pela 3ª Turma no REsp 1.165.279/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.un. 22.5.2012, DJe 28.5.2012.

Diferentemente do que se dá com relação ao “pedido incidental de declaração”, o *corte* cognitivo feito pelo legislador na espécie não pode ser reputado *inconstitucional* generalizadamente. Ele, ao menos em termos abstratos, amolda-se bastante bem ao “modelo constitucional do direito processual civil”. Até porque, no particular, o atual texto do art. 280, dado pela Lei n. 10.444/2002, representa um aprimoramento da redação anterior, dada pela Lei n. 9.245/1995, que vedava qualquer modalidade interventiva de terceiros que não a assistência e o recurso de terceiro prejudicado, esquecendo-se que boa parte dos casos de “denúnciação da lide” fundados no art. 70, III (v. n. 3 do Capítulo 6 da Parte VII) encontram fundamento nas hipóteses de seguro que, independentemente de valor, impõem o procedimento sumário (art. 275, II, *d e e*).

Assim, atendendo aos reclamos da doutrina, o dispositivo foi alterado para expressamente admitir as intervenções de terceiro quando fundadas em contrato de seguro.

O que chama a atenção no dispositivo é que não se autorizou a *denúnciação da lide* nas ações que seguem o procedimento sumário. Diferentemente, o legislador não identificou qual *espécie* de intervenção de

terceiro passou a ser admitida, limitando-se a usar o nome inespecífico “intervenção”. A limitação não se dá pela *espécie* de intervenção de terceiro, mas pela *matéria* que a justifica. Só se admite a intervenção de terceiro no procedimento sumário quando ela se fundar ou tomar como base contrato de seguro.

É correto o entendimento, destarte, de que *qualquer* forma de intervenção de terceiro passou a ser admitida no procedimento sumário, desde que fundada em contrato de seguro. Assim, por exemplo, na hipótese de se *chamar ao processo* eventual seguradora para os fins do art. 101, II, da Lei n. 8.078/1990, o “Código do Consumidor”. E se assim é, põe-se fim a interessante polêmica existente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre o prevaecimento, ou não, da regra específica do art. 101, II, do Código do Consumidor sobre a regra genérica do anterior e hoje revogado art. 280, I, na redação que lhe havia dado a Lei n. 9.245/1995. Bem ilustram este entendimento os seguintes acórdãos: STJ, Corte Especial, EREsp 299.804/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.un. 25.6.2003, DJU 6.10.2003, p. 201; STJ, 3ª Turma, REsp 182.754/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 4.3.2004, DJU 29.3.2004, p. 229.

A solução dada pela Lei n. 10.444/2002 ao art. 280, no entanto, ainda manteve fora dos casos de procedimento sumário a “nomeação à autoria”. Considerando que, em última análise, aquela outra modalidade de intervenção de terceiros tem como finalidade corrigir a ilegitimidade passiva do réu (v. n. 1 do Capítulo 5 da Parte VII) é difícil recusar que ela não pudesse beneficiar o procedimento sumário sem violar, muito pelo contrário, os seus princípios inspiradores. Também aqui, não obstante a expressa opção do legislador, há espaço para o juiz, sopesando os interesses conflitantes em cada caso concreto, admitir a nomeação à autoria quando verificar que ela terá condições de trazer maiores benefícios às partes envolvidas e, mais amplamente, à própria prestação da tutela jurisdicional. Caso contrário, cabe a ele, acolhendo a tese de ilegitimidade passiva alegada pelo réu na audiência preliminar, extinguir o processo com fundamento no art. 267, VI (art. 278, § 2º; v. n. 3.1.4 do Capítulo 1 da Parte V).

2. ASPECTOS RECURSAIS

Sem prejuízo das considerações que ocupam o vol. 5 deste *Curso*, cabe indicar, desde logo, duas regras que peculiarizam o procedimento sumário em sede recursal, para que o capítulo possa ser o mais completo possível sobre o tema.

De acordo com o art. 551, § 3º, não há *revisor* nos recursos de apelação interpostos das sentenças proferidas no procedimento sumário. Revisor é o julgador que, no âmbito dos Tribunais, examina os autos após o exame daquele a quem o recurso é *distribuído*, o chamado “relator”, antes da sessão pública de julgamento do recurso (v. n. 3 do Capítulo 5 da Parte 1 do vol. 5). Dispensando a “revisão”, a regra quer criar maior celeridade das causas que tramitam sob o procedimento sumário também no âmbito dos Tribunais.

A Lei n. 9.245/1995 havia criado para o procedimento sumário regra própria para que os agravos interpostos das decisões proferidas nas audiências fossem obrigatoriamente retidos e interpostos oralmente (art. 280, III). A Lei n. 10.444/2002 revogou aquele dispositivo e a regra, então específica, acabou sendo generalizada para “qualquer procedimento”, primeiro pelo § 4º do art. 523, na redação da Lei n. 10.352/2001, e, depois, pelo § 3º do art. 523, na redação que lhe deu a Lei n. 11.187/2005, que acabou por revogar expressamente o anterior § 4º (v. n. 2.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

3. CONVERSÃO DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO EM ORDINÁRIO

O § 5º do art. 277 refere-se expressamente à possibilidade da “conversão” do procedimento sumário em ordinário se “houver necessidade de prova técnica de maior complexidade”.

É possível, destarte, a “conversão” de procedimentos nos casos em que haja alteração do valor da causa para além dos limites do art. 275, I, quando a *natureza da causa* não for uma daquelas previstas nas alíneas do art. 275, II (art. 277, § 4º; v. n. 2 do Capítulo 1), e quando estiver presente o pressuposto aqui examinado.

Para compreensão da regra e de seu maior rendimento, é importante ter presente que ela foi trazida para o Código de Processo Civil pela Lei n.

9.245/1995 que, de acordo com a redação dada ao inciso II do art. 280, fixava ao perito o prazo de quinze dias para a entrega do laudo, afastando-se da regra genérica do art. 433 (v. n. 4 do Capítulo 7 da Parte IV). A pressuposição da lei é que as causas que impõem a observância do procedimento sumário conduziriam a perícias fáceis e, conseqüentemente, rápidas e, por isso, a possibilidade de observância daquele prazo. Nos casos em que aquela pressuposição não se confirmasse, caberia ao juiz, de ofício, ou atendendo a requerimento das partes, determinar a conversão, viabilizando, com isto, um alargamento daquele prazo e, de forma mais ampla, de todo o procedimento até seu fim.

Com a revogação daquele inciso II do art. 280, perdeu-se aquele referencial legislativo, mas isto não significa dizer que o § 5º do art. 277 não possa ser aplicado toda vez que a prova pericial, tal qual imaginada pelas partes de início, mostrar-se concretamente mais complexa a exigir não só mais *tempo* na sua realização, mas, também, quesitos suplementares além daqueles que as partes têm como *ônus* formular desde sua petição inicial e contestação (v. ns. 1 e 3 do Capítulo 2).

É possível e *desejável*, contudo, ir além para admitir que a conversão do procedimento sumário em ordinário verifique-se também em outras hipóteses que não aquelas expressamente valoradas pelo legislador nos §§ 4º e 5º do art. 277.

Toda vez que o juiz, constatando, desde a petição inicial, que a observância do procedimento sumário poderá comprometer o exame e a avaliação das provas, bem assim as oportunidades procedimentais que se pode pretender criar para *melhor solucionar o litígio* em que estão envolvidas as partes, a conversão é medida verdadeiramente impositiva. Assim, por exemplo, quando o próprio magistrado entender ser o caso de produção de outras provas que não as pleiteadas pelas partes em sua inicial e contestação; no caso de não ser possível a produção de prova suficiente para que o juiz fixe desde logo o valor da indenização como impõe o art. 475-A, § 3º; de admitir intervenção de terceiro além dos casos expressamente admitidos pelo art. 280 e, mesmo, fora da leitura ampla que a ele propõe o n. 1, *supra*; de admitir o pedido incidental de declaração longe da interpretação que ao art. 280 sugere o n. 1, *supra*; e, por fim, quando não se admitir, no procedimento sumário, o “pedido contraposto” com base na

conexão com os fundamentos da defesa, quando não se entender possível ler o art. 278, § 1º, da forma proposta pelo n. 3 do Capítulo 2.

A transformação do procedimento sumário em ordinário, de resto, não tem o condão de criar qualquer prejuízo para as partes porque é no procedimento ordinário que as oportunidades de uma mais ampla atuação e cooperação de ambas as partes – e de quaisquer terceiros – fazem-se mais efetivas.

A conclusão do parágrafo anterior, ademais, é a mesma para não reconhecer qualquer nulidade na hipótese de causa tramitar sob o procedimento ordinário, não obstante devesse observar a disciplina dos arts. 275 a 281. Não há prejuízo para o réu, razão suficiente para afastar qualquer vício processual (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 918.888/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 28.6.2007, DJ 1º.8.2007, p. 487).

A situação do parágrafo anterior é totalmente diversa daquela enfrentada pelo n. 2.1 do Capítulo 1. Em se tratando de Juizados Especiais Cíveis (estaduais, inclusive os da Fazenda Pública, ou federal), a questão não se resume a uma “escolha” de *procedimento* ou de algum vício formal mas, muito mais do que isto, da existência, ou não, de órgão jurisdicional constitucionalmente investido de competência para julgar determinadas causas com preferência a quaisquer outros. O problema, destarte, é diverso – é de *competência* jurisdicional – e não de *forma* da atuação do Estado-juíz.

Parte VII
PLURALIDADE DE PARTES E
INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

CAPÍTULO 1

Introdução

1. EXPLICAÇÃO INICIAL

O tema relativo à pluralidade de partes e ao da intervenção de terceiros é comumente tratado pela doutrina tradicional como pertencente à “teoria geral do processo”. Por vezes, ela aparece com um dos capítulos do chamado “processo de conhecimento”. A iniciativa, contudo, não tem por que prevalecer. Pode-se até pensar que seu exame possa se dar antes de outros tantos temas e assuntos porque o Código de Processo Civil refere-se a eles desde logo nos Capítulos II, V e VI do Título II do Livro I (“das partes e dos procuradores”), arts. 7º a 13; 46 a 55 e 56 a 80, respectivamente. Isto, contudo, não transforma o assunto em matéria de “teoria geral do direito processual civil” ou, só porque inserida no Livro I do Código, em algo inerente ao “processo de conhecimento”.

O que para este *Curso* parece ser mais relevante, aplicando as premissas que ele adota, é tratar do fenômeno da pluralidade de partes (litisconsórcio) e da intervenção de terceiros depois de toda a exposição daquilo que a doutrina chama de “processo de conhecimento” e que, pelas razões expostas desde o n. 2 da Introdução, é aqui exposto como “procedimento comum”, o ordinário e o sumário. Somente depois de chegado este instante é que o leitor terá condições suficientes para entender as ricas tramas e os ricos desdobramentos que cada um destes temas afeta. Não só para a compreensão de cada uma das figuras estudadas mas, também, a sua finalidade e a qualidade da atuação de cada um destes sujeitos do processo.

Por tais razões, com vistas exclusivamente a viabilizar uma melhor compreensão do tema, a opção foi a de reservar a sua exposição para depois de suficientemente apresentada a teoria geral do direito processual civil (vol. 1) e todo o procedimento ordinário. A elaboração de uma “Parte” exclusivamente reservada para o litisconsórcio e intervenção de terceiros, destarte, significa, em última análise, a recusa deste *Curso* em reconhecer

que se tratam de assuntos que possam ser compreendidos naquele contexto mas, bem diferentemente, a partir daquele contexto.

2. PREMISSAS NECESSÁRIAS

O tema relativo ao estudo das partes, da pluralidade de partes (litisconsórcio) e da intervenção de terceiros é tão fascinante como difícil. Muito da sua dificuldade repousa na ausência de critérios seguros de classificação, que distingam quem é e quem não é terceiro e, por esta razão, quem deve ou quem pode ingressar em processo já existente e a que título.

Há, contudo, algumas premissas que, suficientemente compreendidas, têm o condão de deixar o tema mais acessível. Todas, a bem da verdade, foram suficientemente expostas por este *Curso* mas, por razões didáticas, convém enunciá-las uma vez mais.

2.1. Direito material e direito processual

Como expõe o n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1, é imperioso compreender o direito processual civil levando em consideração também as vicissitudes do direito material. Não por inexistir identidade científica entre um e outro ramo do direito mas, bem diferentemente, porque o direito processual civil volta-se, em última análise, a disciplinar o mecanismo pelo qual o Estado-juiz aplica o direito material controvertido para prestar a tutela jurisdicional.

É importante, a este propósito, ter presente que as relações jurídicas que existem, no plano material, influenciam de uma forma mais ou menos intensa a própria compreensão inicial do processo. É regra, por exemplo, que aqueles que celebraram um contrato sejam também as pessoas que litigarão a respeito daquele contrato perante o Estado-juiz, já no plano do processo. Se houver mais de um credor ou mais de um devedor em uma dada obrigação, estes diversos credores e/ou devedores deverão apresentar-se perante o Estado-juiz para solucionar qualquer impasse que surja sobre aquela relação jurídica material. Só excepcionalmente que a lei processual civil admitirá uma verdadeira ruptura entre os dois planos, o material e o processual. São os casos chamados de “legitimação extraordinária” (art. 6º).

Mais do que *constatar* tal premissa é fundamental criar condições para bem aplicá-la, realizá-la, para, enfim, torná-la eficaz. É por esta razão que, ao longo dos capítulos seguintes, serão diversos os momentos em que a menção e o exame, mesmo que não exaustivo, de específicas situações de direito material não poderiam ter sido deixados de lado para compreender as figuras processuais que, de uma forma ou de outra, estabelecem elos de contato entre os planos material e processual.

2.2.Partes e terceiros: apresentação de um critério distintivo útil

Há diversos critérios apresentados pela doutrina para distinguir as “partes” dos “terceiros”. Este *Curso*, seguindo a doutrina majoritária, vale-se daquela proposta por Giuseppe Chiovenda de que “parte” é aquele que pede e em face de quem se pede a tutela jurisdicional. É “terceiro” todo aquele que não pede ou em face quem nada se pede perante o Estado-juiz. Partes são os não terceiros; terceiros são todos os que não são partes. O conceito de parte, nestas condições, é obtido pela negação de quem seja terceiro e vice-versa.

Trata-se de proposta classificatória que se apresenta suficientemente *útil* para os fins do tema aqui enfrentado. Entender que “parte” é todo aquele que participa do processo ou que parte é todo o sujeito do contraditório, todo sujeito processual, portanto, é ampliar demasiadamente aquele conceito, tornando tarefa extremamente difícil a de compreender quem são os terceiros. Mais ainda porque os “terceiros” que dizem respeito ao tema aqui tratado são os que intervêm, por alguma razão, no processo e que, ao intervir, pretendem nele atuar legitimamente. Saber, destarte, como e quando o “terceiro” pode atuar perante o Estado-juiz é problema que se põe imediatamente depois de compreender a que título resolveu ele intervir ou foi convocado para tanto.

O “ser” terceiro, para os fins relevantes de estudo sobre as formas pelas quais ele pode intervir, não se relaciona, em um primeiro momento, com o participar do contraditório e ser sujeito de direitos, deveres, faculdades, ônus e obrigações no plano do processo. Alguns terceiros realmente entrarão em juízo pedindo algo. Pode acontecer, até mesmo, que eles ingressem em juízo justamente porque contra eles se passou a pedir alguma espécie de

tutela jurisdicional. Até poderá acontecer que, quando intervierem, estes terceiros passem a ser partes. Outros, entretanto, adotando a premissa que abre este número, serão sempre terceiros porque, não obstante exerçam atividades no plano do processo, nada pedem em juízo e nada contra eles é pedido.

O que interessa mais de perto para distinguir os “terceiros” das “partes”, pois, é o momento imediatamente anterior à sua intervenção. É saber, diante de um dado processo e analisada a demanda nele contida, é dizer, a ação tal qual exercida desde a formulação da petição inicial, a quem a tutela jurisdicional, que venha a ser prestada, diz respeito direta e indiretamente. Em suma: é importante verificar *nesse instante* quem é parte e quem é terceiro porque é *nesse instante* que releva verificar quem *pode* ou quem *deve* intervir na qualidade de *terceiro*. E até mais: quem, independentemente de intervir, ficará sujeito ao que for decidido embora pudesse ter sido *parte*, e simplesmente porque não o foi, é *terceiro*. É verificar quem pediu e em face de quem se pediu para verificar, em última análise, desde o adequado exame da petição inicial, as relações de direito material subjacentes ao processo e constatar em que condições delas afloram eventuais situações legitimantes, isto é, as situações que autorizam a intervenção de “terceiros” no processo.

É por esta razão, ademais, que a expressão “sujeito do processo” ou “sujeito processual” deve ser reservada para descrever fenômeno mais amplo daquele aqui estudado. Sujeito do processo é todo aquele que, a qualquer título, participa do processo, nele atuando. Não só as partes e os terceiros são, por isso, sujeitos do processo, mas também os advogados das partes, o juiz, o Ministério Público, as testemunhas, os peritos e os auxiliares da justiça. Todos eles, pelas mais variadas razões, participam do processo.

Assim, a constatação de que partes e terceiros são sujeitos do processo conduz necessariamente à pesquisa sobre o elemento distintivo entre uma e outra figura. Por que são diferentes *espécies* que pertencem ao mesmo *gênero*, impõe-se estabelecer algum critério que os distinga suficientemente. Este critério é o apresentado acima: ser destinatário de um pedido de tutela jurisdicional, porque formula em seu favor ou porque é formulado em seu desfavor.

2.3.O fenômeno da intervenção de terceiros no Código de Processo Civil

Aquele que se volta ao exame do Código de Processo Civil percebe que o legislador denominou de “intervenção de terceiros” apenas quatro institutos: a “oposição” (arts. 56 a 61), a “nomeação à autoria” (arts. 62 a 69), a “denúncia da lide” (arts. 70 a 76) e o “chamamento ao processo” (arts. 77 a 80), todos reunidos em um só capítulo, o VI, dividido em quatro seções, uma para cada instituto. O “litisconsórcio” (arts. 46 a 49) foi tratado conjunta e indistintamente com a “assistência” (arts. 50 a 55) em um só capítulo, dividido em duas seções, intitulado “do litisconsórcio e da assistência”. Todos os institutos, por sua vez, pertencem ao mesmo Título II, denominado “Das partes e dos procuradores”.

A doutrina discute qual seria o critério adotado pelo legislador para classificar desta forma cada um dos institutos.

O que parece mais coerente com a sistemática desenvolvida neste *Curso* é que por “intervenção de terceiros” quis o legislador identificar todos os casos em que o terceiro, isto é, aquele que não é parte, intervém em processo alheio com a finalidade de passar a sê-lo. O critério do legislador, nessas condições, teria sido distinguir os casos em que a intervenção de um terceiro acarreta a sua transformação em parte.

O terceiro, pelas quatro figuras de intervenção de terceiro admitidas como tais pelo Código de Processo Civil, de uma forma ou de outra, torna-se parte quando resolve intervir (“intervenção espontânea”) ou quando é convocado para tanto por iniciativa de uma das partes ou, até mesmo, por determinação do juiz (“intervenção provocada”), para fazer uso da distinção sugerida por Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros*, p. 80).

É indiferente para esta dicotomia que a intervenção do terceiro amplie, ou não, o objeto de decisão do magistrado, impondo a ele um novo pedido de tutela jurisdicional para solução (“intervenção por pedido”) ou não (“intervenção por inserção”), também fazendo alusão às classes propostas por Athos Gusmão Carneiro na obra citada, embora o prestigiado professor refira-se, à primeira classe, como intervenção “por ação” que, pelas razões expostas nos ns. 1 dos Capítulos 4 e 6, é substituída pela indicada.

Por sua vez, o “litisconsorte” é, por definição, *parte*. Mesmo quando, por algum motivo, forma-se o chamado litisconsórcio *ulterior*, admitindo-se a “intervenção” do litisconsorte *a posteriori*, portanto é ele *parte* porque o pedido já formulado compreende-o suficientemente.

De todas as figuras mencionadas, a única que não é e nunca passa a ser parte, porque nunca pede e nunca nada em face dele é pedido diretamente, é o “assistente”. É ele, e só ele, o único terceiro a intervir no processo pendente e conservar esta qualidade até o final.

Há, contudo, outras situações esparsas no Código de Processo Civil que também são casos de “intervenção de terceiros”, embora o legislador, não as tendo denominado assim, delas tratou ao lado de outros institutos, dando ênfase a outras características daquelas intervenções que não as que o levaram a agrupar, lado a lado, as figuras aqui examinadas. É o que se dá com a exibição de documento ou coisa (arts. 355 a 363), com o recurso de terceiro prejudicado (art. 499, § 1º), com o concurso de credores (arts. 711 a 713) e com os embargos de terceiro (arts. 1.046 a 1.054).

Por força da metodologia empregada pelo *Curso* estas outras figuras não são estudadas nesta parte. O Capítulo 4 da Parte IV deste mesmo volume voltou-se ao estudo da exibição de documento ou coisa em face de terceiro. O n. 2.2.2 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5 ocupa-se do recurso de terceiro prejudicado, o n. 2.2 do Capítulo 6 da Parte II do vol. 3 do “concurso de credores” e o Capítulo 10 da Parte I do tomo II deste vol. 2 volta-se, dentre os procedimentos especiais, ao estudo dos “embargos de terceiro”.

Existe, ainda, uma outra modalidade de intervenção de terceiros, o chamado *amicus curiae*, que, a despeito de não ter previsão expressa no Código de Processo Civil ou na legislação processual civil extravagante, é estudada no Capítulo 8.

2.4.Efeitos reflexos das decisões jurisdicionais e coisa julgada

Uma outra premissa fundamental para a compreensão dos temas estudados ao longo desta parte diz respeito ao que foi tratado pelo n. 11 do Capítulo 1 da Parte V: a distinção daqueles que estão sujeitos à “coisa julgada” e aqueles que estão sujeitos aos *efeitos* das decisões, quaisquer que sejam elas (as decisões) e eles (os efeitos). A distinção é importante porque coisa

julgada é instituto que não se confunde com a eficácia ou, mais concretamente, com os efeitos de quaisquer decisões jurisdicionais.

É justamente porque os *efeitos* das decisões têm o condão de afetar quem não é parte, independentemente de sua vontade – por isso são chamados de efeitos *reflexos* –, que os terceiros terão condições de *intervir* no processo *inter alios* sob os mais variados títulos para tutelar *direitos* ou, quando menos, *interesses* seus que já estão em juízo ou, quando menos, direitos ou interesses seus que dependem, diretamente, daqueles *outros* direitos que foram postos para decisão judicial. Quanto maior a intensidade de estes efeitos serem sentidos, maior é o interesse de intervir no processo e de participar ativamente do contraditório visando ao proferimento de uma decisão favorável àquele que intervém, direta ou indiretamente.

É bastante comum encontrar na doutrina, a este respeito, um extenso rol de situações em que os terceiros podem ser afetados pelas mais variadas decisões jurisdicionais. O rol varia da classe dos “terceiros juridicamente desinteressados”, isto é, aqueles que não são titulares de nenhuma relação jurídica incompatível ou dependente daquela que as *partes* discutem em juízo (são os terceiros indiferentes à relação de direito material deduzida em juízo), até aqueles terceiros que, não obstante esta qualificação, são titulares dos mesmos bens da vida que já estão postos em juízo. Entre estes dois extremos residem outros terceiros que, de uma forma mais ou menos intensa, sentirão, em suas próprias relações jurídicas materiais, *efeitos* decorrentes daquela que foi deduzida em juízo e que será decidida pelo Estado-juiz.

Alguns autores vão além, procurando identificar uma “escalada” de intensidade no interesse de terceiros à luz das diversas figuras de que trata o nosso sistema. Dentre os terceiros que têm interesse *jurídico* para intervir, o “assistente *simples*” é o que, de acordo com esta premissa, tem o interesse mais tênue. O interesse mais próximo – senão coincidente – com o das *partes* é o do “assistente *litisconsorcial*” e, para quem o admite, o interesse que justifica a chamada “intervenção litisconsorcial voluntária”. Fora destes extremos, o caso é de *indiferença jurídica*. Aquele a quem a relação jurídica de direito material deduzida em juízo não traz qualquer espécie de *efeito* ou *consequência jurídica* não tem qualquer *título* que *legitime* sua intervenção. Não há, para eles, qualquer *situação legitimante* que autorize a sua intervenção no processo.

O que releva destas considerações é o entendimento de que não é todo ou qualquer *terceiro* que pode intervir no processo. Dentre todos os terceiros possíveis – e, para ser terceiro, basta não ser *parte* –, só pode intervir aquele que tem direito ou interesse *jurídico* seu que, de alguma forma, direta ou indiretamente, com maior ou com menor intensidade, relaciona-se com aquilo que já foi posto para decisão, pelas partes, pelo Estado-juiz, aquilo que justificou e está a justificar a atuação jurisdicional.

Esta percepção é fundamental para a devida compreensão do tema, até porque ela vincula-se intimamente com as considerações do n. 2.1, *supra*. Saber quem, entre os todos os possíveis terceiros, possui algum *título*, isto é, algum direito ou interesse para atuar em processo alheio, é questão que impõe o exame do direito material para constatar se aquele que pretende intervir, o *terceiro*, pertence, ou não, a uma situação legitimante no plano material que mereça, desde logo, tutela jurisdicional.

É fundamental fazer referência, para os fins aqui discutidos, aos efeitos de “qualquer decisão jurisdicional” e não, simplesmente, aos efeitos da “sentença”. Não é só a sentença que veicula tutela jurisdicional, isto foi suficientemente exposto no n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, e, conseqüentemente, não há razão para restringir os *efeitos* inerentes à prestação da tutela jurisdicional àquela específica decisão jurisdicional (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte V).

2.5. Princípio da economia e da eficiência processuais

Uma última premissa para compreensão adequada do tema discutido ao longo desta parte está no que o n. 15 do Capítulo 1 da Parte II, ao ensejo do estudo do “modelo constitucional do direito processual civil”, chamou de princípio da *economia* e da *eficiência* processuais. É a norma jurídica constante do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

De acordo com aquele princípio, a atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços. Não só com vistas à redução de custos (recursos financeiros), mas também com fins da *redução* da própria atividade jurisdicional, *redução* do número de atos processuais, quiçá, até, da

apresentação de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses que residem no plano material de uma só vez.

O princípio não se volta, destarte, a diminuir, apenas, o *tempo* necessário para o desenvolvimento do processo, mas também à redução de custos nele envolvidos e, bem assim, à realização de uma mais ampla *otimização da prestação jurisdicional*. Em suma, trata-se de desenvolver o máximo da prestação jurisdicional no menor espaço de tempo com o menor esforço possível, obtendo o máximo de resultados coincidentes com os objetivos do sistema, entre outros, a *uniformidade de decisões*.

As considerações do n. 2.4, *supra*, são suficientes para demonstrar o quanto é importante o princípio aqui destacado para o tema: justamente porque determinados “terceiros” são titulares de direitos e interesses que, direta ou indiretamente, podem vir a ser afetados por decisões em processos aos quais são estranhos, a possibilidade de sua intervenção acaba por permitir que se resolva, desde logo, outros litígios potenciais. Com relação ao “litisconsórcio”, a mera autorização legal do litígio em conjunto revela a redução da repetição de atos jurisdicionais substancialmente idênticos.

Não é por razão outra que não a de viabilizar o proferimento de decisões *uniformes* no contexto aqui referido que o art. 109 impõe que todas as “ações” que envolvam terceiros intervenientes sejam distribuídas ao juízo da “causa principal”, isto é, aquele perante o qual já tramita o *processo* que, em última análise, justifica a intervenção. O parágrafo único do art. 253, complementando a regra, impõe que o distribuidor anotar a intervenção nos registros judiciários.

3. LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA

O tema relativo à legitimação ordinária e extraordinária já foi apresentado pelo n. 3.1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1 e referido em diversas oportunidades ao longo deste volume. O estudo da intervenção de terceiros, contudo, convida a diferentes reflexões sobre ele, razão de ser do presente número.

Não obstante a saudável e *necessária* influência mútua entre os planos do direito material e do direito processual civil de que deu notícia o n. 2.1,

supra, não há dúvida de que as regras processuais civis podem, por vezes, distanciar-se do plano material até como forma de melhor realizá-lo.

No que diz respeito ao tema em estudo, uma tal distinção surge de forma bastante aguda no que a doutrina usualmente identifica como “legitimação ordinária” e “legitimação extraordinária”. Embora o assunto já tenha sido referido por diversas vezes ao longo do *Curso*, importa trazer para cá algumas considerações novas sobre ele e alguns de seus desdobramentos como forma de viabilizar uma melhor compreensão do “litisconsórcio” e da “intervenção de terceiros”.

A chamada “legitimação extraordinária”, de acordo com doutrina praticamente unânime, representa uma verdadeira descoincidência entre aquele a quem, muito provavelmente, pertence o bem jurídico e aquele que atua no processo com vistas à sua tutela jurisdicional, como autor ou como réu. Por sua vez, a chamada “legitimação ordinária” descreve a situação em que aquele que se afirma titular de um determinado bem no plano do direito material atuar, ele mesmo, em juízo para tutelá-lo.

O que caracteriza a “legitimação extraordinária” é o fato de o legislador processual civil criar hipóteses (excepcionais e sempre dependentes de lei) em que passar a admitir que quem *não é* titular de determinado bem da vida no plano do direito material possa buscar tutela jurisdicional deste bem em nome de seu titular. De forma mais direta e fazendo coro à doutrina dominante, rente ao comando do art. 6º: é possível, quando expressamente autorizado a lei, que alguém pretenda tutelar em juízo direito alheio em nome próprio.

Embora sejam diversas as razões pelas quais o legislador pode criar esta ruptura, uma é digna de destaque nesta sede: o legislador processual constata que é melhor distinguir aquele que é titular de um determinado bem da vida no plano material daquele que pode pretender fazer valê-lo em juízo, como forma de *viabilizar* ou *otimizar* a tutela jurisdicional em prol daquele que não age em juízo e, com isso, criar condições de *realizar concretamente* o direito material.

O tema, mais ainda quando estudado a partir das considerações do parágrafo anterior, ganha especial relevo no “direito processual *coletivo*”, em que a distinção entre quem se apresenta em juízo e os titulares dos bens jurídicos lá tutelados é a *regra*. Regra porque, não fosse deste modo, muito

provavelmente sequer haveria condições efetivas de tutela jurisdicional de determinados bens, deixando-se de realizar o *direito material*. É assunto do qual se ocupa a Parte II do tomo III deste vol. 2.

É importante ir um pouco além na questão.

A “legitimidade extraordinária” deve ser entendida como gênero do qual são espécies a substituição processual e a representação. Enquanto na *representação* o representante defende em juízo direito alheio em nome alheio, daquele que é representado, na *substituição processual*, a defesa do direito alheio se dá em nome próprio, o que é expressamente admitido pelo art. 6º. O instituto da legitimidade extraordinária refere-se, assim, à dissociação entre a titularidade do direito material alegado e aquele que pretende tutelar este mesmo direito em juízo. O titular do direito de ação ou de defesa (seja em nome próprio ou em nome alheio) não é aquele que se afirma titular do direito material nela veiculado. Aquele que se apresenta ativa ou passivamente em juízo não corresponde ao titular da relação jurídica de direito material nele deduzida. Quem *conduz* o processo não é – nem pretende ser – o titular da relação de direito material nele deduzida.

A *substituição processual*, embora a mais comum e mais estudada das formas de legitimidade extraordinária, não é, rigorosamente, *sinônimo* de legitimidade extraordinária. Tecnicamente, só se deve cogitar de *substituição processual* nos casos em que aquele que está ausente (o substituído) não age no processo porque não quer agir, ou porque não pode agir. Somente em casos como tais é que há, propriamente, uma *substituição processual*. É o que José Carlos Barbosa Moreira (“Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, p. 12) sempre chamou de “legitimidade extraordinária autônoma e exclusiva”.

Não obstante tais considerações, é irrecusável ser a expressão “substituição processual” a mais consagrada pelo uso e, posto ser ela espécie de um gênero, ela, quando empregada, deverá ser entendida como sinônimo de “legitimação extraordinária”.

Assumindo a premissa do n. 2.2, *supra*, o substituto processual é parte. É o substituto que, em nome próprio, pleiteia o reconhecimento de direito alheio e, para tal fim, é ele quem formula pedido perante o Estado-juiz. Quando a hipótese de substituição processual se dá com relação ao réu não é diferente. Também lá porque o pedido é formulado em face do substituto, é

ele a parte. Isto, contudo, não significa dizer que os efeitos da decisão que serão experimentados *fora* do plano do processo, bem assim, posto ser algo totalmente diverso, a imutabilidade daquilo que for decidido, não dirá respeito *também* ao substituído (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte V). As relações entre os plano material e processual são irrecusáveis mesmo na hipótese aqui examinada.

A substituição processual, como decorrência de sua própria natureza, acarreta uma série de restrições para a atividade processual do substituto, isto é, daquele que age em juízo. Todo ato que significar disposição de direito do substituído, daquele que não age em juízo, deverá ser repudiado. No plano do processo, contudo, são do substituto, vale dizer, daquele que age em juízo, todos os ônus e deveres inerentes às partes. Assim, por hipótese, será ele o sancionado em caso de litigância de má-fé; é ele quem pagará as verbas de sucumbência se vencido, e assim por diante.

3.1. Substituição processual e sucessão processual

É importante distinguir a substituição processual, tema ao qual se voltou o número anterior, com outra figura que recebe o nome de *sucessão* processual. A sucessão processual é o instituto pelo qual *terceiros*, sempre entendidos na linha proposta pelo n. 2.2, *supra*, podem intervir no processo assumindo o *status* de parte, substituindo as partes anteriores. Esta sucessão dá-se, em alguns casos, com o consenso entre os litigantes e o terceiro (arts. 42, 65 e 66) e, em outros, por decorrência da morte de uma das partes e, mais amplamente, também de algum terceiro já devidamente admitido no processo (art. 43).

Da *sucessão* processual ocupa-se o art. 41, ao estatuir que “só é permitida, no curso do processo, a *substituição* voluntária das partes nos casos expressos em lei”.

O termo destacado pode, se interpretado fora de contexto, ser entendido como em conflito com o art. 6º, que trata, especificamente, da *substituição* processual, e que reclama prévia autorização da lei para sua admissão. Se há necessidade de prévia autorização legal, como falar em substituição processual *voluntária*, baseada na mera vontade das partes?

Ao contrário da nomenclatura utilizada pelo art. 41, não cuida este (como, de resto, também não cuidam os arts. 42 e 43) de hipótese de *substituição processual* ou de *partes*. O que está regulado nestes dispositivos são casos de *sucessão processual*, estes sim dependentes de vontade dos litigantes ou do evento morte, embora dependam, também, de previsão legal, razão suficiente para distinguir os institutos.

O substituto, quando age em juízo, o faz por expressa autorização legal, e, por isso mesmo, é indiferente à concordância ou à vontade do substituído. Como contrapartida, no entanto, sua atuação processual é limitada naquilo que diz respeito a atos *dispositivos* de direito que, em última análise, não lhe pertencem. O *sucessor*, por seu turno, mesmo que possa depender da concordância da parte contrária para intervir no processo, porque é o verdadeiro titular do direito material discutido em juízo (atua em nome próprio por direito próprio: o bem litigioso é seu, porque o adquiriu legitimamente no plano do direito material), está investido de todas as prerrogativas que decorrem desta titularidade e pode praticar quaisquer atos de disposição no plano do processo.

O art. 42 disciplina a hipótese de ser alienado o bem litigioso (art. 219, *caput*) durante o curso do processo. Como destacado pelo n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte II, não há óbice para que o bem litigioso, isto é, o bem da vida sobre o qual as partes contendem em juízo, seja alienado. Ocorrendo a alienação (que se dá no plano *material*), contudo, põe-se a questão de verificar o que se deve passar no plano do *processo*.

De acordo com o *caput* do art. 42, “a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes”, isto é, não há uma necessária *comunicação* entre os planos material e processual.

É importante examinar mais de perto as condições pelas quais pode intervir no processo o “adquirente do bem litigioso”. Seu exame comporta uma necessária bifurcação: se houve concordância da parte contrária com o ingresso do adquirente ou cessionário (art. 42, § 1º), ou, diferentemente, se não houve, o que levará o adquirente ou cessionário a, no máximo, pretender intervir como assistente (e o caso é de “assistência *litisconsorcial*”, como demonstra o n. 2 do Capítulo 3) do alienante ou do cedente (art. 42, § 2º).

Se não houver concordância, é dizer, desde que o adquirente ou o cessionário não intervenha no processo na forma do § 1º do art. 42, a hipótese será de *substituição* processual, porque se estará diante de alguém litigando em nome próprio por bem que já não mais lhe pertence, não mais diz respeito à sua esfera jurídica. Trata-se, aliás, de exemplo clássico de substituição processual *superveniente*, porque a substituição dar-se-ia, neste caso, já durante a litispendência.

Se, diferentemente, o ingresso do adquirente ou do cessionário for admitido pela parte contrária, o que se verifica, no plano do processo, é fenômeno da *sucessão* processual (não *substituição*), porque o novo titular do bem da vida posto em juízo passa a figurar nele “em nome próprio” para tutelar direito “seu”.

Em um e em outro caso, contudo, os efeitos das decisões a serem proferidas no processo quanto àquele específico bem ou direito atingirão as “*partes originárias*” e o adquirente ou o cedente, isto é, o “terceiro” (art. 42, § 3º). Nesse sentido: STJ, 4ª Turma, REsp 1.371.462/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 7.5.2013, DJe 18.6.2013.

Outra forma de *sucessão processual* admitida pelo sistema processual civil é aquela regida pelo art. 43. De acordo com o dispositivo, “ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265”. O inciso I do art. 265 prevê a suspensão do processo “pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador”.

Neste caso pode, também, ocorrer a *sucessão* voluntária das partes. Assim, por exemplo, quando os herdeiros necessários ingressam por sua própria iniciativa no processo pendente. Diferentemente do que ocorre, entretanto, com os casos de alienação do bem litigioso, não pode a parte contrária recusar ou negar o ingresso dos herdeiros nestes casos.

Caso o ingresso dos herdeiros não se verifique espontaneamente, deverão eles ser *citados* para integrar o processo, observando-se o *procedimento* disciplinado nos arts. 1.055 a 1.062.

Idêntico raciocínio deve ser aplicado, ainda que por analogia, aos casos de *sucessão* de pessoas jurídicas, assim, por exemplo, quando houver cisão. Se não houver intervenção espontânea da empresa cindenda no processo,

cabe a sua citação para atuar ao lado ou em substituição da empresa cindida, tudo de acordo com o negócio jurídico entre elas entabulado. Preciso nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.294.960/RJ, rel. Min. Nancy Andriahi, j.un. 17.4.2012, DJe 26.4.2012. É correto também o entendimento de que não havendo, no plano *material*, sucessão entre empresas não há como, no plano do *processo*, reconhecer legitimidade para agir (STJ, 2ª Seção, REsp 1.120.620/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 24.10.2012, DJe 29.10.2012 – Recurso Especial Repetitivo).

Há uma outra forma de *sucessão* processual, a “nomeação à autoria”, tratada pelo Capítulo 5 ao lado das demais modalidades que o Código de Processo Civil chama de “intervenção de terceiros” (v. n. 2.3, *supra*).

CAPÍTULO 2

Litisconsórcio

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Litisconsórcio é tema que se relaciona ao estudo da pluralidade de partes em um mesmo processo.

A lei processual, por vezes, *autoriza* que diversas pessoas reúnam-se como autoras para demandar, ao mesmo tempo, em face de um réu comum ou, inversamente, que um só autor demande, desde logo, em face de mais de um réu. Várias pessoas compararam determinado produto, que veio a apresentar defeitos, de um mesmo fornecedor. Estas pessoas *podem* conjuntamente buscar tutela jurisdicional em face do vendedor.

Outras vezes, a lei *impõe* o litígio conjunto como decorrência natural da relação jurídica de direito material a ser deduzida em juízo ou porque alguma regra jurídica (de cunho material ou processual, pouco importa) assim o determina. Duas empreiteiras assinam em conjunto contrato com um Município para realização de uma obra pública. A obra é realizada mas não paga. A busca da tutela jurisdicional cabível na espécie *deve* ser perseguida em juízo conjuntamente por ambas as empreiteiras.

Em um e em outro caso, há litisconsórcio por causa da *pluralidade* de autores ou de réus, de *partes*, portanto (v. n. 2.2 do Capítulo 1). O litisconsórcio é tema que se relaciona intimamente com o cúmulo *subjetivo* no processo.

É correta a observação, pacífica em sede de doutrina e de jurisprudência, de que o litisconsórcio *não* é uma cumulação de “processos”. O processo em que se verifica o litisconsórcio é um só, independentemente do “tipo” (classificação) de litisconsórcio de que se trata. A diferença é que em um ou em ambos os seus polos há uma pluralidade de partes. O *processo* em que atua esta pluralidade de partes é sempre e em qualquer caso um só.

Também é bastante comum o entendimento de que o litisconsórcio – e o comentário é especialmente válido para os casos de litisconsórcio “simples”

(v. n. 1.1, *infra*) – representaria verdadeira cumulação de *ações*: mais de uma ação exercida e exercitada em um *mesmo* processo por litisconsorte.

São cabíveis, a propósito, as considerações já expostas em especial no n. 4 do Capítulo 3 da Parte II, além daquelas que, sobre o tema, trouxe o n. 5 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1: uma *mesma* ação é que pode ser exercitada, ao mesmo tempo, por várias pessoas ou em face de várias pessoas com vistas à prestação da tutela jurisdicional para vários bens jurídicos. Com uma tal iniciativa concentrada, litígios substancialmente idênticos ou, quando menos, similares tendem a ser resolvidos desde logo não só com menor dispêndio de atividade jurisdicional, mas também com uniformidade de entendimentos, buscando uma maior harmonia entre os julgados. São estes, com efeito, os maiores objetivos que o instituto do litisconsórcio, como, de resto, também as demais modalidades de intervenção de terceiro, buscam atingir (v. n. 2.5 do Capítulo 1). Cumulam-se, em um mesmo processo, *pedidos* diversos, não a “ação” propriamente dita, que é uma só.

É importante fazer, desde logo, a ressalva que, nos casos de litisconsórcio “unitário” (v. n. 1.1, *infra*), a hipótese sequer é de cumulação de pedidos mas só de *sujeitos* no plano do processo. O que caracteriza aquela classe de litisconsórcio é que há, no plano material, um só bem jurídico pertencente, ao mesmo tempo, a mais de uma pessoa e que, portanto, por força desta especial situação de direito material, desafia, no plano do processo, um só pedido de tutela jurisdicional. Pode haver nesses casos, é certo, cumulação de pedidos nos moldes discutidos no n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II, mas as hipóteses lá discutidas não guardam qualquer peculiaridade no que diz respeito ao tema do litisconsórcio, qualquer que seja a sua classe.

De outro lado, a circunstância de a lei impor, por vezes, o litígio conjunto (“litisconsórcio *necessário*”, v. n. 1.1, *infra*) não altera as conclusões dos parágrafos anteriores, pelo contrário as confirma, independentemente do resultado do processo ser, ou não, uniforme a todos os litigantes.

Mesmo quando o “litisconsórcio é *facultativo*” (v. n. 1.1, *infra*), cada litisconsorte tem, ele próprio, direito subjetivo público de romper a inércia jurisdicional. Contudo, quando comparecem em juízo conjuntamente, porque decidem fazê-lo de acordo com a autorização legal (v. n. 2, *infra*), é importante entender que há um só rompimento da inércia jurisdicional e, por isso mesmo, uma só ação. Se alguém poderia se litisconsorciar mas não se

litisconsorciou, precisará provocar a jurisdição para buscar tutela jurisdicional a direito seu e, neste sentido, exercer direito de ação. O que há, destarte, é uma *só* ação com cúmulo de *pedidos* (cúmulo *objetivo*) e porque eles são formulados por diversas pessoas ao mesmo tempo (ou em face de diversas pessoas ao mesmo tempo), há também cúmulo *subjetivo*.

1.1. As classificações do litisconsórcio

São diversas as classificações que a doutrina dá ao litisconsórcio. O que é importante frisar desde pronto é que elas nada mais são do que *critérios* para melhor compreender o instituto; distintas propostas para melhor se aproximar, para conhecer, analisar e sistematizar o tema em análise.

Quanto ao *momento* de formação, o litisconsórcio pode ser *inicial* ou *ulterior*: inicial quando já é formado desde a petição inicial; e ulterior quando sua formação é determinada *a posteriori*, ao longo do processo.

Quanto à *posição* dos litisconsortes, pode o litisconsórcio ser *ativo* (quando os litisconsortes encontram-se no polo ativo do processo), *passivo* (quando os litisconsortes encontram-se no polo passivo do processo) ou *misto* (quando há litisconsortes nos dois polos do processo).

Quanto à *obrigatoriedade* de sua formação, o litisconsórcio pode ser *facultativo*, quando a lei *autoriza* que mais de um autor e/ou mais de um réu litiguem em conjunto em um mesmo processo. Em outras hipóteses, o litisconsórcio será obrigatório porque a lei assim determina ou porque, no plano material, a relação jurídica pertence a mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Transportando este dado para o plano processual, todas estas pessoas *deverão* estar em juízo. É o caso do litisconsórcio *necessário*. É importante colocar em relevo que os casos de litisconsórcio *necessário* impõem a participação de todos os titulares da relação jurídica de direito material deduzida em juízo porque não existe, para a espécie, nenhuma lei (de direito material ou processual) que autorize um só deles agir em juízo em nome dos demais. São casos, pois, em que não existe regra de *legitimidade extraordinária* com relação a um bem pertencente a mais de uma pessoa ao mesmo tempo (v. n. 3 do Capítulo 1).

Quanto ao *resultado* da demanda, o litisconsórcio pode ser *simples*, isto é, os litisconsortes podem receber resultados diversos para seus pedidos de tutela jurisdicional (casos de cumulação subjetiva e *objetiva*), e pode ser

unitário, quando o resultado do processo será o mesmo ou, quando menos, uniforme e homogêneo para todos os litisconsortes. São hipóteses em que a relação jurídica deduzida em juízo é uma só, incindível a qualquer título, embora pertença, ao mesmo tempo, a mais de uma pessoa. Por isso, são situações em que o cúmulo é meramente *subjetivo*.

É importante destacar que estas diversas espécies de classificação – como, de resto, ocorre com qualquer classificação – são cumulativas e independentes umas das outras. É dizer: nada impede que haja um caso de litisconsórcio ativo, inicial, facultativo e simples ou outro de litisconsórcio passivo, ulterior, necessário e unitário. O tema ganha bastante interesse no que diz respeito ao litisconsórcio necessário e ao litisconsórcio unitário, objeto de exame mais detalhado no n. 3, *infra*.

1.2. O litisconsorte como “parte plúrima”

O processo envolve duas partes: aquele que exerce uma pretensão em juízo (que formula pedido de tutela jurisdicional) e aquele que resiste a esta pretensão (em face de quem o pedido de tutela jurisdicional é formulado). Isto não significa, contudo, não haver outros sujeitos processuais, conceito mais amplo, apresentado pelo n. 2.2 do Capítulo 1. O próprio juiz é, naquele sentido, sujeito processual. As partes são, por definição, os sujeitos *parciais*; o juiz, o sujeito *imparcial* (art. 134, I).

Pode ocorrer, entretanto, que, nos polos ativo e/ou passivo do processo, haja mais de um autor ou mais de um réu. Se assim for, estar-se-á diante de um litisconsórcio. Porque há pluralidade de pessoas em um dos polos do processo, ter-se-á *pluralidade* de partes ou, o que parece mais correto, “parte *plúrima*” (Cândido Rangel Dinamarco). Não que haja outras pessoas que não sejam autores ou que não sejam réus. Esta dualidade de polos – um ativo, que afirma um direito; um passivo, que resiste a esta afirmação – é essencial à própria ideia da *necessidade* da atuação jurisdicional com vistas à tutela de um conflito intersubjetivo (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1). O que ocorre é que, dentro de um dos polos do processo, haverá mais de um litigante. Todos, entretanto, como autores e/ou como réus. Sem prejuízo desta pluralidade de *partes*, pode haver *terceiros* atuando ao lado do autor e do réu, objeto de exame nos capítulos seguintes.

Portanto, litisconsorte é parte, dê-se o fenômeno no polo ativo (litisconsórcio *ativo*), dê-se no polo passivo (litisconsórcio *passivo*), ou, ainda, dê-se, concomitantemente, em ambos os polos do processo (litisconsórcio misto ou recíproco). Nestas condições, o regime jurídico que rege a atuação do *litisconsórcio* é o de *parte* e não o de terceiro interveniente, objeto dos capítulos seguintes. “Assim, para legitimar-se como litisconsorte é indispensável, antes de mais nada, legitimar-se como parte. Em nosso sistema, salvo nos casos em que a lei admite a legitimação extraordinária por substituição processual, só é parte legítima para a causa quem, em tese, figura como parte na relação de direito material nela deduzida” (STJ, 1ª Turma, REsp 1.065.574/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 2.10.2008, DJe 20.10.2008).

Tanto assim que, nos casos em que a própria lei obriga a formação do litisconsórcio (“litisconsórcio *necessário*”; v. n. 3, *infra*), a ausência de um dos litisconsortes é severamente sancionada pelo parágrafo único do art. 47, porque, em última análise, em casos como aqueles a ausência do litisconsorte afeta a própria regularidade do processo e do exercício da ação. A “parte legítima” naqueles casos é o litisconsórcio, todos os autores e/ou todos os réus considerados como um todo e não apenas alguns deles. Seja para fins de direito material, seja para fins de direito processual, um só dos litisconsortes *necessários* é parte *ilegítima*.

2. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO

Há hipóteses em que a lei autoriza a formação de litisconsórcio. São os casos de litisconsórcio facultativo.

Não basta, no entanto, que duas pessoas queiram litigar em conjunto. Há necessidade que a lei *autorize* a *cumulação subjetiva* em um *mesmo* processo. Isto porque as razões que levam à formação do litisconsórcio, mesmo quando ele é *autorizado* e não *imposto* pelo ordenamento jurídico, são de ordem pública e, como tais, indisponíveis para as partes e para o próprio magistrado. Sem relação jurídica de direito material subjacente ao litígio, não há como autorizar o litisconsórcio, mesmo que facultativo, mormente nos casos em que não há regra que admita a legitimação extraordinária. Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 966.180/PB, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 21.8.2008, DJe 24.9.2008 e STJ, 2ª Turma,

REsp 625.767/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 27.5.2008, DJe 5.6.2008.

2.1. Hipóteses de litisconsórcio facultativo

Os incisos do *caput* do art. 46 regulam as hipóteses em que o litisconsórcio é autorizado no atual sistema processual civil brasileiro, casos, portanto, de litisconsórcio *facultativo*.

O inciso I diz respeito à formação do litisconsórcio quando entre as partes houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide, isto é, poderá se formar o litisconsórcio quando o objeto da obrigação existente no plano do direito material tiver mais de um titular, ativo ou passivo. Como exemplos deste inciso são comumente listados pela doutrina os seguintes: a copropriedade, a comosse e a dívida solidária ativa ou passiva, tal como já tiveram oportunidade de reconhecer a 3ª Turma do STJ a respeito da *solidariedade* existente entre o fabricante e o comerciante de veículos (REsp 1.155.730/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 16.8.2011, DJe 9.9.2011) e sobre a responsabilidade de administradores por atos ilícitos por eles praticados em detrimento da sociedade e de terceiros (REsp 1.087.142/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 18.8.2011, DJe 24.8.2011) e a 2ª Turma do mesmo Tribunal a respeito da responsabilidade de agentes poluidores (REsp 880.160/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 4.5.2010, DJe 27.5.2010). É pertinente, também para ilustrar situações de litisconsórcio *facultativo*, a lembrança da Súmula 12 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que bem ilustra a *possibilidade* de formação do litisconsórcio admitida pelo dispositivo em exame: “A ação de cobrança pode ser direcionada contra todos ou qualquer dos condôminos individualmente, no caso de unidade autônoma pertencente a mais de uma pessoa”. O mesmo seja dito com relação às Súmulas 37 e, em especial, 66 daquele mesmo Tribunal, que têm, respectivamente, os seguintes enunciados: “A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno” e “A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e município”.

É importante destacar, contudo, que o permissivo do dispositivo ora analisado, o art. 46, I, pode ensejar *também* situações em que o

litisconsórcio é *necessário*, excluída, conseqüentemente, a faculdade das partes optarem em litigar em conjunto ou separadamente. Uma tal *necessidade* de formação do litisconsórcio dá-se em todos os casos em que não houver regra de direito material que permita o litígio conjunto por direito que pertence, no plano do direito material, a mais de uma pessoa (v. n. 3, *infra*). É por isso que no contrato assinado por duas empreiteiras para a realização da obra pública mencionado pelo n. 1, *supra*, a hipótese é de litisconsórcio *necessário*. Há, no caso, “comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à mesma lide”, isto é, à mesma situação de direito material, mas, à falta de alguma regra que dê legitimidade para um dos contratantes em nome do outro e pelo outro (“legitimação extraordinária”), ambos devem formular o pedido em juízo nos termos do art. 47.

O inciso II do *caput* do art. 46 refere-se à possibilidade de formação do litisconsórcio nas hipóteses em que os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito. Isto significa que o litisconsórcio poderá ser formado sempre que houver *identidade* de fatos (não mera igualdade ou semelhança), que afetem mais de uma pessoa, ou, ainda, quando, embora os fatos sejam diferentes, haja similitude de conseqüências jurídicas, é dizer, identidade de fundamento de direito.

São vários os exemplos que podem ser encontrados na doutrina. Em relação à identidade de *fato*, aponta-se a circunstância de vários acidentados em colisão de veículos litisconsorciarem-se para pleitear suas indenizações em face do causador do dano. Exemplifica-se o dispositivo, em se tratando de identidade de *fundamentos de direito*, com a hipótese de diversos contribuintes voltarem contra o Poder Público por causa da inconstitucionalidade ou ilegalidade de um tributo ou, ainda, de diversos contratantes celebrarem contratos substancialmente idênticos com um mesmo fornecedor de produtos ou serviços e pretenderem a sua rescisão.

O inciso III admite o litisconsórcio quando houver *conexão* das causas pelo objeto ou pela causa de pedir, hipótese regulada pelo art. 103 (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte I). Havendo, pois, semelhança entre o objeto (mediato) ou a causa de pedir (próxima ou remota) de duas demandas, podem seus respectivos titulares litisconsorciar-se, obviando-se, desde logo, a possibilidade de proferimento de decisões contraditórias sobre um mesmo bem da vida. Exemplo seguro da situação é a de dois ou mais acionistas

impugnarem juntos a deliberação tomada em assembleia geral de sociedade anônima.

Por fim, o inciso IV do *caput* do art. 46 admite o litisconsórcio quando ocorrer afinidade de *questões* por um ponto comum de fato ou de direito. O termo “questões”, nesta hipótese, não deve ser entendido como sinônimo de “causas”, mas, na linha do que sustenta a maior parte da doutrina, como *pontos* que, por serem *controvertidos*, justificam a propositura da demanda (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II). O litisconsórcio é admitido, neste caso, pela circunstância de que há mera semelhança entre os *atos* alegados ou *semelhança* entre a *questão de direito* a serem examinados pelo Estado-juiz.

Exemplos desse dispositivo são os seguintes: proprietário de terras pretendendo ser indenizado pelos vizinhos que deixaram vários de seus animais ingressar em suas terras; o dono do prédio danificado reclamando o seguro de várias companhias, mesmo quando sejam diversas as apólices e a cobrança de um credor em face de dois fiadores do contrato e o beneficiário de plano de previdência privada pleiteando restituição de parcelas pagas da entidade administradora, participantes, beneficiários e patrocinadores do plano (STJ, 4ª Turma, REsp 1.104.377/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 18.4.2013, DJe 20.5.2013).

Eventual semelhança entre as situações reguladas pelos incisos II e III do art. 46 não devem ser consideradas acidentais. É que, para o sistema processual civil brasileiro, a conexão de causas – suficiente para a formação do litisconsórcio e para a *modificação* da competência (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte I) dá-se com os fundamentos de fato *ou* de direito, nos precisos termos do art. 103. De seu turno, as hipóteses dos incisos II e IV do art. 46, embora próximas, não são idênticas: o inciso II exige maior semelhança entre os fundamentos de fato ou de direito, enquanto, para o inciso IV, é suficiente a *afinidade* entre as questões que demandarão prova ao longo do processo.

Não obstante as considerações do último parágrafo, uma rigorosa distinção entre os incisos do art. 46 carece de importância prática ou teórica. É suficiente a sua compreensão no sentido de que eles descrevem casos em que o litisconsórcio é *autorizado* (litisconsórcio *facultativo*) quando a semelhança, em maior ou em menor grau, recomendar o litígio conjunto para tornar mais *eficiente* a atividade jurisdicional e os resultados que dela se

esperar. Inexiste qualquer distinção de regime jurídico entre o litisconsórcio que se forma com fundamento em cada um dos dispositivos aqui expostos. A ressalva dá-se, apenas, com a hipótese do inciso I do art. 46 que renderá ensejo à formação de litisconsórcio *necessário*, a não ser que haja alguma regra de legitimação extraordinária.

2.2.O parágrafo único do art. 46: a *limitação* do litisconsórcio facultativo

A formação do litisconsórcio pode acarretar, mesmo nos casos apontados no número anterior, empecilhos ao atingimento de uma maior *eficiência* na prestação jurisdicional, conspirando, em última análise, à própria razão de ser do instituto.

Pode acontecer, com efeito, que o excessivo número de litigantes reunidos, em última análise, por vontade do autor ou dos autores, embora autorizados por lei, possa vir, em cada caso concreto que o fenômeno se manifeste, a comprometer as razões de ordem pública que inspiram o instituto. É o que Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra inegavelmente clássica sobre o tema, já chamava de “litisconsórcio *multitudinário*”. Para disciplinar a hipótese, o primeiro grande movimento da “Reforma do Código de Processo Civil” (v. n. 2.7 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1) inseriu, no art. 46, um parágrafo único, que pretendeu evidenciar casos em que pode haver *recusa* do litisconsórcio *facultativo*.

De acordo com o dispositivo, fruto da Lei n. 8.952/1994, “o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão”.

A regra é clara quanto a estabelecer que as causas de limitação do litisconsórcio justificam-se porque obstaculizam a realização concreta do princípio da economia e da eficiência processuais que preside o instituto (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) ou porque o elevado número de litigantes possa comprometer o correto exercício da defesa, agredindo os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, garantidos pelo art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, respectivamente (v. ns. 4 a 6 do Capítulo 1 da Parte

II do vol. 1, respectivamente). Justamente porque estes elementos são nitidamente de *ordem pública* – guardam eles relação, em última análise, com os poderes de direção do magistrado – é que o juiz *deve*, quando for o caso, limitar, por um *ou* por outro motivo, o litisconsórcio.

Decorre deste *dever* do magistrado o entendimento de que somente caso a caso é que a *limitação* do litisconsórcio poderá ser por ele aferida. De ofício ou a requerimento do interessado, é certo que somente o exame da hipótese concreta demonstrará se as vantagens da cumulação subjetiva e objetiva em um só processo estão ameaçadas pelo excessivo número de litigantes. Limitações apriorísticas pelo *número* de litisconsortes – comuns na prática forense – devem ser evitadas. Nada há de concreto no sentido de que, em todo e em qualquer caso em que litiguem mais de dez pessoas ao mesmo tempo, por exemplo, a necessária celeridade do processo ou o direito de defesa estarão prejudicados. Por vezes, três réus, em demanda que exige complexa prova pericial, já serão suficientes para impor a limitação de que trata o dispositivo.

Considerando a razão de ser do dispositivo e a circunstância de os princípios regentes do direito processual civil comportarem mitigações no caso concreto para assegurar a realização de outros princípios, é correto o entendimento de que o juiz pode, de ofício, isto é, mesmo sem provocação da parte, *limitar* o número de litisconsortes. A atuação oficiosa do magistrado, que pode ser exercida, por exemplo, já no juízo de admissibilidade da petição inicial (art. 285; v. Capítulo 2 da Parte II) não impede, contudo, que o réu (ou os réus) pretenda a diminuição do número de litigantes.

O parágrafo único do art. 46 deixa claro que o interessado poderá, *independentemente* da apresentação de sua defesa, requerer a limitação do litisconsórcio, fazendo prova de que o número de litigantes pode comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. Isto fica claro quando o dispositivo prescreve que o “pedido de limitação *interrompe* o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão”. É dizer, por outras palavras: o réu pode, sem receio de incidir em preclusão temporal ou consumativa (v. n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), restringir-se a pedir a limitação do litisconsórcio no prazo da resposta, criando, com isto, um *incidente* processual. Ele pode estar certo de que, acolhido ou rejeitado

seu pedido, o prazo para resposta ser-lhe-á *devolvido integralmente*, assim que solucionado o incidente, com ou sem a limitação do litisconsórcio. É esta a interpretação que deve ser dada à expressão *interromper* o prazo.

O sistema da *interrupção* do prazo para resposta pode convidar o litigante ímprobo à criação de incidentes imotivados com vistas à procrastinação do processo. Mais ainda porque eventual rejeição de seu pedido de *limitação* do litisconsórcio poderia render ensejo à interposição de recurso de agravo de instrumento, a ser processado, se for o caso, com efeito suspensivo (art. 558, *caput*). A rejeição do pedido, entretanto, mesmo em casos de comprovada má-fé, não pode significar a “cassação” do prazo para defesa. A *interrupção* decorre da lei (é imposta por ela) e não pode ser, a qualquer título, subtraída do juiz. O que pode ocorrer na espécie, muito diferentemente, é a assinatura do *novo* (e integral) prazo para resposta, junto com o arbitramento de multa fundada nos arts. 17, VI, e 18, observando-se, se a iniciativa partiu dos litisconsortes, a regra do § 1º do art. 18. Desde que pedida e demonstrados os pressupostos próprios pelo autor, a hipótese pode, outrossim, ensejar a antecipação da tutela com fundamento no art. 273, II, assunto do qual se ocupa o n. 2.5 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 4.

É indiferente para a aplicação do parágrafo único do art. 46 que o elevado número de litigantes e o comprometimento da rápida solução do litígio ou a maior dificuldade de defesa se deem porque há muitos autores ou porque há muitos réus. Certo que a *opção* em demandar contra vários réus ao mesmo tempo é do autor e que a existência de litisconsortes com procuradores diferentes dobrará, em geral, os prazos processuais em função do art. 191 (v. n. 4.2, *infra*). Pode ocorrer, no entanto, que da existência de vários réus decorra uma maior dificuldade para que cada um se defenda. Se isto ocorrer, o litisconsórcio *passivo* deve também ser limitado, para o que a regra do art. 191 não é óbice: são, a bem da verdade, situações distintas ocupadas por um e por outro dispositivo legal.

A *limitação* do litisconsórcio não significa que os “litisconsortes excedentes” deverão exercer novas “ações” ou ser citados para novas “ações”. Para observância do princípio da economia ou eficiência processuais, que, no caso de incidência do parágrafo único do art. 46, apenas cede espaço *momentâneo* para aplicação dos demais princípios referidos no dispositivo, o mais correto é entender que as petições e os

documentos referentes aos demais litisconsortes (ativos ou passivos) rendam ensejo, desde logo, a formação de novos autos (nova documentação) – com nova distribuição, se for o caso – e prosseguimento imediato de *suas* demandas em *novos processos* porque a “ação”, neste caso, já foi suficientemente exercitada e tem tudo para ser devidamente exercida ao longo daqueles processos. A se entender de outro modo, a *limitação* do litisconsórcio seria uma hipótese a mais de *extinção do processo sem resolução de mérito* para o litisconsorte excluído, assunto de que, definitivamente, o dispositivo em análise não cuida e tampouco é previsto no art. 267.

A *limitação* de que trata o dispositivo deve ser entendida como um verdadeiro caso de *desmembramento* de um único processo com a necessidade de formação de *novos autos* para cada grupo de litisconsortes excedentes, cada qual rendendo ensejo a um *novo* processo. Não que haja mais de um “processo” quando o caso é de litisconsórcio (v. n. 1, *supra*). O que ocorre, no entanto, é que nas hipóteses de litisconsórcio *facultativo* – e é para elas que tem aplicação o parágrafo único do art. 46 –, não fosse o litisconsórcio, os diversos interessados só poderiam litigar em juízo valendo-se de seus “próprios processos”, isto é, cada um teria que, exercendo o seu próprio direito de ação, provocar o exercício da jurisdição isoladamente. Cada demanda que se cumulou nestes casos ensejaria, não fosse o litisconsórcio, necessidade de um processo a ser iniciado pelo regular exercício do direito de ação. Por isso, a regra da *limitação* do número de litisconsortes deve acarretar o fenômeno inverso: dar vida própria a estes “processos”, inclusive do ponto de vista documental (e, por isso, os “*novos autos*”), tantos quantos sejam os grupos que, caso a caso, entender o magistrado pertinente formar. Cada um deles deve ser entendido, destarte, como se fosse uma específica provocação do Estado-juiz (uma nova *ação*) dando ensejo à sua atuação para solução da controvérsia apresentada (um novo *processo*).

Uma decorrência deste entendimento é a possibilidade de o *desmembramento* se verificar apenas no cumprimento de sentença, quando, por qualquer motivo, os atos executivos a serem praticados em face dos diversos litisconsortes dificultarem o exercício de sua defesa ou, de forma

mais ampla, a celeridade procedimental, colocando em risco, até, a posição do exequente comum.

2.3. Litisconsórcio facultativo sucessivo, alternativo ou eventual

Do mesmo modo que a doutrina admite o cúmulo *sucessivo*, cúmulo *alternativo* e cúmulo *eventual* (ou *subsidiário*) de pedidos (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II), é pertinente falar-se, para o objetivo deste número, de um litisconsórcio *sucessivo*, de um litisconsórcio *alternativo* e de um litisconsórcio *eventual* (ou litisconsórcio *subsidiário*) que, rigorosamente, correspondem àquelas mesmas figuras quando há pluralidade de autores e/ou de réus em um mesmo processo. Enquanto, naquela figura, a cumulação de demandas, dá-se prevalência ao cúmulo no aspecto *objetivo*, aqui, quando o assunto é o litisconsórcio sucessivo, alternativo ou eventual, a ênfase repousa no aspecto *subjetivo* do cúmulo, embora o aspecto *objetivo* não possa ser desconsiderado, quando menos para que a hipótese litisconsorcial esteja devidamente autorizada por uma das situações descritas no art. 46.

Um tal litisconsórcio só pode ser *facultativo*, nunca *necessário*: se houver *obrigatoriedade* do litígio em conjunto (por imposição da lei ou como decorrência do próprio direito material controvertido) não há espaço para falar-se em alternatividade ou eventualidade, formas de cumulação *imprópria* de pedidos. São realidades que se excluem reciprocamente.

Por isso mesmo, a formação de um tal litisconsórcio depende, pelo menos num primeiro momento de análise da questão, da vontade do autor, não do réu, do juiz ou do Ministério Público, quando a instituição atua na qualidade de *custos legis*. É o próprio autor quem, na formulação da petição inicial, decidirá se litigará em face de mais de um réu naquelas situações em que a própria lei processual lhe permite fazê-lo (arts. 46, 288, 289 e 292). E precisará expor, coerentemente, em sua petição inicial, não só a razão pela qual o faz, mas também declinar se o cúmulo é sucessivo, alternativo ou eventual, isto é, se o julgamento em face de um ou de outro réu assume para ele, autor, algum grau de prejudicialidade, subsidiariedade ou não. A denúncia da lide quando pedida pelo autor (v. n. 1 do Capítulo 6) é um excelente exemplo de litisconsórcio *eventual* nos moldes aqui propostos.

Isto, contudo, não quer dizer que o litisconsórcio sucessivo, alternativo ou eventual não possa se verificar, conforme o caso, no polo ativo ou no polo passivo do processo. A análise do caso concreto, em específico da relação jurídica de direito material e da forma pela qual ela foi levada ao Estado-juíz pelo autor em sua petição inicial, será, em qualquer caso, indispensável para que, em definitivo, se possa rotular a hipótese como sendo de “um” ou “outro” “tipo” de litisconsórcio. A classificação faz-se à luz do objeto em estudo e não o contrário.

O réu, de acordo com as lições tradicionais, só está autorizado à formação de um litisconsórcio facultativo nos casos de “chamamento ao processo” (v. ns. 1 e 2 do Capítulo 7). O juiz, de seu turno, só está autorizado à formação do litisconsórcio nos casos em que ele for *necessário*, assim entendido o *dever* de o magistrado determinar que o autor providencie a citação do litisconsorte faltante (é a chamada “intervenção *iussu iudicis*”; v. n. 3.3, *infra*). É esta a segura orientação da nossa doutrina.

A importância das afirmações do parágrafo anterior está em que, com a citação do réu, dá-se a “estabilização da demanda” (arts. 264 e 294; v. n. 14 do Capítulo 1 da Parte III), que veda, salvo nos casos expressamente previstos na lei, qualquer alteração no pedido, na causa de pedir ou, o que interessa mais de perto para o assunto em exame, das partes.

Não obstante esta diretriz doutrinária segura, a alteração do direito positivo deve conduzir, sempre e em qualquer caso, à verificação da necessidade de criação de novos institutos para melhor descrevê-lo, mormente nos casos em que os institutos anteriores não conseguem dar guarida suficiente e adequada às novas prescrições. É o que se dá, por exemplo, com os arts. 50, 928 e 1.698, todos do Código Civil. O primeiro dos dispositivos é eleito paradigma da exposição presente.

De acordo com ele, “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

A regra, sem correspondente no Código de 1916, *generaliza*, para todo o sistema civil, a figura da desconsideração da personalidade jurídica. Dadas

as circunstâncias referidas no dispositivo, viabiliza-se que os bens das pessoas físicas que compõem dada pessoa jurídica sejam utilizadas para satisfação dos credores da pessoa jurídica.

A aplicação da regra pode dar ensejo a um caso de litisconsórcio *eventual* na exata medida em que o credor, na petição inicial, formule pedido em face da pessoa jurídica e formule pedido também (e desde logo) em face das pessoas físicas que a compõem, demonstrando, para tanto, a ocorrência da hipótese valorada pelo precitado art. 50, isto é, a *necessidade* de ser desconsiderada a personalidade jurídica (causa de pedir). Cumulam-se, assim, dois pedidos de tutela jurisdicional perante duas pessoas diversas (justamente porque a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus sócios) na *eventualidade* de ficar demonstrada, perante o juízo, a ocorrência de “desvio de finalidade” ou “confusão patrimonial”. E, se for o caso, não há qualquer óbice para se pensar que um tal litisconsórcio, já retratado na petição inicial, pode ser também “sucessivo” ou “alternativo”, sempre a depender do que o autor pediu (pedido), a partir de que fatos (causa de pedir), em face de quem (partes).

Analisando a questão regrada pelo art. 50 do Código Civil deste prisma, afastam-se os questionamentos usualmente dirigidos à *forma pela qual se realiza a desconsideração da personalidade jurídica para atingimento dos bens dos sócios*. Nesta situação – em que há o litisconsórcio sucessivo, alternativo ou eventual retratado já na petição inicial (um caso, portanto, de “litisconsórcio *inicial*”; v. n. 1.1, *supra*) – a fase probatória deverá levar em conta a ocorrência de autorização legal para que, se for o caso, a sentença reconheça os “sócios” como devedores da obrigação e, acolhendo o pedido, formar-se, desde logo, título executivo judicial (art. 475-N, I) *também* contra eles.

E se, não obstante tais considerações, o autor não formar o litisconsórcio *inicial*? E se ele pretender, já realizada a citação do devedor (pessoa jurídica), aplicar o disposto no precitado art. 50 para perseguir os bens dos sócios? Ele pode requerer a formação de um tal litisconsórcio *a posteriori*? Faz diferença, para o enfrentamento das questões, o estágio em que o procedimento estiver? É dizer por outras palavras: o litisconsórcio sucessivo, alternativo ou eventual (conforme o caso) pode ser formulado *ulteriormente*?

A melhor interpretação é a de admitir a hipótese. A formação *ulterior* do litisconsórcio em casos como estes não traz qualquer prejuízo para o réu (a pessoa jurídica), nem sequer com a eventual demora na citação do “novo” litisconsorte (o sócio), providência que, no particular, só acarretaria prejuízos para o próprio autor. E porque a introdução de um “novo” litisconsorte pode significar que o cumprimento de uma eventual sentença seja aparelhada contra ele, há, também por este fundamento, uma razão a mais para afastar qualquer prejuízo para o réu.

Ademais, a parte final do art. 264, segundo a qual só são aceitas as “substituições permitidas por lei”, deve ser interpretada levando-se em conta também a lei *material* e não só a lei *processual*. Não, propriamente, para uma *substituição* propriamente dita, mas para uma *complementação* do polo passivo do processo, à luz de fatos *supervenientes*, justificáveis da necessidade da *citação* de mais um réu. As informações ou, mais amplamente, o comportamento do próprio réu assumidos em suas respostas podem acabar por justificar o ingresso de um litisconsorte durante o processo nas condições aqui analisadas.

Trata-se de providência que não pode ser recusada não só pelo disposto no art. 50 do Código Civil, mas, mais do que isso, na interpretação daquela regra devidamente inserida no *sistema* processual civil, construído desde o seu modelo constitucional. Trata-se, inegavelmente, de uma forma de *otimizar* a prestação da tutela jurisdicional perseguida pelo autor sem macular nenhum dos demais princípios regentes do processo civil, sobretudo os do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (nesse sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 1.326.201/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 7.5.2013, DJe 16.5.2013; STJ, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1.096.604/DF, j.m.v. 2.8.2012, DJe 16.10.2012; STJ, 4ª Turma, REsp 1.034.536/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 5.2.2009, DJe 16.2.2009; e STJ, 3ª Turma, REsp 920.602/DF, rel. Min. Nancy Andrichi, j.m.v. 27.5.2008, DJe 23.6.2008). Importa destacar, destarte, que esse *incidente*, de caráter inegavelmente cognitivo que pode ocorrer em qualquer etapa ou fase do processo, deve observar a incidência de tais princípios em favor daquele que se pretende alcançar pela desconsideração. Havendo *necessidade* de prestação de tutela de urgência, há o legítimo postergamento deles, nunca, contudo, sua eliminação.

Disto não se segue, contudo, que o juiz possa determinar de ofício, isto é, sem pedido do autor ou do Ministério Público quando atua na qualidade de *custos legis* (art. 83), a intervenção do litisconsorte nas condições aqui discutidas. A isto lhe veda o “modelo constitucional do direito processual civil” porque, em última análise, a sua *parcialidade* estaria comprometida. Pode acontecer, todavia, de o próprio *réu* tomar a iniciativa de formar o litisconsórcio. A esta hipótese dedica-se o n. 3.1 do Capítulo 7, ao ensejo do “chamamento ao processo”, em que o paradigma eleito da exposição é o art. 1.698 do Código Civil.

2.4. Intervenção litisconsorcial voluntária

É lição sustentada por Cândido Rangel Dinamarco a de que a chamada “intervenção litisconsorcial *voluntária*” não se confunde com o instituto da assistência litisconsorcial, assunto ao qual se volta o n. 2 do Capítulo 3.

Segundo seu pensamento, trata-se de modalidade interventiva que amplia *subjctiva* (pelo aparecimento de novas partes) e *objetivamente* (pelo aparecimento de novo pedido e causa de pedir) o processo, diferentemente do que ocorre nos casos de assistência litisconsorcial. Trata-se, em última análise, de uma hipótese de formação de litisconsórcio *ativo, ulterior, facultativo e simples*. Uma verdadeira cumulação posterior (e incidental) de demandas na pendência de um *mesmo* processo.

O instituto, embora não previsto expressamente pelo Código de Processo Civil, deriva de seu sistema e, mais especificamente, da autorização legal de formação de litisconsórcios desde que presentes os pressupostos dos incisos I a IV do art. 46. Outrossim, modalidade de intervenção de terceiros que é, sua admissibilidade deve levar em conta a incidência do princípio da economia e eficiência processuais e a proposta de *otimização e racionalização* da prestação jurisdicional dele derivada. Daí, ainda com Dinamarco, ser inviável a intervenção litisconsorcial depois de encerrada a fase postulatória e também quando incidirem os óbices do parágrafo único do art. 46.

Não obstante o peso das lições de Cândido Rangel Dinamarco, não há como deixar de acentuar as diversas vozes que rejeitam a existência desta modalidade interventiva. Seja para destacar que a intervenção de terceiro em processo pendente violaria o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da

Constituição Federal; v. n. 7 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), sobretudo em casos em que ele pretende beneficiar-se de tutela jurisdicional já *antecipada* para o autor originário (v. n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), seja para destacar que grande parte dos casos que seriam cobertos pelo instituto representam, em verdade, hipóteses de assistência litisconsorcial.

A discussão deve partir de prisma diverso daquele usualmente adotado pelos críticos do instituto. Até porque o reconhecimento do instituto decorre da admissibilidade da formação de um litisconsórcio ulterior com os limites inerentes ao próprio sistema processual, sempre construído desde o seu “modelo constitucional”.

A “intervenção litisconsorcial voluntária” não pode ser aprioristicamente afastada porque, em um ou em outro caso, sua admissão teria o condão de resultar na violação ao princípio do juiz natural. É preciso distinguir e analisar cada caso concreto para discernir quando e como aquele princípio tende a ser violado. Aliás, como todo *princípio* jurídico, o do “juiz natural” pode, consoante as *características* da espécie, dar lugar à incidência de outros, por exemplo, o da *isonomia* e o da *economia e efetividade* da jurisdição (v. ns. 10 e 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, respectivamente).

Assim, se servidor público impetra mandado de segurança, obtém a antecipação da tutela jurisdicional que requereu e, por causa disso, outros servidores pretendem ingressar no mesmo processo para se beneficiar daquela mesma decisão jurisdicional, é imperioso verificar, *levando em conta todas as características do caso concreto*, em que medida devem incidir os demais princípios constitucionais do processo civil.

À alegada violação do princípio do juiz natural deve-se sopesar o princípio da *isonomia*, que reclama solução *idêntica* para todos os servidores públicos sujeitos à mesma situação de direito material deduzida em juízo pelo primeiro autor (impetrante), e o da *economia e eficiência* processuais, a reclamar, dentre outras providências, que processo possa atingir o máximo de resultados com o menor esforço possível (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). O princípio do devido processo legal, o da ampla defesa e o do contraditório, outrossim, devem também ser ponderados na espécie e,

eventualmente, poderão conduzir o magistrado a *limitar* o litisconsórcio, o que fará com fundamento no art. 46, parágrafo único, atuando até mesmo independentemente de provocação da parte contrária (v. n. 2.2, *supra*). É importante acrescentar, ademais, que o art. 253, II, ao se referir à hipótese, e ao impor a *prevenção* do juízo para os demais litisconsortes (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I), acaba por dar a mesma solução obtível pela admissão dos litisconsortes no *mesmo* processo.

Assumindo este contexto de reflexão, não há razão para negar o litisconsórcio *ulterior*, desde que seja escorreitamente observada a incidência dos princípios na forma do parágrafo anterior, o que – vale a ênfase – é problema a ser aferido em cada caso concreto, sopesando cada um dos princípios jurídicos que têm aptidão para incidir na espécie. O único critério *fixo* que deverá ser levado em conta é o limite estabelecido pelo art. 264 e respectivo parágrafo único quanto à alterabilidade da demanda. Aqui, diferentemente do que foi estudado pelo n. 2.3, *supra*, não há autorização *legal* para entender diferentemente.

3. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO E LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO

O “litisconsórcio *necessário*” e o “litisconsórcio *unitário*” são classes *diversas* de litisconsórcio (v. n. 1.1, *supra*), embora sejam previstos pelo mesmo *caput* do art. 47.

A redação do art. 47, *caput*, não há como negar, define o litisconsórcio *necessário* como *unitário*. É lê-lo: “Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

Embora a literalidade do dispositivo convide para o tratamento *indistinto* das duas figuras de litisconsorte, é importante, seguindo a diretriz amplamente pacificada em sede de doutrina e de jurisprudência, discernir cada uma das figuras, apresentando o regime jurídico do litisconsórcio *necessário* e do litisconsórcio *unitário*.

Dá-se o litisconsórcio *necessário* quando a lei ou a própria relação jurídica de direito material impõe o litígio conjunto. A ele se contrapõe o

litisconsórcio *facultativo*. O litisconsórcio *unitário*, por sua vez, caracteriza-se como aquele em que o resultado do processo, amplamente considerado, é *uniforme* para todos os litisconsortes. A ele se contrapõe o litisconsórcio *simples*.

O que ocorre, contudo, é que a maioria dos casos em que o litisconsórcio é *necessário* (determinadas pessoas têm que estar concomitantemente em juízo), ele é também *unitário* (o resultado será uniforme para todos os litisconsortes). Isto, contudo, não esgota e não resolve a questão. Há casos bem identificados de litisconsórcio *facultativo* e *unitário*, é o que se dá, por exemplo, quando diversos acionistas pretendem declarar a nulidade de assembleia da sociedade (STJ, 4ª Turma, REsp 650.373/SP, rel. p./ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 27.3.2012, DJe 25.4.2012), e há situações em que o litisconsórcio é *necessário* e é também *simples*, assim, por exemplo, o usucapião.

É possível (e desejável), à luz destas considerações, que o *caput* do art. 47 seja lido com dois objetivos distintos. O primeiro para a identificação do litisconsórcio *necessário*. O segundo para a identificação do litisconsórcio *unitário*.

Para o litisconsórcio necessário é importante excluir do art. 47 a oração relativa ao dever de o juiz decidir a “lide” de modo uniforme: “Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica (*omissis*), a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”. As características do litisconsórcio necessário estão todas no trecho restante: a obrigatoriedade de participação de mais de uma pessoa em um dos polos do processo (parte plúrima) por imposição da lei ou porque cotitulares da relação jurídica levada ao Estado-juiz, sob pena de “ineficácia” da sentença proferida sem aquela participação compulsória.

Para o litisconsórcio unitário, basta trazer de volta a oração momentaneamente suprimida, sem fazer nenhuma alusão à regularidade da sentença: “Há litisconsórcio unitário quando o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”. Esta *uniformidade* de decisão para todas as partes (todos os litisconsortes) – ou *homogeneidade*, como quer, por exemplo, Dinamarco – é o que caracteriza o litisconsórcio *unitário*.

Os números seguintes têm como objetivo ilustrar alguns casos e dificuldades que envolvem o tema do litisconsórcio *necessário* (que se opõe, vale repetir, ao facultativo) e ao *unitário* (que se opõe, vale repetir, ao simples).

3.1. A ausência de participação de litisconsorte necessário e a “ineficácia” da sentença

De acordo com o *caput* do art. 47, será a sentença proferida sem a presença de todos os litisconsortes necessários “ineficaz”. Trata-se de um dos temas mais polêmicos de todo o direito processual civil. Para alguns, a hipótese não é de “ineficácia”, mas de algo que vem antes dela, de verdadeira *inexistência jurídica* (v., por todos, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 214-222). Para outros, a hipótese é de nulidade absoluta (v., por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 251-258; STJ, 2ª Turma, REsp 1.063.123/AM, rel. Min. Castro Meira, j.un. 11.11.2008, DJe 21.11.2008).

Aqui não se trata, apenas e tão somente, de uma questão terminológica. O regime da *inexistência jurídica* e das *nulidades absolutas* é radicalmente diferente. Dentre as muitas diferenças entre ambos, importa destacar que a declaração de uma “inexistência jurídica” prescinde de qualquer “ação”, forma ou prazo. As nulidades absolutas, de sua vez, reclamam seu reconhecimento judicial (tecnicamente, sua *desconstituição*), se não ao longo do processo, por “ação rescisória”, ficando jungidas ao prazo decadencial a que se refere o art. 495.

Que o litisconsórcio *necessário* é significativo da imposição do litígio conjunto por força da lei ou da própria situação de direito material, não há dúvida alguma. Tanto assim que não há dúvida quanto à inaplicabilidade do disposto no parágrafo único do art. 46 aos litisconsórcios desta classe, mesmo que estejam presentes as causas de sua *limitação*: o comprometimento da rápida solução do litígio ou a dificuldade do exercício de defesa. Justifica-se este tratamento diferenciado pela própria razão de ser do litisconsórcio *necessário*. Isto, contudo, não deve conduzir o intérprete do direito a conclusões rígidas que não levem em conta as peculiaridades de cada caso concreto.

Mesmo admitindo-se que à falta de *parte* (“parte *plúrima*”) o processo sequer teve *existência* jurídica, plano logicamente anterior à *validade* e à *eficácia* dos atos nele praticados, com o que este *Curso* concorda (v. n. 4.6 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), é importante ter presente que a ausência do litisconsorte necessário pode não trazer qualquer prejuízo para qualquer um dos que litigaram e, mais ainda, para ele mesmo, o litisconsorte excluído, que não litigou, embora fosse obrigatória a sua participação no processo. É supor a hipótese de o direito a ele pertencente ter sido suficientemente tutelado em juízo, julgando-se improcedente o pedido formulado pelo autor quando o caso é de litisconsórcio necessário *passivo*. À falta de prejuízo, não se deve declarar qualquer vício no plano do processo, por mais grave que seja, aí incluída a categoria da “inexistência jurídica” porque se trataria, em última análise, de medida conspiratória aos princípios *publicísticos* regentes da atividade jurisdicional. Fundamental, por isso, aderir expressamente ao entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 376-384), forte, ademais, na incidência, do disposto no § 2º do art. 249 à espécie.

3.2. A arguição da ausência do litisconsorte necessário

As normas processuais civis que admitem o litisconsórcio (independentemente de se tratar de litisconsórcio *facultativo* ou *necessário* – v. n. 1.1, *supra*) são normas de ordem pública, indisponíveis para as partes e para o próprio juiz e, como tais, reclamam atuação oficiosa do magistrado. É bastante claro, a respeito, o parágrafo único do art. 47, que se refere especificamente ao litisconsorte necessário.

Uma das consequências da afirmação é a de que a ausência de um litisconsorte necessário pode ser arguida por quaisquer das partes. Assim, mesmo o responsável pela ausência de um litisconsorte necessário pode pretender a declaração de *inexistência jurídica* do processo ou, quando menos, sua *nulidade* absoluta (v. n. 3.1, *supra*), não obstante tenha dado causa ao defeito. Poderá fazê-lo durante o processo (inclusive ao longo da fase recursal), em “ação rescisória” ou, coerentemente com o que desenvolveu o número anterior, por “ação declaratória de inexistência jurídica de ato ou do processo”.

Não é que não pode incidir na espécie o princípio de que ninguém pode alegar, em seu proveito, a própria torpeza. Sua incidência na espécie afasta, contudo, as consequências de ordem *processual* e faz incidir, eventualmente, outras sanções sobre aquele que a ele deu causa, inclusive eventuais sanções pela litigância de má-fé (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). O importante é verificar que estes vícios processuais podem (e devem) ser pronunciados de ofício, não sendo impeditivo o comportamento de boa ou má-fé dos litigantes.

3.3. A ausência do litisconsorte necessário: a intervenção por determinação judicial

O litisconsórcio necessário caracteriza-se pela obrigatoriedade da participação de todos aqueles que a lei exige ou que estejam vinculados à relação jurídica de direito material controvertida no processo. Aqui, diferentemente dos casos de litisconsórcio *facultativo*, a vontade dos litigantes é indiferente para sua formação. O litisconsórcio é *imposto* pela lei.

Daí o parágrafo único do art. 47 dispor que “o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”. Trata-se, como enaltece a doutrina, de formação do litisconsórcio por determinação judicial, chamado, por alguns, de intervenção *iussu iudicis*, figura do direito processual civil italiano e pouco estudada entre nós além da hipótese aqui destacada.

O fundamento de tal conduta está em que o juiz deve atuar sempre em prol da correta formação do processo, assunto ao qual se voltou o n. 3 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1 deste *Curso* e que ocupa também, em especial, o n. 4 do Capítulo 2 da Parte II e o n. 13 do Capítulo 1 da Parte III, ambos deste volume, evitando a ocorrência de qualquer defeito que possa comprometer a sua higidez e, conseqüentemente, das decisões a serem proferidas. Independentemente do regime jurídico a que se reconheça à ausência do litisconsórcio *necessário*, é inegável que a sua ausência compromete, quando menos, a *validade* das decisões (v. n. 3.1, *supra*).

Para obviar que isto ocorra, deve o juiz determinar, com fundamento do art. 47, parágrafo único, que o autor “promova a citação de todos os

litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar”.

O dispositivo não deve ser entendido no sentido de que o autor deverá citar os litisconsortes. O que ele deve fazer é, apenas e tão somente, fornecer os meios necessários e indispensáveis para que a citação se realize. Assim, deverá ele fornecer nome, endereço e, se for o caso, *adiantar* as despesas correspondentes ao ato citatório a ser praticado. Têm aplicação, aqui, por analogia, as mesmas considerações do n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte II.

Muito se discute em doutrina se o parágrafo único aplica-se também aos casos em que o litisconsorte necessário ausente pertencer ao polo *ativo* do processo. A doutrina tende à resposta negativa porque ninguém seria obrigado a litigar em juízo e também porque o dispositivo em exame refere-se à *citação* do litisconsorte, a denotar tratar-se de litisconsorte faltante no polo passivo do processo, isto é, um réu.

A resposta à qual adere este *Curso* é diversa. Para cá, não há razão para deixar de entender que, *também* para o litisconsórcio necessário *ativo*, a “*convocação*” do autor faltante faz-se necessária sob as penas do parágrafo único do art. 47 (v. n. 3.1, *supra*). A “*citação*” a que a lei se refere deve ser entendida como *integração* de alguém ao processo, sem que isto signifique qualquer prejuízo para o sistema. É suficiente que a alguém seja dada ciência de que há um processo pendente e que lhe diz respeito para que ele tenda a se vincular ao que for decidido. Basta esta providência para que o processo fique completo e, neste aspecto, isento de qualquer espécie de vício ou defeito. O agir em juízo deste autor, o litisconsorte necessário faltante, ademais, é um *ônus*, uma *faculdade*, não um *dever*. Neste sentido, afasta-se a queixa de que alguém estaria sendo obrigado a *efetiva e concretamente* litigar em juízo. Corretíssima, neste sentido, decisão monocrática proferida pelo Desembargador Cesar Ciampolini, da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconhecendo litisconsórcio necessário ativo em demanda em que se pretendia a instituição e a especificação de condomínio edilício. Foi determinada a citação de todos os compradores das frações ideais discutidas pelo autor para “assumir a posição processual que julgarem adequada na ação”. Trata-se do AI 0173342-72.2011.8.26.0000, j. 18.5.2012, DJe 11.6.2012.

Ademais, deve ser relativizada a afirmação de que ninguém pode ser obrigado a “agir” em juízo (como autor ou como réu), mercê do caráter *substitutivo* e *imperativo* inerente à função jurisdicional (v. ns. 3.1 e 3.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Eventuais prejuízos que aquele que vai a juízo causar para o litisconsorte que, não obstante “citado”, deixou de atuar é questão que, eventualmente, pode ensejar a propositura de outra demanda entre os próprios litisconsortes, com fundamento diverso, calcado no plano material mas de todo indiferente para a conclusão aqui apresentada.

A extinção do processo, medida extrema reservada para a hipótese pelo final do parágrafo único do art. 47, só será decretada na inércia do autor quanto a promover a “citação” dos litisconsortes necessários. É esta a correta diretriz extraível da Súmula 631 do Supremo Tribunal Federal: “Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”.

3.4. A legitimidade dos cônjuges em juízo

Assunto que se põe a respeito do litisconsórcio, mormente o litisconsórcio *necessário*, é o relativo à legitimidade dos cônjuges em juízo.

O *caput* do art. 10 estabelece a regra de que um cônjuge somente necessita do consentimento do outro para propor “ações” que versem sobre direitos reais imobiliários. A disciplina deve ser compreendida a partir do contexto exposto pelo n. 3.2.4 do Capítulo 3 da Parte III, como sendo de legitimação *processual*, de *capacidade* para estar em juízo, mais ainda por causa da ressalva do art. 11: a negativa da integração de capacidade exigida pelo dispositivo pode ser suprida judicialmente por “processo de jurisdição voluntária” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1), observando-se o *procedimento* dos arts. 1.103 e seguintes. A atuação de um dos cônjuges sem a autorização do outro (dada voluntariamente ou suprida judicialmente) dá ensejo à invalidade do processo, consequência expressamente prevista pelo parágrafo único do mesmo art. 11, que deve ser lido em conjunto com o art. 1.649 do Código Civil, que se ocupa de reger os efeitos *materiais* da atuação processual do cônjuge não autorizado. O caso é de extinção do processo sem julgamento de mérito com fundamento no art. 267, IV.

Importante mencionar o art. 1.647, II, do Código Civil, lei mais recente, para uma melhor compreensão do precitado art. 10. De acordo com aquele

dispositivo, “nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: (...) II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos”.

Assim, salvo no regime de separação absoluta, os cônjuges não podem pleitear em juízo, sozinhos, acerca de bens ou direitos relativos a imóveis. Se assim é, os atos dos cônjuges relativos aos bens imóveis devem, necessariamente, ser praticados por *ambos* os cônjuges. Nestas condições, quando o art. 10, *caput*, conformou-se com a mera *integração de capacidade*, admitiu que um cônjuge aja em juízo em nome próprio e *também* em nome do outro, inequívoca hipótese de legitimação extraordinária (v. n. 3 do Capítulo 1). Caso queiram, não há óbice para que os cônjuges se *litisconsorciem*, o que farão com base no art. 46, I. O certo, todavia, é que o caso *não é de litisconsórcio necessário*. E, mesmo que se pudesse entender que a hipótese fosse de litisconsórcio necessário (como, interpretando o art. 10, II, fez a 3ª Turma do STJ no REsp 750.135/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j.un. 12.4.2011, DJe 28.4.2011), pela própria *letra* do *caput* do art. 1.647 do Código Civil, dela estariam excepcionados os casos em que os cônjuges sejam casados no regime da separação absoluta de bens e, por força do art. 1.656 do mesmo Código, no regime de participação final dos aquestos quando houver, no pacto antenupcial, convenção sobre a livre disposição dos bens imóveis particulares.

O § 1º do art. 10, de seu turno, exige, em seus quatro incisos, a necessidade de *citação* de ambos os cônjuges para as “ações”: (a) que versem sobre direitos reais imobiliários; (b) que resultem de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles; (c) que sejam fundadas em dívidas contraídas pelo marido em prol da família e cuja execução recaia sobre bens da mulher; ou, por fim, (d) ações que digam respeito à constituição ou extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges. As hipóteses, pela letra da lei, são, irrecusavelmente, de litisconsórcio *necessário*.

No entanto, o precitado art. 1.647 do Código Civil acabou por apresentar solução *distinta* para o problema e que, por colidir com algumas das regras do § 1º do art. 10 do Código de Processo Civil, deve prevalecer sobre elas,

por ser lei mais recente a disciplinar o mesmo assunto. Importante analisar cada uma das hipóteses descritas na lei processual civil para tal constatação.

O inciso I do § 1º do art. 10 refere-se à “citação necessária” de ambos os cônjuges para as ações “que versem sobre direitos reais imobiliários”. O inciso IV do § 1º do art. 10, por sua vez, refere-se a esta mesma “citação necessária” para as ações “que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges”.

Essas duas regras estão superadas pelo inciso II do art. 1.647 do Código Civil, que contenta-se só com a autorização do outro cônjuge para “pleitear, como autor *ou réu*, acerca desses bens ou direitos”, quais sejam o “alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis”, a que se refere o inciso I do mesmo dispositivo. O dispositivo afastou, para estes casos, o litisconsórcio *necessário*. É suficiente para ela que o cônjuge que não seja réu consinta ou autorize com a atuação do outro. E uma tal autorização, nos termos do art. 220 do Código Civil, pode assumir qualquer forma, assim, por exemplo, sua ciência na procuração outorgada ao advogado ou sua assinatura na contestação.

Diferentemente se dá com relação ao inciso II do § 1º do art. 10. De acordo com o dispositivo, a citação faz-se necessária para as ações “resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles”. Para ele, não há como deixar de constatar a existência de um litisconsórcio *necessário* entre os cônjuges. Não só pela clareza da própria lei mas, também, em função da situação de direito material. Se o ato questionado em juízo foi praticado por ambos os cônjuges à falta de alguma regra explícita concessiva de legitimação extraordinária, a espécie só pode ser de litisconsórcio *necessário*. Tanto assim que, reconhecendo-se a *solidariedade* dos cônjuges pelo pagamento das despesas de condomínio e dada a natureza *pessoal* (não *real*) do direito envolvido, é de descartar a formação do litisconsórcio *necessário* entre eles, afastando-se a incidência do precitado dispositivo legal (STJ, 3ª Turma, REsp 838.526/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 26.2.2008, DJe 13.3.2008, e STJ, 4ª Turma, REsp 863.286/MG, rel. p./acórdão Min. João Otávio de Noronha, j.m.v. 9.12.2008, DJe 16.2.2009).

Por fim, a hipótese do inciso III do § 1º do art. 10 também encontra-se superada pelo advento do Código Civil embora por razão diversa da que se dá com relação aos incisos I e IV do mesmo dispositivo. Os arts. 1.643 e 1.644 do Código Civil criaram uma situação de *solidariedade* entre os cônjuges nos casos em que apenas um deles, sem necessidade de autorização do outro, “comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica” e “obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir”. O art. 1.664 do Código Civil, ao cuidar do regime de comunhão parcial, repete, com texto ligeiramente diverso, a regra.

Se, com os olhos voltados à lei civil, posterior às regras processuais, a hipótese passou a ser tratada como de *solidariedade* dos cônjuges, isto, transportado para o plano do processo, só pode significar a formação de um litisconsórcio *facultativo* (v. n. 1.1, *supra*). Nunca *necessário*, como o § 1º do art. 10 exigia até então. Assim, por esta razão – pelo regime jurídico de direito *material* subjacente ao processo –, não pode sobreviver a regra processual civil diante da nova lei civil que se contenta, porque de *solidariedade* se trata, com a atuação, em juízo, de apenas um dos cônjuges.

Com relação a todas estas hipóteses, entretanto, deve prevalecer a mesma ressalva feita com relação ao *caput* do art. 10. Mesmo para quem entender restar intocada a regra processual civil, não há espaço para duvidar de que o “litisconsórcio entre os cônjuges” estará dispensado nos casos em que os cônjuges sejam casados no regime da separação absoluta (art. 1.647, *caput*, do Código Civil) e no regime de participação final dos aquestos quando houver, no pacto antenupcial, convenção sobre a livre disposição dos bens imóveis particulares (art. 1.656 do Código Civil).

O § 2º do art. 10, segundo o qual, “nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticados”, pretende estabelecer em que condições haverá litisconsórcio necessário entre os cônjuges nas “ações possessórias”.

O dispositivo, incluído pela Lei n. 8.952/1994, quis esclarecer dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais até então existentes, fundadas na dificuldade de saber se a locução “direitos reais imobiliários” incluiria, ou não, as “ações possessórias”, reservando-se, também para elas, a regra do *caput* e do § 1º. Optando pela resposta positiva, o § 2º do art. 10 exige o

litisconsórcio *necessário* quando questionar-se, indistintamente, a atuação de ambos os cônjuges em juízo. Se, por qualquer motivo, a causa de pedir da possessória não disser respeito a ato dos dois cônjuges mas apenas de um, não haverá litisconsórcio entre eles. Sequer necessidade de *integração* de sua capacidade ou de citação do outro cônjuge para qualquer fim.

Há uma última mas importante observação a ser feita com relação às hipóteses regradas pelo art. 10. O seu mesmo regime jurídico deve ser aplicado também para as situações em que houver *união estável*, sob pena de violar o comando do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. A *existência* daquele regime pode demandar necessidade de prova a cargo do interessado, mas o que releva destacar é que, naqueles casos em que se sabe da existência da união estável – assim, por exemplo, quando houver pacto de convivência firmado entre o casal ou quando tal estado for declarado em ficha de cadastro –, deverão ser observadas as conclusões aqui expostas, observando-se, ainda, a diretriz do art. 1.725 do Código Civil, que reserva, à hipótese, o regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros em sentido contrário. Nos casos em que, de antemão, não se tenha notícia do *estado civil* do réu e ele vier, em contestação, afirmar-se que vive em união estável, eventuais irregularidades do processo poderão ser supridas e sanadas pelo disposto no art. 13 ou pela determinação da *citação* a que se refere o parágrafo único do art. 47.

A conclusão a que chega o parágrafo anterior não deve ser confundida com outra, totalmente diversa. Se, por hipótese, um companheiro pretende reconhecer a existência de união estável com outro que é casado, o pedido de tutela jurisdicional deverá ser formulado contra o companheiro casado e seu cônjuge, que serão litisconsortes passivos *necessários* nos precisos termos do *caput* do art. 47. Neste sentido, embora com ressalvas diante da peculiaridade do caso (v. n. 1 do Capítulo 4): STJ, 4ª Turma, REsp 1.018.392/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 6.3.2012, DJe 30.3.2012, colacionando também (e sem ressalvas), da mesma Turma, o REsp 885.951/RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 28.4.2009, DJe 11.5.2009, e o REsp 331.634/MG, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j.un. 4.4.2002, DJ 12.12.2005, p. 386.

4. O ART. 48 E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DOS LITISCONSORTES

O art. 48 estabelece o regime jurídico a que se submetem os litisconsortes. Eles, salvo disposição legal em sentido diverso, são considerados litigantes distintos em suas relações com a parte contrária, pelo que as omissões e as atuações de um não prejudicam nem beneficiam os outros. Daí, segundo a doutrina predominante, tratar o dispositivo do *princípio da autonomia* dos litisconsortes.

Tanto assim que o art. 23, ao disciplinar o regime das despesas processuais e dos honorários de advogado em casos de litisconsórcio, impõe que eles sejam pagos pelos vencidos, os responsáveis pelo pagamento das “verbas de sucumbência” (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), “em proporção”, isto é, de acordo com a sua própria participação ao longo do processo.

Pela sua própria natureza, entretanto, a “autonomia” dos litisconsortes só pode se levada em conta nos casos de litisconsórcio *simples*, o único a admitir tantas decisões quantos sejam os litisconsortes por causa das características do plano *material* subjacente ao processo. No litisconsórcio *simples*, a bem da verdade, a diversidade de litisconsortes encerra diversidade de pedidos cada qual formulado para um específico bem da vida (um específico direito) cujo tratamento conjunto é valorizado pelo sistema, seja porque o autoriza (casos de litisconsórcio *facultativo* e *simples*), seja porque o impõe (casos de litisconsórcio *necessário* e *simples*).

Nos casos de litisconsórcio *unitário*, diferentemente, e justamente pela razão oposta, não há como entender que cada um dos litisconsortes seja considerado um litigante distinto diante do adversário comum. O litisconsórcio *unitário* nada mais representa, no plano do processo, do que a existência de *um só* direito, um só *bem* pertencente ao plano material, que, não obstante pertencer a mais de uma pessoa concomitantemente, é uno e indivisível (v. n. 4.1, *infra*).

Releva para o estudo do art. 48 localizar quais as “disposições em contrário”, isto é, quais os casos em que, mesmo nos casos de litisconsórcio *simples*, a atuação dos litisconsortes *não será* considerada individualmente.

O primeiro destes casos é o do art. 320, I. Segundo o dispositivo, a revelia não induz a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor (art. 319) quando, “havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação”.

Outra hipótese é a do art. 350, segundo o qual “a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”.

Por fim, o art. 509, ao disciplinar que o recurso de um dos litisconsortes aproveita a todos, salvo se houver distinção ou oposição de interesses, o que é confirmado por seu parágrafo único, segundo o qual, na hipótese de solidariedade passiva, o recurso interposto por um dos devedores aproveitará aos outros quando as defesas opostas ao credor forem comuns.

Em todos estes casos, o ato praticado por um só dos litisconsortes tem o condão de *beneficiar* os demais (arts. 320, I, e 509), ao mesmo tempo que um ato dispositivo de direito não pode *prejudicar* os demais (art. 350), mesmo que cada litisconsorte pudesse ter conduzido o seu próprio processo, exercendo individualmente o seu direito de ação independentemente dos demais porque, em última análise, no plano do direito material, cada litisconsorte é titular de um dos bens da vida que, no plano do processo, parecem *cumulados* (cúmulo *objetivo*; v. n. 1, *supra*).

O mais correto, no entanto, é entender que o aproveitamento do ato praticado por um litisconsorte não aproveitará, *sempre e em qualquer caso*, os litisconsortes omissos, mesmo nos casos dos arts. 320, I, e 509. Menos pela literalidade dos dispositivos, e muito mais por força do sistema, só será cogitável qualquer proveito em prol dos demais litisconsortes à medida que a matéria arguida em contestação ou em recurso por um deles seja *circunstancialmente* comum aos demais. Eventuais defesas de cunho *pessoal*, como ocorre, por exemplo, nos casos de solidariedade (art. 281 do Código Civil), não aproveitarão o litisconsorte omissos porque, pelas suas próprias características, não lhe dizem respeito. *Tempera-se*, por assim dizer, a literalidade daquele dispositivo, pela aplicação do *princípio* derivado do art. 48.

Neste sentido, a apresentação de contestação de um dos litisconsortes poderá não induzir a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 320, I), mas não há dúvidas de que o litisconsorte que não apresentou defesa será considerado revel para os fins do art. 322, *caput*, correndo

contra ele os prazos judiciais independentemente de intimação, a não ser que ele tenha advogado constituído no processo.

No caso da confissão de um dos litisconsortes, outrossim, a mesma ressalva deve ser feita, não obstante a letra do art. 350. A confissão nada mais é do que *um* meio de prova admitido pelo sistema brasileiro (v. n. 1 do Capítulo 3 da Parte IV). Como todo *meio* de prova, tem aptidão de formar a convicção do magistrado a respeito da ocorrência de determinados fatos e determinadas consequências jurídicas. Se a confissão de um dos litisconsortes despertar no magistrado convicção de que um dado fato ocorreu e que dele emergem as consequências jurídicas desejadas pelo adversário dos litisconsortes, o art. 350 *não será* óbice para julgar em desfavor de *todos* os litisconsortes. Não se trata – vale a pena repetir – de desconsiderar o art. 350, mas, antes, de aplicá-lo com os *temperamentos* próprios e inerentes ao sistema processual civil.

4.1. O art. 48 e o litisconsórcio unitário

O regime do litisconsórcio *unitário* justifica-se como tal, em última análise, porque, no plano material, há um só direito, um só bem da vida que pertence, indistintamente, a várias pessoas. Por esta peculiaridade é que não há espaço para a incidência do princípio da “autonomia dos litisconsortes” a que se referiu o número anterior. Não podem eles ser considerados litigantes distintos em suas relações com o adversário comum graças a uma limitação própria do direito material. O direito (sempre entendido no sentido de “direito *afirmado* em juízo”; v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1) não pertence a nenhum deles individualmente, pelo que nenhum ato praticado por um deles pode afetar os demais. Não é por outra razão que a característica deste tipo de litisconsórcio é a *uniformidade* da decisão a ser proferida com relação a todos os litisconsortes.

A bem da verdade, não há sequer como conceber que haja uma solução *diferenciada* para cada um dos litisconsortes, já que, em última análise, julga-se e decide-se a respeito de um *mesmo* e *único* bem, que diz respeito, indistintamente, a mais de um titular. Por isso é que o n. 1, *supra*, quis evidenciar, de início, que nos casos em que o litisconsórcio é unitário não é correto entender que haja cúmulo de pedidos (e menos ainda de “ações”) em um mesmo processo. São estas as razões que levam a doutrina a se

manifestar em uníssono quanto à inaplicabilidade do art. 48 a este tipo de litisconsórcio.

Desta premissa decorrem algumas conclusões.

Nenhum ato *dispositivo* de direito pode ser praticado por um dos litisconsortes sem prévia concordância dos demais. Nenhum ato que tenha aptidão de *prejudicar* os litisconsortes pode ser praticado por apenas um deles. Os atos de um só podem *beneficiar* os demais; nunca prejudicá-los.

Um exemplo ilustra bem estas considerações: se um litisconsorte (e a hipótese, para fins de exposição, é de litisconsórcio *unitário*) reconhece juridicamente o pedido, seu ato, ao menos no campo processual, é *ineficaz*, não podendo afetar os demais litisconsortes. Não há espaço para o proferimento da sentença a que se refere o inciso II do art. 269 (v. n. 3.2.2 do Capítulo 1 da Parte V).

É certo que, eventualmente, no plano do direito material, um tal reconhecimento pode gerar determinadas consequências entre o litisconsorte e seu adversário e, não fosse o litisconsórcio, geraria efeitos no plano do processo independentemente da manifestação do juiz (art. 158, *caput*; v. n. 3.2.2 do Capítulo 1 da Parte V). O que releva, para o plano do processo, no entanto, é que o ato, porque dispositivo de um direito que, em última análise, pertence a todos os litisconsortes indistintamente, *não pode produzir quaisquer efeitos*. É ele *ineficaz* no plano processual. Para que seus regulares efeitos sejam sentidos, mister que os demais litisconsortes concordem, expressamente, com o ato dispositivo de direito (no exemplo, o reconhecimento jurídico do pedido). Tudo porque, em se tratando de litisconsórcio *unitário*, é inviável pretender que haja soluções diversas para cada um dos litisconsortes, vale dizer, para cada um que compõe a “parte plúrima”.

A doutrina concorda com este entendimento. Formula até uma regra que pode ser chamada de geral, segundo a qual, no litisconsórcio unitário, os atos de um litisconsorte gerarão, no plano do processo, efeitos em relação aos demais se e quando *favoráveis* à sua posição jurídica. De outro lado, todos os atos que tenham aptidão de *prejudicar* ou minimizar a posição jurídica dos litisconsortes serão considerados ineficazes no plano processual, mesmo que, no plano do direito material, possam ser válidos e eficazes.

É correto, por isso mesmo, entender desnecessárias as regras dos arts. 320, I, 350 e 509 para os casos de litisconsórcio *unitário*, porque seus comandos decorrem da própria essência deste tipo de litisconsórcio.

Uma única exceção que parece oportuna de ser destacada diz respeito ao art. 501, segundo o qual “o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso”.

Nestes casos, de *desistência* do recurso, é indiferente o *tipo* de litisconsórcio formado: se *simples* ou *unitário*. Em qualquer um dos casos, a desistência do recurso independe de qualquer oitiva ou aceitação do recorrido ou dos demais litisconsortes que, rigorosamente, são *partes*. Nestas condições, pode acontecer de a desistência de “apelação” interposta por litisconsorte *unitário* – que teria aptidão de aproveitar os demais na forma do precitado art. 509, *caput* – acarretar o trânsito em julgado da sentença, mesmo que isto signifique, em termos práticos, um agravamento na situação processual (e material) dos demais litisconsortes. Este é um caso em que, não obstante a existência da *unitariedade* do litisconsorte, o ato de um pode acabar por *prejudicar* os demais. Aqui, contudo, não se trata de disponibilidade do direito *material*, mas, bem diferentemente, da disponibilidade da ocupação de uma vantagem no plano *processual* consistente na interposição do recurso.

4.2. A diversidade de procuradores e o litisconsórcio

O art. 49 exige que o *impulso* processual caiba a cada um dos litisconsortes, devendo todos ser intimados dos atos praticados. Cada litisconsorte, com efeito, tem o direito, o dever, a faculdade, o ônus ou a obrigação de dar andamento ao processo, consoante as específicas regras que disciplinam cada procedimento em que o litisconsórcio se verificar. Se o seu agir tem o condão de afetar, ou não, os demais litisconsortes é questão de que o art. 48, com as observações lançadas nos dois últimos números, ocupa-se.

O que releva destacar quanto ao art. 49 é que ele rende ensejo à aplicação do art. 191. Segundo o dispositivo, “quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

A finalidade do artigo é clara e reconhecida a uma só voz pela doutrina. A existência de diversos procuradores para cada um dos litisconsortes acaba por impor a dilação de prazos para viabilizar a prática dos diversos atos processuais, já que, consoante estabelece o art. 49, a cada um compete o andamento do processo.

Considerando a finalidade do dispositivo e, bem assim, a presunção de que todo procurador age com boa-fé (art. 14, II), é importante entender que a benesse legal incide independentemente de pedido do litisconsorte, sendo suficiente que cada procurador saiba que não representará em juízo o interesse de outro litisconsorte. Por isso mesmo e para que a regra cumpra o seu papel, é indiferente que o litisconsorte se manifeste no prazo “simples”: é direito seu manifestar-se apenas no prazo já dobrado de acordo levando em consideração a incidência do art. 191. Se, contudo, os outros litisconsortes não se manifestarem no prazo para resposta, tornando-se revéis, a regra não encontra espaço para aplicação quanto aos próximos atos processuais (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho, REsp 683.956/MG, j.un. 27.2.2007, DJ 2.4.2007, p. 280, e STJ, 1ª Turma, REsp 713.367/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. un. 7.6.2005, DJ 27.6.2005, p. 273), a não ser quando e se eles passarem a atuar no processo como lhes autoriza expressamente o parágrafo único do art. 322 (v. n. 11 do Capítulo 4 da Parte II). Da mesma forma, se os litisconsortes passam, durante a fluência do prazo recursal, a ser representados por procuradores diversos, a contagem em dobro só se aplica ao restante do tempo, sem possibilidade de o prazo já transcorrido ser reaberto (STJ, 3ª Turma, REsp 1.309.510/AL, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 12.3.2013, DJe 3.4.2013).

Questão interessante diz respeito à possibilidade de cumulação do art. 191 com o art. 188, segundo o qual as pessoas de direito público e o Ministério Público têm prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, é dizer: o particular demanda um dado município e uma determinada empresa fundamentado na invalidade de um ato administrativo que a teria beneficiado (litisconsórcio passivo necessário). Por definição, o município e a empresa terão procuradores diferentes. É possível dobrar o prazo quadruplicado pelo art. 188 diante da regra do art. 191?

A resposta deve ser negativa. Os dispositivos têm campos de incidência específicos. O art. 188 diz respeito, apenas, àquelas pessoas que enumera.

Não se dobra o prazo em quádruplo para a Fazenda Pública ou para o Ministério Público contestar. Quem se beneficia, nestes casos, de um prazo mais dilargado, *dobrado*, é o particular, considerando a diversidade de procuradores. A Fazenda Pública e o Ministério Público, no entanto, poderão valer-se do art. 191, computando-se em dobro os prazos em geral, vale dizer, os prazos não alcançados pelo art. 188.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A assistência é o instituto pelo qual um terceiro (assistente) ingressa voluntariamente em processo pendente para atuar em prol de uma das partes (assistido) objetivando obter decisão jurisdicional favorável a ela e beneficiar-se dos efeitos dessa decisão. Seu ingresso em juízo não altera a estrutura subjetiva ou objetiva da demanda originária. As partes (autor e réu) e o objeto do processo (o que havia sido pedido pelo autor em face do réu e as razões que fundamentam o pedido) não sofrem qualquer modificação, apesar da intervenção do assistente.

É por isso que a doutrina em geral se refere à hipótese como intervenção de terceiro por mera *inserção*, fazendo uso da nomenclatura sugerida por Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros*, p. 80), isto é, independentemente de qualquer alteração na “ação” tal qual exercitada e exercida no *mesmo* processo em que se dá o ingresso do assistente, diferentemente do que se verifica com relação à oposição (v. n. 1 do Capítulo 4) e com à denúncia da lide (v. n. 1 do Capítulo 6). O pedido de assistência rende ensejo, no máximo, à criação de um *incidente procedimental*, objeto de exame no n. 3, *infra*.

Variam as espécies de assistência consoante sejam as relações jurídicas de direito material deduzidas em juízo que justificam a intervenção (v. n. 2.3 do Capítulo 1).

Se o assistente intervém em processo porque os efeitos de decisão desfavorável ao assistido afetam *diretamente* a relação jurídica que existe entre ele (assistente) e o assistido, o caso é de “assistência *simples*” ou, por vezes, também chamada de “assistência *adesiva*”. Nestes casos, não há qualquer relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido que seja, pelo menos para o processo, relevante. Não há, deduzida no processo, nenhuma relação jurídica material que ligue o assistente e o adversário do

assistido. Os exemplos clássicos em doutrina – o que não significa dizer que exista unanimidade entre os diversos autores sobre cada um deles – são o do sublocatário em “ação de despejo” movida contra o sublocador (locatário) e o do tabelião em demanda em que se pretende a nulidade de escritura pública por fraude. É correto entender que, nestes casos, a decisão do processo e, mais especificamente, os seus efeitos (“efeitos *reflexos*”), tais quais projetados para o plano material afetam *indiretamente* o terceiro e, por isso, a sua intervenção é autorizada pela lei. A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o credor do falido habilitado em falência pode atuar como assistente simples da massa falida em todos os processos em que ela seja parte (REsp 1.025.633/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 24.5.2011, DJe 29.9.2011).

Em outros casos, classificados como de “assistência *litisconsorcial*” (também chamada de “assistência *qualificada*”), o assistente intervém porque desfruta, com o adversário do assistido, a *mesma* relação jurídica material a que se refere a demanda. São casos em que, não fosse alguma norma de *exceção* no sistema (legitimação extraordinária, por exemplo), aquele que pretende ser assistente deveria ter sido ou ser *parte* (STJ, 4ª Turma, REsp 802.342/PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 9.12.2008, DJe 2.2.2009). Parte porque teria pedido ou em face dele teria sido pedido algo. Os exemplos clássicos da doutrina – também sem unanimidade dos autores – são: os devedores ou credores solidários (arts. 267 e 275 do Código Civil), os fiadores (art. 818 do Código Civil), os condôminos na defesa da coisa comum (art. 1.314 do Código Civil), os herdeiros na defesa dos bens da herança possuídos injustamente por terceiro (art. 1.719 c/c art. 1.314 do Código Civil) e o adquirente ou cessionário do bem litigioso que não seja autorizado a *suceder* o alienante ou o cedente no processo (art. 42, § 2º, do Código de Processo Civil; v. n. 3.1 do Capítulo 1). A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o avalista de contrato de arrendamento mercantil pode pleitear a sua intervenção em “ação de reintegração de posse” na qualidade de assistente (REsp 660.833/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 26.9.2006, DJ 16.10.2006, p. 364).

Não que, nestes casos, o assistente não tenha relação jurídica no plano do direito material com o assistido, atual ou potencial. Ela também existe. A diferença com a assistência *simples* é que esta relação jurídica é irrelevante

para fins da intervenção assistencial, já que os *efeitos* que justificam a intervenção nesta modalidade, a “assistência *litisconsorcial*”, irradiam-se *diretamente* da relação jurídica que existe entre o assistente e o adversário do assistido, vale frisar, irradiam-se do que *já* está deduzido em juízo e que diz respeito *também* ao assistente.

Em qualquer de suas duas modalidades, o objetivo da assistência é possibilitar ao assistente que não seja proferida decisão desfavorável ao assistido que, mediata ou imediatamente, poderá lhe trazer prejuízos na sua própria ordem jurídica. O que releva notar, pois, é que a assistência – simples *ou* *litisconsorcial* – é instituto pelo qual o assistente pretende *ajudar* o assistido a receber decisão de mérito em seu favor, isto é, obter tutela jurisdicional. Não é por outra razão que não há espaço para se cogitar da assistência no chamado “processo de execução”, assunto ao qual se volta o n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 3.

É importante saber se se está diante de caso de assistência *simples* ou *litisconsorcial*. Não se trata de indagação meramente teórica ou dogmática. Consoante o caso, as possíveis atitudes, comportamentos e “poderes” do assistente variarão. É correta a regra de que o assistente simples age sempre de acordo com a vontade do assistido; nunca contra ela. Não pode o assistente simples praticar nenhum ato que o assistido não praticaria e não pode também opor-se a qualquer ato do assistido, mesmo que lhe possa causar algum prejuízo. O assistente *litisconsorcial*, bem diferentemente, pode ir além da atividade do assistido. Não há maiores dúvidas na doutrina e na jurisprudência quanto a ser-lhe lícita a prática de atos que contrariam a vontade manifestada do assistido. Tudo porque o seu agir processual aproxima-se – se não coincide – com o de um verdadeiro *litisconsorte*. O tema é mais bem desenvolvido no n. 4, *infra*.

O pedido de assistência, que não suspende o andamento do processo, pode ocorrer em qualquer momento, mesmo depois de proferida a sentença na primeira instância, sendo inconcebível, pela sua própria razão de ser, depois do seu trânsito em julgado (formal ou material; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V).

De acordo com a atividade concreta que o assistente consiga desenvolver ao longo do procedimento até o proferimento da sentença ou até o seu trânsito em julgado, ficará ele mais ou menos vinculado ao quanto decidido.

É o que se chama de “justiça da decisão”, instituto regulado pelo art. 55 (v. n. 6, *infra*).

2. O INTERESSE JURÍDICO DO ASSISTENTE: A ASSISTÊNCIA SIMPLES E A LITISCONSORCIAL

Ambas as figuras de assistência – a simples e a litisconsorcial – impõem que aquele que pleiteia sua intervenção em causa alheia (assistente) seja titular de interesse *jurídico*. Não se trata de interesse meramente moral, econômico ou político; tem que ser albergado (tutelado e, portanto, tutelável) pela ordem jurídica.

Em relação ao assistente *simples*, tal interesse deve ser dedutível da probabilidade atual ou iminente de que possa a decisão a ser proferida no processo em que pretende intervir vir a afetar sua esfera jurídica. O que importa distinguir é que, na demanda deduzida em juízo entre o assistido e seu adversário, não está em questão nenhum interesse seu, e o atingimento dos efeitos naturais da sentença ou, mais amplamente, de qualquer decisão que veicule tutela jurisdicional, em seu patrimônio *jurídico* é um fato, ainda que potencial. Não há relação jurídica material do assistente que foi deduzida em juízo e a que foi, entre o assistido e o seu adversário, lhe diz respeito apenas reflexamente.

O assistente *litisconsorcial* também só pode pretender intervir em processo alheio quando tiver interesse jurídico no desfecho do processo existente entre o assistido e seu adversário. No entanto, a existência deste *seu* interesse manifesta-se de forma mais clara e aguda do que nos casos de assistência simples porque o que está em discussão no processo também lhe pertence individualmente, embora não seja ele quem tenha deduzido ou em face de quem tenha sido deduzido pedido. É dizer: nos casos de assistência litisconsorcial existe relação jurídica material do assistente já posta em juízo.

Os efeitos da sentença a ser proferida no processo que existe entre o assistido e seu adversário vão afetar aquele que pretende ser assistente de forma direta, considerando que relação jurídica sua *também* está sendo julgada. Não se trata aqui, ao contrário do que se verifica no caso da

assistência simples, de eficácia meramente *reflexa* ou *indireta* da decisão jurisdicional, mas dos próprios efeitos *diretos* da decisão.

O que distingue a assistência *simples* da *litisconsorcial*, portanto, é a *intensidade* com que o interesse ou o direito do terceiro é questionado em juízo e, conseqüentemente, será afetado pelo que decidido no âmbito do processo. E é desta distinção de *intensidade* que decorre a distinção de regime jurídico entre uma e outra classe de assistência.

Não há, com efeito, qualquer dúvida quanto a possuir, o assistente *litisconsorcial*, poderes processuais muito mais abrangentes que o do assistente *simples*, como decorrência da afirmação do parágrafo anterior. Como o assistente litisconsorcial tinha tudo para ser *parte* no processo, seus poderes processuais assemelham-se, por tudo, ao de um litisconsorte. Não o assistente simples, todavia. Ele, como não reúne condições subjetivas de ser parte, porque, em última análise, o objeto litigioso não lhe diz respeito diretamente, mas só de maneira indireta, tem, por causa disto, poderes bem menos abrangentes e que podem ser resumidos a uma atuação de nítido coadjuvante do assistido.

3. O PEDIDO DE ASSISTÊNCIA

São dois os requisitos fundamentais para formulação do pedido de assistência, seja em sua forma simples, seja em sua forma litisconsorcial: uma causa pendente e a demonstração de interesse jurídico daquele que pretende intervir.

A petição em que se formula o pedido de assistência (art. 50, para a assistência simples, e art. 54, parágrafo único, para a assistência litisconsorcial) deverá esclarecer o porquê da intervenção, demonstrando em que grau há “interesse jurídico” do assistente a ser afetado, direta ou indiretamente, pelo que vier a ser decidido no processo.

Não sendo o caso de indeferimento liminar da petição, deve ser aberta vista para que as partes formulem eventuais impugnações (art. 51). Com ou sem impugnação, deverá o juiz examinar o pedido em definitivo e deferi-lo se entender presentes seus pressupostos específicos, em especial a existência de interesse jurídico. Ao revés, deverá indeferi-lo, haja ou não impugnação das partes, até porque ele já poderia tê-lo feito antes mesmo do

estabelecimento do contraditório, ao contrário do que a literalidade do referido art. 51 parece querer sugerir.

A intervenção do assistente não suspende o processo (art. 51, I). Havendo impugnações de quaisquer das partes, deverão ser autuadas (documentadas) em apenso juntamente com pedido de intervenção (acompanhadas, se for o caso, dos documentos de instrução), na forma como disciplina o mesmo dispositivo. O incidente será instruído se assim se entender necessário e decidido em seguida (art. 51, II e III).

A decisão que rejeita o pedido de intervenção é decisão interlocutória (art. 162, § 2º). Por imposição sistemática, e, como tal, dela cabe o recurso de agravo (arts. 522 a 529). O recurso deve ser interposto na modalidade “de instrumento” porque o contraste da decisão quando do julgamento do agravo *retido* poderá comprometer a utilidade e o papel a ser desempenhado pelo assistente. É caso, portanto, em que a *urgência* do reexame da decisão impõe o cabimento do agravo de instrumento na melhor interpretação do art. 522, objeto de exame mais detido pelo n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5.

Admitido ingresso do assistente, o recurso poderá ser interposto por qualquer das partes, mesmo por quem não tenha apresentado a impugnação de que trata o *caput* do art. 51. No caso de indeferimento, a legitimidade é daquele que pretendeu intervir e não obteve êxito.

Como o recurso cabível da decisão que *indefer* o pedido de intervenção não tem efeito suspensivo (art. 558, *caput*), é correto o entendimento de que seu acolhimento não reabrirá ao assistente, finalmente admitido, as preclusões já consumadas. O que ocorrerá em casos como estes, em que se esvazia concretamente qualquer préstimo na atuação do assistente, é o reconhecimento de que ele, em processo futuro, possa rediscutir o que o Código de Processo Civil denomina de “justiça da decisão”, invocando *e comprovando* a ocorrência da hipótese do inciso I do art. 55 (v. n. 6, *infra*).

Não há como negar, de outro lado, ser possível àquele que pretende ser assistente, e que agrava da decisão que indeferiu sua intervenção, pleitear ao Tribunal efeito suspensivo ao recurso para sustar a marcha procedimental do processo, evitando, assim, que não possa atuar senão *utilmente*, ou o que é chamado pelo art. 527, III, de “antecipação da pretensão recursal” para que, desde logo, seja admitido no processo naquela qualidade. Esta segunda

hipótese afina-se melhor aos objetivos do instituto – que, repita-se, não enseja a suspensão do processo –, ao mesmo tempo que permite a oportuna desconsideração, para quaisquer fins processuais, da atuação do agravante na qualidade de assistente, se *rejeitado*, a final, seu recurso.

4. A ATUAÇÃO PROCESSUAL DO ASSISTENTE

O assistente *simples* somente pode praticar atos que estejam em conformidade com a pretensão ou a defesa do assistido. A ele compete, apenas e tão somente, coadjuvar o assistido e beneficiar-se de eventual decisão a este favorável. O assistente simples, fundamentalmente, *complementa* a atividade efetivamente desempenhada pelo assistido. Embora a lei processual reconheça ao assistente os mesmos poderes da parte “principal” (art. 52, *caput*), não é menos certo que este dispositivo precisa ser interpretado dentro do contexto do sistema processual civil. Deve ser recusado qualquer ato do assistente que entre em contradição com a atividade processual do assistido.

Dentre os atos processuais vedados ao assistente simples podem ser mencionados, a título de exemplo, os seguintes: a conciliação, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, o reconhecimento jurídico do pedido, a transação e a confissão. O recurso do assistente, quando o assistido não tenha recorrido, deve ser admitido quando não houver nenhuma renúncia ou concordância (tácita ou expressa) do assistido com a decisão a ser recorrida. É para os casos de assistência *simples* que se volta o art. 53. Já que o objeto do processo não diz respeito ao assistente simples – mas tão somente ao assistido e a seu adversário –, impensável que o assistente possa dispor de algo que não lhe pertence desde o plano material.

O assistente *litisconsorcial*, como decorrência de sua própria “situação legitimante”, pode exercer, no plano do processo, qualquer ato que um litisconsorte *unitário* praticaria. A ele se aplica, portanto, o mesmo regime jurídico apresentado pelo n. 4.1 do Capítulo 2: o assistente litisconsorcial, embora seja *assistente* e não *litisconsorte* – o adjetivo não pode, por definição, comprometer a essência do substantivo –, pode validamente praticar atos mesmo contra a vontade do assistido, desde que sejam atos benéficos à sua posição processual. Admitida a intervenção do assistente

litisconsorcial, outrossim, o assistido não pode, sem a concordância do assistente, praticar atos que venham a prejudicar a sua posição no processo.

Desdobramento interessante acerca da atuação do assistente do réu (simples ou litisconsorcial) diz respeito a se seu ingresso pode elidir os efeitos da revelia, especificamente a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Para que os efeitos da revelia sejam elididos pelo assistente simples é necessário que sua contestação seja oferecida no mesmo prazo existente para o assistido, o réu. O assistente simples, nesta hipótese, será considerado gestor de negócios do réu revel (assistido), na forma como preconiza o parágrafo único do art. 52.

A conclusão não é diferente em se tratando de assistente litisconsorcial, embora a ele não se aplique propriamente o disposto no art. 52, parágrafo único. Apresentada a contestação pelo assistente litisconsorcial no prazo aberto para o assistido, os efeitos da revelia (presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor) devem ser afastados.

Justifica-se esta conclusão para o assistente litisconsorcial porque o regime de sua atuação – diferentemente do que se dá para o assistente *simples*, cuja base de atuação está no art. 53 – é idêntico ao do *litisconsórcio unitário*, o que equivale a dizer que a sentença a ser proferida em face do assistido e do assistente tende a ser uniforme ou, ao menos, compatível, homogênea, no plano fático na exata medida em que compartilham do *mesmo* bem jurídico posto em juízo. Nenhum ato do assistente litisconsorcial pode *prejudicar* os interesses do assistido e vice-versa (v. n. 4.1 do Capítulo 2).

Assim sendo, imediata a conclusão de que a apresentação tempestiva de contestação pelo assistente litisconsorcial elide, por si própria (e independentemente da regra do parágrafo único do art. 52), os efeitos da revelia do assistido no que diz respeito à presunção de veracidade dos fatos contra ele alegados. Trata-se de hipótese em que tem aplicação o norte genérico do art. 320, I.

O assistente simples e o litisconsorcial, indistintamente, serão responsáveis por eventuais custas processuais na proporção da atividade que efetivamente desempenharam ao longo do procedimento. É este o comando do art. 32.

5. O ASSISTENTE E A COISA JULGADA

O que fundamenta a intervenção do assistente simples são os efeitos prejudiciais da sentença a ser proferida na causa em que pretende intervir, que muito provavelmente o afetarão se o assistido vier, em alguma medida, a sucumbir. O que está em discussão, contudo, não é direito seu. Ele é estranho ao objeto do processo, isto é, ao pedido e à causa de pedir, que dizem respeito, apenas, às partes. O que justifica a sua intervenção, vale o destaque, é *outra* relação jurídica que ele possui, atual ou futuramente, com o assistido e que, em virtude do que se decidirá no processo, será *reflexamente* afetada.

É esta a razão pela qual ele, o assistente simples, não está sujeito à coisa julgada material. O assistente simples é, por definição, *terceiro*, a ele se aplicando a inteireza do *princípio* da primeira parte do art. 472 (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte V). Não obstante, ele fica sujeito ao que o Código de Processo Civil chama, em seu art. 55, de “justiça da decisão”, objeto de exame pelo n. 6, *infra*.

A fundamental distinção entre as figuras do assistente simples e do assistente litisconsorcial repousa na circunstância de que a relação jurídica de direito material que autoriza a sua intervenção no processo dá-se diretamente com o adversário do assistido (art. 54) ou, mais amplamente, quando a relação jurídica de direito material deduzida em juízo, o objeto do processo, *também* lhe diz respeito.

Não obstante, o assistente litisconsorcial não é *parte* no processo. Ele não formula pedido e nem em face dele nada é pedido. Isto, contudo, diferentemente do que se dá para os casos de assistência *simples*, não significa afastar do assistente *litisconsorcial* a sua sujeição à coisa julgada material. A ele não tem aplicação o art. 472 porque o direito material sobre o qual controvertem as partes (o assistido e seu adversário) também é do assistido.

É o que se dá, por exemplo, em casos de litisconsórcio *facultativo* e *unitário* (v. n. 1.1 do Capítulo 2) quando, por força de lei, é possível que apenas um dos litisconsortes aja em nome do outro como verdadeiro substituto processual ou, mais amplamente, como legitimado extraordinário, nos termos do art. 6º. Assim, por exemplo, nas hipóteses de condomínio “geral ou tradicional” (e não o “edilício”, como já decidiu a 3ª Turma do

STJ no REsp 1.015.652/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 2.6.2009, DJe 12.6.2009) ou compossuidores na forma do art. 1.314 ou de herdeiros nos termos do art. 1.791, parágrafo único, ambos do Código Civil, que empresta aos herdeiros o mesmo regime jurídico dos condôminos e também nos casos em que é vedada a atuação do substituto processual, como ocorre no art. 42, § 3º (v. n. 3.1 do Capítulo 2).

Como, nestas situações, a relação de direito material que está sendo discutida *também* pertence a quem *não está* agindo ou que não pode agir em juízo – o que é permitido expressamente pela lei (legitimação extraordinária) –, não há como olvidar que a coisa julgada o atingirá. E mais: a vinculação à coisa julgada se dará mesmo que não haja a intervenção do assistente litisconsorcial, característica marcante da *legitimação extraordinária* (v. n. 3 do Capítulo 1).

A coisa julgada vincula o assistente litisconsorcial não porque intervém no processo pendente; ela não guarda qualquer relação com a sua intervenção. A coisa julgada apanha-o em virtude da *situação legitimante* que autoriza sua intervenção como assistente (litisconsorcial) e não porque interveio, coisa bem diferente. Em suma: a coisa julgada afeta o assistente litisconsorcial não porque ele o é ou porque ele poderia ter pretendido sê-lo. Afeta-o, bem diferentemente, porque a relação jurídica de direito material que titulariza (situação legitimante) está sendo discutida em juízo, já está posta para discussão, e, por exceção, ele não pode, não pôde ou não precisa estar em juízo para tutelar, em nome próprio, o *seu* direito, mesmo que só afirmado. Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 557.106/SE, rel. Min. Castro Meira, j.un. 6.5.2008, DJ 16.5.2008, e STJ, 2ª Turma, REsp 623.055/SE, rel. Min. Castro Meira, j.un. 19.6.2007, DJ 1.8.2007, p. 434.

Se intervier, contudo, o assistente litisconsorcial ficará *também* sujeito à justiça da decisão de que trata o art. 55 (porque é *assistente*), dela se esquivando somente quando puder provar a ocorrência das situações dos incisos do dispositivo. A justiça da decisão, ao contrário da coisa julgada, é instituto típico da assistência, que a caracteriza como tal. É o objeto do número seguinte.

6. A JUSTIÇA DA DECISÃO

Uma vez que seja admitida a sua intervenção, é vedado ao assistente (simples ou litisconsorcial) rediscutir em outro processo o que o Código de Processo Civil, em seu art. 55, *caput*, denominou de “justiça da decisão”.

Trata-se de uma decorrência quase natural da intervenção do assistente porque as razões que o motivam a intervir (na forma simples ou litisconsorcial) guardam estreita afinidade com a relação jurídica que titulariza com o próprio assistido ou com o adversário do assistido. De forma direta ou indireta, o objeto do processo diz respeito ao assistente e é por isso que, desde a primeira concepção do instituto, entendeu-se que sua concreta intervenção geraria determinados efeitos em seu desfavor como contrapartida à possibilidade de sua atuação conduzir o magistrado ao proferimento de uma decisão que lhe seja, em idêntica medida, favorável. Esta “eficácia da intervenção” é o que a lei brasileira chama de “justiça da decisão”. Trata-se, neste sentido, de regra que excepciona a que consta do art. 469, I (v. ns. 4 e 4.2 do Capítulo 2 da Parte V).

A “justiça da decisão” deve ser entendida como a imutabilidade dos *fundamentos* da decisão, vale dizer, os fundamentos jurídicos nos quais o magistrado se baseia para julgar o pedido formulado no processo em que a assistência se verificou. É nesta parte da sentença que a relação jurídica que justifica a intervenção do assistente é considerada e analisada pelo magistrado. Tornando-se imutáveis, elimina-se ou, quando menos, reduz-se a possibilidade de um litígio futuro entre o assistente e o assistido (típico dos casos de assistência simples) ou, ainda, do assistente e o adversário do assistido (típico dos casos de assistência litisconsorcial).

Os incisos I e II do próprio art. 55, contudo, mitigam o rigor da imutabilidade imposta pelo *caput*. O assistente poderá rediscutir a justiça da decisão em processo posterior se demonstrar que sua intervenção, porque tardia no processo, não teve aptidão para impedir a produção do resultado gravoso para sua esfera jurídica ou, ainda, desde que demonstre que o assistido vedou sua iniciativa de produção de provas suficientes para influenciar positivamente a formação da convicção do magistrado.

7. O RECURSO DE TERCEIRO PREJUDICADO E A ASSISTÊNCIA

O art. 499, *caput*, trata dos legitimados para recorrer: a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público.

O § 1º do dispositivo disciplina os pressupostos em que o terceiro prejudicado pode recorrer: “Cumpra ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”.

Embora as figuras do terceiro recorrente e do assistente sejam bastante próximas – o que leva considerável número de autores a dizer que o recurso de terceiro nada mais é do que a assistência manifestada para e no plano recursal –, o recurso de terceiro prejudicado tende a abranger um maior número de situações fáticas que a assistência, considerando sua própria hipótese de cabimento (art. 499, § 1º), já que nem todo aquele que pode recorrer na qualidade de terceiro prejudicado poderia pleitear a intervenção como assistente, seja na forma *simples* ou na *litisconsorcial*. A recíproca, contudo, é verdadeira: todo aquele que poderia pretender intervir como assistente pode valer-se do precitado art. 499, § 1º, e apresentar recurso em nome próprio.

O assunto é retomado pelo n. 2.2.2 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5, ao ensejo do exame da legitimidade recursal.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Oposição é a modalidade de intervenção de terceiros pela qual um terceiro pretende o mesmo direito sobre o qual outros sujeitos litigam em um processo, já pendente. A pretensão deste terceiro é verdadeiro pedido de tutela jurisdicional em relação ao mesmo bem que as partes originárias disputam.

Um exemplo pode aclarar o significado do instituto. SR demanda WSF pretendendo a reivindicação de um imóvel. GK, tomando ciência daquele processo, demanda SR e WSF porque pretende para si aquele mesmo imóvel. Toma tal iniciativa na condição de *opoente*, passando o autor e o réu do primeiro processo, que serão citados na qualidade de litisconsortes passivos necessários, a ser identificados por *opostos*.

Certo que GK poderia aguardar pela solução da demanda entre SR e WSF. Terceiro que é, o quanto decidido no processo de SR em face de WSF não o atinge com força de coisa julgada *material*, é dizer, com caráter de imutabilidade (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V). Como, contudo, os “efeitos *reflexos*” daquela decisão lhe atingem (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte V), a lei processual civil permite que GK, desde logo, possa reivindicar o bem, valendo-se da “oposição”, até o proferimento da sentença no processo em que demandam SR e WSF. A oposição tem, por isso, caráter inegavelmente *espontâneo* e depende tão só da vontade do terceiro de intervir no processo alheio para buscar tutela jurisdicional para direito que afirma seu com exclusão da pretensão alheia.

Interessante caso julgado pela 4ª Turma do STJ retrata oposição formulada por companheira para discutir a titularidade dos bens cuja partilha era pretendida em divórcio cumulado com partilha de bens existente entre a esposa e o companheiro. Trata-se do mesmo REsp 1.018.392/SE, rel.

Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 6.3.2012, DJe 30.3.2012, mencionado pelo n. 3.4 do Capítulo 2.

Analisado o instituto deste prisma, não há como deixar de constatar que ele busca realizar concretamente o princípio da economia e eficiência processuais (v. n. 2.5 do Capítulo 1). Não só porque a oposição será processada perante o *mesmo* juízo, evitando, assim, o proferimento de decisões conflitantes (arts. 57 e 109), mas também porque será *desejavelmente* julgada em conjunto com o processo pendente (v. n. 5, *infra*).

De acordo com a doutrina amplamente vencedora, a oposição é verdadeira ação. Ação exercida por um terceiro (o *opoente* GK no exemplo) em face das partes originárias de um processo pendente (os *opostos*, SR e WSF, autor e réu, respectivamente, no exemplo). É o que a doutrina chama de “intervenção por ação” (Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, p. 80), já que o ingresso do terceiro no processo alheio concretiza-se por exercício regular do direito de ação, ampliando o objeto do primeiro processo. Uma tal ampliação significa, no caso particular da modalidade interventiva aqui examinada, que o julgamento da oposição mostra-se questão *prévia e prejudicial* à demanda originária porque, por sua própria natureza e conteúdo, ela tem aptidão para influenciar o resultado do que já estava deduzido perante o Estado-juiz. Basta imaginar, para voltar ao exemplo, a hipótese de GK ser vitoriosa, acolhendo-se o pedido formulado na oposição. A pretensão de SR em face de WSF resta, total e completamente, *esvaziada*, justamente porque o mesmo *bem da vida* é reconhecido como devido a GK, com exclusão de ambos.

A compreensão da oposição como verdadeira *ação*, contudo, merece as mesmas ressalvas do n. 4 do Capítulo 3 da Parte II com relação à reconvenção. Pelo conceito proposto à “ação” por este *Curso*, é importante entender a oposição como um desdobramento da “ação” já exercitada (e ainda em exercício) pelo autor (um dos *opostos*) que permitirá ao terceiro (o *opoente*) formular *pedido* de tutela jurisdicional em seu favor. Trata-se de caso em que há cumulação ulterior de *pedidos* em um mesmo processo por iniciativa de um terceiro. Não se trata, assim, de uma “nova” ação, mas da *mesma* “ação”, que passa a ser exercitada também pelo terceiro, embora, por expressa opção (formal) do direito processual civil brasileiro, a

iniciativa do terceiro dê ensejo à documentação apartada de sua iniciativa. Não se trata, contudo, só por isso, de um novo processo ou de uma nova ação, apenas e tão somente de novos *autos*, tanto assim que os arts. 59 a 61 fornecem ao magistrado condições de proferir uma só sentença para julgar a oposição e o pedido originalmente feito entre os opostos, na forma discutida pelo n. 5, *infra*.

E é por esta razão que melhor do que a nomenclatura proposta pelo prestigiado processualista gaúcho este *Curso* prefere se referir à oposição como “intervenção por *pedido*” (v. n. 2.3 do Capítulo 1).

2. A APRESENTAÇÃO DA OPOSIÇÃO

A oposição pode ser apresentada desde que o processo em que se discute o direito que entende o oponente ser seu esteja pendente até que nele seja proferida sentença (art. 56). O oponente deve expor o seu pedido observando o disposto nos arts. 282 e 283 e sua petição será dirigida ao mesmo juízo do processo em que demandam os opostos (art. 57). Recebendo a petição, o juiz determinará a citação dos opostos (v. n. 3, *infra*).

É indiferente que o réu (um dos opostos) não tenha contestado e, por isso, seja revel. A decretação da revelia do réu que, citado, manteve-se inerte não é óbice para o oferecimento da oposição. E isto porque, com base no art. 56, não há como entender como pressuposto para admissibilidade da oposição o oferecimento de contestação do réu. O que é inarredável para a oposição é que haja *litispêndência*, o que se inicia com a “propositura da ação” (art. 263), complementa-se com a citação válida do réu, imposta pelo princípio do contraditório – até mesmo para fins de tornar o objeto litigioso (art. 219, *caput*; v. n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte II) –, e termina, para os fins que aqui interessam, com o proferimento da sentença em primeira instância (art. 463). Com a citação do réu, terá cabimento a oposição, independentemente de qualquer atitude (ou omissão) dele.

Uma leitura presa ao texto do art. 57 dá a entender que a oposição é “autuada” em apartado, isto é, dará ensejo a *autos* distintos daqueles do processo preexistente. A questão é meramente formal e, por esta razão, não interfere nas conclusões expostas no n. 1, *supra*, quanto à natureza da oposição. Ademais, forte nas considerações do n. 5, *infra*, de que a oposição seja julgada conjuntamente com o pedido formulado pelo autor em face do

réu, é altamente recomendável que a petição que materializa o pedido de tutela jurisdicional do oponente seja dirigida aos *mesmos* autos do “processo principal”.

3. A CITAÇÃO DOS OPOSTOS

Os opostos, isto é, o autor e o réu, devem ser *citados* para a oposição. Embora a literalidade do art. 57 renda ensejo a interpretação diversa, é importante entender que esta citação, justamente porque dirigida à pessoa dos advogados devidamente constituídos nos autos, dispensa a observância do procedimento regulado pelos arts. 219 a 233, sendo suficiente que o ato seja veiculado, onde houver, pela imprensa (art. 236) ou, até mesmo, por meios eletrônicos (art. 237, parágrafo único). É o que se dá, por exemplo, nos casos da reconvenção, embora o art. 316 refira-se a *intimação*, e com o “pedido incidental de declaração” (v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte II). Por decorrer de expressa previsão legal, não prevalece, aqui, a regra genérica do art. 38, isto é, é indiferente que o advogado não tenha poderes especiais para receber citação.

Caso, contudo, o réu não tenha advogado constituído nos autos ou, ainda, seja ele revel, a sua citação observará o disposto nos arts. 213 a 233, consoante expressa ressalva feita pelo parágrafo único do art. 57. A regra, que é específica, deve prevalecer diante da nova redação dada ao *caput* do art. 322 pela Lei n. 11.280/2006, mais ainda porque a presunção assumida pelo legislador pode vir a comprometer o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O art. 57 reserva o prazo de quinze dias para contestação do pedido. Dada a especificidade da regra, ela deve prevalecer sobre a do art. 191 (v. n. 4.2 do Capítulo 2). Não obstante a pluralidade de advogados no caso, a melhor interpretação é a de reservar, à espécie, o prazo simples porque é o expressamente reservado pela lei para a espécie.

4. LITISCONSÓRCIO ENTRE OS OPOSTOS

A oposição é a intervenção em processo pendente em que o terceiro (opponente) tem pretensão excludente daquela que o autor exerceu originariamente em face do réu (opostos). O que pretende o terceiro com a

oposição é excluir o autor e o réu do objeto do litígio, seja este de natureza pessoal ou real; o interesse do oponente é, por definição, colidente com o dos opostos.

Inafastável a conclusão, por isso mesmo, de que, apresentada a oposição, estará formado, entre o autor e o réu (os opostos), um litisconsórcio, que, não podendo se formar senão com a presença de ambos, deverá ser entendido como *necessário* nos precisos termos do *caput* do art. 47 (v. n. 1.1 do Capítulo 2). É inconcebível que a oposição, tal qual regulada pelo Código de Processo Civil, seja exercitada senão em face daquelas duas partes.

Embora não haja dúvidas quanto à *necessariedade* deste litisconsórcio, disto não decorre sua *unitariedade*. Os *critérios de classificação* do litisconsórcio necessário e do unitário não podem ser entendidos de forma interdependente. Não existe uma relação de causa e efeito entre o litisconsórcio necessário e o unitário, ou vice-versa. Não é porque um litisconsórcio é necessário, que também é unitário. Da sua unitariedade, outrossim, não decorre sua *necessariedade*, não obstante os termos empregados pelo art. 47 darem a entender que estas duas espécies de litisconsórcio sejam uma só (v. n. 3 do Capítulo 2).

Assim sendo, embora o litisconsórcio formado entre os opostos seja *necessário*, ele não é unitário mas *simples*, considerando que o *resultado* da oposição, isto é, o acolhimento do pedido formulado pelo oponente, pode não ser idêntico ou uniforme para cada um dos litisconsortes, é dizer, para cada um dos opostos.

Tanto assim que, de acordo com o art. 58, é possível a cada um dos opostos, *individualmente*, reconhecer o pedido do oponente, hipótese em que a oposição prosseguirá em relação ao outro, o que não é cogitável no regime do litisconsórcio unitário, em que o reconhecimento jurídico do pedido por um dos litisconsortes isoladamente não tem aptidão para produzir qualquer efeito no plano processual (v. n. 4.1 do Capítulo 2).

5. JULGAMENTO

De acordo com o art. 59 a oposição, desde que apresentada antes da audiência (“oposição *interventiva*”, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco), será julgada pela mesma sentença que julgar o pedido

originalmente formulado pelo autor em face do réu. O art. 60, de seu turno, ao se referir à “oposição *autônoma*”, também de acordo com Dinamarco, isto é, àquela apresentada depois de iniciada a audiência de instrução, diz que a oposição será julgada “sem prejuízo da causa principal”, sendo certo, de acordo com a segunda parte do dispositivo, que “poderá o juiz, todavia, sobrestar no andamento do processo, por prazo nunca superior a 90 (noventa) dias, a fim de julgá-la conjuntamente com a oposição”.

Por força da incidência do princípio da economia e da eficiência processuais à espécie (v. n. 2.5 do Capítulo 1), é mais correto o entendimento quanto a ser *aparente* a “faculdade” reconhecida ao juiz da “causa principal” pelo art. 60. Na verdade, é importante, até como forma de assegurar o interesse público subjacente a todas as intervenções de terceiros, que o juiz sobreste o julgamento do primeiro pedido até que a oposição tenha condições de ser apreciada.

É que em quaisquer casos, a instrução processual tende a ser uma só e, nestas condições, não há como negar que, com a produção da prova requerida pelo oponente, a própria oposição já terá condições de ser julgada conjuntamente com o pedido original e, neste caso, dada a sua característica de *prejudicialidade*, deverá ser julgada em primeiro lugar (art. 61).

Não há óbice para que o terceiro demande o autor e o réu depois do proferimento da sentença, inclusive depois de ela, eventualmente, ter transitado em julgado. Uma tal demanda, contudo, não terá o regime jurídico da oposição; não será uma modalidade de intervenção de terceiros e, sim, uma “nova” ação a dar início a uma “nova” atividade jurisdicional (um “novo” processo, portanto) que sequer encontrará prevento o juízo perante o qual o processo entre os opostos teve curso em função do disposto na Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça (v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte I).

Questão interessante que se põe a respeito do julgamento da oposição é a de saber se ela deve ser julgada quando houver alguma razão para a “extinção do processo” em que contendem os opostos (art. 267).

Ao apresentar a oposição, o oponente pretende não só afastar autor e réu do direito ou da coisa litigiosa que afirma lhe pertencer, mas também pretende, para si, o que o autor, originariamente, pretendia do réu. Trata-se, por isso mesmo, como acentua Cândido Rangel Dinamarco, de verdadeiro

“pedido *bifronte*”. Esta razão é suficiente para impor a apreciação da oposição mesmo na hipótese aventada.

Ademais, como forma de atingir o ideal de maior eficiência processual, é importante o aproveitamento de toda atividade jurisdicional já desenvolvida com vistas à definição (coisa julgada material), de a quem pertence o direito ou a coisa pretendida originariamente entre os opostos, levando-se em consideração a pretensão do oponente. A intervenção do oponente é suficiente para o legítimo *exercício* da ação (da *mesma* ação; v. n. 1, *supra*) pelo terceiro no *processo*, impondo, destarte, interpretação ampla do art. 61.

As despesas processuais e os honorários de advogado devidos pela oposição observarão as mesmas diretrizes codificadas, não apresentando qualquer peculiaridade, nos precisos termos do art. 34.

CAPÍTULO 5

Nomeação à autoria

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A nomeação à autoria é instituto que visa à correção da ilegitimidade passiva toda vez que o réu é citado para ser responsabilizado, em última análise, por ato que praticou em nome ou por ordem de outrem (arts. 62 e 63, respectivamente).

A exemplo da assistência, trata-se de modalidade de intervenção de terceiros por mera *inserção*, já que o intento do nomeante (o réu originário) é ser excluído do processo e fazer com que o nomeado (o responsável pelo ato que enseja a demanda tal qual proposta pelo autor) ingresse no processo, *sucedendo-o*. Esta *sucessão de partes* (v. n. 3.1 do Capítulo 1) dá nascimento a mero *incidente* processual que visa à alteração de um dos sujeitos do processo, o réu, sem alteração do *objeto* do processo.

Trata-se de uma modalidade de intervenção de terceiros em que se busca a correção do polo passivo do processo, substituindo-se o réu originariamente indicado pelo autor (nomeante) por outro a ser apontado pelo próprio réu e aceito pelo autor (nomeado).

Um exemplo pode aclarar os contornos do instituto: SS ajuíza “ação de reintegração de posse” em face de APS. Este, alegando que, mero caseiro, não tem qualquer responsabilidade sobre o ato, nomeia, à autoria, VMF, seu patrão. Se SS concordar com a nomeação à autoria, cita-se VMF. Se ele concordar com a nomeação, intervém no processo, passando a ser réu no lugar de APS, sucedendo-o processualmente, portanto.

O que é interessante para ser destacado sobre a nomeação à autoria, ainda à guisa de introdução, é que a sucessão do réu ilegítimo pelo legítimo depende da *vontade* do autor e também – e por mais paradoxal que possa parecer para quem realmente acredita que o direito processual civil é ramo do direito público – da aceitação do nomeado, vale dizer, aquele que é

indicado como o titular passivo da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

A doutrina, com efeito, não hesita em reconhecer que a *extromissão* do nomeante (réu originário) depende da *dupla aceitação* do autor e do próprio nomeado e, por isso mesmo, é comum a doutrina referir-se à hipótese como “dupla concordância”. Para tanto, nomeará o réu, no prazo para a defesa, aquele que, no seu entender, é o responsável pelos atos narrados na petição inicial. Uma de duas: o autor não aceita a nomeação e o processo prossegue até ulteriores termos, ou a aceita e se ouve o nomeado. Se ele concordar, dá-se a *sucessão* das partes; caso contrário, assina-se novo prazo para apresentação de defesa pelo réu (art. 67), seguindo-se o processo até seu término.

2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

A nomeação à autoria é admitida, de acordo com o Código de Processo Civil, em duas hipóteses distintas.

A primeira delas está no art. 62, quando o caso for de *detenção*, e o detentor for citado para o processo em nome próprio.

Para compreensão do dispositivo, mister distinguir *posse direta e indireta* (art. 1.197 do Código Civil) de *detenção*, que, pela lei civil, é a afetação de um bem a alguém quando há relação de dependência entre duas pessoas e uma delas conserva a posse em nome da outra e em cumprimento a ordens ou instruções suas (art. 1.198 do Código Civil). Se a hipótese for de posse e não de mera detenção, o caso é de denúncia da lide com base no art. 70, II (v. n. 3 do Capítulo 6).

A hipótese do art. 62 merece uma mais demorada reflexão à luz do *caput* do art. 1.228 do Código Civil. De acordo com este dispositivo, “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou *detenha*”.

O “*detenha*” em itálico não encontra correspondente no art. 524, *caput*, do Código Civil de 1916, do qual o atual 1.228 descende diretamente. A questão que se põe é a de se saber se uma vez que a lei material passou a admitir que se *reivindique* em face do mero *detentor* – e não apenas do *possuidor*, como se dava sob a égide do Código revogado –, o instituto da

nomeação à autoria, em específico o seu art. 62, perdeu o significado ou o sentido.

Considerando que o instituto da nomeação à autoria, fundamentalmente, volta-se à correção de uma situação de *ilegitimidade passiva* – a do *detentor*, que, nesta qualidade, não tinha condições de exercer *posse* –, a partir do momento em que o direito material modifica sua situação legitimante – justamente aquela que era coberta pela lei processual civil – haverá sentido, ainda, de se falar em nomeação à autoria pelo detentor ao possuidor ou ao proprietário, isto é, a seu amo?

A resposta é positiva. O reconhecimento expresso de legitimidade ao detentor para figurar como *réu* nas ações de reivindicação (art. 1.228, *caput*, do Código Civil) não afasta, por si só, a possibilidade de que ele, detentor, faça uso da nomeação à autoria em todos aqueles casos em que esteja agindo em nome de seu patrão. Não há qualquer óbice a que ele, detentor, acionado em nome próprio por ato de outrem (sempre o seu amo) valha-se, ainda, do instituto da nomeação à autoria.

O que pode ocorrer, diferentemente, é que a nomeação não seja aceita, pelo autor, por este fundamento, hipótese em que ele, autor, preferirá litigar contra o mero detentor que, isto não pode ser colocado em dúvida, passou a ser parte legítima para a causa em função do precitado dispositivo da lei civil.

Assim, quer parecer que a melhor solução é a de preservar a aplicação do art. 62, reconhecendo-se, contudo, que o detentor passa a ter, ele próprio (e em “nome próprio”), legitimidade para figurar como réu de ações reivindicatórias. Tudo vai depender, em última análise, da leitura da petição inicial, em específico de sua causa de pedir, para verificar em que condições está descrita a “situação legitimante” da qual participa o detentor e, conseqüentemente, verificar em que medida que a demanda volta-se, mesmo, a ato *seu* (o que levaria à inadmissão da nomeação à autoria) ou a ato praticado por ele mas em nome de seu patrão, o que, por si só, não é óbice à nomeação. Muito pelo contrário, é a razão pela qual sempre se justificou, entre nós, a existência de tal instituto.

Tanto mais pertinente esta solução porque o parágrafo único do art. 1.198 do Código Civil, inovando uma vez mais em relação ao Código de 1916, presume detentor, até prova em contrário, todo aquele que começou a se

comportar da forma referida pelo *caput* do dispositivo em relação ao bem e a outras pessoas.

A segunda das hipóteses de nomeação à autoria é a do art. 63. Embora, tradicionalmente, a nomeação à autoria pressuponha demanda que tenha como objeto bem móvel ou imóvel (direito real), o dispositivo admite também a aplicação do instituto naqueles casos em que se pretende excluir do polo passivo do processo de demanda fundada em direito obrigacional aquele que praticou o ato causador do dano por ordem ou instrução de terceiros.

Também na hipótese do art. 63, a exemplo do desdobramento que ocupou os parágrafos anteriores, é importante verificar que, no plano material, tanto nomeante (réu originário) como nomeado (terceiro) têm legitimidade passiva para a causa. Aqui, também, a pertinência da nomeação pressupõe o exame cuidadoso da *causa de pedir* para verificar perante quem o autor pretende a prestação da tutela jurisdicional.

3. A NOMEAÇÃO À AUTORIA COMO DEVER DO RÉU

O processo no qual caberia a nomeação à autoria deve, se a hipótese era mesmo de nomeação, ser extinto sem resolução de mérito nos moldes do art. 267, VI, pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva do réu. Neste caso, cabe ao autor propor nova demanda, desta vez endereçada ao “réu legítimo”, providência que pode ser feita por força do que dispõe o art. 268 (v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte V) e, superiormente, pela falta de identidade entre as duas demandas, precisamente pela falta de correspondência de partes.

Para evitar a necessidade da propositura de *nova* demanda nestes casos (e, portanto, *desperdício* de atividade jurisdicional) é que a nomeação à autoria é obrigatória para o réu. Assim, da omissão do réu em nomear à autoria nos casos descritos no Código de Processo Civil (arts. 62 e 63; v. n. 2, *supra*) decorre o direito de o autor pleitear em face dele, parte ilegítima para a causa, indenização (art. 69, I).

Portanto, considerando que a nomeação à autoria é obrigatória – no que é clara a redação do art. 69, I –, quando não for requerida no prazo para resposta (art. 64) por aquele que, pelo autor, é indicado como réu, o omisso

responderá por perdas e danos, aí incluída não só a recomposição dos prejuízos de cunho processual experimentados pelo autor (verbas de sucumbência em que for condenado, incluindo os honorários advocatícios), mas também eventuais prejuízos de cunho extraprocessual, inclusive lucros cessantes.

A cominação destas consequências para aquele apontado como réu advirá não só nos casos de omissão pura e simples quanto ao *dever* de nomear à autoria (art. 69, I), mas também quando o réu nomear à autoria pessoa diversa daquela em nome da qual detinha o bem demandado ou praticou o ato questionado pelo autor, desde que se comprove, a final, que era, efetivamente, parte ilegítima (art. 69, II).

Pode ocorrer, entretanto, que o nomeado pelo réu não seja aceito pelo autor. Ao contrário do que ocorre para o nomeante, que tem o *dever* de nomear à autoria, o autor tem apenas a *faculdade* de aceitar a nomeação, que, sem a sua concordância, “ficará sem efeito” (art. 65). Diferentemente, desde que assinado prazo para que o autor promova a citação do nomeado, o que pressupõe a *aceitação* da nomeação à autoria, em sua inércia, não cabe qualquer sanção ao réu.

O nomeado (aquele a quem é dirigida a nomeação à autoria) deve, também, concordar com a qualidade que lhe é atribuída pelo nomeante. Caso contrário, ele, nomeado, não passará a figurar no polo passivo do processo (art. 66). É o que a doutrina em geral afirma tratar-se da necessária *dupla concordância* ou *dupla aceitação* – ato complexo porque dependente de convergência das vontades do autor e do nomeado – para que a nomeação à autoria se concretize. Não é suficiente o autor aceitar a nomeação e concordar com a *sucessão* das partes. Mister que também o nomeado aceite a qualidade que lhe é imputada pelo nomeante e pretenda ingressar, no polo passivo do processo, em seu lugar.

Da recusa da nomeação pelo autor nos cinco dias a que se refere o art. 64 ou da recusa do nomeado decorre a cessação da suspensão do processo, assinando-se-lhe novo prazo para contestar ou, mais amplamente, para se defender (art. 67).

Não se pode deixar de reconhecer, outrossim, a possibilidade de aquele que poderia intervir no processo na qualidade de nomeado fazê-lo na

qualidade de assistente do réu, na medida em que o autor não concorde com a extromissão do réu-nomeante.

4. O PEDIDO DE NOMEAÇÃO À AUTORIA

O réu pode valer-se do prazo de contestação para nomear à autoria, sendo desnecessário que tome ambas as iniciativas conjuntamente. Tanto assim que o art. 64 dispõe que “o juiz, ao deferir o pedido, suspenderá o processo e mandará ouvir o autor no prazo de 5 (cinco) dias” (v. n. 4 do Capítulo 4 da Parte II).

Embora a lei refira-se à “suspensão” do processo, é correto o entendimento da doutrina no sentido de que, no que diz respeito à fluência do prazo para contestação, a hipótese é de verdadeira *interrupção*. Isto porque, de acordo com o art. 67, mesmo não aceita a nomeação pelo autor *ou* pelo nomeado, “assinar-se-á ao nomeante *novo prazo* para contestar”.

Desta forma, não é correto – ou, quando menos, *necessário* – que o réu nomeie à autoria *e* conteste, ou, de forma mais ampla, apresente sua defesa concomitantemente.

Se a hipótese comportar a nomeação à autoria, é suficiente que o réu indique, por petição, quem é o nomeado e decline as razões pelas quais se impõe sua *extromissão* do polo passivo do processo, isto é, que comprove a ocorrência de uma das hipóteses dos arts. 62 ou 63.

É correto o entendimento de que, mesmo nos casos em que a nomeação é feita com ânimo procrastinatório (em virtude da suspensão do processo determinada pelo art. 64), não há como deixar de assinar para o nomeante *novo* – e integral – prazo para *defesa*, independentemente de, se for o caso, sancioná-lo pela litigância de má-fé (art. 17, VI).

Nesta última hipótese, aliás, é pertinente cogitar-se de pedido de antecipação da tutela pelo autor com esteio no art. 273, II, desde que, evidentemente, consiga comprovar os pressupostos do *caput* do dispositivo, tema para o qual se volta o n. 2.5 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 4.

5. A RECUSA DO NOMEADO

O art. 67 prescreve que “quando o autor recusar o nomeado, ou quando este negar a qualidade que lhe é atribuída, assinar-se-á ao nomeante novo

prazo para contestar”.

Assim, mesmo que aceita a nomeação à autoria e citado o nomeado, ele poderá negar ser parte legítima para a causa no prazo que se abrir para sua manifestação, o que deverá fazer expressamente, já que, nos termos do art. 68, II, presume-se aceita a nomeação quando “o nomeado não comparecer, ou, comparecendo, nada alegar”. Trata-se, como visto no n. 1, *supra*, da regra da *dupla concordância ou dupla aceitação*, que caracteriza o instituto da nomeação à autoria.

Por isso mesmo é que o art. 67 regula quais as consequências que devem advir da hipótese descrita acima, isto é, de o nomeado comparecer em juízo apenas para negar esta qualidade. Será, de acordo com este dispositivo da lei processual civil, aberto novo prazo para que o nomeante apresente sua defesa, porque, no prazo que se abriu com sua citação, ele se limitou a declinar sua ilegitimidade passiva *ad causam*, nomeando o “verdadeiro” réu à autoria, considerando que este seu comportamento é *imposto* pela lei processual (arts. 64 e 66).

Um desdobramento que deriva das conclusões anteriores diz respeito à possibilidade de formação da coisa julgada para o nomeado que recusa tal qualidade, embora, a final, o nomeante venha a ser reconhecido como parte ilegítima para a causa.

Não há, no direito brasileiro, regra que admita a hipótese, até porque não há, entre nós, como sustentar que haja entre o réu (nomeante) e o terceiro (nomeado) qualquer espécie de legitimação extraordinária, à falta de lei expressa (art. 6^o). Assim, o nomeado *não* pode ser afetado pela coisa julgada mesmo que, por hipótese, o processo não seja extinto sem resolução de mérito pelo reconhecimento da ilegitimidade do réu nomeante (art. 267, VI).

Outra questão interessante sobre o assunto diz respeito à existência ou não de alguma consequência processual para a recusa injustificada do nomeado. Recusa injustificada porque sua omissão será entendida como aceitação tácita da nomeação, consumada a *sucessão* das partes (art. 68, II). O melhor entendimento é o de que ele deve ser sancionado na hipótese de não apresentar uma recusa no mínimo plausível.

O *caput* do art. 14 confirma esta orientação ao estabelecer que as partes e todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo têm o *dever* de

expor os fatos em juízo conforme a verdade (inciso I), proceder com lealdade e boa-fé (inciso II), não produzir provas, nem alegar defesa, sem fundamento (inciso III) e, o que mais interessa para a exposição, não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (inciso IV).

Nestas condições, não há como negar que o nomeado, recusando-se, pura e simplesmente, a participar do contraditório, vale dizer, recusando-se a aceitar a situação legitimante que lhe outorga o nomeante e reconhece o autor (que é ouvido previamente, consoante exige o art. 64), deverá ser sancionado nas penas do art. 18, que deve ser aplicado à espécie, mormente diante do art. 14.

6. A ACEITAÇÃO DO NOMEADO PELO AUTOR

Se o réu nomear à autoria no prazo para defesa e desde que ela seja aceita pelo autor, expressa ou tacitamente (art. 68, I), será determinada a citação do nomeado, a cargo do autor (art. 65), para os fins do art. 66.

O nomeado passa a ser *réu* do processo, *sucedendo* ao nomeante. À falta de previsão legal específica, o prazo (integral) para apresentação de sua *defesa* deve começar a fluir a partir de sua admissão no processo, aplicando-se, analogicamente, à hipótese, o art. 67.

Não há por que descartar que, uma vez obedecidos os requisitos do art. 51 e demonstrado interesse jurídico na solução da demanda, o nomeante possa “(re)intervir” no processo na qualidade de *assistente* do nomeado. A assistência será simples ou litisconsorcial consoante os vínculos de direito material existentes entre nomeante e nomeado e entre nomeante e o autor, respectivamente (v. n. 2 do Capítulo 3).

CAPÍTULO 6

Denúnciação da lide

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A denúnciação da lide é a forma pela qual o autor e/ou o réu podem trazer terceiro ao processo para, desde logo, exercer eventuais direitos de regresso que lhe são assegurados pelo plano material em seu benefício.

A doutrina é absolutamente unânime ao entender a denúnciação da lide, a exemplo do que se dá com a oposição (v. n. 1 do Capítulo 4), como verdadeira *ação* de cunho “condenatório” (v. n. 8.5.3 do Capítulo 1 e n. 2 do Capítulo 2, ambos da Parte II do vol. 1) a ser exercida no *mesmo processo*.

Pelas razões expostas no n. 4 do Capítulo 3 da Parte II, com relação à reconvenção, é importante entender esta observação com a ressalva de que melhor do que a compreensão de se tratar de uma “nova” ação, a denúnciação da lide é, muito mais, um caso de cumulação de *pedidos* de tutela jurisdicional, feito pelo autor em sua petição inicial e/ou pelo réu em sua contestação, em face de um terceiro com vistas ao exercício *eventual* de um direito de regresso tal qual se afirma existente no plano material. Típico caso, portanto, de cumulação *eventual* de pedidos (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II).

Não fosse pela denúnciação da lide e o autor e/ou o réu precisariam provocar novamente o Estado-juiz com vistas à prestação de tutela jurisdicional em seu favor, exercendo, neste caso, uma *nova* ação, dando ensejo a um *novo* processo. O instituto, destarte, é técnica de otimizar a prestação jurisdicional (v. n. 2.5 do Capítulo 1), viabilizando que, pela iniciativa das partes, seja formulado mais de um pedido em um *mesmo* processo para o proferimento de uma só sentença que os aprecie conjuntamente (art. 76; v. n. 7, *infra*). Tanto assim que a competência para seu julgamento é, por definição, do mesmo juízo (art. 109). A denúnciação da lide representa, assim, uma forma de o autor e/ou o réu ampliar legitimamente os elementos de uma mesma ação.

A denunciação da lide é *pedido* de tutela jurisdicional formulado em caráter *eventual* pelo autor e/ou pelo réu em face de *terceiro*, que, por disposição de lei ou de contrato, tem a responsabilidade de lhe assegurar determinado proveito econômico em virtude do acolhimento ou da rejeição do pedido que formula ou que contra si é formulado. Trata-se de modalidade de intervenção em que há cúmulo objetivo (“intervenção por *pedido*”; v. n. 2.3 do Capítulo 1) e subjetivo. Por iniciativa do autor e/ou do réu, a denunciação da lide rende ensejo à formação de um verdadeiro litisconsórcio *eventual* nos termos discutidos pelo n. 2.3 do Capítulo 2. O instituto, diferentemente da nomeação à autoria, não se volta – e não pode se voltar – à *exclusão* do denunciante do processo ou à correção do polo passivo, prosseguindo-se, o processo, apenas contra os denunciados. Caso isso ocorra, a hipótese é de *extinção* do processo *sem* resolução de mérito, como já teve oportunidade de decidir a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na ACi/Ree Nec. n. 1.0607.97.002051-9/001-Santos Dumont/MG, rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j.un. 3.6.2008, em *Boletim AASP* 2678, 3 a 9 de maio de 2010.

Um exemplo tem o condão de ilustrar suficientemente a hipótese: TAAW demanda HVMS para responsabilizá-lo pelos danos derivados de acidente de veículos. Ao contestar, HVMS vale-se da denunciação da lide para provocar o ingresso de sua seguradora, MCD, no processo (art. 70, III). Na *eventualidade* de o pedido de TAAW vir a ser acolhido, HVMS pode recobrar o que vier a pagar a ela de MCD, valendo-se do *mesmo* processo, na medida em que a sentença acolha também a denunciação da lide, isto é, reconheça *também* que MCD deve indenizar o seu segurado, HVMS, pelos danos que sofreu.

Há, pois, em um mesmo processo, dois pedidos diversos de tutela jurisdicional, o “pedido *principal*”, que é o formulado pelo autor em face do réu, e outro, representado pela denunciação da lide, um verdadeiro “pedido *regressivo*”, “pedido secundário” ou, para empregar a nomenclatura sugerida pelo n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II, “pedido *eventual* ou *subsidiário*”, formulado pelo denunciante (autor *ou* réu) em face de um terceiro (o denunciado), aquele que, por força do direito material, está obrigado a garantir uma posição jurídica sua. Sem que haja possibilidade de exercício desse direito de regresso no mesmo processo, é incabível a denunciação da

lide, razão pela qual ela é descabida nas “cautelares de produção antecipada de prova” (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte III do vol. 4). Nesse sentido: STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 934.582/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 27.3.2012, DJe 10.4.2012 e STJ, 3ª Turma, REsp 213.556/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 20.8.2001, DJ 17.9.2001, p. 161.

2. OBRIGATORIEDADE DA DENUNCIÇÃO DA LIDE

O *caput* do art. 70 faz referência à *obrigatoriedade* da denúncia da lide. Trata-se, certamente, de uma das mais clássicas questões de direito processual civil.

Em que pese a literalidade do texto, a maior parte da doutrina entende que a denúncia só é obrigatória quando a hipótese for de *evicção* ou, de forma mais ampla, de *garantia própria*, derivada da transmissão de direitos, diante do comando do art. 456 do Código Civil, que estabelece a pena de perdimento de eventual direito de regresso caso não haja a “notificação” do alienante do litígio quando e como determinarem as leis de processo. Sem que haja qualquer consequência no plano material e no processual, não há como se entender exista, em direito, uma *obrigação* ou, mais amplamente, um *dever*. Portanto, só nestes casos, em face do que dispõe a lei material, é que a denúncia da lide é obrigatória.

Mesmo neles, contudo, doutrina e jurisprudência divergem quanto às consequências da *não* denúncia.

De um lado, há aqueles que sustentam que a não denúncia acarretará a perda do direito material decorrente da evicção e da indenização prevista pela lei civil (art. 450 do Código Civil), que só poderia ser exercido por intermédio desta modalidade de intervenção de terceiros; de outro, há aqueles que defendem que, mesmo sem a denúncia, é viável demandar o terceiro para cobrar o *preço* da coisa alienada nos termos do art. 449 do Código Civil, sob pena de locupletamento ilícito do alienante. É esta a melhor interpretação. Posto haver, no art. 456 do Código Civil, consequência para a não denúncia da lide nos casos de evicção, o não exercício daquele direito não pode significar a violação de um princípio jurídico, o que veda o locupletamento ilícito. Assim, cabe, a despeito da

falta de denunciação da lide, àquele que tem o direito de regresso recobrar o *preço* da coisa evicta em outro processo.

O Código Civil de 2002 trouxe novas luzes sobre a questão. De acordo com o § 3º do seu art. 787, relativo aos contratos de seguro de dano, “intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador”, e o art. 771, *caput*, que trata das “disposições gerais” do contrato de seguro, disciplina que perderá o direito à indenização o segurado que deixar de “participar” o sinistro ao segurador logo que o saiba. Há, portanto, à luz das *novas* regras materiais, espaço para se discutir, também nesta hipótese, quanto a ser “obrigatória” a denunciação da lide.

Não cabe a este *Curso*, de direito processual civil, opinar sobre a melhor interpretação da lei *civil*. O que, para cá, importa colocar em relevo é que mesmo para aqueles que não virem, nestes dois dispositivos da lei civil, a *obrigatoriedade* da denunciação da lide, não há como negar, com os olhos voltados ao direito processual civil que, justamente porque o pedido de tutela jurisdicional foi formulado diretamente contra o segurado (o causador do dano), para que ele possa de plano exercer o direito de regresso que decorre de seu contrato de seguro, é, quando menos, de todo conveniente que ele denuncie a lide para a seguradora e, assim sendo, o § 3º do art. 787 deve ser interpretado em conjunto com o inciso III do art. 70 (v. n. 3, *infra*).

3. HIPÓTESES DE CABIMENTO

De acordo com o inciso I do art. 70, cabe denunciação da lide “ao alienante, na ação em que o terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta”.

O verbo “reivindica” deve ser interpretado amplamente para albergar situações em que há transferência de *propriedade* e também de mera *posse*. O que releva viabilizar no plano do processo é que os efeitos materiais decorrentes de qualquer alienação de domínio possam ser sentidos.

O termo *terceiro* de que se valeu o legislador no mesmo dispositivo, por sua vez, não foi corretamente empregado. Isto porque, da forma como redigido o dispositivo, tem-se a impressão de que este *terceiro* é alguém estranho ao litígio – que não formula pedido ou em face de quem pedido algum é formulado –, quando, na verdade, este *terceiro* é justamente o autor

da “ação reivindicatória”. Como *autor*, sua qualificação como *terceiro* está errada, ele é *parte*. Só se pode designá-lo “terceiro” em relação à denúncia promovida pelo denunciante (réu, no plano processual; adquirente do bem reivindicado, no plano material) em face do denunciado (terceiro interveniente, no plano processual; alienante do bem, no plano material).

A denúncia da lide ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, for o réu demandado em nome próprio na qualidade de exercente da posse direta – hipótese em que, de acordo com a maior parte da doutrina, não existe obrigatoriedade na denúncia, salvo se a hipótese concreta envolver, de alguma forma, evicção (v. n. 2, *supra*) – está prevista genericamente no inciso II do art. 70.

O Código Civil, em seu art. 566, II, prescreve ser dever do locador garantir, durante a locação, o uso pacífico da coisa alugada, enquanto o art. 568 dispõe ser dever do locador resguardar o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, sendo, por seu turno, dever do locatário levar ao conhecimento do locador eventuais turbações em sua posse, segundo o art. 569, III.

Se, por hipótese, o locatário é demandado para discutir a sua posse direta, isto é, a forma do uso do bem dado em locação, é, em tese, cabível a denúncia da lide. Desde que configurada turbação na posse do locatário (possuidor direto do bem), ele poderá denunciar a lide ao locador com fundamento no art. 70, II, para discutir-se eventual direito de regresso daquele em face deste pelo uso do bem dado em locação.

A pertinência da denúncia, no entanto, depende de que o possuidor indireto (locador-denunciado) tenha ajustado com o locatário (denunciante) o uso do bem na forma que, a final, foi tida como nociva na demanda proposta contra este. Somente nestas condições o precitado art. 566, II, do Código Civil, tem aplicação, tornando exigível do locador, ao menos em tese, o comportamento que funda a denúncia. E assim seria, não fosse a específica previsão do inciso II do art. 70, pela genérica do inciso III do mesmo dispositivo: por lei (e por cláusula contratual expressa, consoante o caso), obriga-se o locador a conservar o uso do bem dado em locação.

A denúncia da lide não tem cabimento na hipótese oposta, vale dizer, quando o locatário tenha desviado por ato próprio o uso da propriedade, o

que afasta a incidência dos precitados artigos da lei civil e, conseqüentemente, eventual posição de garante do locador (denunciado).

O inciso III do art. 70 disciplina a mais comum das hipóteses de denúncia da lide. Cabe a denúncia “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”. Justifica-se a denúncia toda vez que houver alguma relação jurídica (estabelecida convencionalmente ou imposta pela lei) que *garante* um determinado proveito econômico a alguém, mesmo diante da ocorrência de dano. O exemplo mais mencionado pela doutrina e mais facilmente encontrado na jurisprudência dos Tribunais é o do contrato de seguro.

Não obstante a clareza do texto do dispositivo, ele rende ensejo a diversas dificuldades.

A principal delas que ocorre com frequência dá-se quando a denúncia da lide é *qualitativamente* diversa do “pedido *principal*”, exigindo instrução diferenciada e mais complexa. É o que se verifica, por exemplo, quando a denúncia basear-se em fundamento fático e jurídico diverso que renda ensejo a instrução diversa daquela que se justifica para apreciação do “pedido *principal*” (pedido fundado em responsabilidade *objetiva* e denúncia fundada em responsabilidade *subjetiva*); quando o direito de regresso não decorrer *imediatamente* de texto expresso de lei ou de previsão contratual expressa, “não se fundando”, por exemplo, “em garantia própria, decorrente da lei ou do contrato, mas de simples direito de regresso, a surgir de eventual sentença condenatória do réu” (TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, AI 994.09.236178-8-São Caetano do Sul/SP; rel. Des. Décio Notarangeli, j.un. 27.1.2010, em *Boletim AASP* 2694, p. 1887); ou, ainda, quando, mercê do segmento recursal derivado do indeferimento liminar da denúncia da lide (o recurso de agravo de instrumento, como regra, não tem efeito suspensivo), consumir-se a fase de instrução do processo, tornando tardia a denúncia.

Toda vez que não houver compatibilidade entre o objeto de *conhecimento* do juiz de um e de outro pedido ou, quando menos, nos casos em que não for possível compatibilizar a instrução processual de cada um deles, porque cada um dos pedidos de tutela jurisdicional reclama o conhecimento de fatos diversos e não necessariamente conciliáveis, a denúncia deve ser

indeferida, inclusive liminarmente, por conspirar contra a sua própria razão de ser. A admissão da intervenção de quaisquer terceiros, inclusive por intermédio da denunciação da lide, tem que ter aptidão de realizar concretamente o princípio da economia e da eficiência processuais (v. n. 2.5 do Capítulo 1). Nesse sentido é a jurisprudência assente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: 4ª Turma, REsp 916.107/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 15.3.2012, DJe 19.4.2012; 4ª Turma, REsp 1.024.791/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 5.2.2009, DJe 9.3.2009; 4ª Turma, AgRg no Ag 719.875/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 1º.4.2008, DJe 14.4.2008; 4ª Turma, REsp 934.394/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 26.2.2008, DJe 10.3.2008; 4ª Turma, AgRg no Ag 729.349/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 25.9.2007, DJ 15.10.2007, p. 279, e, quanto à hipótese de denunciação da lide pelo Estado a funcionário público em demandas fundadas na responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, inadmitindo-a: STJ, 1ª Turma, REsp 903.949/PI, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 15.5.2007, DJ 4.6.2007, p. 322; STJ, 1ª Turma, REsp 764.010/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 24.10.2006, DJ 13.11.2006, p. 232; STJ, 1ª Turma, REsp 440.720/SC, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 17.10.2006, DJ 7.11.2006, p. 230, e STJ, 1ª Seção, EREsp 313.886/RN, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 26.2.2004, DJ 22.3.2004, p. 188.

A não observância do referido princípio é também a preocupação principal das Súmulas 29 e 67 do TJSP que têm, respectivamente, os seguintes enunciados: “Inadmissível denunciação da lide ou chamamento ao processo na ação que visa ao fornecimento de medicamentos ou insumos” e “Não se admite denunciação da lide em relação à União tratando-se de ações relacionadas ao fornecimento de medicamentos e insumos de competência da Justiça da Infância e da Juventude”. A diretriz da Súmula 67 do TJSP encontra eco seguro também na jurisprudência do STJ e do STF como faz prova suficiente o quanto julgado pela 2ª Turma do STJ no REsp 1.009.947/SC, rel. Min. Castro Meira, j.un. 7.2.2012, DJe 19.4.2012.

4. PROCEDIMENTO

Os arts. 71 e 72 disciplinam o procedimento e os prazos da denunciação da lide, que devem ser observados, sob pena de ela ser rejeitada e,

consoante a hipótese, acarretar, até mesmo, a perda do direito de regresso (v. n. 2, *supra*).

No que diz respeito ao cumprimento dos prazos para *citação* do denunciado estabelecidos pelas alíneas do § 1º do art. 72, prevalece, aqui, a mesma orientação do art. 219, § 2º (v. n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte II): se o denunciante tomar as providências que lhe cabiam tempestivamente, não poderá ele ser prejudicado por eventual demora ou defeito no aparato jurisdicional. Se, todavia, os prazos não forem observados por ato a ele imputável, fica prejudicada a denunciação da lide, com todas as consequências daí decorrentes, no que é claro o § 2º do art. 72.

A denunciação da lide pelo autor é feita pelo autor na própria petição inicial (art. 71). Não há nenhum dispositivo que imponha que a denunciação da lide seja corporificada em arrazoado apartado da petição inicial, fazendo incidir, por isso mesmo, o “princípio da liberdade das formas” do art. 154, *caput* (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). A ausência de uma *forma* exigida pela lei, contudo, não significa que a denunciação não deva conter o mínimo indispensável a qualquer petição inicial, assim, a causa de pedir, o pedido e o valor da causa (art. 282, III, IV e V; v. ns. 6, 7 e 8 do Capítulo 1 da Parte II). Não é suficiente que o autor, em sua petição inicial, apenas requeira a denunciação “no caso de o pedido vir a ser julgado improcedente”. Ele precisa formular pedido certo e determinado e indicar, precisamente, a causa de pedir da denunciação para, com isto, viabilizar a possibilidade de o denunciado, verdadeiro *réu* na denunciação, exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Exemplo usualmente referido pela doutrina para ilustrar a denunciação da lide a cargo do autor é o da demanda em que ele pretende discutir a propriedade de bem adquirido de terceiro em face de alguém que o reivindica para si. Com a improcedência do pedido, desde que acolhida a denunciação, viável ao autor (denunciante) exercer, desde logo, eventual direito de regresso em face do terceiro (alienante/denunciado).

Ao contrário do que ocorre para a denunciação pelo autor – que deverá ser requerida *na inicial* (art. 71) –, não há qualquer norma no Código de Processo Civil que imponha ao réu denunciar a lide ao mesmo tempo que é apresentada a *contestação* ou na própria contestação. O art. 71 limita-se a impor que aquele pedido seja formulado “no prazo para contestar”.

É certo que a determinação de citação do denunciado *suspende* o processo, como estabelece o art. 72 (art. 265, VI). O que não é claro, no entanto, é saber se é possível ao réu valer-se do “prazo para contestar” somente para denunciar a lide e, depois de efetivada a citação do denunciado e finda a suspensão do processo (art. 72), apresentar as demais respostas que entender pertinentes.

Desde que a denunciação tenha sido requerida pelo réu e deferida a citação do denunciado *antes* do término do prazo para resposta (art. 72, *caput*), o processo ficará suspenso e, nestas condições, não há como recusar ao réu apresentar suas respostas oportunamente, já finda a suspensão, a exemplo do que o n. 3 do Capítulo 3 da Parte II expôs relativamente às exceções.

A hipótese, contudo, diferentemente do que ocorre para a nomeação à autoria (v. n. 4 do Capítulo 5), não é de *interrupção* do prazo mas de *suspensão do processo*, que decorre da efetiva determinação de citação do denunciado (art. 72). Se a citação não for determinada, porque, por exemplo, o magistrado entender descabida a denunciação da lide, não haverá suspensão do processo e, portanto, o réu (denunciante) ver-se-á diante de inegável preclusão *temporal* (v. n. 4.5 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Também aqui não há qualquer vício se a denunciação da lide for formulada, pelo réu, na própria contestação e não em peça apartada. A lei processual civil não impõe, ao contrário do que faz com relação às exceções e à reconvenção (art. 297) e com a impugnação ao valor da causa (art. 261), a *necessidade* de que a denunciação da lide seja apresentada em “petição avulsa”. E mesmo que houvesse *forma* imposta pela lei para a prática de um dado ato processual, aqui a denunciação da lide, é de rigor a observância dos princípios regentes das nulidades no direito processual civil, assunto ao qual se volta o n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1.

De qualquer sorte, é fundamental que o réu destaque de forma bem clara, em sua contestação, a parte em que requer a denunciação da lide, quando deverá fazer alusão necessária à sua respectiva causa de pedir, justificando a razão pela qual pede a prestação de tutela jurisdicional em face de terceiro no mesmo processo em que é demandado pelo autor, identificando no que consiste o seu pedido. Não há, de resto, qualquer empecilho para que o réu argua, na contestação, sua ilegitimidade passiva e, concomitantemente,

requeira a denunciação da lide que pressupõe que ele, o réu-denunciante, seja parte legítima. Trata-se de um entre outros tantos desdobramentos do “princípio da concentração da defesa”, que deve governar as respostas do réu (v. n. 2.1 do Capítulo 3 da Parte II), máxime quando são diversas as finalidades da contestação e da denunciação da lide.

A conveniência de a denunciação da lide ser apresentada em “petição avulsa” é maior naqueles casos em que o réu pretende denunciar antes de contestar, hipótese que deverá observar as considerações dos parágrafos anteriores.

A 3ª Turma do STJ (REsp 1.099.439/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j.un. 19.3.2009, DJe 4.8.2009) já teve oportunidade de decidir que, se o réu contestar *antes* do encerramento do prazo reservado para tanto, só poderá denunciar a lide no prazo faltante se o magistrado não tiver determinado, ainda, a oitiva do autor sobre a defesa apresentada. Trata-se de interpretação que busca conciliar o “princípio da economia e da eficiência processuais” com o tema da “preclusão *consumativa*” e que, por isso, merece ser prestigiada.

5. A DENUNCIÇÃO SUCESSIVA DA LIDE

O art. 73 determina que, “para os fins do disposto no art. 70, o denunciado, por sua vez, *intimará* do litígio o alienante, o proprietário, o possuidor indireto ou o responsável pela indenização e, assim, sucessivamente, observando-se, quanto aos prazos, o disposto no artigo antecedente”.

Do mesmo modo que se põe para o autor ou para o réu, existe a possibilidade (e, em certos casos, a *obrigatoriedade*) de o denunciado denunciar a lide a alguém que tem, no plano material, obrigação de indenizar *seus* próprios prejuízos derivados do acolhimento do pedido em face dele formulado pelo denunciante. Da mesma forma, como permite o art. 73 em exame, pode acontecer com os futuros denunciados, e assim sucessivamente.

Justamente em face da existência destas possíveis relações de direito material, prevalece o entendimento de ser plenamente admissível a chamada denunciação da lide *sucessiva*, é dizer, cabe ao denunciado denunciar a lide para garante seu, assumindo, no particular, a posição de denunciante; o seu denunciado, consoante o caso, poderá valer-se da denunciação para trazer ao

processo o seu próprio garante, e assim por diante. Não é óbice a este entendimento a circunstância de o art. 73 ter se valido do verbo “intimará” (dar ciência) e não “citará” (ingressar no processo). A melhor interpretação é aquela que se afina à finalidade do instituto aqui discutido, favorável às denúncias sucessivas.

Com efeito, a solução aqui propugnada encontra fundamento no princípio da economia e da eficiência processuais, buscando solucionar, ao mesmo tempo e com a maior concentração possível de atos processuais e esforços instrutórios, os diversos pedidos que envolvam uma mesma situação fática e os que lhe são conexos (v. n. 2.5 do Capítulo 1).

E se assim é, a proibição de *novas* denúncias deve encontrar limite na própria razão de ser da autorização do art. 73. Toda vez que *novas* denúncias tiverem aptidão para dificultar a uniformidade da instrução e a tramitação do processo, tornando indefinida, incerta ou distante no tempo a solução final do “pedido principal”, elas devem ser vedadas, reservada, sempre – e em qualquer caso – a viabilidade de novas demandas regressivas por aqueles que assumiriam a condição de denunciante mas não podem fazê-lo.

Há, com relação ao tema, uma outra ordem de considerações que merece exame. O *caput* do art. 456 do Código Civil, inovando, no particular, com relação ao antigo art. 1.116 do Código Civil de 1916, autoriza expressamente que a denúncia da lide se faça ao “alienante *imediato*, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo”.

A melhor interpretação para o dispositivo é a de entender que, por força da lei material, a denúncia da lide pode se dar não só ao alienante “imediato”, isto é, àquele de quem o denunciante adquiriu o bem ou direito questionado em juízo, mas a qualquer outro dos anteriores que pertençam à cadeia dominial, independentemente da ordem das alienações no plano do direito material.

O art. 456 do Código Civil amplia, por isso mesmo, o campo de incidência do art. 73: é permitida a denúncia da lide *sucessiva*, com observância da ordem da cadeia dominial, ou, consoante o caso, a denúncia pode se dar diretamente a um específico componente da cadeia dominial, um específico “alienante” que, na avaliação do denunciante, é o

que tem melhores condições de responder pelos atos questionados. É correto sustentar, pois, o cabimento da denunciação da lide *per saltum*: a lei material admite a possibilidade de o adquirente (denunciante) demandar diretamente pessoas com quem não teve ou não tem qualquer relação jurídica mas que sejam, de uma forma ou de outra, “responsáveis pela indenização” (ou, mais rigorosamente, pela evicção), nos termos do art. 73. Rigorosamente falando, a hipótese, embora restrita aos casos de evicção, afina-se à ideia de legitimação extraordinária. Em juízo estará alguém (o adquirente) que litigará, em nome próprio, por direito alheio (de um outro adquirente ou, mais amplamente, dos diversos componentes, senão de todos, da cadeia dominial).

6. O COMPORTAMENTO PROCESSUAL DO DENUNCIADO

Interessante questão, de inegáveis contornos práticos, é saber qual a posição que o denunciado assume em relação ao denunciante no processo em que intervém. A doutrina diverge quanto ao tema, não havendo uniformidade quanto à interpretação dos arts. 74 e 75, I, que a ele se referem como *litisconsorte* do denunciante.

A melhor interpretação é a de entender, não obstante a letra da lei, que o denunciado seja *assistente simples* do denunciante, aplicando a ele o regime jurídico daquela modalidade interventiva e não do litisconsórcio. Até porque, mesmo sem a denunciação da lide, é possível que o terceiro (aquele que poderia ter sido denunciado mas não o foi) intervenha no processo, quando assumir, também, a posição de *assistente simples*. Seu interesse jurídico (v. n. 2.4 do Capítulo 1) repousa na perspectiva de se ver demandado por aquele que restar vencido no processo e que poderia ter denunciado a lide mas não o fez. Sem tomar partido expresso sobre se a hipótese é de *assistência* ou de *litisconsorte*, reconhecendo, contudo, ser esta a perspectiva de atuação do denunciado no processo em que intervém, v.: STJ, 3ª Turma, REsp 900.762/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 12.2.2008, DJe 25.4.2008.

O art. 75 disciplina os comportamentos a serem adotados pelo denunciado em relação ao processo em que intervém. Embora ele se refira

apenas à hipótese de o denunciante ser o *réu*, a disciplina rege *também* os casos de a denunciação ter sido formulada pelo *autor*.

O denunciado, uma vez citado, pode agir ao lado do denunciante visando ao proferimento de uma decisão que seja favorável *diretamente* a ele e *indiretamente* favorável a si (art. 75, I); o denunciado pode limitar-se a negar a qualidade que lhe é atribuída, questionando, inclusive, o cabimento da denunciação da lide (art. 75, II) ou, ainda, confessar os fatos alegados pelo adversário do denunciante (art. 75, III, dispositivo que deve ser compreendido amplamente como a hipótese inversa daquela tratada pelo inciso I). O art. 75, contudo, não esgota as possibilidades de atuação do denunciado. Ele, como *réu* que é, na denunciação da lide tem o ônus de se defender do pedido de tutela jurisdicional formulado pelo denunciante em seu desfavor, aplicando-se as mesmas considerações apresentadas pelos Capítulos 3 e 4 da Parte II.

Também o parágrafo único do art. 456 do Código Civil deve ser lido em conjunto com o art. 75. Embora a redação do dispositivo seja pouco clara, é possível interpretá-lo no sentido de que a hipótese lá prevista faz as vezes de um desdobramento do inciso III do art. 75. Assim, se o denunciado (a lei civil refere-se a “alienante”) omitir-se de atuar processualmente e desde que seja manifesta a evicção, pode o denunciante (o dispositivo refere-se a “adquirente”) “deixar de oferecer contestação ou usar de recursos”, é dizer, pode ele limitar-se a concordar com a decisão que reconheça as responsabilidades de cada qual e, com isto, viabilizar o cumprimento da sentença *diretamente* em face daquele que deu ensejo à evicção.

O que é importante destacar é que, em quaisquer dos casos do art. 75 e naquele regido pelo parágrafo único do art. 456 do Código Civil, o comportamento do denunciado será levado em conta pelo magistrado para formar a sua convicção e, ressalvada a hipótese de a denunciação da lide ser rejeitada liminarmente, a sentença a ser proferida julgará conjuntamente as duas demandas, a “principal” e a “secundária”, nos termos do art. 76, objeto de análise no número seguinte.

7. JULGAMENTO

De acordo com o art. 76, a sentença que acolher ou rejeitar o “pedido principal” apreciará *também* a denunciação da lide, é dizer, o “pedido

eventual”, acolhendo-a ou rejeitando-a para *reconhecer* o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo ela como título executivo em favor do denunciante em face do denunciado.

É importante destacar que, pela sua própria característica, a denunciação da lide só será julgada se o pedido formulado pelo denunciante (quando autor) ou em face dele (quando réu) lhe for desfavorável. É esta, com efeito, a característica mais marcante desta modalidade de intervenção de terceiros: a denunciação da lide é *eventual* em relação ao “pedido principal”. Ela é concebida para a hipótese de, fixada a responsabilidade do denunciante (negada a tutela jurisdicional a ele, portanto), poder ele exercer, desde logo, direito seu de garantia em face de um terceiro, o denunciado. Não obstante o emprego do verbo “declarar” no art. 76 a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que a hipótese refere-se inequivocamente a um caso de tutela jurisdicional *executiva* nos moldes dos ns. 8.5.3 e, em especial, 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1. É esta, vale a ênfase, a razão de ser da denunciação da lide no Código de Processo Civil de 1973.

Em todos os casos em que a tutela jurisdicional for prestada em seu favor, a denunciação da lide fica *prejudicada* e, como tal, ela deve ser rejeitada com fundamento no art. 267, VI, por falta de interesse (atual) de agir, que não se concretizou pela concessão de tutela jurisdicional em seu favor. É o que se dá também nos casos em que o “pedido principal” não puder ser analisado em face da ocorrência de alguma das hipóteses do art. 267. Como, nestes casos, não se presta tutela jurisdicional a ninguém, *prejudica-se*, por identidade de fundamentos, o exame da denunciação da lide.

O julgamento “conjunto” da denunciação da lide, contudo, não significa dizer que o “cumprimento de sentença” possa se dar indistintamente entre os diversos sujeitos do processo. É importante entender que, embora *formalmente una*, a sentença contém *capítulos diversos* para o “pedido principal” e para o “pedido eventual”, isto é, a denunciação da lide (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte V). Cada capítulo representa, quando analisado em seu conteúdo, um diverso título executivo judicial (art. 475-N, I). Não é correto, por isso mesmo, entender que possa aquele que teve seu pedido de tutela jurisdicional acolhido em face de o réu-denunciante cumprir a sentença *diretamente* no patrimônio do denunciado, ou que o réu, diante da

rejeição do pedido do autor-denunciante, busque satisfação de eventuais verbas no patrimônio do denunciado.

Inexiste, apriorística e generalizadamente, qualquer relação jurídica de direito material entre o denunciado e a parte contrária ao denunciante que possa dar fundamento a este entendimento. O art. 76 não autoriza uma tal interpretação.

Não obstante, é bastante difundido, inclusive na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento segundo o qual, com a denunciação da lide, o denunciado responderá “diretamente” ao adversário do denunciante, mormente em casos em que ele apresentar dificuldades de cumprir o julgado proferido em seu desfavor. Tanto assim, lê-se em diversas decisões, que os arts. 74 e 75, I, referem-se ao denunciado como verdadeiro *litisconsorte* do denunciante. A sentença do art. 76, nessas condições, estaria a formar um só título executivo contra ambos, denunciante e denunciado, viabilizando, com isso, a “execução direta”. É o caso, apenas para fins ilustrativos, de mencionar os seguintes julgados nesse sentido: STJ, 2ª Seção, REsp 925.130/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 8.2.2012, DJe 20.4.2012 (Recurso Especial Repetitivo); STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 792.753/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 1º.6.2010, DJe 29.6.2010; STJ, 3ª Turma, REsp 713.115/MG, rel. Min. Castro Filho, j.un. 21.11.2006, DJ 4.12.2006, p. 300; STJ, 4ª Turma, REsp 699.680/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 29.6.2006, DJ 27.11.2006, p. 288; STJ, 2ª Turma, REsp 211.119/ES, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 17.5.2005, DJ 20.6.2005, p. 171; e STJ, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp n. 275.453/RS, j. un. 22.2.2005, DJ 11.4.2005, p. 288. Mais recentemente, a 2ª Seção do STJ, em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 710.463/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 9.4.2013, DJe 18.4.2013), decidiu a respeito que: “Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice”.

Pelas razões expostas de início, este *Curso* não adere, com as vênias de estilo, ao entendimento. É importante levar em conta as características de direito material e do próprio sistema processual civil que, pelas razões expostas pelo n. 6, *supra*, não autorizam a compreensão de que exista

litisconsórcio entre denunciante e denunciado. Tampouco o art. 76 regula a hipótese, limitando-se a prever que uma só sentença aprecie o “pedido principal” e a denunciação da lide. A admissão de uma “execução” direta pressupõe o acolhimento de um *pedido* de tutela jurisdicional executiva formulado em face de mais de uma pessoa *concomitantemente* e não *sucessiva* ou *eventualmente*, o que leva à constituição de um só título executivo *judicial* (art. 475-N, I) a viabilizar a prática daqueles atos executivos.

É o que se dá em outras situações bem diversas, assim, por exemplo, quando se admite, à luz dos arts. 787 e 788 do Código Civil, que aquele que sofre danos em acidente de veículos demande *diretamente* a seguradora e não o segurado, causador do dano. O que ocorre, nestes casos, contudo, é que o acolhimento do pedido constituirá título executivo em detrimento da seguradora e, por isso, é impensável que o cumprimento da sentença se desse sobre o patrimônio de outrem, que não a própria seguradora, inclusive sobre o patrimônio do segurado que, nesta situação, é *terceiro* estranho ao processo, embora, à luz do art. 788, parágrafo único, não seja descartável o entendimento de a ele poder ser denunciada a lide pela própria seguradora. Sobre o assunto, há interessantes acórdãos do STJ – assim, v.g., da 4ª Turma (REsp 670.998/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 1.10.2009, DJe 16.11.2009) e da 3ª Turma (REsp 1.245.618/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 22.11.2011, DJe 30.11.2011) –, que reconhecem a correção do entendimento. Mais recentemente, contudo, a 2ª Seção do STJ chegou a entendimento diverso, negando juridicidade àquele raciocínio, enfatizando a importância de a relação material existente entre o segurado e a seguradora dever ser discutida no processo porque “a obrigação da seguradora está sujeita à condição suspensiva que não se implementa pelo simples fato de ter ocorrido o sinistro, mas somente pela verificação da eventual obrigação civil do segurado” (REsp 962.230/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 8.2.2012, DJe 20.4.2012).

Mesmo que rejeitada a interpretação sugerida para aqueles dois dispositivos da lei civil, é importante destacar que à mesma conclusão se pode chegar interpretando o contrato de seguro à luz do art. 436 do Código Civil, isto é, como estipulação em favor de terceiro: sendo esta a causa de pedir da demanda e acolhido o pedido nela fundada, a sentença é título

executivo hábil para fundamentar a execução nos moldes destacados. Aqui como lá, contudo, o Estado-juiz reconhece relação de direito material subjacente ao processo e fixa as responsabilidades a partir de um tal reconhecimento. A decisão da 2ª Seção do STJ referida no parágrafo anterior rejeita, pelas razões expostas, o acerto deste entendimento.

Se, contudo – e a ressalva confirma o entendimento exposto até aqui –, o lesado formular pedido de tutela jurisdicional executiva em face do segurado e da seguradora, litisconsorciando-os, não há como recusar a viabilidade do cumprimento de sentença em detrimento de um e/ou do outro indistintamente. Neste sentido, correta e coerentemente: STJ, 4ª Turma, REsp 1.076.138/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 22.5.2012, DJe 5.6.2012.

Fora situações como as descritas nos parágrafos anteriores, contudo, a única hipótese em que a “execução direta”, em se tratando de denunciação da lide, é concebível se dá nos casos regidos pelo parágrafo único do art. 456 do Código Civil, admitindo-se que lá, pelas razões expostas pelo n. 6, *supra*, verifica-se um caso, devidamente autorizado pela lei, de legitimação extraordinária. Naquele específico caso, a sentença constituirá, ela própria, título executivo judicial independentemente da existência de relação jurídica material subjacente ao processo. Admitindo-se estas premissas, é possível interpretar o parágrafo único do art. 456 do Código Civil no sentido de que, silente o denunciado e “manifesta” a evicção, o pedido deverá ser julgado em seu desfavor desde logo, impondo-se ao denunciado, *per saltum*, as consequências do reconhecimento judicial da evicção.

7.1. As verbas de sucumbência

Se a inexistência de relação jurídica material entre denunciado e o adversário do denunciante conduz ao entendimento exposto pelo número anterior, a solução deve ser diversa quando se enfrenta a questão relativa à responsabilização pelas *verbas de sucumbência* na denunciação da lide.

Aqui, deve-se partir de premissa diversa, já que a condenação nas verbas de sucumbência tem, ao menos no sistema processual civil brasileiro, fundamento exclusivamente processual (o fato *objetivo* da derrota, o “princípio da causalidade” de que trata o n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), que não guarda qualquer relação com o plano do direito material. O

tema ganha tanto mais interesse por não existir nenhuma regra específica para a hipótese no Código de Processo Civil.

Nestas condições, para fins de responsabilização do denunciante ou denunciado pelas verbas de sucumbência – aí incluídos os honorários do advogado –, importa verificar os resultados de cada um dos pedidos envolvidos no *mesmo* processo.

Não há maiores dificuldades em identificar quem responde pelas verbas de sucumbência quando o “pedido principal” é acolhido, independentemente da denunciação da lide. Isto porque, acolhida aquele pedido, a denunciação da lide *deve ser* examinada – nisto reside a relação de prejudicialidade que a caracteriza como tal – e a aplicação do princípio da causalidade é irrecusável sem qualquer peculiaridade: se for acolhido o pedido do denunciante, o denunciado arcará com a sucumbência do processo. Inversamente, se a denunciação da lide for rejeitada por qualquer motivo (sem ou com resolução de “mérito”, portanto), é o denunciante quem responderá por aquelas verbas. A 4ª Turma do STJ tem interessante julgado, partindo da premissa de que entre réu e denunciado há litisconsórcio passivo (v. n. 7, *supra*), segundo o qual: “1. Ao assumir a seguradora condição de litisconsorte com a denunciante no processo de conhecimento, a obrigação decorrente da sentença condenatória passa a ser solidária em relação ao segurado e à seguradora. 2. Com efeito, a ausência de pagamento voluntário da condenação, por qualquer um deles – segurado ou seguradora –, por se tratar de obrigação solidária decorrente da relação processual estabelecida, é causa do processo de execução, devendo quem quer que seja acionado suportar os honorários advocatícios fixados inicialmente para o caso de pronto pagamento” (REsp 886.084/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 16.3.2010, DJe 6.4.2010).

Há maior dificuldade, no entanto, quando o “pedido principal” favorecer o denunciante, seja procedente quando é ele o autor, seja improcedente (ou proferida sentença nos moldes do art. 267) quando ele é o réu. Isto porque, nestes casos, a denunciação da lide perde o objeto. Não há, com efeito, *interesse jurídico* do denunciante na apreciação de seu próprio pedido (pedido eventual) que, nestas condições, resta *prejudicado* (v. n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II). Deste prisma de análise, ademais, não é errado afirmar que o denunciado *também* é ganhador porque nada perde.

Nos casos de denunciação obrigatória, não se põe outra alternativa ao denunciante que não a denunciação para fins de conservação *plena* de seu direito de regresso (v. n. 2, *supra*). Neste sentido, porque não há, para o denunciante, ao menos sem perspectiva de perda de direito seu, outra alternativa que não a denunciação, deverá seu adversário, o denunciado, responder pelas verbas de sucumbência *também* da denunciação. Isto porque, em última análise, é a própria relação de direito material que ele mantém com o denunciante que impõe a ele aquele comportamento no plano do processo.

Diferentemente, naqueles casos em que não há verdadeira obrigação (ônus) quanto à denunciação da lide, as verbas de sucumbência na hipótese devem ser suportadas pelo denunciante que, por decisão sua, acabou por formular pedido de tutela jurisdicional em face de terceiro desde logo. Se preferiu fazê-lo, deverá arcar com as consequências derivadas de seu próprio ato.

CAPÍTULO 7

Chamamento ao processo

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Chamamento ao processo é a modalidade de intervenção de terceiros pela qual o réu pretende passem a integrar o polo passivo do processo codevedores que, posto pertencerem à relação jurídica de direito material, não foram demandados pelo autor. O réu, com sua iniciativa, busca a formação de litisconsórcio passivo ulterior. O objetivo do instituto é que, perante o credor comum, forme-se título executivo levando em conta os devedores da relação material – mesmo que, num primeiro instante, excluídos do plano processual pelo autor – para que o cumprimento de sentença possa dirigir-se, indistintamente, a qualquer um deles. É mais: para que o mesmo título valha para fins de sub-rogação em prol do devedor que pagar ao credor comum. É caso, pois, de intervenção *provocada* pelo réu que amplia *subjetivamente* a demanda e o objeto litigioso deduzido em juízo, vale dizer, amplia *objetivamente* a demanda porque, por força do que dispõe o art. 80, a sentença será proferida também em face dos chamados, fazendo com que seus “efeitos *principais*” (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte V) sejam estendidos a eles.

O chamamento ao processo deve ser exercitado pelo réu (chamante) no prazo que tem para oferecer defesa e suspenderá o andamento do processo até que os chamados sejam citados.

Um exemplo pode esclarecer melhor o que ocorre no chamamento ao processo: TCDA, credora, promove “ação de cobrança” em face de um, dentre dois devedores solidários, o que lhe autoriza, clara e inequivocamente, o direito material (art. 275, *caput*, do Código Civil). DLMM, citado na qualidade de réu, chama ao processo o segundo codevedor, APA, que passará a ser, como ele, réu na demanda de TCDA. A sentença que, eventualmente, acolher o pedido de TCDA terá o condão de condenar os dois réus indistintamente. Supondo que o cumprimento da

sentença dirija-se a DLMM, pode ele, desde que pague o valor devido, cobrar a sua quota-parte de APA, independentemente da propositura de nova demanda. Seu título executivo é o mesmo que julga procedente o pedido do autor, ainda que ampliado subjetiva e objetivamente (art. 80).

As considerações até aqui traçadas estão, ao contrário dos demais institutos de intervenção de terceiros estudados nos capítulos anteriores, longe de ter unanimidade na doutrina nacional. Há diversos e respeitados autores que descartam ser o chamamento ao processo uma forma pela qual pode o réu, no prazo para defesa, *impor*, ao autor, um litisconsórcio passivo. Segundo esta corrente, o chamamento ao processo assemelha-se à denúncia da lide, embora com ela não se confunda, no sentido de que o réu, ao chamar ao processo, acaba por formular “pedidos eventuais”, visando à prestação de tutela jurisdicional em face dos demais devedores, para reaver o que ele vier a pagar ao credor comum, valendo-se do *mesmo* processo. Se, argumentam estes doutrinadores, o direito material dá ao autor a *liberdade* de demandar um ou outro devedor (devedor principal, fiador ou devedores solidários), o *direito processual civil* não poderia modificar esta realidade. O tema e seus desdobramentos são objeto de análise mais detalhada no número seguinte.

2. A FINALIDADE DO INSTITUTO

A doutrina, de forma predominante, sustenta ser a finalidade do chamamento ao processo a de admitir que o réu crie um litisconsórcio passivo para que todos os litisconsortes respondam, diante de uma específica situação de direito material, perante o credor comum, é dizer, que o réu leve, para o plano do processo, uma específica situação de direito material para colocar, a seu lado e perante o credor comum (o autor), outros codevedores, todos na qualidade de corréus. Nessas condições, o instituto visa à formação de título executivo contra aqueles que são chamados ao processo, a autorizar o seu *cumprimento* com observância do disposto nos arts. 78 e 80.

Aquele que pagar a dívida por inteiro, tal qual reconhecida na sentença (art. 475-N, I), pode voltar-se contra os coobrigados que não pagarem sua cota-parte. Trata-se, assim, de instituto pelo qual, no mesmo processo, são responsabilizados eventuais codevedores não demandados originariamente

pelo autor pela obrigação que também assumiram ou que são corresponsáveis no plano do direito material.

Em sendo hipótese de fiança, ademais, o chamamento ao processo é a forma para que o fiador exerça oportunamente, e já durante o cumprimento da sentença, o benefício de ordem a que se referem o art. 827 do Código Civil e o art. 595 do Código de Processo Civil.

Há, como já adiantado no número anterior, corrente minoritária, formada, entre outros, por Pontes de Miranda, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Ovídio Baptista da Silva e Marcelo Abelha Rodrigues, que sustentam que o objetivo do chamamento ao processo é diverso. Para eles, o instituto não se presta a *ampliar* o polo passivo do processo com a introdução de outros coobrigados do plano de direito material não demandados originariamente pelo autor, formando-se, assim, um litisconsórcio passivo ulterior.

Por isso que, na visão que estes autores têm do instituto, o chamamento ao processo, tal qual disciplinado nos arts. 77 a 80, consiste na possibilidade de exercício, pelo réu (o chamante), de direito de regresso em face dos demais coobrigados (os chamados), não demandados pelo autor, mas não da formação de um litisconsórcio que, posto poder ter sido formado pelo autor desde a sua petição inicial, não o foi.

A razão, com o devido respeito aos eminentes doutrinadores mencionados, parece estar com a corrente majoritária. A formação do litisconsórcio passivo por iniciativa do réu não tem condições de desfigurar o que a relação jurídica de direito material tem de mais relevante. O chamamento ao processo apenas busca criar condições, pelo processo, de uma melhor e mais ampla realização do direito material, autorizando, desde logo, que não só o autor satisfaça o seu direito de crédito, porventura existente, como, também, os coobrigados. Não se obriga o litígio do autor em face daquele que ele não pretendeu, originariamente, litigar. A formação do litisconsórcio passivo nas condições em que majoritariamente se entende se verifica com o chamamento ao processo deve ser entendido como algo que favorece, pelo menos num primeiro momento, o réu. Nada há, na lei processual civil, que obrigue o autor a cumprir o julgado que, eventualmente, lhe favoreça diante de um dos chamados. Ele pode, não obstante o

chamamento ao processo, limitar-se a atuar processualmente em face do réu-chamante, mesmo que na “etapa *executiva*” (v. n. 1 da Introdução).

De resto, uma vez que seja possível a execução em face de todos os réus, o que é viável por força do que dispõe o art. 80, não há impedimento para que o autor resolva, por qualquer razão, pretender a prática de atos executivos *também* em face dos chamados. Como, rigorosamente, não é o autor quem demanda os chamados, não há razão para sustentar descompasso entre os planos do processo e do direito material. Pelo contrário, em forte consonância com o que consta do n. 2.1 do Capítulo 1, a hipótese é sempre de *coordenação* entre aqueles dois planos com a produção de melhores e mais uniformes resultados no plano material *pelo* processo.

Ademais, a exemplo do que dá com relação à denúncia da lide (v. n. 7 do Capítulo 6), é comum a crítica da doutrina de que o art. 78 não deveria se valer do verbo “declarar” mas, mais tecnicamente, do verbo “condenar”, razão de ser do instituto, na medida em que haja sub-rogação creditícia com o pagamento por um dos devedores, habilitando o exercício de tutela jurisdicional *executiva* (v. ns. 8.5.3 e 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Não será por outra razão que o art. 80 vale-se deste e não daquele verbo, referindo-se, ademais, a devedores (realidade típica do plano material) e não a réus (realidade típica do plano processual).

3. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O art. 77 do Código de Processo Civil indica quais são as hipóteses em que terceiros podem ser chamados ao processo.

O inciso I faculta ao fiador demandado isoladamente que chame ao processo o devedor principal. De seu turno, o inciso II admite o chamamento dos demais fiadores naquelas hipóteses em que somente um ou alguns deles são demandados pela dívida comum. O inciso III, por fim, dispõe que o chamamento ao processo pode ser feito para os demais devedores solidários quando a dívida comum for exigida de um ou de alguns deles.

Questão interessante é saber se há *interesse jurídico* em chamar ao processo os fiadores quando, ao mesmo tempo, chama-se ao processo o devedor principal, isto é, se são exercitáveis ao mesmo tempo as hipóteses admitidas pelos incisos I e II do art. 77. Não há como afastar existência de interesse à medida que, executado o patrimônio do devedor principal na forma

do art. 827, *caput*, do Código Civil, e, porventura, não satisfeita a totalidade do crédito, o credor poderá ingressar no patrimônio dos devedores secundários (os fiadores), estribado na sua responsabilidade subsidiária que, nesta hipótese, tem lugar.

Desta possibilidade, portanto, transparece o interesse jurídico de que um dos fiadores, quando demandado isoladamente, chame ao processo não só o devedor principal (art. 77, I), mas também os demais fiadores (art. 77, II). A sentença não só *declarará* a responsabilidade de cada um dos devedores (art. 78) mas, verdadeiramente, *condenará* cada um dos réus, chamante e chamados, nas suas respectivas obrigações, para os fins do art. 80, é dizer, com a nomenclatura proposta pelo n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 deste *Curso*, que autorizará o exercício da tutela jurisdicional *executiva*.

O que, à luz do direito material, não tem sentido algum, é que o devedor principal chame ao processo os demais devedores subsidiários. Daí o silêncio do art. 77 quanto a esta hipótese, sendo bastante claro o inciso I do dispositivo quanto à possibilidade de somente o devedor subsidiário (fiador) chamar ao processo o principal (afiançado).

3.1. O devedor de alimentos e o art. 1.698 do Código Civil

O art. 1.698 do Código Civil, sem correspondência no sistema anterior, tem a seguinte redação: “Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

O dispositivo em exame dispõe em que condições aqueles que são, de acordo com a esfera civil, responsáveis a prestar alimentos – parentes, cônjuges ou companheiros (art. 1.694 do Código Civil) – podem vir a ser “chamados” a juízo.

Sem prejuízo das considerações feitas pelo n. 2.3 do Capítulo 2, que poderiam levar o autor a, desde logo, pedir tutela jurisdicional em face dos diversos coobrigados pelo pagamento de alimentos, cabe, aqui, examinar como a hipótese regulada pelo precitado dispositivo amolda-se bastante bem

ao instituto do chamamento ao processo. Não porque o art. 1.698 vale-se do verbo “chamar”, mas pelo próprio regime dos alimentos no plano do direito material.

É fato não questionado por este *Curso* que a doutrina civilista em peso nega a existência de “solidariedade” entre aqueles que devem prestar alimentos. Não se trata, acentuam os estudiosos do tema, de solidariedade porque a totalidade dos alimentos não é exigível de um só. Nos alimentos, não existe a maior característica da solidariedade, que é a possibilidade de se exigir a *totalidade* da dívida de um só dos devedores.

Ninguém nega, no entanto, que a obrigação de prestar alimentos é divisível (art. 257 do CC). Obrigação divisível é aquela em que todos os responsáveis pelo pagamento são obrigados por suas respectivas quotas-partes, porque basta a cada um dos coobrigados pagar consoante sua possibilidade para eximir-se de sua responsabilidade. Rigorosamente falando, o número de cadeias obrigacionais de alimentos varia consoante a *necessidade* do alimentando e a *possibilidade* concreta de cada um dos devedores. A solidariedade só não existe diante desta característica da obrigação alimentar. Não há como exigir o “todo” de um porque a obrigação depende, para existir, da *possibilidade concreta* de cada um dos obrigados.

A “ação de alimentos” volta-se basicamente à pesquisa em torno de quem é responsável pelo pagamento daquela verba e ao valor que cada um dos responsáveis pode pagar ao alimentando. Se assim é, o réu, consoante a defesa que venha a apresentar (se ele, parente que é, “não estiver em condições de suportar totalmente o encargo” ou, quando houver várias pessoas obrigadas a prestar alimentos, outras deverem arcar com os alimentos na “proporção dos respectivos recursos”), poderá *chamar ao processo* “os parentes de grau imediato” ou “os demais”, respectivamente, para virem, desde logo, responder os termos da demanda proposta originariamente contra um só dos obrigados, que, na visão do autor, seria *suficiente* para responder pela totalidade dos alimentos pedidos.

Este “chamamento ao processo”, ademais, tem tudo para resultar em algum benefício para o alimentando, o autor. Em última análise – embora por iniciativa do réu – serão introduzidas no mesmo processo outras relações de direito material (ampliação *objetiva* da demanda), cada uma entre o alimentando e um coobrigado, provável alimentante (ampliação *subjetiva* da

demanda), que poderão redundar, a final, em um leque maior de “opções” para a efetivação da sentença em seu favor. É esta, com efeito, a maior característica do instituto do chamamento ao processo.

A inexistência de solidariedade entre os coobrigados, destarte, é indiferente para o alimentando, maior interessado na escorreita prestação jurisdicional. Tanto que ele poderia, até, demandar em face de mais de um coobrigado, estabelecendo, desde logo, um litisconsórcio facultativo (art. 46, I ou IV), litisconsórcio este que assumiria as características de “sucessivo, alternativo ou eventual”, na linha do que tratou o n. 2.3 do Capítulo 2. No entanto, *precisamente porque o autor não tomou a iniciativa de formar o litisconsórcio passivo*, é que a lei civil admite que os demais coobrigados possam intervir no processo, ensejando, em última análise, maiores condições para realização do direito material controvertido. Não fosse pela possibilidade da intervenção dos coobrigados e a “ação de alimentos” tenderia a ser inócua ou menos *útil* para o alimentando justamente porque, mesmo reconhecida jurisdicionalmente a *necessidade* do alimentando, a fixação do valor dos alimentos não pode, por definição, superar as reais possibilidades de cada um dos alimentantes. Tanto assim que na chamada “ação de alimentos *complementares*”, identificada na causa de pedir a necessidade de os alimentos serem prestados *também* pelos avós (maternos e paternos), a hipótese merece ser tratada como de litisconsórcio *necessário* (STJ, 4ª Turma, REsp 958.513/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.un. 22.2.2011, DJe 1º.3.2011).

O que parece possível – e desejável, pela necessária influência que o plano material exerce no plano processual (v. n. 2.1 do Capítulo 1) – é *ampliar* o termo “solidariedade” empregado no inciso III do art. 77 para nele admitir, pelo menos na hipótese aqui discutida, *também* o chamamento de devedores comuns. Além de não haver qualquer prejuízo para o processo e para a economia e eficiência processuais, que caracterizam todos os institutos da intervenção de terceiros, as diversas obrigações alimentares manifestam-se de forma bastante próxima à solidariedade. As provas a serem produzidas pelo autor, ademais, sequer serão alteradas porque, diante de um ou mais de um obrigado, bastará a ele demonstrar a *necessidade* dos alimentos. Ademais, se o magistrado verificar que o expediente vem a ser usado de forma protelatória (o chamamento ao processo *suspende* o

processo; v. n. 4, *infra*), pode ele sancionar o litigante de má-fé nos termos do art. 17, VI.

Importante frisar, a propósito, o que consta do n. 2.3 do Capítulo 2: se o civilista, ele próprio, está disposto a “alargar” um pouco os rígidos conceitos de algum instituto, não é de se esperar que o processualista civil fique aquém desta realidade. Não é o caso de colocar em dúvida a inexistência de solidariedade entre os codevedores na dívida de alimentos. Mas, mesmo assim, não parece ser a melhor solução a que recusa a realização concreta de uma nova disposição *material*, tal qual a do art. 1.698 do Código Civil, somente porque o art. 77, III, refere-se a “solidariedade”. É neste sentido que o intérprete e o aplicador do direito processual civil deve acompanhar a evolução do direito material, sob pena de o processo não oferecer condições de realização daqueles direitos, traindo, assim, sua missão fundamental. E, de resto, no caso em que esta solidariedade está expressamente prevista na lei – assim, por exemplo, no art. 12 da Lei n. 10.741/2003 para os idosos –, sequer há necessidade desta *ampliação* do tipo processual.

De qualquer sorte, caso o autor, examinando a contestação apresentada pelo réu, verifique que sua demanda tem tudo para não atingir o grau de satisfação que ele pretendeu em sua petição inicial, pretenda, por isso mesmo, a intervenção de um outro coobrigado de alimentos (os avós paternos numa demanda movida contra o pai, por exemplo) e *desde que haja concordância do réu* e do próprio juiz que pode, desde logo, julgar o pedido (art. 9º, § 2º, da Lei n. 5.478/1968), ela poderá ser admitida. A flexibilização do *texto* do art. 264, no particular, é irrecusável, na linha do que já sustentaram o n. 14 do Capítulo 1 da Parte III e o n. 2.3 do Capítulo 2, com vistas a um maior aproveitamento dos atos processuais, ainda que a “ação de alimentos” reclame um “procedimento especial”. Deva prevalecer, no caso, o princípio da *economia* e da *eficiência* processuais, com vistas a uma mais ótima prestação de tutela jurisdicional.

O chamamento ao processo, por força das considerações até aqui expostas, é instituto que bem realiza, que bem traduz, *processualmente*, o regime de direito material traçado pelo art. 1.698 do Código Civil. De outra coisa senão da *necessidade concreta* e da *possibilidade* de o obrigado ou do coobrigado pagarem os alimentos é que versa a “ação de alimentos”. Tanto

assim que o dispositivo vale-se, corretamente, da locução “proporção dos respectivos recursos” para evidenciar que a obrigação alimentar, por sua natureza, só poderá ser exigida do devedor de acordo com a sua *possibilidade*, em estreita afinidade, ademais, com o regime da própria lei civil (arts. 1.694, § 1º, e 1.695 do Código Civil). Nestas condições, o autor terá possibilidade de pretender implementar concretamente o comando de pagar alimentos diante de outras pessoas que não o réu originário, o que terá condições de fazer com o máximo de rendimento da atividade processual, dando máximo rendimento ao art. 80.

Por fim, é importante ter presente que, embora a interpretação aqui proposta possa a ser rejeitada, mais relevante do que uma específica *forma* da intervenção dos coobrigados na “ação de alimentos” é a criação de condições concretas para que eles possam vir a participar do *mesmo* processo já inaugurado em face de apenas um deles e, sem prejuízo do exercício de sua ampla defesa e contraditório (e nem poderia ser diferente) com vistas a que o processo viabilize, de forma ótima, o direito material controvertido. Também aqui não se pode recusar a aplicação generosa do princípio da liberalidade das formas e de sua necessária *fungibilidade* na exata medida em que a intervenção de terceiros não acarrete a eles nenhum prejuízo a direitos seus.

3.2. As seguradoras e o parágrafo único do art. 788 do Código Civil

Um outro caso que também pode ser compreendido, no plano do processo, como de chamamento ao processo, embora a ele não se refira ao art. 77, é o disposto no parágrafo único do art. 788 do Código Civil.

O dispositivo, também sem correspondente no Código anterior, de 1916, dispõe que “demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório”.

A hipótese amolda-se bastante bem à dinâmica do chamamento ao processo, mais ainda porque existe relação jurídica de direito material que une, no plano material, o causador do dano (segurado) e a seguradora e, justamente por força de uma tal relação, é que ela poderá opor validamente a “exceção do contrato não cumprido”, fixando a responsabilidade principal

no segurado, a exemplo do que o chamamento ao processo permite ao fiador com relação ao exercício do chamado “benefício da ordem” (v. n. 2, *supra*). É neste sentido que se manifestou expressamente Leonardo José Carneiro da Cunha (“Algumas regras do novo Código Civil e sua repercussão no processo – prescrição, decadência, etc.”).

O dispositivo, ainda pouquíssimo estudado, deve ensejar também a aplicação das considerações que encerraram o número anterior. É irrecusável que sua aplicação no plano do processo mereça uma certa margem de *fungibilidade* até que haja maior consenso na doutrina e na jurisprudência sobre seu alcance. Não há como negar, por exemplo, que a denúncia da lide formulada com base no art. 70, III (v. n. 3 do Capítulo 6) pode realizar adequadamente o direito nele consagrado, viabilizando *também* o exercício do direito de regresso dos valores pagos pela seguradora. E, por isso, a flexibilização formal é imperiosa. Uma tal fungibilidade, contudo, não significa quaisquer prejuízos para os sujeitos do processo e para a própria atuação do Estado-juiz. Pelo contrário, viabiliza a tutela efetiva dos direitos de cada qual com a adequada resposta jurisdicional.

4. PROCEDIMENTO

O procedimento do chamamento ao processo envolve os mesmos desdobramentos relativos ao da denúncia da lide (v. n. 4 do Capítulo 6).

O art. 78 limita-se a determinar que “para que o juiz declare, na mesma sentença, as responsabilidades dos obrigados, a que se refere o artigo antecedente, o réu requererá, *no prazo para contestar*, a citação do chamado”. O art. 79, em complementação, dispõe que “o juiz suspenderá o processo, mandando observar, quanto à citação e aos prazos, o disposto nos arts. 72 e 74”.

Assim, deve prevalecer o entendimento de que não há necessidade de o chamamento ao processo e a contestação (ou, mais amplamente, as *respostas* do réu) serem formulados ao mesmo tempo. É possível, por causa da *suspensão do processo*, que se dá com a determinação da citação dos chamados, que o réu primeiro *chame ao processo* e depois, no prazo que sobrar, apresente as respostas que entender pertinentes. É importante destacar, todavia, que a possibilidade da apresentação tempestiva da

contestação *após* o chamamento ao processo depende, sempre e em qualquer caso, da efetiva suspensão do processo, que pressupõe a determinação judicial de citação do(s) chamado(s), antes do esgotamento do prazo respectivo.

A recíproca, no entanto, não é verdadeira. Se o réu apresentar qualquer outra resposta, já não poderá mais chamar ao processo pela *consumação* do “prazo para contestar”.

5. O LITISCONSÓRCIO ENTRE OS CHAMADOS

É predominante o entendimento de que o(s) chamado(s) ao processo passa(m) a ser parte(s) no processo, passando a ser litisconsorte(s) do chamante. É uma hipótese de formação de litisconsórcio *ulterior* (v. n. 1.1 do Capítulo 2).

A doutrina não hesita em entender o chamamento ao processo como faculdade do réu. Faculdade que é, seu não exercício não traz qualquer prejuízo a quem deixa de chamar, mesmo diante de uma das hipóteses dos incisos I a III do art. 77. Tanto que o réu, que não lança mão do chamamento ao processo, pode reaver o quanto pagar dos demais codevedores em demanda a ser oportunamente movida. Inexistindo obrigatoriedade quanto ao chamamento, a hipótese *não pode ser tratada* como caso de litisconsórcio necessário (art. 47), até porque cada devedor demandado em nome próprio e individualmente, sem a concorrência da participação dos demais, é *parte legítima*, pelo que não se pode falar de litisconsórcio *necessário* para os fins daquele dispositivo (v. n. 3 do Capítulo 2).

A hipótese, outrossim, é de litisconsórcio *simples* e não unitário (v. n. 1.1 do Capítulo 2), considerando a possibilidade de o resultado do processo não ser *uniforme* ou *homogêneo* para cada um dos corréus. É este, com efeito, o entendimento majoritário em sede de doutrina. Embora o chamamento ao processo acarrete a ampliação do *objeto do processo*, disto não decorre o entendimento de que cada uma das relações de direito material que acabam por ser deduzidas no *mesmo* processo recebam julgamento uniforme, até porque elas, por sua própria natureza, aceitam distinções e variações que as peculiarizam. Cada um dos devedores pode vir a receber, consoante o caso, solução distinta dos demais, o que decorre, importante frisar, da natureza do próprio direito material que justifica o chamamento ao processo. As

hipóteses em que o chamamento ao processo é admitido (o art. 77 refere-se expressamente à fiança e à solidariedade) coadunam-se com a possibilidade de apresentação de defesas próprias e pessoais em relação ao autor, credor comum.

É, aliás, característica dos institutos da fiança e da solidariedade a possibilidade de o fiador ou os devedores solidários alegarem defesas pessoais em face do credor comum. Daí que, *como decorrência da própria cindibilidade e sorte* da relação de direito material, a hipótese só pode ser entendida como litisconsórcio *simples*, não *unitário*.

Circunstancialmente, no entanto, é possível que haja, consoante a matéria alegada em defesa, *uniformidade* da decisão a ser proferida. Basta imaginar a hipótese de um dos coobrigados alegar nulidade do direito de crédito reclamado pelo autor. Sendo declarado nulo, não há como pretender a responsabilização individual de cada um dos corresponsáveis.

Isto, no entanto, não é suficiente para a classificação do litisconsórcio unitário. O que releva é que a *coincidência* de resultados é circunstancial ou eventual e não decorre da formação do litisconsórcio porque, em última análise, a relação jurídica deduzida em juízo admite, no plano material, divisão (mesmo que ideal) entre seus vários componentes. Não há, pois, como negar que a natureza jurídica do litisconsórcio que se forma entre chamante e chamado(s) é *simples*, com todas as consequências daí derivadas.

6. O AUTOR NÃO PODE CHAMAR AO PROCESSO

O chamamento ao processo é uma faculdade conferida ao *réu* (componente do polo passivo da relação jurídica processual) de convocar outros codevedores (principais ou subsidiários) para que, na mesma sentença, sejam definidas, de plano, as responsabilidades de cada qual, valendo a mesma, quando satisfeita por qualquer um deles, de título executivo em face dos demais. É esta a interpretação que predomina do art. 80 (v. n. 2, *supra*).

Não cabe, por isso mesmo, que o autor chame ao processo. O que se pode verificar, em dado caso concreto, é que dois ou mais credores solidários

demandem conjuntamente um devedor ou devedores comuns. Mas não se tratará, nesta hipótese, de chamamento ao processo. Antes, de mera formação de litisconsórcio *facultativo* e *ativo* entre aqueles credores. No máximo, o *credor* solidário que se litisconsorciou poderá ingressar no processo na qualidade de assistente *litisconsorcial*, consoante a regra do art. 54 (v. n. 2 do Capítulo 3). E se não o fizer, tem incidência, com relação a ele, a regra de *legitimação extraordinária* do art. 267 do Código Civil.

Além disso, é de se observar que a redação do art. 78 é suficientemente clara no sentido de que quem chama ao processo é o *réu* para que o chamado passe a integrar o polo passivo do processo na qualidade de *litisconsorte* (v. n. 2, *supra*).

7. CHAMADO AO PROCESSO, EFEITOS DA SENTENÇA E COISA JULGADA

O devedor que for chamado ao processo receberá o tratamento de *parte* no processo movido originariamente em face do chamante. Tanto é *parte* que ficará ele sujeito ao regime jurídico de *litisconsorte*, em relação ao autor do processo no qual se efetivou o chamamento (v. n. 5, *supra*).

Parte que é, o chamado ficará sujeito não só aos *efeitos* da sentença – daí a possibilidade de se formar contra ele título executivo nos moldes dos arts. 78 e 80 (“efeito *condenatório*”, de acordo com a doutrina tradicional; “efeito *executivo*”, de acordo com o n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) – mas também à imutabilidade do que for decidido, isto é, à coisa julgada material (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V).

Como com o chamamento os chamados passam a ser réus tanto quanto o chamante, não pode haver dúvidas de que a sentença que fixar a responsabilidade de cada um dos coobrigados será eficaz com relação a cada um deles do mesmo modo que a imutabilidade do que for decidido. No que diz respeito às verbas de sucumbência, tem plena aplicação à hipótese o disposto no art. 23.

Mesmo os que negam ser o chamamento ao processo hipótese de ampliação do polo passivo do processo (v. n. 2, *supra*) devem concluir da mesma forma pelo menos nos casos em que o chamamento é feito ao devedor solidário (art. 77, III).

Ainda que, coerentemente com a premissa de que partem, o chamamento não tenha o condão de introduzir, no processo, outras relações jurídicas por iniciativa do réu, que vinculam os devedores ao credor comum, o que ocorre, nos casos de solidariedade, é que há regra de *legitimação extraordinária* e, por isso, mesmo que os devedores solidários não ajam ao lado do réu como *litisconsortes*, ficarão eles sujeitos à coisa julgada por imposição do sistema (v. n. 3 do Capítulo 1). É importante frisar a conclusão: a coisa julgada para o devedor solidário não guarda nenhuma relação com o ser chamado ao processo ou não, ou, ainda, com o devedor não chamado pretender ingressar no processo na qualidade de assistente *litisconsorcial*. Ela opera com relação a ele em função da regra de legitimação extraordinária constante do art. 275 do Código Civil.

CAPÍTULO 8

Amicus curiae

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há uma modalidade de intervenção de terceiros que, gradativamente, tem ganhado espaço na jurisprudência e na doutrina nacionais. À falta de expressa previsão e regulamentação em lei, seu exame torna-a ainda mais importante e interessante. Trata-se do que vem sendo chamado de *amicus curiae*.

O *amicus curiae* é um terceiro interveniente. Para ele também se aplica a distinção entre “partes” e “terceiros” expostos pelo n. 2.2 do Capítulo 1. Isto, contudo, não o torna, ao contrário do que se lê em boa parte da doutrina que se manifestou sobre o assunto, um “assistente”, nem, tampouco, um “assistente *sui generis*”.

É que a razão pela qual o *amicus curiae* intervém em um dado processo alheio não guarda nenhuma relação com o que motiva e justifica, perante a lei processual civil, o ingresso do assistente, seja na forma *simples* ou na *litisconsorcial*.

O que enseja a intervenção deste “terceiro” no processo é a circunstância de ser ele, desde o plano material, legítimo portador de um “interesse institucional”, assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de *um* indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática, que é titularizado por grupos ou por segmentos sociais mais ou menos bem definidos. Correto, nesse sentido, o entendimento da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual “As pessoas jurídicas contribuintes do empréstimo compulsório, por não contarem com a necessária representatividade e por possuírem interesse subjetivo no resultado do julgamento, não podem ser admitidas como *amicus curiae*” (REsp 1.003.955/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 12.8.2009, DJe 27.11.2009, com a honrosa menção ao vol. 1 deste *Curso*).

O *amicus curiae* não atua, assim, em prol de um indivíduo ou uma pessoa, como faz o assistente, em prol de um *direito* de alguém. Ele atua em prol de um *interesse*, que pode, até mesmo, não ser titularizado por ninguém, embora seja compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas e que tende a ser afetado pelo que vier a ser decidido no processo.

O chamado “interesse *institucional*” autoriza o ingresso do *amicus curiae* em processo alheio para que a decisão a ser proferida leve em consideração as informações disponíveis sobre os impactos do que será decidido perante aqueles grupos, que estão *fora* do processo e que, pela intervenção aqui discutida, conseguem dele participar. Neste sentido, não há como negar ao *amicus curiae* uma função de *legitimação* da própria prestação da tutela jurisdicional uma vez que ele se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz.

A atuação processual do *amicus curiae*, como se dá com todos os demais intervenientes, vincula-se umbilicalmente à razão de ser de sua própria intervenção. Considerando que o norte de seu ingresso é o de aprimorar a decisão jurisdicional a ser proferida, levando ao Estado-juiz informações complementares que, de outro modo, não seriam, muito provavelmente, de conhecimento seu, pode ele desempenhar todo e qualquer ato processual que seja correlato ao atingimento daquela finalidade. De nada valeria admitir uma tal intervenção, se não lhe fossem reconhecidos correlatos poderes de atuação processual.

À falta de um procedimento próprio, que regule a *forma* de sua intervenção, não há por que afastar, para sua admissão, a disciplina que o Código de Processo Civil reserva para a assistência (v. n. 3 do Capítulo 3), não decorrendo, de qualquer sorte, de sua inobservância qualquer vício ou nulidade processual. O que importa, fundamentalmente, é que aquele que pretende intervir no processo na qualidade de *amicus curiae* tenha condições de demonstrar a razão pela qual a pretende e que as partes possam, eficazmente, manifestar-se sobre o requerimento, viabilizando, com isto, o proferimento de uma escorreita decisão judicial, amparada pelo contraditório.

2. O *AMICUS CURIAE* COMO UM FISCAL DA LEI

A origem do *amicus curiae* não é clara na história do direito processual civil brasileiro. Há autores que afirmam estarem suas origens mais remotas no direito romano; outros, com base em ampla documentação, sustentam que a figura vem do direito inglês, com uso frequente desde o século XVII de onde, gradativamente, passou a ter ampla aplicação no direito norte-americano.

Tem sido bastante comum entre as nossas letras a afirmação de que o *amicus curiae* é o “amigo da Corte” ou o “colaborador da Corte”. Embora não haja razão para discordar destas afirmações, elas são claramente insatisfatórias em todos os sentidos. É que o nosso direito não conhece, pelo menos como este nome, um “amigo” ou um “colaborador” da “Corte”, mesmo que se entenda por “Corte” os Tribunais ou, de forma ainda mais ampla, o Poder Judiciário. De resto, a atuação de qualquer *sujeito processual* que seja “amigo” do juiz pode comprometer a imparcialidade daquele que presta a jurisdição (art. 135, I; v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Assim, é inócuo, porque vazio de significado para a experiência jurídica brasileira, *traduzir* a expressão *amicus curiae* para o vernáculo. Ela, mesmo quando traduzida, não tem referencial na nossa história jurídica e, por isso, fica carente de verdadeira identificação. É insuficiente a “tradução vernacular” daquela expressão; é mister encontrar o seu referencial e seu contexto de análise no direito brasileiro.

Em busca destes referenciais, é importante equiparar o *amicus curiae* a uma das funções que, entre nós, o Ministério Público sempre exerceu e continua a exercer, a de fiscal da lei (*custos legis*) e, em menor escala, ao perito ou, mais amplamente, a um mecanismo de prova no sentido de ser uma das variadas formas de levar ao magistrado, assegurada, por definição, sua imparcialidade, elementos que, direta ou indiretamente, são relevantes para o proferimento de uma decisão. Nesse sentido, uma verdadeira prova *atípica* traduzida na atuação de um terceiro interveniente (v. n. 6 do Capítulo 1 da Parte V), uma intervenção de terceiro cuja finalidade última é a de ampliar, aprimorando-o, o objeto de *conhecimento* do juiz com informações relativas a *interesses* metaindividuais (os “interesses *institucionais*”) que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser proferida: uma intervenção

de terceiros com finalidade *instrutória*, portanto. Trata-se, por isso mesmo, de uma intervenção por *inserção*.

É como se se dissesse que o *amicus curiae* faz as vezes de um “fiscal da lei” – e não *do* fiscal da lei que o direito brasileiro conhece, que é o Ministério Público – em uma sociedade incrivelmente complexa em todos os sentidos; como se ele fosse o *portador* dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado e que, de alguma forma, tendem a ser atingidos, mesmo que em graus variáveis, pelas decisões jurisdicionais. Ele, o *amicus curiae*, tem que ser entendido como um adequado *representante* destes interesses que existem na sociedade e no Estado (“fora do processo”, portanto) mas que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada “dentro do processo”. O *amicus curiae*, neste sentido, atua em juízo para a tutela destes interesses, e é por isso mesmo que sua admissão em juízo depende sempre e em qualquer caso da comprovação de que ele se apresenta no plano material como um “adequado representante destes interesses” (v. n. 1, *supra*).

Trata-se, neste sentido, de um ponto de contato entre o “direito processual civil *individual*” e o chamado “direito processual *coletivo*” (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1) na exata medida em que as decisões jurisdicionais tendam a afetar cada vez mais pessoas ou grupos que não participam diretamente do processo no próprio plano processual (é o que se dá, por exemplo, com os chamados “efeitos vinculantes” e, de forma ampla, com qualquer “precedente jurisprudencial”) mas também no plano material (é o que se dá, por exemplo, naquelas normas jurídicas que se caracterizam pela abertura de sua tessitura textual na forma exposta pelo n. 2.6.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

Nestas condições, o *amicus curiae*, no direito brasileiro, tem tudo para desempenhar um papel *paralelo e complementar* à função exercida tradicionalmente pelo Ministério Público como fiscal da lei porque uma das características mais marcantes da sociedade e do Estado atuais é o *pluralismo*. O transporte para o plano do processo deste pluralismo é providência inarredável sob pena de descompasso entre o que existe “fora” e “dentro” dele. Como estes interesses não são necessariamente “subjektiváveis” nos indivíduos – por isso eles serem propriamente denominados “interesses” e não “direitos” –, faz-se mister encontrar quem o

direito brasileiro reconhece como seu legítimo portador. É este o contexto adequado de análise do *amicus curiae*. Não é diverso, de resto, com o que a história jurídica nacional recente experimentou relativamente com o “direito processual coletivo”: quem tem condições de atuar em nome de uma dada coletividade em juízo? Quem tem “legitimidade” para tutelar, em juízo, interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos?

Assim, responder a pergunta “o que é *amicus curiae*” deve conduzir a outra, “quem pode desempenhar o papel do *amicus curiae* no direito brasileiro”, isto é, quem pode levar ao Estado-juiz as vozes dispersas da sociedade civil e do Estado naqueles casos que, de uma forma ou de outra, serão sensivelmente afetadas pelo que vier a ser decidido em um dado processo?

Neste *contexto* de análise, não há como recusar ser, o *amicus curiae*, agente do contraditório. “Contraditório” no sentido de “cooperação”, de “coordenação”, de “colaboração”, na leitura ampla do “modelo constitucional do processo civil brasileiro” a que se volta o n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1, mas também – e a partir desta perspectiva de análise – dos arts. 339 e 341. “Contraditório *presumido*”, “contraditório *institucionalizado*”: contraditório entendido à luz de uma sociedade e de um Estado plural.

O *amicus curiae* deve ser entendido como um especial terceiro interessado que, por iniciativa própria (intervenção *espontânea*) ou por determinação judicial (intervenção *provocada*), intervém em processo pendente com vistas a enriquecer o debate judicial sobre as mais diversas questões jurídicas, portando, para o ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, que, de uma forma mais ou menos intensa, serão afetados pelo que vier a ser decidido, legitimando e pluralizando, com a sua iniciativa, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

3. A PREVISÃO DO *AMICUS CURIAE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Só há uma regra de direito positivo no Brasil que se refere expressamente ao *amicus curiae* no direito brasileiro. Trata-se do art. 23, § 1º, da

Resolução n. 390/2004 do Conselho da Justiça Federal.

Na Lei n. 9.868/1999, que regula o procedimento da “ação direta de inconstitucionalidade” e da “ação declaratória de constitucionalidade”, contudo, há previsão ampla o suficiente para albergar a atuação do *amicus curiae*. Trata-se de seu art. 7º, § 2º. Esta mesma lei, ao incluir três parágrafos no art. 482, fornece, para o incidente de declaração de inconstitucionalidade regulado pelos arts. 480 a 482, o mesmo subsídio. O mesmo pode ser dito com relação ao incidente de uniformização de jurisprudência de que se ocupa o § 7º do art. 14 da Lei n. 10.259/2001, que cria e disciplina o Juizado Especial Federal (v. n. 8.1 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo II). O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi alterado para admitir que “quaisquer terceiros” – e pela amplitude da previsão não há razão para excluir o *amicus curiae* – sustentem oralmente suas razões nos julgamentos perante o Plenário ou perante as Turmas (art. 131, § 2º).

Embora sem fazer menção expressa ao *amicus curiae*, o art. 3º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006, que disciplina a edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1), o art. 543-A, § 6º, incluído pela Lei n. 11.418/2006 (que disciplina a “repercussão geral” do recurso extraordinário; v. n. 3.5 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5) e o § 4º do art. 543-C, acrescentado pela Lei n. 11.672/2008 (que cuida dos chamados “recursos especiais repetitivos”; v. n. 4.4 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5), admitem a “manifestação de terceiros” naqueles casos. Trata-se, por todas as razões até aqui expostas, de hipóteses em que o direito brasileiro passou a admitir a intervenção aqui examinada para pluralizar o debate jurisdicional perante aquele Tribunal como forma de *legitimar* o precedente a ser criado e, dali em diante, aplicado em todos os casos substancialmente idênticos.

Há diversos outros diplomas legislativos que, embora não tratem do *amicus curiae*, admitem intervenções *diferenciadas* de terceiro, razão suficiente para, analisadas cada uma daquelas previsões no seu devido contexto, entender que elas correspondem, ou, quando menos, são bastante próximas da intervenção do *amicus curiae* tal qual admitida nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que o conhecem. Assim, apenas para ilustrar a afirmação, é importante a menção do art. 31 da Lei n. 6.385/1976,

para a Comissão de Valores Mobiliários; do art. 89 da Lei n. 8.884/1994, para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica; do art. 49 da Lei n. 8.906/1994, para a Ordem dos Advogados do Brasil; e do art. 5º da Lei n. 9.469/1997, que admite a intervenção das pessoas administrativas *federais* para a tutela de “interesse econômico”. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de interpretar amplamente este último dispositivo legal para admitir também que pessoas administrativas estaduais (e, por identidade de motivos, as municipais e distritais) intervenham em processos alheios para a mesma finalidade (1ª Turma, rel. p./ acórdão Min. Luiz Fux, AgRg na Pet. 4.861/AL, j.m.v. 13.2.2007, DJ 22.3.2007, p. 281).

O que é relevante destacar, contudo, é que a admissão do *amicus curiae* para desempenhar o papel que, no direito estrangeiro, ele desempenha (e que para nós, vale o destaque, é, em largas linhas, exercido pelo Ministério Público quando atua na qualidade de fiscal da lei; v. n. 2, *supra*) não depende de expressa previsão legislativa. Ela decorre do sistema processual civil, isto é, das próprias normas de direito processual civil quando analisadas, como devem ser, desde a Constituição Federal ou, como prefere este *Curso*, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”. Foi a partir desta visão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu o instituto no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (aí entendidas as ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental), no que foi seguida por alguns Tribunais de Justiça no exercício do controle de constitucionalidade das leis municipais.

Não há, pelo que consta do parágrafo anterior, como concordar com o entendimento que já prevaleceu na 2ª Seção do STJ (REsp 1.023.053/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.un. 23.11.2011, DJe 16.12.2011) no sentido de recusar, em questão de ordem, o ingresso de associações como *amicus curiae* por não se tratar de recurso sujeito à disciplina do precitado art. 543-C, isto é, “Recurso Especial Repetitivo”. A razão de ser da intervenção do *amicus curiae* não se limita àqueles casos porque ela se justifica para todas aquelas hipóteses em que o julgamento puder, de forma direta ou indireta, influenciar outros casos (como, aliás, se verifica com relação à tese jurídica discutida no referido Recurso) ou, ainda, sempre que a *valoração* ínsita à

interpretação do direito recomendar a oitiva de representantes adequados da sociedade civil ou do próprio Estado.

4. ATIVIDADE PROCESSUAL

A função do *amicus curiae* é a de levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta para julgamento. Por se tratar de um “portador de interesses institucionais” para o plano do processo, ele deve atuar, no melhor sentido do fiscal da lei, como um elemento que, ao assegurar a imparcialidade do magistrado por manter a indispensável *terzietà* do juiz (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) com o fato ou o contexto a ser julgado, municia-o com os elementos mais importantes e relevantes para o proferimento de uma decisão ótima que, de uma forma ou de outra, atingirá interesses que não estão direta e pessoalmente colocados (e, por isso mesmo, defendidos) em juízo.

Justamente por isso é que a atuação do *amicus curiae* deve ser compreendida da forma mais ampla possível. Na prática do foro, a figura tem sido largamente admitida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental. Mas não há qualquer óbice, muito pelo contrário, que a figura seja amplamente aproveitada e generalizada, inclusive para a edição, cancelamento e revisão das Súmulas dos Tribunais Superiores que não tenham efeitos vinculantes, é dizer, que não reclamem a incidência do precitado art. 3º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006.

Mas não é só. É importante, mormente quando analisada a figura desde o “modelo constitucional do direito processual civil”, que sua atuação vá muito além das poucas situações que, de uma forma mais ou menos clara, a lei se refere a ela ou, quando menos, a uma *diferenciada* intervenção de terceiros.

A possibilidade (e, mais do que isto, a *necessidade*) do alargamento da admissão do *amicus curiae* para além daqueles casos que, de uma forma ou de outra, têm sido utilizados pela doutrina como referencial da intervenção aqui examinada, com a finalidade de suprir o que pode ser chamado de “déficit democrático da atuação do Judiciário brasileiro”, é medida impositiva. Mais ainda, vale a ênfase, quando os “precedentes

jurisdicionais”, não só dos Tribunais Superiores, assim entendidos o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça mas, também, dos Tribunais de segundo grau de jurisdição, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, e, até mesmo, as “sentenças dos juízos” (art. 285-A), têm o condão de alterar o procedimento do processo, abreviando-o em alguma medida mais ou menos clara e, até mesmo, vinculando o resultado a ser alcançado.

Assim, a *prévia* oitiva da sociedade civil organizada e do próprio Estado, em suas diversas órbitas de interesse, para fixar da melhor maneira possível (entendida esta expressão no seu sentido comum e amplo) o conteúdo do “precedente jurisdicional”, não pode ser olvidada. O que os Tribunais decidem hoje vincula procedimentalmente e, até mesmo, o conteúdo, do que se decidirá amanhã. É esta uma tendência inegável das alterações que, há mais de quinze anos, vêm sendo feitas no direito processual civil brasileiro. É ler, apenas para ilustrar o acerto da afirmação, a transformação do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 no atual art. 557, com a redação da Lei n. 9.756/1998. É ler o § 1º do art. 518, na redação da Lei n. 11.276/2006; é ler o já mencionado art. 285-A, incluído pela Lei n. 11.277/2006.

Esta alteração de paradigma da própria atuação jurisdicional leva à formulação de algumas perguntas bastante significativas: as condições pelas quais os Tribunais decidem hoje são suficientes para afastar críticas ao seu entendimento? Todas as alegações pertinentes pró e contra uma dada tese foram suficientemente enfrentadas?

A participação ampla do *amicus curiae* neste processo decisório é condição de *legitimação* destas decisões cuja função última é valerem como paradigmas para os casos futuros. É neste sentido que o *amicus curiae* tem tudo para desempenhar o inafastável papel de “contraditório presumido” ou “contraditório institucionalizado” a que fez referência o n. 2, *supra*. É modalidade de terceiro que não pode, pois, ser desconsiderada pela doutrina, embora silente a seu respeito o Código de Processo Civil.

Os arts. 543-A, § 6º, e o art. 543-C, § 4º, por isso mesmo, têm de receber ampla e generosa interpretação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como forma de *legitimar* suas decisões que passarão a desempenhar, mercê da disciplina reservada por aqueles dispositivos ao

recurso extraordinário e ao recurso especial, o mesmo papel de um *leading case* para o direito processual civil brasileiro.

PEQUENO GLOSSÁRIO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A exemplo do vol. 1, a proposta deste “pequeno glossário de direito processual civil” é a de apenas facilitar a leitura da matéria versada ao longo do volume. Os termos aqui listados e as breves explicações a eles apostas não têm o condão e não pretendem substituir suas explicações, que ocupam os locais próprios do trabalho. De resto, os termos aqui listados devem ser lidos em conjunto com o glossário do vol. 1 porque, em última análise, fazem parte de uma só iniciativa.

Ação declaratória incidental – v. *Pedido incidental de declaração*.

Ação dúplice – aquela em que o acolhimento ou a rejeição do pedido do autor tem o condão, por si só, de dar, na perspectiva do direito material, a mesma tutela jurisdicional para o réu como se ele próprio tivesse provocado o exercício da função jurisdicional.

Amicus curiae – modalidade de intervenção de terceiros pela qual um terceiro atua no processo com vistas ao proferimento de uma decisão que leve em consideração interesses dispersos na sociedade civil e no próprio Estado (interesses *institucionais*) que, de alguma forma, serão afetados pelo que vier a ser decidido no processo em que se dá a intervenção.

Assistência – modalidade de intervenção de terceiros na qual um terceiro (assistente) atua em prol de uma das partes (assistido) para se beneficiar direta ou indiretamente da decisão a ser proferida no processo.

Chamamento ao processo – modalidade de intervenção de terceiros pela qual o réu forma litisconsórcio passivo para a responsabilização conjunta e imediata de todos os réus em face do autor.

Coisa julgada formal – diz-se da imutabilidade endoprocessual que resulta da não interposição ou do julgamento de todos os recursos cabíveis das decisões jurisdicionais.

Coisa julgada material – imutabilidade que certas decisões jurisdicionais, as que apreciam o “mérito”, assumem em nome da segurança jurídica. A coisa julgada material tem consequências para fora do processo, são extraprocessuais.

Comarca – divisão territorial relativa à organização da justiça estadual (e distrital) de primeira instância. V. subseção judiciária.

Conexão – fenômeno de *modificação* da competência que se verifica quando há, entre duas demandas, identidade de objeto (mediato) ou de causa de pedir (remota ou próxima).

Contestação – resposta do réu em que se concentram todas as suas defesas, a não ser aquelas a que a lei impõe uma *forma* diferenciada.

Continência – fenômeno de *modificação* da competência que se verifica quando, entre duas demandas, houver identidade de partes e de causa de pedir, mas o pedido de uma é mais amplo que a da outra.

Denúncia da lide – modalidade de intervenção de terceiros pela qual o autor e/ou o réu (denunciante) formulam, no mesmo processo, pedido de tutela jurisdicional em face de um terceiro (denunciado), viabilizando o exercício de eventual direito de regresso contra ele.

Depoimento pessoal – meio de prova consistente na oitiva das próprias partes (autor ou réu) em juízo.

Documento – meio de prova consistente na apresentação de qualquer representação material, qualquer que seja ela, de um fato ou de um ato.

Exceções – no Código de Processo Civil, as “exceções” são específicas defesas formais (processuais) que se podem apresentar para arguir a incompetência relativa (exceção de incompetência) ou a suspeição ou o impedimento do magistrado (exceções de suspeição ou impedimento).

Foro – território onde os magistrados exercem a sua competência.

Fors regionais – divisão territorial de uma mesma comarca estabelecida por razões de interesse público para melhor distribuição do serviço judiciário.

Impugnação ao valor da causa – incidente de iniciativa do réu para questionar o valor da causa atribuído pelo autor na petição inicial.

Julgamento conforme o estado do processo – técnica que permite ao magistrado proferir sentença, qualquer que seja o seu conteúdo, independentemente da realização da fase instrutória.

Litisconsórcio – pluralidade de partes no polo ativo e/ou passivo do processo.

Nomeação à autoria – modalidade de intervenção de terceiros pela qual, por ato voluntário do réu (nomeante), do autor e de um terceiro (nomeado), há sucessão de partes, com o ingresso do nomeado no lugar do nomeante.

Oposição – modalidade de intervenção de terceiros em que o terceiro (opoente) pretende excluir o interesse do autor e do réu (opostos) de um determinado direito ou bem que alega seu.

Pedido contraposto – pedido de prestação de tutela jurisdicional formulado pelo réu em face do autor no mesmo processo em que demandado. Tradicionalmente, entende-se que o réu não exerce uma *nova* ação em face do autor. V. reconvenção.

Pedido incidental de declaração – pedido formulado pelo autor ou pelo réu no mesmo processo para que uma “questão prejudicial” seja decidida pelo juiz com força de “coisa julgada material”.

Perícia – meio de prova consistente na realização de exames e análises técnicas e especializadas por um profissional habilitado (perito).

Perito – auxiliar da justiça que realiza a perícia.

Petição inicial – formalização do pedido de prestação de tutela jurisdicional formulado pelo autor quando rompe a inércia da jurisdição.

Ponto – qualquer alegação feita em juízo antes de ela ser controvertida.

Preclusão – perda da possibilidade da prática de algum ato processual pelo transcurso de um prazo (preclusão temporal); pela sua prática incompleta ou equivocada (preclusão consumativa); ou pela prática de algum ato incompatível com o que deveria ter sido praticado (preclusão lógica). A preclusão gera efeitos para dentro do processo, é dizer, endoprocessuais. V. *Coisa julgada formal*.

Prejudicial – diz-se de ponto e/ou questão quando a sua resolução tende a vincular o entendimento de outro ponto e/ou questão.

Preliminar – diz-se de ponto e/ou questão que deve ser resolvido antes de outro, mas sem vincular o seu entendimento.

Prevenção – fixação concreta de um entre vários juízos igualmente competentes.

Prova testemunhal – meio de prova consistente na oitiva de terceiros em juízo sobre questões não técnicas.

Providências preliminares – atividades que o juiz pode ou deve praticar após a apresentação das respostas do réu visando ao “julgamento conforme o estado do processo”.

Questão – são os pontos controvertidos, isto é, as alegações feitas em juízo depois de serem negadas ou tornadas controversas.

Reconvenção – pedido de prestação de tutela jurisdicional formulado pelo réu em face do autor no mesmo processo em que demandado. Tradicionalmente, entende-se que o réu exerce uma *nova* ação em face do autor. V. pedido contraposto.

Relator – magistrado a quem, nos Tribunais, é distribuído um processo ou um recurso para primeiro exame em nome do colegiado.

Revelia – ausência de qualquer resposta do réu.

Saneamento do processo – diz-se da atividade desempenhada pelo juiz na fase ordinatória com vistas a eliminar quaisquer vícios ou irregularidades do processo que podem comprometer a prestação da tutela jurisdicional.

Seção Judiciária – cada um dos Estados e do Distrito Federal para fins de organização da Justiça Federal de primeira instância (art. 110, *caput*, da Constituição Federal).

Sentença – ato do juiz de primeira instância que põe fim à etapa cognitiva com fundamento nos arts. 267 ou 269, ou que põe fim ao processo nos casos do art. 794.

Subseção judiciária – o equivalente à comarca no âmbito da justiça federal de primeira instância. V. comarca.

UMA BREVE INCURSÃO NO “NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”

As propostas constantes do Projeto de novo Código de Processo Civil, apresentado pela Comissão de Juristas, aprovado pelo Senado Federal (PLS n. 166/2010) e pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010), pendente de aprovação no Plenário daquela Casa, quando do fechamento desta edição, a respeito dos assuntos tratados neste volume são, em síntese, as seguintes:

A “Parte geral” do Código de Processo Civil traz, entre as suas normas, as relativas à competência (arts. 21 a 24 e 42 a 66 no Senado; arts. 21 a 25 na Câmara) e ao litisconsórcio (arts. 112 a 117 no Senado; arts. 113 a 118 na Câmara).

Novidade digna de destaque é a disciplina de um “incidente de desconsideração da personalidade jurídica” (arts. 77 a 79 no Senado; arts. 133 a 137 na Câmara), que não encontra similar no direito atual, embora ele decorra da *sistematização* do atual Código, como propõe o n. 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 3.

O Livro II do Projeto do Senado (Livro I da Parte Especial do Projeto da Câmara), intitulado “Processo de conhecimento e cumprimento de sentença”, traz as regras que, na atualidade, correspondem ao “procedimento comum ordinário”. Com a proposta de abolição do “procedimento comum sumário”, o “procedimento comum” passa a ser o paradigmático, contrapondo-se aos “procedimentos especiais”, que, por sua vez, são divididos em “procedimentos *contenciosos*” e em “procedimentos *não contenciosos*” na inovação proposta pelo que corresponde à tradicional dicotomia entre “procedimentos de jurisdição contenciosa” e “procedimentos de jurisdição voluntária” proposta pela Câmara. Eles estão regulados pelo Título III do Livro II do Senado e do Livro I da Parte

Especial da Câmara. Trata-se de iniciativa que se mostra em total consonância com o que este *Curso*, desde a sua concepção, entendeu ser a melhor opção metodológica mesmo para o Código vigente.

O nome do Livro II do Senado (Livro I da Parte Especial da Câmara) – “Processo de conhecimento e cumprimento de sentença” – justifica-se porque a disciplina nele contida não se limita a regular o desenvolvimento da atividade cognitiva (intelectual) do magistrado para reconhecer o direito aplicável à espécie. Ela se volta também, no Título II, a expor as normas a serem observadas para a *concretização* daquele mesmo direito; sua *execução*, seu *cumprimento*, portanto.

Os casos de indeferimento liminar da inicial, inclusive por questões de mérito – a rejeição *liminar* do pedido, tal qual o atual art. 285-A –, são mais bem disciplinados (arts. 305 a 307 no Senado; arts. 331 a 333 na Câmara). O novel art. 285-B e seus dois parágrafos não são reproduzidos em nenhum dos dois Projetos, embora tudo indique que eles serão introduzidos na versão a ser aprovada no Plenário da Câmara.

No Projeto do Senado, a petição inicial deve trazer, desde logo, as testemunhas que o autor pretende ouvir (art. 296), exigência não proposta pela Câmara.

A citação inicial é, em regra, para comparecimento em “audiência de conciliação” (art. 323 no Senado; art. 335 na Câmara). Se produtiva a conciliação e realizado acordo, extingue-se o processo com o proferimento da sentença respectiva (art. 323, § 9º, no Senado; art. 335, § 11, na Câmara). Caso contrário, o réu terá prazo para apresentar sua contestação (art. 324 no Senado; art. 336 na Câmara).

São mantidas como *exceções* (embora sem emprego desse nome), apenas, a de impedimento e suspeição (art. 126 no Senado; art. 146 na Câmara). A de incompetência relativa e, bem assim, todos os demais *incidentes* que, no atual Código, merecem autuação em apenso ou em apartado e que têm o condão, de alguma forma, explícita ou implicitamente, de acarretar demora na tramitação do processo, inclusive porque impõem a sua suspensão, são eliminados. Propõe-se, vale esclarecer, a eliminação da *forma*, não do conteúdo.

No Projeto do Senado, idêntica orientação levou à transformação da *reconvenção* em “pedido contraposto” (art. 326). Na Câmara, a proposta é

de manutenção da reconvenção mais ou menos nos moldes atuais (art. 344).

Andou bem o Projeto da Câmara (arts. 345 a 350) ao distinguir, entre as defesas possíveis, a “alegação de convenção de arbitragem”, excepcionando com a iniciativa (coerentemente à razão de ser da arbitragem e de eventual sigilo existente para ela) o “princípio da concentração da defesa”.

Após a apresentação da contestação, o procedimento comum será, tal e qual, o que hoje é o “procedimento comum ordinário”: providências preliminares, saneamento do processo (com atividades racionalizadas e inequivocamente aperfeiçoadas – v. art. 342 no Senado e art. 364 na Câmara), julgamento conforme o estado do processo, tudo a depender do que, até então, tenha ocorrido. Inovação do Projeto da Câmara é a possibilidade (expressa) de julgamento imediato e *parcial* da lide (art. 363).

Havendo necessidade de fase instrutória, as provas serão produzidas, como hoje o são, em audiência de instrução ou fora dela. Novidades dignas de destaque são a disciplina da “produção antecipada da prova” (arts. 367 a 369 no Senado; arts. 388 a 390 na Câmara); a previsão da “ata notarial” (art. 370 no Senado; art. 391 na Câmara); e a extinção das “reperguntas” às testemunhas (art. 445 no Senado; art. 466 na Câmara), entre as disposições gerais relativas ao direito probatório.

A disciplina da sentença (arts. 472 a 482 no Senado; arts. 495 a 506 na Câmara) e da coisa julgada (arts. 489 a 495 no Senado; arts. 513 a 519 na Câmara) não apresenta maiores diferenças quando comparada com a atual.

Novidade digna de destaque é a eliminação da chamada “ação declaratória incidental”, razão de ser do art. 490 do Projeto do Senado: “A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas”. Na Câmara, consoante os §§ 1º e 2º do art. 514 do Projeto, a inovação é recebida com condicionantes.

Quanto às modalidades de intervenção de terceiro, cabem os seguintes comentários:

A assistência (simples e litisconsorcial) é mantida (arts. 308 a 313 no Senado; arts. 119 a 123 na Câmara).

A nomeação é eliminada. A possibilidade de correção da *ilegitimidade passiva*, razão última de ser da nomeação à autoria, é mantida – e bastante

aperfeiçoada, por não depender da concordância do terceiro – como uma nova “preliminar de contestação” (art. 328 no Senado; art. 339 na Câmara).

As novidades da denunciação da lide, que, no Projeto do Senado aparece sob nova nomenclatura, “denunciação *em garantia*”, que são, por ora, dignas de destaque, são a sua melhor sintonia com as previsões de direito material – que justificam a razão de ser do instituto – e nos comportamentos a serem assumidos pelo denunciado ao longo do processo. As dificuldades interpretativas decorrentes do parágrafo único do art. 456 do Código Civil são eliminadas não só pela previsão dos incisos do art. 317 do Senado (art. 128 da Câmara), mas, também, pela proposta de revogação expressa daquele dispositivo (art. 1.007 no Senado; art. 1.082, II, na Câmara). O “cumprimento *direto* de sentença” contra o denunciado é admitido expressamente pelo Projeto (art. 317, IV, no Senado; art. 128, IV, na Câmara).

O chamamento ao processo, no texto do Projeto do Senado, quer, também, dialogar melhor com as hipóteses de direito material que justificam, para fins de corresponsabilização, a intervenção de terceiro em processo alheio (art. 319, IV). As alternativas existentes para o cumprimento da sentença que acolher o pedido do autor são, por sua vez, mais bem esclarecidas (art. 321). O Projeto da Câmara não acolheu a primeira daquelas orientações (art. 130, I a III), mas, felizmente, observou a segunda (art. 132).

O *amicus curiae* ganha disciplina específica e genérica (art. 322 no Senado; art. 138 na Câmara), não limitando a sua intervenção aos casos repetitivos ou perante os Tribunais Superiores.

A oposição, que havia sido eliminada pelo Projeto do Senado, foi reintroduzida pela versão da Câmara entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa (arts. 697 a 701).

Chama a atenção, por fim, a circunstância de a disciplina da intervenção de terceiros estar, no Projeto do Senado, alocada entre as regras do procedimento comum e no da Câmara, ela estar na Parte Geral, iniciativa que parece ser mais adequada.

A síntese que ocupa os parágrafos anteriores é bastante para *informar* o leitor sobre as discussões sobre o novo Código de Processo Civil que ainda ocupam a agenda do Congresso Nacional. Ir além é, como anuncia a Nota

Introdutória desta edição, desviar-se do objetivo *formador* de um *Curso*, como quer ter o presente.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 1.

_____. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 2.

_____. *Suspensão de segurança: sustação de eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. vol. 3.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. vol. 4.

ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. vol. 1.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958. t. 1 e 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. IV.

_____. *Da reconvenção no direito brasileiro*. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 1958.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 1.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. vol. III.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. vol. V.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1941. vol. 2.

_____. *Processo civil e commercial no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva & Cia. Editores, 1925.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Turim: Giappichelli, 1990.

ANDRADE JR., Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil: direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. vol. II.

_____. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAÚJO, Mauro Alves de. *Extinção do processo de saneamento*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAÚJO, Paula Ambrozim Corrêa de. *Breves anotações sobre o procedimento sumário*. Vitória: Ice, 2004.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. vol. IV.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Assistência e intervenção da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO JÚNIOR, Gediél Claudino de. *A resposta do réu no processo civil: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. Notas sobre os embargos de terceiro. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coord.). *Execução civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

ARRUDA ALVIM. Algumas notas sobre a distinção entre posse e detenção. In: ARRUDA ALVIM; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. vol. III.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. vol. VI.

_____. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vols. 1 e 2.

_____. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. *Revista de Processo*, vol. 106, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. vol. I.

_____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. vol. II.

ARRUDA ALVIM; ALVIM PINTO, Teresa Arruda. *Assistência – Litisconsórcio – Repertório de jurisprudência e doutrina*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ASSIS, Araken de. *Concurso especial de credores no CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Procedimento sumário*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Sentença condenatória como título executivo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Substituição processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 9, São Paulo: Dialética, 2003.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil. *Revista Jurídica Unijus*, vol. 11, n. 14, Uberaba: UNIUBE/Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BAPTISTA, Raimundo. *Do indeferimento da petição inicial e suas consequências*. São Paulo: Pro-Livro, 1979.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. vol. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença (Lei n. 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 39, São Paulo: Dialética, 2006.

_____. A resposta do réu no sistema do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, vol. 404, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. In: *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. V.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Forense*, vol. 377, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Revista de Processo*, vol. 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Intervenção litisconsorcial voluntária. In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. O novo Código Civil e a união estável. *Revista de Direito Privado*, vol. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O novo Código Civil e o direito processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 19, Porto Alegre: Síntese, 2002.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Provas atípicas. *Revista de Processo*, vol. 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. BDNINE JR., Hamid Charaf. Comentário aos arts. 389 a 416. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos arts. 46 a 80, 125 a 133, 270 a 273 e 319 a 328. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENETI, Sidnei. Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BOLLMANN, Villian. *Juizados Especiais Federais: comentários à legislação de regência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 47, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1943.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, vol. 117, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

_____. *Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo Código*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996. vols. I, II e III.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol. III.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CALMON FILHO, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis e federais: uma abordagem crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. vols. I e II.

CAMARGO SOBRINHO, Mário de. *Do litisconsórcio e seus efeitos*. São Paulo: Interlex, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CARAM JÚNIOR, Moacyr. *O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Em torno da petição inicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 381.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. *Revista de Processo*, vol. 111, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Intervenção de terceiros*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição e competência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Mandado de segurança. Assistência e *amicus curiae*. *Revista de Processo*, vol. 112, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, vol. 776, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. vol. I.

_____. *La prueba civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

_____. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. vol. II.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. Eficácia da sentença na denunciação da lide: execução direta do denunciado. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/FIEO, 1992.

CARVALHO, Vladimir Souza. *Da Justiça Federal e sua competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 807, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Comentário ao art. 1.698. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CASTRO, Renato. *Julgamentos liminares de improcedência*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. A ação de alteração de regime de bens entre os cônjuges. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 8, São Paulo: Dialética, 2003.

_____. A importância dos memoriais informais (memorandos). *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 9, São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Alguns impactos do novo Código Civil no direito processual brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 6, São Paulo: Dialética, 2003.

CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. A Teoria histórica da disciplina da responsabilidade dos sócios. In: CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge (coord.). *O direito de empresa nos tribunais brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis estaduais e federais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. vols. 1 e 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Do chamamento à autoria: denúncia da lide*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. IV.

COLLAÇO, Daniel César Botto. *Direito constitucional: competência cível e criminal do juiz federal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Da intervenção de terceiros no processo*. São Paulo: C. Teixeira e Cia. Editores, 1930.

COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, José Maria da. As obrigações solidárias. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A intervenção “iussu iudicis” no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1961.

_____. *Assistência: processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Confissão e reconhecimento jurídico do pedido*. São Paulo: Saraiva, 1983.

COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. Turim: UTET, 1955.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2002.

CRISCUOLI, Giovanni. Amicus curiae. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXVII, n. 1, Milão: Giuffrè, 1973.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Pluralidade de partes e intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A “causa petendi” no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas regras do novo Código Civil e sua repercussão no processo – prescrição, decadência, etc. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 5, São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CURI, Izabela Rucker. Considerações sobre assistência e a provocação do terceiro para intervir no feito. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa

Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 2.

_____. Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista dos Tribunais*, vol. 788. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DE CRESCI SOBRINHO, Elicio. *Litisconsórcio: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *O “amicus curiae” no direito processual civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUCSP, 2005.

DENTI, Vitorio. *La giustizia civile: lezioni introduttive*. Bolonha: Il Mulino, 1989.

DIAS, Maria Berenice. *O terceiro no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

DIDIER JR., Fredie. Ainda sobre a denunciação da lide com base no inciso III do art. 70 do CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 9, São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2006. vol. 1.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Regras processuais no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Podium, 2008.

DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Prova, exame médico e presunção: o artigo 223 do Código Civil*. Salvador: Jus Podium, 2006.

_____. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Jus Podium, 2006.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita: aspectos processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal n. 1.060/50)*. Salvador: Jus Podium, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vols. II e III.

_____. *Intervenção de terceiros*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Litisconsórcio*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Comentários aos arts. 213 a 262. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DONOSO, Denis. *Julgamento prévio do mérito: análise do art. 285-A do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DORNA, Mário Henrique de Barros. A tutela judicial dos direitos autorais: o ECAD e o artigo 105 da Lei 9.610/98. Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011. Prêmio Menção Honrosa.

DUARTE, Nestor. Comentários aos arts. 50, 189 a 232. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2007.

ELTER, Belmiro Pedro. Rito processual na prestação de alimentos, litisconsórcio e tutela antecipada. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Saraiva/IBDFAM, 2005.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Atual. por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1955.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Pádua: Cedam, 1996, ristampa 2001.

FAZZALARI, Elio; LUISO, Francesco P. *Codice di Procedura Civile e norme complementari*. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual: questão incidental, procedimento incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Sérgio. *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA, William Santos. Aspectos materiais e processuais da responsabilidade patrimonial do incapaz. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros e sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa – o pensamento do Prof. Alfredo Buzaid. *Revista de Processo*, vol. 72, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. vol. 4, t. II.

_____. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis estaduais e federais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Procedimento sumário: Lei 9.245, de 26.12.1995*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas de experiência e o livre conhecimento do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 10, São Paulo: Dialética, 2004.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. Limites da denúncia da lide pelo autor. *Tribuna do Direito*. São Paulo, fev. 2003.

_____. *Reconhecimento jurídico do pedido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. É agravável o ato de ordenar a citação na execução? In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. *A ação declaratória incidental*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1995.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 2002. vol. VIII, t. III.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Intervenção de terceiros: aspectos do instituto*. São Paulo: Saraiva, 1990.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. II.

GARNER, Bryan A. (editor). *Black's Law Dictionary*. 7. ed. St. Paul: West Group, 1999.

GASPARETTI, Marco Vanin. *Competência internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIANESINI, Rita. Da recorribilidade do cite-se. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GIANNICO, Maricí. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antonio (tradução). Normas transnacionais de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GODINHO, Robson Renault. Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/AMPERJ, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentário ao art. 928. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria geral da prova: aspectos polêmicos*. Salvador: Jus Podium, 2005.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

GOMES, Fábio. *Carência de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOMES, Victor André Liuzzi. *Intervenção de terceiros e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Da denunciação da lide*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. II.

- _____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1.
- GONÇALVES, William Couto. *Intervenção de terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- GONZÁLEZ, Atilio Carlos. *La intervención voluntaria de terceros en el proceso*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, s/d.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 6, São Paulo: Dialética, 2003.
- GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 15, São Paulo: Dialética, 2004.
- _____. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. vol. 5.
- GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1.
- _____. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. São Paulo: Forense Universitária, 2000.
- _____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.
- _____. *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- _____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. As três figuras do litisconsórcio (exegese do art. 88 do Código de Processo Civil). In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. vol. IV.

_____. Sobre a solidariedade das obrigações cambiais. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica, 1969.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e commercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva & Cia. Editores, 1939.

JAUERING, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nut shell*. St. Paul: West Group, 1996.

KENNY, Héctor Eduardo. *La intervención obligada de terceros en el proceso civil*. Buenos Aires: Depalma, 1983.

KLIPPEL Rodrigo. *As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção*. São Paulo: Scortecci Editora, 2005.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. 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, 2006.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LAMBAUER, Mathias. *Do litisconsórcio necessário*. São Paulo: Saraiva, 1982.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A “causa petendi” na separação judicial e de dissolução de união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Manual de direito processual civil*. Trad. da 4ª edição italiana e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. vol. I.

_____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. In: em *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

LIMA, Walberto Fernandes de. *Sujeitos e atos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2006. vol. 2.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES-FRAGOSO, Tomas. *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*. Madri: Marcial Pons, 1990.

LOTUFO, Renan. Alimentos – obrigação avoenga – art. 397 do CCB – possibilidade de dirigir desde logo a pretensão alimentar contra ascendente mais remoto – ônus da prova. *Revista Brasileira de Direito de Família*, vol. 8, São Paulo, 2001.

_____. *Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1.

_____. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 15. ed. Milão: Giuffrè, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo*, vol. 106, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória: art. 486 do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As regras de experiência comum na formação da convicção do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 17, São Paulo: Dialética, 2004.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 12. ed. Turim: Giappichelli, 1998. vol. III.

MARCATO, Antônio Carlos. Comentários aos arts. 134 a 138, 262 a 266, 297 a 314, 329 a 332. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. vols. I, II e III.

_____. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. vols. 2 e 3.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Exemplo de litisconsorte necessário-simples: desapropriação e o direito de superfície (art. 1.376). In: MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Questões processuais do Código Civil de 2002*. São Paulo: Manole, 2006.

_____. *Litisconsórcio sucessivo: breves considerações*. (texto gentilmente cedido pelo autor).

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. *A revelia sob o aspecto da instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da Corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da Justiça Federal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 1.

MILHOMENS, Jônatas. *Das exceções: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, Fernando Mil Homens. Observações sobre a eficácia probatória do e-mail no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 193, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOURA, Mario de Assis. *Da intervenção de terceiros: lei civil e processo*. São Paulo: Saraiva, 1932.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

_____. Perícia múltipla na ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constituição Federal e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Algumas considerações sobre as limitações procedimentais à busca da verdade no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 30, São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Litisconsórcio alternativo e o Código de Defesa do Consumidor. *A leitura: caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*, vol. 2, n. 1, Belém: ESM-PA, 2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Do amicus curiae*. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, vol. 16, n. 7. Brasília, 2004.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, Carlos Silveira. *Sentença civil: perfil histórico-dogmático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da coisa litigiosa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, vol. 96, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. (coord.) *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. (org.) *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Contrato de seguro – Alguns tópicos. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). *O novo Código Civil – estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, Evandro. *Multa no Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de revelia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. vol. 1.

_____. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. vol. II.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae – Intervenção de terceiros*. *Revista de Processo*, vol. 109, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Justiça Federal: primeira instância*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal comum*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Comentários aos arts. 332 a 444. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. vol. III.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Nápoles: Jovene, 1999.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Comentários aos arts. 86 a 125. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de la tercería*. 3. ed. Buenos Aires: Ediar, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. I, II e VII.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. IV.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. 1.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. vol. 6.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAMOS, Guillermo Federico. Brevíssimos comentários acerca da busca da verdade real, sob o enfoque publicista do processo civil contemporâneo. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 22, São Paulo: Dialética, 2005.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RESTIFFE, Lauro Paiva. *A preliminar e seus dois recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. vols. I e II.

_____. *Modificações objetivas e subjetivas da ação*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

RICO, Osvaldo da Silva. *Da reconvenção e da compensação no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

RIVAS, Adolfo Armando. *Tratado de las tercerías: el proceso complejo*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996. t. 2.

ROCHA, José de Albuquerque. *Nomeação à autoria*. São Paulo: Saraiva, 1983.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 2.

RODRIGUES, Walter Piva. A participação do advogado na produção da prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 14, São Paulo: Dialética, 2004.

RODRIGUES NETTO, Nelson. A figura do estipulante na ação direta da vítima no seguro obrigatório de responsabilidade civil. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RUIZ, Urbano. Seguro de responsabilidade civil. Legitimidade da vítima do dano para promoção da ação de reparação contra a seguradora. Disciplina da matéria no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 820, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SÁ, Renato Montans de. *Eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALAZAR, Rodrigo. Denúnciação da lide – rumo e efetivação processual. Limites exegéticos. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 14, São Paulo: Dialética, 2004.

_____. Hipótese de denúnciação da lide do art. 70, I, do CPC: análise do art. 456 do novo CC. Possibilidade de denúnciação *per saltum*? In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANCHES, Sydney. *Denúnciação da lide no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Do julgamento antecipado da lide*. São Paulo: Lex, 1970.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Alienação da coisa litigiosa e intervenção de terceiros. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 8, São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vols. 1 e 2.

SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. *A técnica de elaboração da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Comentários aos arts. 154 a 199, 267 a 269, 295 a 296 e 445 a 457. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016/2009*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vols. 1 e 2.

_____. “*Amicus curiae*” no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Comentários aos arts. 286 a 294, 458 a 466 e 485 a 495. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 5.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 4.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 3.

_____. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Execução – Cessão de crédito – Sucessão e não substituição processual – Assunção no polo ativo reconhecida provisoriamente em agravo de instrumento – Consequências de eventual modificação da decisão antecipatória da tutela recursal. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 14. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. Os princípios do processo civil transnacional e o Código de Processo Civil brasileiro: uma primeira aproximação. *Revista de Processo*, vol. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Principles and rules of transnational civil procedure and Brazilian civil procedure compared: a first assessment. *Uniform Law Review*, vol. IX. Roma: UNIDROIT, 2004-4.

SCHÖNKE, Adolf. *Direito processual civil*. Trad. Karina Andrea Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Revisão de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Michel Ferro e. *Litisconsórcio multitudinário*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Nelson Finotti. A intervenção de terceiros sob a luz do art. 1.698 do novo CC e o Estatuto do Idoso. *Revista de Processo*, vol. 119. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 1, 5 (t. I e II) e 6.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. vol. 4 (t. I e II).

_____. *Curso de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. vol. I.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O novo regime da taxa judiciária do Estado de São Paulo: as principais inovações da Lei Estadual 11.608, de 29.12.2003. *Revista de Processo*, vol. 115, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

SOUZA, Gelson Amaro. *Do valor da causa*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Execução de sentença diretamente contra o denunciado. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução: temas polêmicos e atuais*. São Paulo: RSC, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: IBEJ, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Constituição do Brasil integrada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, Osvaldo Hamiton. A CVM como *amicus curiae*. *Revista dos Tribunais*, vol. 690. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA; Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. 1.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As inovações no Código de Processo Civil em matéria de processo de conhecimento. In: *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Contratos de seguro e resseguro. Legitimidade de partes. Conflito de ações de cobrança e consignação em pagamento. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 13, São Paulo: Dialética, 2004.

_____. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. I.

TJÁDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. vol. I.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais cíveis e criminais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Desistência da ação: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

USTÁRROZ, Daniel. *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VALLE, Christiano Almeida do. *Da assistência e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Americana, 1974.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 2.

_____. *Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974. vol. VI.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Comentários aos arts. 139 a 153, 315 a 318, 467 a 479. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VITIRITTO, Benedito Mário. *Carência da ação?* São Paulo: Lejus, 1999.

_____. *Julgamento antecipado da lide e outros estudos*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais/Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Cabimento da denúncia da lide ao segurador nas ações de reparação de dano com fundamento no Código de Defesa do Consumidor (o falso chamamento ao processo do artigo 101 do CDC). *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 23, São Paulo: Dialética, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo*, vol. 109, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Tutela jurisdicional da propriedade industrial. *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, vol. 71, Porto Alegre: Ajuris, 1997.

SITES CONSULTADOS

Associação dos Advogados de São Paulo – www.aasp.org.br

Câmara dos Deputados – www.camara.gov.br

Instituto Brasileiro de Direito Processual – www.direitoprocessual.org.br

Presidência da República – www.presidencia.gov.br

Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo –
www.ptac.sp.gov.br

Superior Tribunal de Justiça – www.stj.jus.br

Supremo Tribunal Federal – www.stf.jus.br

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – www.tjsp.jus.br

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – www.tjrj.jus.br

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – www.tjrs.jus.br

Tribunal Regional Federal da 3ª Região – www.trf3.jus.br