



RESPOSTA DO RÉU NO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Revista de Processo | vol. 2/1976 | p. 249 - 262 | Abr - Jun / 1976
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 2 | p. 663 - 680 | Out / 2011
DTR\1976\22

José Carlos Barbosa Moreira

Área do Direito: Civil; Processual

Sumário:

- 7.Exceções - 8.Reconvenção

1. O Prof. José Carlos Barbosa Moreira - Sr. Prof. Arruda Alvim, * meus prezados colegas: Pela terceira vez tenho a satisfação de vir a São Paulo para proferir uma palestra a convite do meu prezado colega e eminente Prof. Arruda Alvim, neste Curso de Especialização da Pontifícia Universidade Católica.

A apresentação que acaba de ser feita foi extremamente generosa, o que não é de espantar, em primeiro lugar porque já é regra que as apresentações dos conferencistas sejam sempre vazadas em termos generosos, até mesmo por questão de gentileza, de hospitalidade. A isso acresce, naturalmente, a amizade com que me honra o Prof. Arruda Alvim. Mas os ouvintes, em breve, terão a oportunidade de confrontar a prosaica realidade com essa idealizada apresentação. Espero, em todo caso, que a decepção não seja excessivamente grande.

2. O tema que me foi proposto pode ser enunciado sob a designação genérica de "resposta do réu", já que todos os outros tópicos se relacionam com esse item fundamental. Diante da demanda, como sabemos, pode o réu assumir diferentes atitudes, que variam ao longo de um espectro bastante diversificado: desde a omissão, pura e simples, passando pela renúncia ao ataque do autor - seria o reconhecimento do pedido - para chegarmos, através das várias modalidades da defesa, até o extremo oposto, do contra-ataque, representado, como sabem, pela reconvenção.

Sob a rubrica "Da resposta do réu", contempla o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1973 algumas dessas possíveis atitudes do demandado. Não cogitou o Código, nesse Capítulo, da atitude omissiva, o que é natural, porque, evidentemente, não se pode considerar a omissão, o silêncio, como uma modalidade de resposta, propriamente dita. Menos compreensível me parece, entretanto, a falta de qualquer referência, neste Capítulo, àquela modalidade de resposta consistente na adesão do réu à pretensão do autor, isto é, no reconhecimento da procedência do pedido, que seria, sem dúvida, uma forma de responder, e até diria a mais agradável para o autor, aquela que ele espera com a maior ansiedade. Os comportamentos disciplinados sob a rubrica "Da resposta do réu", no Cap. II do Tít. VIII do L. I, compreendem, pois, as várias espécies de defesa, manifestadas sob a forma da contestação ou sob a forma da exceção, e ainda o contra-ataque, ou seja, a reconvenção. Nota-se desde logo certa heterogeneidade no conteúdo desse Capítulo, uma vez que a reconvenção, sendo, como é, verdadeira ação, proposta pelo réu contra o autor, não pode, a meu ver, equiparar-se a uma simples defesa. Portanto, a expressão "resposta" está empregada aqui em sentido bastante amplo, que abrange figuras intrinsecamente diversas entre si.

3. Ainda no plano genérico, observaria que o Código de 1973, ao contrário do que se dava no sistema anterior, optou pela unificação do prazo, no procedimento ordinário, para o oferecimento de qualquer das modalidades das respostas aqui disciplinadas. Tal prazo, de acordo com o disposto no art. 297, será sempre de quinze dias, quer se trate de contestação, quer de exceção, quer, ainda, de reconvenção. Todavia, deve também registrar-se que, a despeito da igualdade de duração, nem sempre haverá coincidência,

já que o prazo para oferecer exceção será contado a partir, segundo a letra do art. 305, do fato que tiver ocasionado a incompetência, o impedimento ou a suspeição. Talvez melhor fora ter dito o Código "do conhecimento, pela parte, desse fato". É assim, creio que se deve interpretar o dispositivo.

Uma questão estritamente relacionada com esta a que acabo de referir-me é a do prazo especial concedido pelo art. 188 à Fazenda Pública e ao Ministério Público. Esse artigo assegura à Fazenda Pública e ao Ministério Público prazo em quádruplo para contestar, referindo-se, expressamente, apenas à contestação. Não se referiu, em termos genéricos, à resposta. Entretanto, no tocante à reconvenção, parece-me não haver qualquer dúvida de que também para reconvir terá a Fazenda Pública ou o Ministério Público prazo em quádruplo, uma vez que, de acordo com o disposto no art. 299, 1.^a parte, a contestação e a reconvenção devem ser oferecidas simultaneamente. Se conjugarmos esta norma com a do art. 188, facilmente chegaremos à conclusão de que também para reconvir dispõem a Fazenda Pública e o Ministério Público do prazo especial fixado no art. 188. A meu ver, esse benefício de dilatação de prazo deve ser também observado no procedimento sumaríssimo, uma vez que a ratio legis não admite qualquer diversidade de tratamento. Ora, no procedimento sumaríssimo há um intervalo mínimo obrigatório de dez dias, entre a juntada aos atos do mandado citatório cumprido e a realização da audiência, na qual, como sabemos, caberá ao réu oferecer sua defesa, por escrito ou oralmente. Se esse é, então, o prazo mínimo comum para a preparação da defesa, quero crer que, em se tratando da Fazenda Pública ou do Ministério Público, o prazo dilatatório há de ser contado em quádruplo, de sorte que, no procedimento sumaríssimo, a audiência jamais deverá ser marcada para dia que não diste pelo menos quarenta dias do termo inicial, ou seja, da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido.

4. Concentrando agora a nossa atenção sobre a defesa, gostaria de referir, apenas para ordenar idéias, as várias modalidades que ela pode apresentar. O réu pode defender-se: no plano do processo, no plano da ação e no plano do mérito. Pode formular impugnações de natureza processual, pode argüir a falta de alguma das condições reclamadas para o legítimo exercício do direito de ação, naquele caso concreto, e pode impugnar o próprio pedido, no plano do mérito. Ainda no plano do mérito, é conhecida de todos a distinção que se costuma estabelecer entre as chamadas defesas diretas e as chamadas defesas indiretas. As primeiras consistiriam em negar o réu o próprio fato supostamente constitutivo do direito do autor, ou, pelo menos, em negar que desse fato decorram as conseqüências jurídicas afirmadas na inicial. Já a defesa indireta não se traduziria propriamente em uma negação, mas na formulação, pelo réu, de argüições consistentes na afirmação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito postulado pelo autor, ou ainda de um contradireito do réu, como seria, p. ex., o caso de um crédito que ele alegasse em compensação, ou ainda o do direito de retenção por benfeitorias. A esta última modalidade de defesa indireta, na qual o réu contrapõe um direito seu ao alegado direito do autor, costuma-se dar, em doutrina, a denominação de exceções em sentido material ou substancial, as quais não devem ser confundidas com as exceções processuais, as únicas que o Código de 1973 distingue com esse nomen iuris.

Note-se que não há correspondência precisa entre essas várias modalidades de defesa - olhadas ao ângulo substancial - e as vias formais através das quais há de opô-las o réu. Se quiséssemos estabelecer uma correspondência, não conseguiríamos fazê-lo em termos exatos. De um lado, se é verdade que através das exceções não se pode alegar nenhuma defesa concernente ao mérito, por outro lado é também verdade que as defesas de ordem processual não se esgotam necessariamente através das exceções. Poder-se-ia conceber, de lege ferenda, um sistema em que os três tipos fundamentais de defesa - as relativas ao processo, as referentes à ação e as concernentes ao mérito - tivessem, cada qual, a sua via formal própria, para alegação pelo réu. Isso, entretanto, não acontece no direito brasileiro, e já não acontecia no sistema do Código de 1939, onde, como sabem, a defesa de mérito ficava, sim, reservada, em princípio, para a



contestação, mas nesta se podiam também opor defesas preliminares. As exceções, no Código de 1939, abrangiam defesas de ordem indiscutivelmente processual, como a incompetência e a suspeição (que naquele diploma abrangia, como se sabe, a figura do impedimento), e mais duas outras defesas, a da litispendência e a da coisa julgada, sobre cuja natureza a doutrina é controversa, entendendo alguns que se trata também de matéria de índole processual, enquanto preferem outros colocá-las entre as matérias referentes às condições para o exercício da ação. Se fizermos um rápido confronto entre os esquemas do Código de 1939 e o do Código de 1973, a esse respeito, vamos, ainda uma vez, verificar a inexistência de uma correspondência exata, entre a classificação dos tipos de defesa, do ponto-de-vista substancial e a classificação das vias formais através das quais essas defesas podem ser alegadas. A matéria de mérito continuou reservada, em princípio, à contestação, sem que entretanto, se exclua a possibilidade de na própria contestação serem alegadas defesas preliminares, quer concernentes ao processo, quer concernentes à ação. Já as exceções ficaram, desta vez, reduzidas, indiscutivelmente à matéria processual, já que no Código de 1973 apenas a incompetência, a suspeição e o impedimento podem ser opostos por via de exceção.

Aqui, uma pergunta surgiria: será que se justifica, de lege ferenda, a manutenção dessa dualidade de vias formais, a contestação e a exceção? Ou seria possível além da unificação de prazo, a que já aludi, proceder-se também a uma unificação das próprias vias de defesa, abolindo a figura autônoma da exceção e concentrando toda a matéria de defesa na própria contestação? É essa a tendência que se nota em algumas das legislações processuais mais modernas. O próprio Código português, no qual em vários pontos se andou inspirando o nosso legislador de 1973, já considera a exceção como uma espécie do gênero contestação. No diploma luso, o conceito de contestação é amplo e abrange quer a via própria para o oferecimento de defesa no plano do mérito, quer também aquela destinada à alegação das matérias que entre nós estão reservadas às exceções. Não é que o legislador português haja eliminado, propriamente, o conceito de exceção. Apenas ele o reduziu a uma modalidade da contestação. O Código luso declara expressamente que a contestação pode assumir a forma de impugnação, quando se trata de defesas diretas de mérito, ou a forma de exceção, nos outros casos de sorte que essas duas constituiriam as espécies do gênero contestação. Fenômeno semelhante tem ocorrido em outros países. Andei fazendo, nestes últimos dias, uma pesquisa breve de direito comparado e verifiquei, por exemplo, que na Suíça os mais recentes códigos cantonais, como o do Ticino, de 1971 e outros, já não cogitam de qualquer bipartição, de qualquer bifurcação da via utilizável pelo réu para oferecer a sua defesa. Ele terá de apresentá-las sempre através da mesma peça, sempre por meio do mesmo ato, seja qual for o tipo de defesa, processual ou de mérito, ou ainda concernente às chamadas condições da ação.

Cumpra notar, finalmente, a existência de defesas oponíveis fora da ocasião da resposta. Nem todas as defesas precisam, necessariamente, estar contidas na resposta do réu, oferecida dentro do prazo previsto no art. 297. Vários dispositivos do Código de 1973 expressamente consagram a possibilidade de o réu oferecer defesas já depois de ultrapassada essa oportunidade. É o que acontece, por exemplo com a alegação de incompetência absoluta, por força do disposto no art. 113: "A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção."

E mesmo defesas concernentes ao mérito podem, em certas hipóteses, ser oferecidas depois de ultrapassada a fase da resposta. Assim é que o art. 303 reza: "Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir alegações novas quando:

"I - relativas a direito superveniente;

"II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

(Seria, por exemplo, o caso da nulidade absoluta do ato jurídico de que se teria originado o suposto direito do autor.)

"III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo."

Serve de exemplo notório o caso da prescrição, à qual se refere o Código Civil (LGL\2002\400), permitindo a sua alegação a qualquer tempo.

5. Vou passar a enumerar as principais inovações que se observam na disciplina dada pelo Código às várias modalidades de resposta, em confronto com o direito anterior, já que seria obviamente impossível focalizar todas as, facetas do tema proposto. Julguei que seria mais interessante deter-me, de preferência, nos aspectos que estão a merecer o nosso cuidado e a nossa atenção por constituírem, de uma forma ou de outra, novidades da legislação processual brasileira em vigor.

6. No tocante, primeiramente, à contestação, vale a pena observar que o Código de 1973 cuidou de discriminar expressamente os tópicos que devem ser versados pelo réu nessa peça. Fê-lo nos arts. 300 e 301: "Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

I - inexistência ou nulidade da citação;

II - incompetência absoluta;

III - inépcia da petição inicial;

IV - perempção;

V - litispendência;

VI - coisa julgada;

VII - conexão;

VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

IX - compromisso arbitral;

X - carência de ação;

XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar."

Como vêem, o Código quase ofereceu ao advogado um como que modelo de contestação, indicando, por assim dizer, a ordem em que as matérias de que dispõe o réu para defender-se devem ser apresentadas. É claro que isso não deve ser tomado ao pé da letra; ninguém rejeitará uma contestação pelo simples fato de não ter sido observada a seqüência do art. 301.

Outra inovação do Código de 1973 é a consagração expressa, no art. 302, do chamado ônus da impugnação especificada: "Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto."

O parágrafo único esclarece que a regra, quanto ao ônus da impugnação especificada



dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, nem ao curador especial, nem ao órgão do Ministério Público. Vale a pena observar que a norma do art. 302, a meu ver, não exclui o conhecimento ex officio, pelo juiz, dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, porventura provados nos autos, embora não alegados pelo réu. O art. 131 é expresso em determinar que o juiz aprecie livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes; de sorte que não será a omissão do réu em alegar um fato impeditivo, um fato modificativo, ou um fato extintivo - como, por exemplo, o pagamento - que há de impedir o órgão judicial de levar em conta este fato no julgamento da lide. O que o juiz não pode levar em conta de ofício, e precisa esperar que o réu tome a iniciativa de alegar, são exatamente aquelas exceções em sentido material a que me referi quando procurei esquematizar aqui as várias modalidades de defesa no plano do mérito. Essas exceções em sentido material, por constituírem verdadeiros contradireitos do réu, só podem ser levados em conta, evidentemente, se o réu se dispuser a exercer o seu direito de alegá-las.

7. Exceções

Como se vê do confronto entre os dois sistemas, foi reduzido o elenco das defesas oponíveis por via de exceção, já que no Código de 1973 apenas a incompetência - e somente a relativa - o impedimento e a suspeição cabem nesta modalidade formal de defesa, que é a exceção. Não se pode mais, portanto, opor a preliminar de litispendência, nem a de coisa julgada, através de exceção. São matérias que hão de ficar necessariamente reservadas à contestação. Sem embargo da autoridade de alguns escritores que continuam a assim expressar-se, parece-me impróprio que se persista em usar a expressão "exceção de coisa julgada", ou "exceção de litispendência", a partir da entrada em vigor do Código de 1973. Em primeiro lugar, porque, como vimos, a via formal da exceção ficou reservada à incompetência, à suspeição e ao impedimento. Em segundo lugar, porque nem a preliminar de litispendência nem a preliminar de coisa julgada correspondem a um conceito que se poderia, talvez, formular em sede doutrinária, no qual a exceção teria como traço característico precisamente aquele que há pouco referi: o de tratar-se de matéria cujo conhecimento pelo órgão judicial fique na dependência da iniciativa da parte. Muito pelo contrário: o art. 301, § 4.º, é expresso em determinar que o juiz conheça de ofício de todas as matérias enumeradas nos seus diversos incisos, com a única exceção do compromisso arbitral; e aí se encontram, nos ns. V e VI, alusões expressas à litispendência e à coisa julgada. De sorte que nem por um ângulo nem por outro se justifica mais, a meu ver, que se continue falando de "exceção de coisa julgada" ou de "exceção de litispendência". Aliás, já mesmo sob o Código de 1939 a doutrina e a jurisprudência dominantes haviam consagrado a tese de que essas matérias eram suscetíveis de conhecimento ex officio de parte do juiz, não obstante a indicação contrária do texto, que levava, talvez, do ponto-de-vista literal, à conclusão de que tais preliminares só poderiam ser oferecidas através de exceção.

Referi-me à relativa purificação do conceito de exceção, empreendida pelo legislador de 1973, e queria aludir, com isso, precisamente ao fato de que se excluíram do elenco das exceções preliminares que podem ser conhecidas de ofício. O conceito de exceção, como antes observei, sempre envolveu, historicamente, essa nota característica: a de defesa só conhecível mediante alegação da parte, só suscetível de apreciação judicial por iniciativa da parte. Ora, nem uma coisa nem outra ocorre com a litispendência nem com a coisa julgada. Ocorrerá isso com todas as defesas que o Código coloca no campo das exceções? Terá, portanto, o esforço purificador do legislador de 1973 atingido toda a sua plenitude? Parece-me que não, porque, se é verdade que, por exemplo, a incompetência relativa a meu ver não pode ser declarada pelo juiz senão mediante provocação da parte, através do oferecimento de exceção (e neste ponto estou em divergência com o meu prezado amigo e eminente processualista Prof. Moniz de Aragão, que sustenta tese oposta), por outro lado não é menos verdade que a suspeição e o impedimento, sem dúvida alguma, podem, e até diria que devem, pelo menos no tocante ao impedimento, ser levantados pelo próprio órgão judicial. O art. 134, que se refere, como disse, ao impedimento, declara ser defeso ao juiz exercer as suas funções no processo



contencioso ou voluntário nas hipóteses enumeradas nos diversos incisos, e o art. 137, segunda parte, consagra expressamente, para o juiz, o dever de abstenção. Donde se conclui, com toda a nitidez, que ainda no sistema do Código de 1973 o conceito de exceção não atingiu uma pureza total, abrangendo não só matérias somente apreciáveis mediante provocação da parte, mas também matérias das quais toca ao órgão judicial tomar conhecimento ex officio.

O prazo para oferecimento da exceção foi aumentado e equiparado ao da contestação, conforme tive oportunidade de frisar de início. No sistema anterior, o prazo para oferecimento da exceção era de apenas três dias, e foi quintuplicado: passou a ser de 15 dias. Não sei se seria necessário uma ampliação tão grande, embora talvez haja vantagem prática, sob certo ponto-de-vista, na unificação. Em todo caso, uma simples exceção de incompetência relativa, convenhamos, pode ser perfeitamente redigida em três dias, não me constando que jamais tivesse havido maiores queixas com referência a esse ponto sob a vigência do Código de 1939.

Outra inovação é a do processamento em apenso, de acordo com o art. 299, parte final: "Art. 299. A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas; a exceção será processada em apenso aos autos principais."

Ora, justamente as exceções que subsistiram no Código de 1973 - a da incompetência relativa, a da suspeição e a de impedimento - no sistema anterior eram processadas, de acordo com o art. 182, n. I, nos próprios autos do processo.

Algumas questões polêmicas talvez merecessem ser suscitadas, ainda, a respeito das exceções. A primeira pergunta que nos ocorre: é argüível pelo autor a exceção de incompetência? Notem que se trata, necessariamente, apenas da incompetência relativa, já que a incompetência absoluta não será alegável pela via de exceção. O art. 304 reza que é lícito, a qualquer das partes, argüir, por meio de exceção, a incompetência. Mas convém ponderar que, no caso da incompetência relativa, a omissão do réu em oferecer a exceção acarreta, necessariamente, a prorrogação da competência do órgão judicial a que se dirigiu o autor. E acredito que fora dessa hipótese não se conceba outra em que possa sobrevir uma situação de incompetência relativa. Dificilmente se imaginará que no curso do processo haja o órgão judicial, por alguma circunstância, de tornar-se relativamente incompetente. Absolutamente incompetente sem dúvida ele pode tornar-se no curso do processo: basta, por exemplo, que intervenha alguma das pessoas que gozem de foro ou juízo privativo. Mas relativamente incompetente, será que o juiz pode tornar-se no curso do processo, de tal maneira que surgisse a oportunidade, para as partes, de argüir essa incompetência noutra ocasião, fora da fase inicial?

Reparem que o art. 87 expressamente exclui a relevância das modificações do estado de fato ou de direito, ocorridas posteriormente à propositura da ação, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia. Portanto, tratar-se-ia, aqui, de uma incompetência superveniente absoluta. Mas a lei não se refere aos casos de incompetência relativa. Portanto, ainda que se pudesse imaginar uma circunstância qualquer que, em princípio, no curso do processo, pudesse tornar relativamente incompetente o órgão judicial a que o autor se dirigiu, essa circunstância seria irrelevante. Prevaleceria a competência fixada de início. Essas razões fazem-me duvidar de que efetivamente possa surgir, para o autor, a possibilidade de oferecer exceção de incompetência - a despeito de "qualquer das partes" que se lê no art. 304. Quanto à incompetência absoluta, não há dúvida de que o autor a pode argüir; não o fará, porém através de exceção.

Outro problema interessante é o que concerne à interpretação da expressão "definitivamente julgada", que se encontra na parte final do art. 306. "Art. 306. Recebida a exceção, o processo ficará suspenso, até que seja definitivamente julgada."

Alguns têm entendido essa expressão legal como significando que se há de aguardar o trânsito em julgado do pronunciamento judicial sobre a exceção. Dessa maneira, no



caso, por exemplo, da exceção de incompetência (a única, a rigor, que ao juízo de primeiro grau é dado julgar), dever-se-ia aguardar ou o esgotamento do prazo para oferecimento de recurso, ou o próprio julgamento desse recurso, que é o agravo de instrumento, já que não se trata de uma sentença, não pondo fim, esse pronunciamento, ao processo, e sim de uma decisão interlocutória, de acordo com a definição constante do art. 162, § 2.º. Ora, essa solução, embora possa, talvez, ter por si a literalidade da parte final do art. 306, não me parece compatível com a sistemática do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), que negou ao agravo de instrumento efeito suspensivo, salvo em hipóteses expressamente discriminadas no art. 558, nas quais poderá ele revestir-se desse efeito, mediante requerimento do agravante, deferido pelo juiz de primeiro grau, ou pelo relator, se o recurso já tiver subido. E mais ainda, na hipótese do art. 601, caput, 2.ª parte, referente à imposição de sanção para o devedor que pratica e persevera na prática de atos atentatórios à dignidade da justiça: "...Preclusa esta decisão, é defeso ao devedor requerer, reclamar, recorrer, ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for relevada a pena."

Aí, então, o legislador expressamente traduziu o seu propósito de conferir ao recurso efeito suspensivo, uma vez que só admite a produção dos efeitos da decisão pela qual o juiz proíbe ao devedor falar nos autos, depois que tal decisão se torne preclusa, isto é, irrecorrível. Assim, além das hipóteses contempladas no art. 558, que dependem, como disse, de requerimento do agravante, deferido pelo juiz ou pelo relator, há ainda o caso do art. 601. Essas, porém, são hipóteses excepcionais, e teria sido necessária, a meu ver, uma disposição inequívoca, categórica, incisiva, insuscetível de qualquer outro entendimento, para dar efeito suspensivo ao agravo, no caso do julgamento da exceção de incompetência. O simples fato de ter o art. 306 dito que o processo ficará suspenso até que ela seja definitivamente julgada encontra, a meu ver, outra explicação, que melhor se harmoniza com a sistemática da lei. É que, em se tratando de exceção de incompetência, há uma apreciação liminar pelo juiz. Ao juiz é dado indeferir liminarmente a petição de exceção quando manifestamente improcedente, de acordo com a regra do art. 310. Acrescentaria eu que também lhe é lícito indeferir a petição da exceção não apenas quando manifestamente improcedente, mas também quando inadmissível - p. ex., por intempestividade. Creio que o legislador se deixou impressionar por essa existência de uma apreciação liminar, que não é ainda o pronunciamento definitivo do juiz, acerca da exceção. E foi isso, talvez que o inspirou na redação infeliz do art. 306, que, a meu ver, quer dizer que o processo ficará suspenso enquanto o próprio juiz, no caso de incompetência, não decida, em caráter definitivo, sobre a exceção.

Com esse entendimento coaduna-se perfeitamente a regra do art. 311, segundo a qual, julgada procedente a exceção, os autos serão remetidos ao juiz competente. Por onde se vê que não subsiste a paralisação do processo. E nem haveria razão que justificasse essa paralisação, até porque, como se sabe, os atos porventura praticados por órgão que afinal se verifique ser incompetente, não são todos eles inválidos; apenas o serão os atos de natureza decisória, de conformidade com regra expressa que já constava do Código de 1939 e que foi reproduzida pelo de 1973. Não haveria, pois, motivo plausível para considerar necessária a subsistência da suspensão do processo até que transitasse em julgado a decisão sobre a exceção de incompetência.

Uma terceira questão interessante, acerca, ainda, das exceções, consistiria em indagar se, na verdade, é absoluta a fixação do prazo de quinze dias a que se refere o art. 305, para arguição do impedimento. Haverá, realmente, preclusão, se a parte deixar de oferecer exceção de impedimento até o 15.º dia depois que tiver tomado ciência do fato suscetível de fundamentar a sua impugnação? A letra do art. 305 dá essa impressão. Creio, porém, que a doutrina e a jurisprudência andarão muito bem se temperarem o aparente rigor da norma com o clássico grão de sal. Até porque não teria muito sentido fazer precluir para a parte a possibilidade de suscitar essa preliminar, quando subsiste para o órgão judicial, a despeito do escoamento in albis do prazo de 15 dias, o dever de abster-se, que utilidade terá impedir a parte de suscitar a questão? E notem: o vício do



impedimento é tão grave que, como já acontecia sob o regime de 1939, torna rescindível a sentença proferida pelo juiz impedido. É o que dispõe o art. 485, n. II. Essas considerações levam-me à conclusão de que na realidade não fica preclusa a possibilidade de argüir-se o impedimento, mesmo que esgotado, sem aproveitamento, o prazo de 15 dias a que alude o art. 305.

8. Reconvenção

Aliás, en passant, eu gostaria de lembrar que a redação deste dispositivo foi modificada para melhor quando da tramitação do Projeto de Código de Processo Civil (LGL\1973\5), no Congresso Nacional. A redação do Projeto parecia-me bastante obscura, dizendo, se não me engano, que o réu pode reconvir ao autor do mesmo processo toda vez que a ação principal fosse conexa com a reconvenção ou com o fundamento da defesa. Aparecia aí, portanto, hipótese bastante estranha, de uma ação conexa com o fundamento da defesa, hipótese singularíssima, e que, de qualquer modo, nada teria que ver com o cabimento da reconvenção. O Congresso Nacional, através de emenda, inverteu parcialmente os termos da redação, tornando-a, sem dúvida, bastante mais clara. Parece-me que a palavra "conexa", empregada aqui pelo Código, deve ser objeto de cuidadosa ponderação por parte do intérprete. Não creio que ela esteja aqui empregada em sentido idêntico àquele consagrado no art. 103, onde o Código procurou conceituar, a meu ver de maneira não muito feliz, a conexão entre ações: "Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir."

Não vou deter-me na análise desse conceito de conexão, que me parece defeituoso. Chamo apenas a atenção para o fato de que, no art. 315, o Código usa o adjetivo "conexa" para designar não apenas uma relação entre ações, note-se bem, mas também uma relação entre uma ação - a reconvenção e o fundamento da defesa. A meu ver, é inteiramente impossível pretender enquadrar a conexão a que se refere o art. 315 dentro da moldura armada no art. 103. O Código cometeu aqui mais uma das suas freqüentes infidelidades aos conceitos que ele próprio procura fixar. Quero crer que o "conexa" do art. 315 deva ser interpretado de maneira bastante ampla. É necessário haver alguma vinculação entre as duas ações - a ação principal e a reconvenção; ou uma relação entre a reconvenção e o próprio fundamento da defesa formulada pelo réu. Seria, por exemplo, o caso da compensação. Em palestra que tive a alegria de ouvir, na cidade do Recife, em seminário de que participei ao lado de diversos e eminentes colegas, entre os quais meu querido amigo Arruda Alvim, ouvi do douto processualista Prof. Moacyr Amaral Santos a afirmação de que o Código de 1973 restringira de tal maneira a área de cabimento da reconvenção, que o próprio caso clássico do réu que deseja obter não apenas a compensação do crédito do autor com o seu próprio, mas também a condenação do autor ao excesso que o seu contracrédito apresente em confronto com o crédito postulado pelo autor, estaria excluído, de lege lata, do âmbito da reconvenção. Data venia da imensa autoridade do Min. Moacyr Amaral Santos, ousou divergir de S. Exa.; penso que se trata de hipótese perfeitamente enquadrável na parte do art. 315 que alude à conexão, em sentido amplo, entre a reconvenção e o fundamento da defesa. O réu funda a sua defesa no fato de que também é credor do autor; só não se limita a pedir que o pedido do autor seja julgado improcedente, como aconteceria se seu crédito fosse de igual montante; mas acrescenta a essa defesa algo mais, ou seja, o pedido de condenação do autor a pagar-lhe a diferença a seu favor. Vejo aí, nitidamente, a "conexão" de que o Código quis falar entre a reconvenção e o fundamento da defesa. Diria até que o fundamento é comum a ambas: é a existência, alegada, de um contracrédito de que seja titular o réu.

O Código de 1973 eliminou o extenso rol de hipóteses específicas de inadmissibilidade da reconvenção contempladas em vários incisos do art. 192 do estatuto de 1939, no que, a meu ver, andou bem. Havia evidente exagero, no Código de 1939, em excluir a reconvenção em todas aquelas hipóteses ali referidas. Proíbe-a a nova lei, entretanto, expressamente no procedimento sumaríssimo, o que se explica, é certo, pelo propósito de evitar as complicações procedimentais necessariamente acarretadas pelo



oferecimento da reconvenção, e que teriam sido julgadas incompatíveis com a rapidez inerente ao procedimento sumaríssimo. Não deixa ele ser verdade, porém, que várias hipóteses, arroladas no art. 275, como próprias do procedimento sumaríssimo, constituíam exemplos tradicionais, por assim dizer, clássicos de reconvenção. E basta que lancemos os olhos ao n. II, e, desse artigo: ações de reparação de dano causado em acidente de veículo. É comuníssimo que o réu, de quem se pleiteia uma indenização de prejuízo causado ao autor, queira, por sua vez, ser indenizado, por entender que o culpado pelo acidente não foi ele e sim o autor. Entretanto, *legem habemus*, e nessas hipóteses não será possível a reconvenção.

Usou o Código de 1973 de melhor técnica que o anterior, quando, no art. 316, empregou a palavra própria, "contestar", para indicar a resposta do autor reconvinde à reconvenção. No texto de 1939, falava-se de "impugnar", termo vago e menos técnico. Mas é profundamente lamentável que se haja conservado no texto vigente uma regra com a redação profundamente infeliz do § 1.º do art. 315: "§ 1.º. Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem", regra obscura, pessimamente redigida, que já havia sido alvo de veementes críticas doutrinárias na vigência do estatuto de 1939.

9. Para alívio do auditório, vamos passar ao último tópico da nossa palestra de hoje, a revelia, que consiste, como sabem, na omissão do réu, isto é, no não oferecimento de resposta tempestiva. Não é segredo para ninguém que ácidas críticas foram formuladas, durante o período de preparação da reforma processual, à orientação adotada pelo Anteprojeto do eminente Prof. Alfredo Buzaid, que se deixou inspirar, neste como em outros pontos, pelas diretrizes do direito germânico, talvez deslembrado, data venia, de que as circunstâncias, as condições culturais, sociais, econômicas, geográficas, são muito diferentes, no confronto entre a realidade da Alemanha e a do Brasil. Já não é, porém, este o momento próprio para nos fixarmos em atitude puramente crítica. Mais uma vez eu diria: *legem habemus*. Compete pois ao intérprete, na medida de suas possibilidades, propugnar um entendimento que, de alguma forma, atenuie o rigor excessivo com que a meu ver foi tratado o revel no Código de 1973, rigor talvez maior - notem bem - do que aquele com que o revel é tratado na própria Ordenação Processual Civil Alemã. Realmente, no sistema alemão, a revelia produz o efeito de serem considerados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Mas o legislador tedesco procurou estabelecer um contrapeso, uma forma de equilibrar os interesses das partes: se, de um lado, previu essa conseqüência extremamente desfavorável ao réu, de outro abriu-lhe a oportunidade de ir a juízo, mesmo depois de proferida a sentença contumacial, e, simplesmente fundado no fato de ter a lide sido julgada a sua revelia, conseguir a reabertura do contraditório. Vejam: o réu revel, contra quem se proferiu a sentença contumacial, não precisa sequer fundamentar esse seu pedido, que na terminologia alemã se denomina *Einspruch*. Seu simples oferecimento é bastante para reabrir a discussão e para permitir a reapreciação da lide pelo órgão judicial. Dessa forma, a sentença proferida à revelia contém, apenas, uma composição provisória do conflito de interesses, e só se cristalizará definitivamente se o réu se omitir no uso desse remédio que a lei lhe faculta. Ora, o direito brasileiro importou o que havia de rigoroso, de gravoso para o revel, e não teve o cuidado de contrabalançar essa importação com a do remédio que na Alemanha se concede ao revel para procurar destruir o resultado desfavorável porventura advindo da sua omissão.

Os efeitos da revelia, no sistema do Código de 1973, são, fundamentalmente, dois: o primeiro está contemplado no art. 319: se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. O Código abre algumas exceções expressas, a seguir: "Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considere indispensável à prova do ato."

A meu ver, não se exaure nesse elenco o rol das hipóteses em que a revelia deixa de produzir o efeito mencionado no art. 319. Outra exceção teria de ser admitida, creio eu, nos casos em que o réu revel tenha sido citado por edital eu com hora certa, e em que, como se sabe, o juiz deve nomear um curador à lide. Ora, a função precípua desse curador é, precisamente, a de oferecer defesa pelo réu revel; seria, pois, absurdo, e esvaziaria por completo a função do curador especial, entender que ainda aí a revelia houvesse de produzir o efeito de serem reputados verdadeiros os fatos narrados na petição inicial. Que utilidade teria então, pergunta-se, a intervenção do curador? Obviamente, nenhuma; ou, pelo menos, ficaria ela extremamente reduzida. Teríamos de imaginar que o curador só pudesse oferecer defesas de ordem preliminar - por exemplo, a falta de alguma das condições exigidas pelo exercício regular da ação - ou discutir, no máximo, a questão de direito. Ele ficaria impedido, porém, de impugnar a veracidade dos fatos, o que não é, a meu ver, razoável admitir.

Ainda outra hipótese, em que, segundo creio, não incide o art. 319 é aquela em que, porventura, haja alguém ingressado no processo, antes do julgamento da lide, a título de assistente do réu revel. A revelia não exclui, de modo nenhum, a possibilidade de assistência, e o Código até se refere, expressamente, a essa hipótese, quando declara, no parágrafo único, do art. 52 que, sendo revel o assistido, o assistente será considerado seu "gestor de negócios". Eu teria minhas dúvidas em subscrever a expressão utilizada pelo legislador. A meu ver, a figura, aqui, embora possa, talvez, apresentar traços de semelhança, de modo nenhum se identifica com a da gestão de negócios, instituto, aliás, que não é direito processual, é de direito material. Em todo caso, deixando de lado o problema técnico, o que importa é que, se a lei assegura tal posição ao assistente do revel, e se o assistente, de acordo com o caput do art. 52, pode exercer os mesmos poderes do assistido, é óbvio que se há de reconhecer ao assistente, em tendo ficado revel o réu, a possibilidade de oferecer defesa, sem o que não compreenderia a que haveria de ficar reduzida essa chamada "gestão de negócios". Então, ainda aqui acredito que não se aplique o art. 319, ou seja, não se reputarão verdadeiras, pelo mero fato da revelia, as afirmações contidas na inicial.

Mesmo, porém, que não ocorra nenhuma dessas hipóteses, eu gostaria de pedir que meditassem sobre o ponto, a fim de verificarem se será absoluta a regra segundo a qual, fora desses casos, se não de considerar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Basta que nos lembremos de algumas hipóteses bem expressivas, para nos sentirmos inclinados, irresistivelmente, a uma resposta negativa. Pensem por um momento no caso de o autor afirmar fatos impossíveis, fatos notoriamente falsos, fatos que contradizem outras afirmações feitas pelo próprio autor na sua inicial, fatos manifestamente desmentidos por provas que o próprio autor junte à inicial. Pergunto eu: se algum dos presentes tivesse de julgar uma causa nessas condições, colocaria a "verdade formal" acima de tudo? Consideraria verdadeiro um fato impossível, ou um fato notoriamente falso, ou um fato contraditório com outras afirmações do autor, pela simples circunstância de ter o réu ficado revel?

Vamos a um exemplo, talvez caricatural: suponhamos que duas pessoas tenham celebrado um negócio jurídico, cuja eficácia tenha ficado subordinada a uma condição suspensiva; por exemplo, à de que não fosse decretada a fusão entre os Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro - ou, como preferimos dizer nós, cariocas, data venia, não fosse decretada a incorporação do território da Guanabara ao Estado do Rio de Janeiro... Pois bem: uma das partes desse negócio jurídico postula em juízo um crédito dele oriundo, afirmando que a condição se realizou, isto é, que foi rejeitada pelo Congresso a mensagem do Governo Federal, a respeito da fusão. Algum dos srs., como juiz, supondo que o réu ficasse revel, aceitaria esse fato como verdadeiro? É um ponto que deixo à meditação dos prezados colegas, e a cujo respeito podemos tirar proveitosas lições dos ensinamentos dos próprios autores alemães. Lembro-me no momento, de



uma frase muito expressiva de Bernhardt, que citei num pequeno trabalho elaborado acerca do assunto, e que diz: "No processo à revelia, não menos do que alhures, pode a mentira processual gozar de proteção." É uma frase muito expressiva, que deve servir de bússola, a meu ver, aos nossos juízes, na aplicação desse dispositivo, a fim de evitar que, a esta altura da evolução do direito processual se converta a chamada "verdade formal" num ídolo a que se houvessem de sacrificar todos os valores.

O outro efeito da revelia, no procedimento ordinário, é a abreviação do curso do processo, com o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, n. II, que faz expressa remissão ao art. 319. O Código, aqui, foi coerente com as suas premissas; efetivamente, se considerarmos que, revel o réu, a matéria de fato está definitivamente estabelecida, porque aceita a veracidade dos fatos narrados pelo autor na inicial, é claro que a consequência lógica é a desnecessidade da realização de audiência. Há, porém, um ponto sobre o qual se deve insistir. É que tudo isso fica na estrita dependência de estarem satisfeitos os pressupostos do julgamento do mérito. A revelia de maneira alguma dispensa o órgão judicial de investigar ex officio a presença dos requisitos de regularidade do processo e das condições exigidas para o exercício legítimo do direito de ação. O juiz não pode julgar o mérito, no processo à revelia, sem que ocorram todas as condições necessárias para que se julgue o mérito em qualquer processo. E a esse controle deve o juiz proceder de ofício, com a única exceção do compromisso arbitral, matéria que a lei expressamente lhe subtrai ao conhecimento oficioso, pela regra do art. 301, § 4.º. Tudo mais, entretanto, o juiz deve investigar de ofício, e até diria que neste caso deve investigar com especial e redobrada atenção.

Para encerrar estas considerações, já longas, e pedindo desculpas pelo abuso que cometo contra a paciência dos ouvintes, vou apenas pedir-lhes a atenção para uma questão interessante, que emerge do texto do art. 321. De acordo com esse dispositivo, ainda que ocorra a revelia, o autor não poderá alterar o pedido ou a causa de pedir, nem tampouco poderá propor ação declaratória incidental, salvo promovendo nova citação do réu, a quem terá assegurado o direito de responder no prazo de 15 dias. A parte desse dispositivo concernente à ação declaratória incidental suscita, pelo menos à primeira vista, certa perplexidade. Requisito essencial de admissibilidade de ação declaratória incidental é a controvérsia suscitada no âmbito do processo sobre a relação jurídica prejudicial, isto é, sobre a relação jurídica logicamente subordinante, da qual depende, portanto, o julgamento da lide: "Art. 5.º. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença."

"Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de dez (10) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide."

Em outras palavras, não será admissível a ação declaratória incidental se, no âmbito do processo, não houver controvérsia suscitada acerca desta relação prejudicial. Ora, não tendo o réu oferecido defesa, já que ficou revel, pergunta-se: como se pode conceber que para o autor surja a oportunidade de requerer a declaração de uma relação jurídica prejudicial, a cujo respeito, evidentemente, não se instaurou no processo nenhuma controvérsia, pois o réu nada disse, não respondeu por qualquer das formas possíveis?

É um problema interessante, acerca do qual, porém, acabo de receber amável advertência do meu querido colega e amigo Prof. Arruda Alvim, no sentido de que não lhe exponha a solução que me ocorre. Porque o problema consta exatamente do rol daqueles que os srs. terão de examinar para os debates que se seguirão... (Risos).

Termino, assim, com esta nota de mistério, aliás inerente ao processo; como sabem, o processo todo é um grande mistério. O processo de conhecimento, então, vive sob o signo do ponto de interrogação: só ao final é que se sabe quem era o herói e quem era o vilão.



Dou aqui por encerradas as minhas considerações, agradecendo mais uma vez a distinção que me confere o Prof. Arruda Alvim, ao convidar-me pela terceira vez - trata-se de uma hipótese de reincidência específica... (Risos) e a todos os presentes a generosa atenção com que me ouviram.

Muito obrigado. (Palmas prolongadas).

* Conferência proferida no IV.º Curso de Especialização em Direito Processual Civil, promovido pelo Setor de Especialização da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e coordenado pelo Prof. Arruda Alvim, em 5.10.74.