

Da contestação

Heitor Vitor Mendonça Sica

Professor Doutor de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo. Advogado.

CPC-1973	CPC-2015
<p data-bbox="331 504 673 658">CAPÍTULO II DA RESPOSTA DO RÉU Seção I Das Disposições Gerais</p> <p data-bbox="226 712 778 869">Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.</p> <p data-bbox="226 922 778 1079">Art. 298. Quando forem citados para a ação vários réus, o prazo para responder ser-lhes-á comum, salvo o disposto no art. 191.</p> <p data-bbox="226 1133 778 1335">Parágrafo único. Se o autor desistir da ação quanto a algum réu ainda não citado, o prazo para a resposta correrá da intimação do despacho que deferir a desistência.</p>	<p data-bbox="935 504 1228 577">CAPÍTULO VI DA CONTESTAÇÃO</p> <p data-bbox="804 712 1356 869">Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:</p> <p data-bbox="804 882 1356 1084">I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;</p> <p data-bbox="804 1178 1356 1379">II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;</p> <p data-bbox="804 1393 1356 1505">III – prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.</p> <p data-bbox="804 1518 1356 1765">§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.</p> <p data-bbox="804 1778 1356 2049">§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência.</p>

1. Tipologia dos meios de resposta do réu no CPC de 1973. O art. 297 do CPC de 1973 se baseia na lógica de que a “resposta do réu” é gênero, do qual são espécies a contestação, a reconvenção e a exceção, dividida, essa última, em três modalidades, quais sejam, exceção de incompetência, de impedimento e de suspeição. Apesar de a doutrina sempre ter elogiado o uso do vocábulo “resposta” em vez de “defesa” (haja vista que, dentre os instrumentos conferidos ao réu, há a reconvenção, orientada a contra-atacar o autor e não apenas veicular defesa), o art. 297 do CPC de 1973 merece diversas críticas. A primeira delas concerne ao fato de que duas das três modalidades de exceção (impedimento e suspeição) são passíveis de ser manejadas pelo autor, de tal modo que se mostra equivocada a própria localização de regramento a respeito no capítulo intitulado “Da resposta do réu” (arts. 304 a 306 e 312 a 314 do CPC de 1973). O segundo aspecto criticável desse dispositivo concerne ao fato de que a oportunidade para o réu manejar essas duas exceções (impedimento e suspeição) não se limita (assim como faz o CPC de 2015) ao momento de contestar, conforme explica didaticamente o seguinte julgado do STJ (que, embora se refira à suspeição, se aplica também ao impedimento: “A suspeição pode ser levantada em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, devendo ser arguida pela parte interessada na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos (CPC, art. 138, § 1º), sob pena de preclusão. Em se tratando de suspeição fundada em motivo preexistente, deve ser suscitada, no prazo para resposta (CPC, art. 297), e, quando fundada em motivo superveniente, no prazo de quinze dias (artigos 305 e 304 do CPC), contado da ciência do fato causador da suspeição” (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1349206/SC, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013). Por fim, o art. 297 do CPC de 1973 não esgota todas as possíveis postulações do réu, que incluem a demanda declaratória incidental (arts. 5º e 470), o pedido de desmembramento do litisconsórcio multitudinário (art. 46, par. ún.), a nomeação à autoria (arts. 62 a 69), a denúncia da lide (arts. 70 a 76), o chamamento ao processo (arts. 77 a 80), a impugnação ao valor da causa (art. 261), o incidente de falsidade documental (arts. 390 a 395), o pedido contraposto (art. 278, §1º, e Lei 9.099/95, art. 31), o requerimento de gratuidade de justiça e a impugnação ao benefício deferido ao autor (Lei 1.060/50, art. 4º, § 2º e art. 6º).

2. Regime formal das respostas do réu no CPC de 1973: Do ponto de vista formal, os instrumentos de resposta postos à disposição do réu, listados no item 1, supra, dividem-se entre aqueles que *devem* ser suscitados no bojo da contestação (v.g. pedido contraposto), aqueles que *podem* tanto ser incluídos no corpo da contestação, quanto ser apresentados prévia e apartadamente dela, ensejando suspensão da fluência do prazo para todas as demais respostas (v.g. pedido de desmembramento do litisconsórcio multitudinário, nomeação à autoria, denúncia da lide, chamamento ao processo) e, finalmente, instrumentos que necessariamente *devem* ser apresentados separadamente da contestação. Essa última categoria se divide entre as respostas que são autuadas nos próprios autos (v.g. reconvenção) e outros que geram formação de autos apensados (v.g. impugnação ao valor da causa, pedido de gratuidade de justiça, impugnação à gratuidade deferida ao autor e exceções de incompetência, suspeição e impedimento). A formação de incidente em autos próprios

(apensados aos principais) é justificada pela alegada racionalização do procedimento, de tal modo que algumas questões incidentais são resolvidas separadamente (e, no mais das vezes, previamente), sem embarçar o procedimento nos autos principais. Já a apresentação de peças separadas, mesmo que para autuação nos mesmos autos, assegura maior clareza para o autor e para o juiz acerca dos atos efetivamente praticados pelo réu. Contudo, a jurisprudência formada em torno do CPC de 1973, firme na ideia de que a contestação representava o principal instrumento de resposta do réu e que as exigências formais atinentes à apresentação de peças apartadas se mostram desnecessárias, é francamente favorável a tolerar seu descumprimento. Vejam-se, a título de exemplo, alguns acórdãos relativos à alegação de incompetência: STJ, 2ª Turma, REsp 885.960/CE, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 02/08/2007, DJ 15/08/2007; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 363.395/AL, rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 15/09/2005, DJ 07/11/2005; STJ, 2ª Seção, REsp 169.176/DF, Min. Castro Filho, julgado em 25/06/2003, DJ 12/08/2003. O mesmo entendimento ecoa no tocante à reconvenção (STJ, REsp 549.587/PE, 5ª Turma, julgado em 23/03/2004, DJ 10/05/2004) e à impugnação ao valor da causa (v.g., STJ, 2ª Turma, REsp 782.695/SE, julgado em 06/12/2005, DJ 19/12/2005; STJ, 3ª Turma, REsp 256.157/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 05/03/2002, DJ 01/04/2002).

3. Tipologia e formas dos meios de resposta do réu no CPC de 2015. O CPC de 2015 concentra de maneira muito mais intensa as postulações do réu na contestação, reduzindo, do ponto de vista formal, a tipologia dos instrumentos de resposta. De fato, passaram a ser matérias *necessariamente* alegáveis no bojo da contestação a denúncia da lide (art. 126 c.c. art. 131), o chamamento ao processo (art. 131), a incompetência relativa (art. 337, II), a impugnação ao valor da causa (art. 337, III), a impugnação ao benefício de gratuidade de justiça concedido ao autor (art. 337, XIII) e até mesmo a reconvenção (art. 343). Tal inovação é positiva, pois de fato não há sentido em preservar incidentes suspensivos do curso do procedimento, sobretudo para julgamento de matérias de pequena complexidade. O julgador poderá fazer o exame de todas as questões preliminares suscitadas pelo réu ao sanear o processo, de maneira concentrada, com prováveis ganhos em termos de celeridade. Ademais, não se pode negar a manifesta simplificação formal representada pela abolição das exigências de apresentação de várias peças separadas e de autuação em apenso para diversas respostas. Também se mostra relevante em termos de celeridade a redução do rol de matérias cuja alegação suspende o prazo para a contestação.

4. Respostas do réu apresentadas apartadamente da contestação no CPC de 2015. A arguição de impedimento ou suspeição – já não mais denominada de “exceção” – passam a ser reguladas na Parte Geral do CPC (art. 146), isto é, não mais vinculadas ao processo de conhecimento e, muito menos, às respostas do réu. Caso o réu pretenda suscitar tais questões, o fará necessariamente por peça apartada à contestação, a qual será autuada em apartado para o caso de o magistrado não reconhecer o impedimento ou a suspeição de plano (art. 146, §1º). Também não se alterou o regime procedimental do pedido de desmembramento do litisconsórcio facultativo (art. 113, §2º) em relação ao diploma anterior, isto é, pode ser tanto incluído no corpo da contestação, quanto ser apresentado prévia e apartadamente dela,

ensejando *interrupção* (e não mais suspensão, tal como ocorre com o CPC de 1973) do prazo para resposta. Assim, tão logo julgado o pedido, o prazo para resposta voltará a fluir.

5. Respostas do réu previstas no CPC de 1973 e abolidas pelo CPC de 2015. O CPC de 2015 exclui a demanda declaratória incidental (face à extensão da coisa julgada à questão prejudicial – art. 503, §1º e §2º), a nomeação à autoria (que foi substituída, com muitas vantagens, pelo disposto nos arts. 338 e 339 adiante comentados) e o pedido contraposto (face à extinção do procedimento comum sumário preservando-se o instituto, contudo, no âmbito do Juizado Especial Cível, a teor da Lei 9.099/95).

6. Termo inicial do prazo para contestação. As profundas alterações da estrutura do procedimento comum previstas no CPC de 2015 impactam sensivelmente a fixação do termo inicial para contagem do prazo para contestação. De fato, conforme acima visto nos comentários específicos ao art. 334, após o juízo positivo de admissibilidade da petição inicial e antes da apresentação de contestação por parte do réu, será designada audiência de conciliação ou mediação, salvo se todas as partes manifestarem desinteresse (art. 334, §4º, I) ou se o direito em disputa não admitir autocomposição (art. 334, §4º, II). Diante desses dispositivos, três cenários se desenham: (a) a audiência é cabível, não foi recusada por todos os litigantes e foi realmente designada e instalada, muito embora não se tenha atingido uma solução autocompositiva que pusesse fim a todo o processo; (b) a audiência é cabível, mas foi recusada por todos os litigantes; ou (c) a audiência não é cabível face à natureza dos direitos em litígio. Cada uma dessas hipóteses impõe um diferente termo inicial do prazo para contestar, quais sejam, respectivamente: (a) a data da audiência de conciliação ou mediação infrutífera, estando ou não presentes todas as partes (art. 335, I); (b) a data do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou mediação apresentado pelo réu (art. 335, II); e (c) quando não designada a audiência por incabível a autocomposição, o prazo será contado na forma do art. 231 que, conforme comentários *supra*, enuncia normas similares às do art. 241 do CPC de 1973. Como se vê, nas duas primeiras hipóteses (art. 335, I e II) o prazo de contestação passa a ser deflagrado sem ato de comunicação processual solene (citação, intimação ou notificação), excepcionando-se, pois, a regra geral do art. 230. O fato de o art. 335 fixar o termo inicial do prazo para contestar não impede que o réu pratique esse ato antes, haja vista que o CPC de 2015 reconhece expressamente a possibilidade de a parte praticar o ato processual antes de iniciado o prazo (art. 218, §4º).

7. Prazo para contestação dos litisconsortes passivos. O §1º do art. 335 prevê que cada litisconsorte passivo que manifestar desinteresse na realização da audiência de conciliação ou mediação (art. 334, §4º, I) deve contar seu prazo para contestar separadamente a partir da data do protocolo da petição respectiva. Trata-se de solução pragmática, que elimina insegurança na contagem desse prazo. Entretanto, quebra-se a concentração de todas as contestações em uma única oportunidade (diretriz pautada no art. 231, §1º, o qual é imbuído do mesmo espírito do art. 241, III, do CPC de 1973). Pode ocorrer de o réu que manifestar desinteresse na audiência de conciliação ou mediação descubra, antes do fim do prazo para contestar contado na forma do art. 335, II, que outro litisconsorte adotou postura contrária e que, por isso, a audiência certamente se realizará (mercê do que dispõe o art. 333, §6º,

segundo o qual o cancelamento do ato depende do desinteresse de todos os litisconsortes). Nesse caso, não faria muito sentido sujeitar o réu que manifestou inocuamente desinteresse na realização da audiência à observância do prazo contado na forma do art. 335, II, sendo razoável, de *lege ferenda*, defender como tempestiva a contestação apresentada no prazo do art. 335, I (prazo contado a partir da audiência de conciliação ou mediação infrutífera), até mesmo para se manter tratamento isonômico entre os réus.

8. Prazo para contestação no caso de desistência do autor quanto a litisconsorte passivo não citado. O §2º do art. 335, imbuído da mesma preocupação do art. 298, par. ún., do CPC de 1973, prevê o termo inicial do prazo para contestação dos litisconsortes passivos facultativos já citados na hipótese de o autor desistir da demanda em face de *todos* os demais litisconsortes ainda não citados (a desistência quanto a apenas algum(ns) não basta para atrair a incidência da norma). Nesse caso, exige-se que os réus já citados sejam intimados da decisão que homologar o pedido de desistência, passando a fluir a partir de então o prazo para contestação. Aparentemente, o dispositivo só terá aplicação nos casos em que “ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II”, isto é, em que a audiência de conciliação ou mediação for reconhecida descabida em razão da natureza dos direitos em disputa. Contudo, uma interpretação sistemática do art. 335 exige a mesma solução para a hipótese em que a audiência é cabível, mas tanto o autor quanto os litisconsortes passivos já citados já manifestaram desinteresse em sua realização. Nesse caso, a desistência da demanda em face de litisconsortes passivos ainda não citados deve ser comunicada aos demais réus, de modo que a partir de então se inicie a contagem de prazo para contestação. Uma última observação se faz necessária: o STJ, ao interpretar o art. 298, par. ún., do CPC de 1973, reconheceu que se o réu já citado ainda não tiver procurador constituído nos autos ao tempo em que ocorreu a desistência do autor quanto a outro réu ainda não citado, a intimação que deflagra o prazo para contestar há de ser pessoal (v.g., STJ, 4ª Turma, REsp 183.967/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21/08/2008, DJe 01/09/2008; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 656.566/DF, rel. Min. Og Fernandes, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010). A mesma solução há de ser observada à luz do art. 335 do CPC de 2015.

9. Problemas de direito intertemporal. Caso o procedimento tenha se iniciado antes do início de vigência do CPC de 2015 e, portanto, não tenha havido designação de audiência de conciliação ou mediação e tenha sido expedido mandado ou carta de citação do réu, ficam afastadas as regras do art. 335, I, II, §1º e §2º, mesmo que a citação seja completada depois do término do prazo de *vacatio legis*. Nesses casos, o prazo pode ser contado na forma do art. 231 do CPC de 2015 (que não apresenta muitas diferenças em relação ao art. 241 do CPC de 1973), mas as respostas do réu devem ser pautadas nas regras formais do CPC de 1973, em especial no tocante à apresentação de peças apartadas, autuação em apenso e suspensão do prazo para contestação, quando cabível. O último cenário a ser cogitado concerne à citação determinada antes do início da vigência do CPC de 2015, mas completada depois. Há de se observar o regramento do CPC de 1973, pois as determinações e advertências feitas ao réu no ato citatório seguiram o que figurava nesse diploma.

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. 336. Incumbe 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.
---	--

1. Papel e conteúdo da contestação. Salvo as poucas exceções acima destacadas nos comentários ao art. 335, a contestação constitui, de fato, o meio principal pelo qual o réu se opõe à demanda do autor, concentrando os fundamentos para a sua rejeição. Para atingir essa finalidade, o réu tem o ônus de alegar, concomitantemente (embora seguindo um encadeamento lógico de subsidiariedade), tanto as *defesas preliminares* ou *processuais* (em especial aquelas listadas no art. 337, todas elas ligadas ao juízo de admissibilidade da tutela jurisdicional), quanto as *defesas de mérito* ou *materiais* (ligadas ao fundo do pedido de tutela jurisdicional e que, nos termos do art. 336, repousam sobre “razões de fato e de direito”). Salvo algumas exceções (que serão adiante destacadas), o acolhimento das defesas preliminares ensejará sentença terminativa (daí porque há uma evidente semelhança entre vários incisos do art. 337 com os do art.485). De outro lado, o acolhimento das defesas de mérito tenderá a gerar uma sentença de total ou parcial improcedência (art. 487, I). Ao estabelecer uma única oportunidade para alegação dos meios de todas as matérias de defesa, o sistema se vê obrigado a tolerar a contrariedade entre uma determinada alegação e outra que a parte suscitou em caráter eventual, não se cogitando de preclusão lógica entre elas.

2. Conteúdo das defesas de mérito. Os comentários ao art. 337 se ocuparão em analisar as defesas preliminares ou processuais, cabendo aqui rápido aceno em torno das defesas de mérito ou materiais. A defesa de mérito inclui a negativa dos fatos constitutivos do direito do autor e/ou da consequência jurídica por ele propugnada (defesa direta) e a alegação de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (defesa indireta, que abrange aqui duas categorias: a exceção substancial, que encerra matérias de mérito não passíveis de reconhecimento de ofício e a objeção substancial, relativa às matérias de mérito cognoscíveis *ex officio*). Essa distinção tem relevância sobretudo no tocante à distribuição do ônus da prova (art. 373).

3. Especificação de provas. É de comum sabença que, via de regra, a prova compreende quatro momentos distintos: (a) requerimento por parte do litigante interessado, (b) o seu deferimento pela autoridade jurisdicional, (c) produção e, finalmente, (d) valoração. Pois o art. 336 ora em análise cuida apenas do primeiro momento, ao impor ao réu o ônus de formular, em sua contestação, o requerimento das provas que pretende produzir. Trata-se exatamente do mesmo ônus que é imposto ao autor ao elaborar a petição inicial (art. 319, VI). Considerando-se que os prazos processuais são, como regra, peremptórios, a preclusão temporal impediria que a parte produzisse provas que não foram expressamente requeridas nesses primeiros atos postulatórios. Entretanto, esse rigor preclusivo se atenua quando se percebe, em primeiro lugar, que o juiz é dotado de poder de determinar *ex officio* a produção de provas (art. 370), de tal modo que mesmo que a parte tenha deixado de especificar

determinada prova no momento oportuno, o juiz pode constatar sua necessidade e determinar sua produção. Ademais, há que se reconhecer que a preclusão se atenua face à natureza dinâmica e dialética da postulação e da instrução. Se, na fase postulatória, as partes não dispunham de elementos para crer necessária a prova pericial, e não a requerem, o ordenamento não pode impedir que o façam posteriormente, depois que constatada a sua relevância. Caso contrário, haveria risco de ofensa à garantia constitucional de amplitude da produção probatória, ínsita ao princípio do devido processo constitucional. Daí porque há muito tempo o dia-a-dia do foro admite que a peça inicial e a contestação formulem um requerimento geral de produção de provas por “todos os meios admissíveis”, em que pesem os arts. 282, VI e 300 do CPC de 1973, com redação similar à dos arts. 319, VI, e 336 do CPC de 2015, usarem a expressão “especificar”. Visto que se admite esse pedido genérico de provas, feito na inicial e na contestação, ao longo do tempo consolidou-se a prática de o juiz determinar, na passagem da fase ordinatória para a fase instrutória, que as partes, aí sim, “especifiquem” as provas que “realmente” pretendem produzir, justificando sua pertinência. A rigor, não há regra que impunha esse ato no CPC de 1973, e tampouco o CPC de 2015 dispõe a respeito. Contudo, parece razoável que a mesma prática construída ao longo de mais de quatro décadas de vigência do Código Buzaid continue a ser observada. Nesse passo, o requerimento geral de provas feito na fase postulatória, seja pelo autor na peça inicial, seja pelo réu na contestação, é em princípio admissível, mas não surtirá efeitos ante a falta de especificação quando da preparação da fase instrutória. Registre-se, por fim, que o regime da prova documental mostra-se um tanto diferente, pois tanto o autor quanto o réu se sujeitam ao ônus de produzi-la logo na petição inicial e na contestação, respectivamente (art. 434), à exceção dos documentos que: (a) foram constituídos posteriormente à apresentação da petição inicial ou contestação; (b) aqueles que existiam previamente mas não puderam ser acessados pela parte e, por fim, (c) aqueles que se destinam a rebater outros documentos juntados aos autos (art. 435).

CPC-1973	CPC-2015
<p>Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:</p> <p>I - inexistência ou nulidade da citação;</p> <p>II - incompetência absoluta;</p> <p>III - inépcia da petição inicial;</p> <p>IV - perempção;</p> <p>V - litispendência;</p> <p>VI - coisa julgada</p> <p>VII – conexão;</p> <p>VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;</p> <p>IX - compromisso arbitral;</p> <p>IX - convenção de arbitragem;</p> <p>X - carência de ação;</p> <p>XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.</p>	<p>Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:</p> <p>I – inexistência ou nulidade da citação;</p> <p>II – incompetência absoluta e relativa;</p> <p>III – incorreção do valor da causa;</p> <p>IV – inépcia da petição inicial;</p> <p>V – perempção;</p> <p>VI – litispendência;</p> <p>VII – coisa julgada;</p> <p>VIII – conexão;</p> <p>IX – incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;</p> <p>X – convenção de arbitragem</p> <p>XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual;</p> <p>XII – falta de caução ou de outra</p>

<p>§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.</p> <p>§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.</p> <p>§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.</p> <p>§ 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.</p>	<p>prestação que a lei exige como preliminar; XIII – indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça.</p> <p>§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.</p> <p>§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.</p> <p>§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.</p> <p>§ 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.</p> <p>§ 5º Excetuada a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.</p> <p>§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.</p>
--	--

1. Rol exemplificativo. Salta aos olhos que o rol do art. 337 não contemplou todas as possíveis defesas processuais, deixando de fora, por exemplo, a “continência” (art. 56), a ocorrência de fatos aptos a suspender o processo (art. 313) etc..

2. Cognoscibilidade *ex officio*. Por expressa previsão do art. 337, §5º, todas as defesas processuais são, como regra, cognoscíveis de ofício, à exceção da convenção de arbitragem (art. 337, X). e da incompetência relativa (arts. 65 e 337, II, salvo quando se tratar de demanda movida perante foro eleito por cláusula abusiva, hipótese em que o juiz, antes da citação, pode remeter os autos ao foro de domicílio do réu, *ex vi* do art. 63, §3º). Essa diretriz é (ao menos em parte) confirmada pelo art. 485, §3º, o qual dispõe serem cognoscíveis de ofício “em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado” a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”, “a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada” e a “ausência de legitimidade ou de interesse processual” (incisos IV, V e VI do art. 485). Registre-se por oportuno, que o exercício desse poder de conhecer matérias *ex officio* deve ser precedido de oportunidade para as partes se manifestarem a respeito, nos termos do art. 10.

3. Ausência de preclusão para o réu suscitar praticamente todas as defesas processuais (§5º). Embora o *caput* do art. 337 prescreva que “incumbe” ao réu alegar as matérias lá elencadas, rigorosamente não lhe estabelece um ônus na acepção estrita do termo,

pois não existe preclusão. Trata-se de decorrência do fato de que as defesas processuais são cognoscíveis *ex officio*, de tal modo que, se o juiz pode conhecer da matéria mesmo sem qualquer alegação, é evidente que ele pode fazê-lo mediante provocação de algum interessado, mesmo que tardia e sem forma ou figura de juízo. Apesar do rigor preclusivo do nosso sistema, a admissibilidade da alegação tardia de defesas processuais tem pleno amparo não apenas no aqui comentado art. 337, §5º, mas igualmente nos arts. 342, II e 485, §3º adiante comentados. O réu que retardar, sem justo motivo, a alegação de defesas processuais, embora não se sujeite à preclusão, receberá sanção pecuniária. No CPC de 1973, o art. 267, §3º, impõe como sanção, nesse caso, o pagamento das “custas do retardamento”. À falta de norma equivalente no CPC de 2015, resta aplicar o art. 80, V, que reputa litigante de má-fé quem “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”. Naturalmente essa penalidade não haverá de incidir quando a possibilidade de suscitar a defesa processual surgiu apenas posteriormente e foi aproveitada pelo litigante sem demora injustificada. Essa possibilidade se desenha particularmente nos casos de perda superveniente de algum pressuposto de admissibilidade do válido julgamento do mérito. Trata-se de circunstância superveniente cognoscível *ex officio* (art. 342, I, e 493) e, conseqüentemente, alegável a qualquer tempo pelo réu. Registre-se, por oportuno, que a tese aqui defendida pode ser acusada de atribuir excessivos poderes ao juiz e de violar a segurança jurídica, dando margem à quebra de legítimas expectativas eventualmente criadas em face da omissão do juiz em conhecer de questões de ordem processual (com ou sem provocação da parte). Contudo, há que se reconhecer que: (a) o texto legal é expresso em reconhecer os poderes exercitáveis pelo juiz *ex officio*; (b) salvo raras exceções, o prazo para exercício dos poderes do juiz é impróprio, pois não se revestem da condição de ônus e não são renunciáveis; (c) não são legítimas as expectativas criadas *contra legem*. Quando muito se poderia estabelecer como limite temporal o esgotamento da atuação jurisdicional ordinária, à luz do entendimento pacificado no STJ no sentido de que “não se pode conhecer, em sede de recurso especial, de matéria não prequestionada, ainda que de ordem pública” (STJ, 2ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1469360/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 20/11/2014, DJe 26/11/2014). No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 1253389/SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17/04/2013, DJe 02/05/2013; STJ, Corte Especial, AgRg nos EAgr 1330346/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/12/2012, DJe 20/02/2013; e STJ, 2ª Seção, AgRg nos EREsp 830.577/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24/04/2013, DJe 30/04/2013).

4. Preclusão para o réu suscitar a incompetência relativa e a convenção de arbitragem (§5º e §6º). As defesas processuais que, se não alegadas na contestação, não poderão mais sê-lo são apenas duas, taxativamente previstas: a incompetência relativa e a convenção de arbitragem. Trata-se de constatação que já decorreria naturalmente do art. 337, §5º, mas que o §6º fez questão de enfatizar no tocante à convenção de arbitragem. Esse último dispositivo (§6º) expõe didaticamente que o sistema valora a omissão do réu em suscitar a convenção de arbitragem como renúncia tácita a ela, a qual se soma à renúncia também tacitamente manifestada pelo autor ao ajuizar a demanda perante o juízo estatal. Já a incompetência relativa também é matéria que se sujeita à preclusão se não for alegada na contestação, por força do art. 65, que se refere ao fenômeno da “prorrogação”.

5. Defesas processuais posteriores à fase postulatória. Ao réu também cabe invocar defesas processuais para atacar um ato processual do autor em si considerado, sem repercussão na admissibilidade da demanda inicial. Pense-se, por exemplo, na alegação de deserção de um recurso ou de intempestividade do rol de testemunhas. Esses fenômenos igualmente não se acham contemplados no art. 337, mas não há como negar que seu regime jurídico seja o mesmo das defesas processuais em geral. Assim, desponta inegável que a defesa processual não se esgota na contestação.

6. Objetivos das defesas processuais. Com base nas conclusões alcançadas nos itens anteriores, é possível inferir que os objetivos do réu, ao suscitar defesa processual, se encaixam em uma das seguintes categorias: (a) reconhecer a impossibilidade de apreciação sobre o mérito da demanda do autor; (b) corrigir o rumo do procedimento, sem implicar impedimento ao julgamento do mérito; ou (c) afastar algum ato processual praticado pelo autor isoladamente considerado. Exemplo da primeira hipótese é a alegação de defeito na capacidade processual ou postulatória do autor. No segundo caso, os exemplos são a alegação de incompetência absoluta do juízo, de impedimento ou suspeição do juiz e a ocorrência de conexão ou continência. Quanto ao último, pense-se na alegação de falta de recolhimento da taxa judiciária ou intempestividade do rol de testemunhas apresentado pelo autor.

7. Também o autor pode suscitar algumas defesas processuais ao longo do processo. À luz das considerações do item anterior, pode-se afirmar que a atuação processual do réu não é tão diferente da atuação do autor, pois também cabe a este suscitar irregularidades processuais com as mesmas três finalidades: (a) para evitar que o juiz considere em seu julgamento a matéria de defesa alegada pelo réu; (b) para corrigir o rumo do procedimento, de modo a evitar que o processo prossiga carregando irregularidades; e (c) para evitar que o juiz admita algum ato processual específico praticado pelo réu. Aliás, os exemplos das três hipóteses são exatamente os mesmos dados no item anterior, relativamente à atuação do réu. Ainda assim, não se pode negar que, em razão das posições assumidas pelas partes, a gama de defesas processuais que cabe ao réu é mais ampla do que aquela cabível ao autor, até porque ele se socorreu ao Poder Judiciário, sendo certo que, sempre, pretende um julgamento de mérito, ao passo que nem sempre esse é o interesse do réu. Para exame mais profundo a respeito, confira-se HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, São Paulo, Atlas, 2011, p.72-80.

8. Matérias “preliminares” e o “dogma da precedência”. O caput do art. 337 do CPC de 2015 copia a fórmula usada pelo art. 301 do CPC de 1973 ao afirmar que as matérias lá enunciadas não de ser suscitadas pelo réu “antes de discutir o mérito”, razão pela qual são tradicionalmente classificadas como “questões preliminares”. Contudo, é necessário compatibilizar essa regra com o art. 280, §2º do CPC de 2015 (com redação idêntica à do art. 249, §2º, do CPC de 1973), segundo o qual “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”. Esse dispositivo impõe a chamada “primazia do julgamento de mérito”, de tal modo que não haveria qualquer empecilho para que o réu discutisse, primeiramente, o

mérito e, somente depois, suscitasse algumas das matérias ditas preliminares. Quebra-se, assim, o chamado “dogma da precedência” sobre o qual discorre, v.g., JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (Nulidades processuais e apelação, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 1, Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2006, p.225-254).

9. Inexistência ou invalidade da citação (inc. I): Natureza do vício. A falta de citação ou a desconformidade formal em relação ao modelo legal gera vício gravíssimo, pois atenta contra as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório asseguradas ao réu. E a despeito de o art. 239 do CPC de 2015 (com redação similar à do art. 214 do CPC de 1973) dispor que a citação é necessária à “validade do processo”, para diversos doutrinadores o vício geraria a inexistência jurídica do processo e da eventual sentença, não havendo sequer que se cogitar de formação de coisa julgada material (confira-se, v.g., TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do processo e da sentença*, 7ª ed., rev., atual, e ampl., São Paulo, RT, 2014, p. 360). Costuma-se invocar, em apoio a essa tese, a constatação de que o réu que não foi validamente citado, foi declarado revel e saiu vencido pode apontar esse vício processual em sede de impugnação ao cumprimento da sentença (art. 525, §1º, I e 535, I), ou seja, independentemente do manejo de ação rescisória (cujo cabimento é limitado temporalmente e pressupõe coisa julgada material a desconstituir – art. 966). Cumpre analisar criticamente essa tese. Há que se ponderar, primeiramente, que não seria possível falar em inexistência jurídica do processo como um todo mas, quando muito, dos atos praticados após o momento em que o réu deveria ter sido validamente citado e não o foi. Afinal, o processo se inicia com a apresentação da petição inicial (art. 312) e os atos praticados nessa fase anterior à citação são existentes, válidos e eficazes. Da mesma forma, não há como escapar da constatação de que a sentença *terminativa* ou de *improcedência* proferida contra réu não citado validamente seria existente, válida e eficaz, o que se confirma pela existência de hipóteses de improcedência liminar, tanto na vigência do CPC de 1973 (art. 285-A), quanto sob o CPC de 2015 (art. 332). Mas mesmo a tese de inexistência de parte dos atos do processo, com especial destaque para a sentença de procedência, não poderia ser aceita. Semelhante solução implicaria a necessidade de excluir do mundo jurídico todo e qualquer efeito produzido pelos atos declarados inexistentes, o que poderia levar a absurdos como se exigir do Estado a restituição de taxas judiciárias pagas pelas partes, a extinção de punibilidade da testemunha que cometeu perjúrio etc.. Parece mais adequado falar em nulidade grave o suficiente para escapar do “efeito sanatório geral” da coisa julgada material, por disposição expressa dos arts. 525, 522, §1º, I e 535, I). De toda sorte, o reconhecimento de que o vício sobrevive até mesmo à coisa julgada material conduz inafastavelmente à conclusão de que pode ser reconhecido a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, de ofício ou a requerimento, antes do eventual advento da coisa julgada.

10. Inexistência ou invalidade da citação (inc. I): Alegação pelo réu na contestação. O art. 239 prescreve que o réu que não tenha sido citado (válida ou invalidamente), mas tenha constatado a existência do processo movido contra si, pode comparecer espontaneamente a qualquer momento apenas para alegar o vício, passando a fluir a partir de então o prazo para apresentar contestação. Trata-se, pois de solução diversa (e mais adequada à economia processual) daquela equacionada pelo art. 214, §2º, do CPC de 1973, segundo o qual o prazo

para contestação só seria deflagrado a partir da intimação da decisão que acolheu a alegação de falta ou nulidade da citação. De toda sorte, a leitura do art. 337, I, confirma que inexistente impedimento para que o réu, ao comparecer espontaneamente, desde logo, apresente contestação, invocando como matéria preliminar justamente o vício de citação (até mesmo a propósito de justificar a tempestividade da contestação). Esta é, aliás, a solução dada pelo art. 301, I do CPC de 1973.

11. Incompetência absoluta e relativa (inc.II). Os arts. 64 e 337, II, corrigem uma distorção absolutamente injustificável contida no CPC de 1973, o qual, nesse particular, sofrera manifesto condicionamento histórico de legislações passadas, que remontam às Ordenações do Reino Português. De fato, não há qualquer justificativa para que a incompetência relativa seja alegada por meio de peça apartada, a ensejar suspensão do processo e autuação em apenso, ao passo que a incompetência absoluta constitui matéria preliminar da contestação, cuja alegação não gerava suspensão do processo (mesmo em se tratando de um vício processual mais grave). O CPC de 2015 sujeitou ambas as matérias à mesma forma de alegação (como matéria preliminar da contestação e sem suspensão do processo), mantendo, contudo, as diferenças no tocante à cognoscibilidade de ofício (a incompetência absoluta continua a ser reconhecida *ex officio*, ao passo que a relativa, não – arts. 64, §1º e 65) e, conseqüentemente, quanto ao prazo para alegação por parte do réu (a incompetência absoluta é alegável em qualquer tempo e grau de jurisdição, ao passo que a relativa prorroga-se se não alegada na contestação, mercê dos mesmos arts. 64, §1º e 65). Aliás, no caso de incompetência absoluta por fato superveniente (art.43), é intransponível a necessidade de se reconhecer o poder de qualquer das partes (e não apenas o réu) em alegar a matéria posteriormente à fase postulatória.

12. Incorreção no valor da causa (inc. III). A par do poder-dever do juízo de, ao receber petição inicial, determinar *ex officio* a correção do valor atribuído pelo autor à causa (art. 290, §3º, dispositivo sem paralelo no CPC de 1973, embora os tribunais reconheçam esse poder-dever do juiz implícito no sistema – v.g., STJ, 2ª Turma, REsp 594.255, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 21/09/2004, DJ 29/11/2004; STJ, 3ª Turma, REsp 55.288, rel. Min. Castro Filho, julgado em 24/09/2002, DJ 14/10/2002 –, também o réu pode apontar incorreção no corpo da contestação. Trata-se de outra inovação do CPC de 2015, que aboliu a “impugnação ao valor da causa” (antes prevista no art. 261 do CPC de 1973). Embora o dispositivo do CPC de 1973 disponha que a impugnação não implica suspensão do feito, a autuação em apenso e o estabelecimento de contraditório específico sobre essa única questão despontam formalidades ilógicas e contrárias ao princípio da economia processual. Alegada essa matéria em contestação, o contraditório se dará por meio da réplica (art. 351) e, uma vez acolhida a alegação, o juiz determinará as providências daí decorrentes (em especial a suplementação da taxa judiciária, quando for o caso). Por “incorreção” do valor da causa deve-se entender a desconformidade com o disposto no art. 292, seja quando o valor fixado for excessivo (o que é mais comum ocorrer nos casos em que o autor é beneficiário da gratuidade de justiça), seja quando for irrisório (estratégia comum aos demandantes que pretendem recolher uma taxa judiciária menor e/ou reduzir a base de cálculo para eventuais

sanções pecuniárias por descumprimento de deveres processuais e/ou honorários sucumbenciais – v.g., arts. 79, 81 e 85 etc.).

13. Inépcia da petição inicial (inc.IV). Sem prejuízo do poder-dever do juiz de, ao receber petição inicial, constatar sua inépcia (hipótese em que se impõe a concessão de prazo para o autor emendá-la, sob pena de indeferimento liminar – art. 321), o réu também pode alegar como matéria preliminar da contestação esse mesmo vício. Se, após a contestação, o juiz reconhecer a inépcia, também deverá determinar que o autor emende a petição inicial, mas, nesse caso, o autor terá que observar os limites do art. 329, II, isto é, a emenda não pode implicar alteração do pedido e/ou da causa de pedir, salvo com autorização expressa do réu. Essa limitação impediria por completo a correção do vício descrito no art. 330, §1º, I (falta de pedido ou causa de pedir) e limitaria consideravelmente, em maior ou menor grau, a possibilidade de emenda nos demais casos (pedido ou causa de pedir obscuros, pedido indeterminado não autorizado em lei, incompatibilidade entre fatos e conclusão e pedidos incompatíveis – art. 330, §1º, I, III, IV e V). É esse o entendimento do STJ firmado na vigência do CPC de 1973, mas ainda aplicável à lume do CPC de 2015 (STJ, 2ª Seção, ERESP 674.215/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ acórdão Ministro Ari Pargendler, julgado em 25/06/2008, DJ 4.11.2008; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 752.335/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 02/03/2010, DJ 15.3.2010; STJ, 3ª Turma, REsp 1.074.066/PR, rel. Min. Nancy Andrigui, julgado em 04/05/2010, DJe 13.5.2010). Registre-se, por oportuno, ser completamente equivocado o entendimento corrente nos tribunais de que a petição inicial não seria inepta se o autor conseguiu articular sua resposta (v.g., STJ, 1ª Turma, REsp 640.371/SC, rel. Min. José Delgado, julgado em 28/09/2004, DJ 28/09/2004). Considerando-se a necessidade de concentração de todas as matérias de defesa num único ato (arts. 335 e 336), nenhum réu se sujeitaria à temeridade de se limitar a apresentar contestação fundada exclusivamente na inépcia da inicial. Por mais inepta que a peça inicial seja, sempre o réu articulará alguma defesa, o que revela que esse critério acolhido pela jurisprudência não se mostra adequado.

14. Perempção (inc. V). Trata-se de instituto de raríssima aplicação prática, bastando então referir que sua definição é delineada pelo art. 486, §3º: “Se o autor der causa, por três vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito”. Cumpre ao réu comprovar documentalmente a propositura da exata mesma demanda (*rectius*, mesmas partes, pedido e causa de pedir, nos termos do §2º do art. 337, aqui também aplicável) em três oportunidades anteriores e a extinção de todas elas fundada necessariamente no art. 485, III (abandono pelo autor), não se admitindo interpretação extensiva para outras hipóteses de sentença terminativa elencadas pelo art. 485.

15. Litispendência (inc.VI e §3º) e coisa julgada (inc. VII e §4º). O sistema processual acolhe o princípio geral de direito de proibição do *bis in idem*, de tal modo que, via de regra, o Poder Judiciário não pode ser provocado para analisar a mesma pretensão de um litigante em mais de uma oportunidade. Calcado nessa diretriz, o CPC impede que o autor de uma demanda ainda pendente ou já julgada por sentença de mérito transitada em julgado proponha

demanda idêntica, isto é, que tenha as mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir (art. 337, §2º, adiante comentado). A litispendência se inicia para o autor com a propositura da demanda (art. 312), ao passo que só se torna eficaz para o réu com a citação (art. 238). A coisa julgada a que se refere o dispositivo é a material, que recobre as sentenças de mérito (art. 502), já que em caso de extinção do processo sem exame de mérito a repropositura de demanda idêntica é possível (art. 486, *caput*), impondo-se, apenas, a observância de duas condições: (a) o pagamento das custas e, se o caso, honorários devidos no processo anterior (art. 486, §2º); e (b) a correção do vício que gerou a extinção (nos casos de inépcia da peça inicial, litispendência, falta de pressupostos processuais ou condições da ação e convenção de arbitragem - art. 486, §1º).

16. Identidade de demandas (§2º). Seguindo uma construção já milenar (remonta ao direito romano clássico), a caracterização da litispendência e da coisa julgada depende da existência de identidade de três elementos – partes, pedido e causa de pedir – entre a primeira demanda (pendente ou encerrada por decisão de mérito imutável) e uma segunda demanda (na qual se fará a comparação entre os três elementos de ambas). Há tempos também se reconhece que a identidade de partes é a jurídica, e não física (o que explica, por exemplo, que a coisa julgada produzida em processo do qual participou o pai atinge o filho que o sucedeu a título universal, ou na hipótese de dois colegitimados diversos ajuizarem demandas coletivas com o mesmo pedido e causa de pedir – caso já enfrentado pelo STJ, 3ª Seção, AgRg nos EmbExeMS 6864/DF, rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 14/08/2014, DJe 21/08/2014. No tocante à identidade de causa de pedir é preciso saber distinguir bem a diferença entre o(s) fato(s) principal(is) – ou seja, aqueles suficientes, por si só, a gerar as consequências jurídicas objeto do pedido e que são o núcleo da causa de pedir – e os fatos secundários – isto é, aqueles que servem para demonstrar, reforçar ou revelar o modo de ser dos fatos principais (o STJ acolhe essa distinção como se vê, p.ex., do seguinte julgado: STJ, 3ª Turma, REsp 702.739/PB, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Ministro Ari Pargendler, julgado em 19/09/2006, DJ 02/10/2006). A mesma distinção é corrente na doutrina (como se vê, por todos, na obra de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI *A causa petendi no processo civil*, 3 ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009, p.162-164). Somente se descaracteriza a causa de pedir em um ulterior processo se houver alteração do(s) fato(s) principal(is).

17. Eficácia preclusiva da coisa julgada. A regra da tríplice identidade não é a única com base na qual opera a coisa julgada material, pois ela se completa e se combina com a regra da *eficácia preclusiva*, enunciada pelo art. 508. De fato, basta a regra da tríplice identidade (art. 337, §2º) para impedir que o demandante que saiu vencido de um primeiro processo por sentença de mérito passada em julgado volte a juízo para deduzir a exata mesma pretensão. Contudo, a tríplice identidade é inútil para impedir que o demandado que saiu vencido venha a juízo pedir tutela jurisdicional contrária àquela obtida pelo demandante declarado vencedor por sentença de mérito já coberta pela coisa julgada material. Para esses casos, desponta relevante apenas a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508), de tal modo que o demandado vencido não poderá suscitar quaisquer questões cujo acolhimento possa infirmar o resultado emergente da sentença de mérito passada em julgado (a propósito,

confira-se, v.g., a clássica lição de BARBOSA MOREIRA, Coisa julgada e declaração, *Temas de direito processual* – 1.ª série, São Paulo: Saraiva, 1980. p. 83-86).

18. Conexão (inc. VIII). Entende-se por conexão o fenômeno que implica modificação da competência relativa (art. 54), para o fim de reunir dois ou mais processos perante um mesmo órgão jurisdicional para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido julgado (art.55, §1º). A conexão caracteriza-se entre “duas ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir” (art. 55, *caput*). Essa definição é exatamente igual àquela que figura no art. 103 do CPC de 1973, a qual foi duramente criticada ao longo dos mais de 40 anos de vigência daquele diploma, haja vista a dificuldade de o direito positivo estabelecer com exatidão um critério único a ser aplicado a todo e qualquer caso (v.g., BARBOSA MOREIRA, A conexão de causas como pressuposto da reconvenção, 1979. Tese para Professor Titular de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p.163). Há a necessidade de o juiz analisar casuisticamente, à luz do direito material controvertido, se a reunião de processos gerará em concreto economia processual e a redução do risco de decisões contraditórias sobre o mesmo litígio (a propósito, confirmam-se dois emblemáticos acórdãos do STJ nesse sentido: STJ, 1ª Seção, CC 22.123/MG, rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 14/04/1999, DJ 14/06/1999 e STJ, 2ª Seção, CC 100.345/RJ, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 11/02/2009, DJe 18/03/2009). Registre-se, por oportuno, que o art. 55, §3º, ampliou o rol de hipóteses de modificação de competência para reunião de processos para os casos em que há “risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”. Não cabe aqui aprofundar o exame desse novo dispositivo (o que já foi feito em sede própria), mas apenas destacar que também se tratará de matéria a ser alegada como preliminar da contestação, tal como a continência (art. 56). Note-se, por fim, que o poder do réu em requerer a reunião de processos por conexão, continência ou por risco de decisões conflitantes é subsidiário ao poder-dever do juiz (exercitável *ex officio*) e ao poder do autor, que pode ser exercitado logo na petição inicial, ao pedir a distribuição por dependência (art. 286, I).

19. Vício quanto à capacidade processual (inc. IX). Para compreensão desse dispositivo é relevante lembrar que de todos os litigantes exige-se “tríplice capacidade” (nas palavras de DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p.289), isto é: (a) a *capacidade de ser parte* (decorrente da personalidade natural ou jurídica ou da simples personalidade judiciária atribuída a entes desprovidos de personalidade jurídica, como aquelas exemplificativamente listadas nos arts. 75, V, VI, VII, IX e X); (b) a *capacidade estar em juízo* (quando necessário, a constituição do litigante em juízo depende de representação por outrem, como nos casos de pessoas físicas incapazes, pessoas jurídicas e entes dotados de personalidade judiciária, *ex vi* dos arts. 71, 72 e 75) e, finalmente, (c) a *capacidade postulatória* (representação por advogado, nos termos do art. 103, salvo quando a lei expressa e excepcionalmente dispuser em contrário como, p.ex., nas causas de competência dos Juizados Especiais Cíveis até vinte salários mínimos, *ex vi* do art. 9º da Lei 9.099/95). Em todos esses casos, o acolhimento da alegação implicará o dever do juiz em oportunizar ao autor a correção do vício (art.76), sob pena de extinção do processo (art. 76, §1º, I c.c. art. 485, IV) ou não conhecimento do recurso ou contrarrazões, quando o

processo estiver pendente perante *qualquer* tribunal, incluídos os superiores (art.76, §2º). Percebe-se aqui claramente a intenção do CPC de 2015 em revogar o verbete nº 115 da Súmula do STJ, assim redigida: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”. Tais matérias também são alegáveis pelo autor em face do réu, hipótese em que a falta de correção do vício no prazo indicado pelo juiz ensejará a decretação de revelia (art. 76, §1º, II) ou, igualmente, o não conhecimento do recurso ou contrarrazões (art. 76, §2º).

20. Falta de autorização (inc.IX). Há alguns exemplos excepcionais em que dispositivos legais exigem da parte demandante que obtenha prévia autorização para vir a juízo. O exemplo clássico é o da demanda relativa a direitos reais imobiliários, para a qual o litigante que for casado pelo regime da comunhão universal ou parcial de bens deverá demonstrar de plano o consentimento ou autorização do cônjuge (art. 73, *caput*), a qual pode ser suprida judicialmente (art. 74, *caput*). Um segundo exemplo concerne à demanda que pede responsabilização de administradores de sociedades anônimas, que depende de prévia deliberação em assembleia, nos termos do art. 159 da Lei n. 6.404/76.

21. Premissas para compreensão das chamadas “condições da ação”. Muitas teorias foram cunhadas pela doutrina processual, desde o século XIX, para explicar o conceito de ação, mas hoje se reconhece de modo quase uníssono ser inviável atingir uma definição universal. O conceito de ação varia de país para país, em cada época histórica, de acordo com os valores sociais e políticos vigentes em um determinado Estado, o que se delinea a partir de sua respectiva Constituição. No ordenamento brasileiro, a matriz para compreensão do direito de ação está no art.5º, XXXV, da Constituição Federal. Primeiramente, esse dispositivo exprime ordem ao legislador, a quem se proíbe excluir o direito de acesso ao Poder Judiciário. A *contrario sensu*, o dispositivo estabelece que qualquer alegação de lesão ou ameaça a direito pode ser levada ao Poder Judiciário, independentemente se o demandante tenha ou não o direito afirmado e mesmo se esteja imbuído ou não de boa-fé. Bastará sua auto-atribuição do direito, por meio de uma afirmação unilateral, para que o processo seja instaurado perante o Estado-juiz. Ação é direito fundamental que assiste a todo e qualquer indivíduo e seu exercício se manifesta, precipuamente, pela propositura da demanda, ato que se materializa na petição inicial, contendo a alegação de lesão ou ameaça a direito. Contudo, a doutrina atual tem reconhecido que a garantia constitucional insculpida no aludido art. 5º, XXXV, não se esgota apenas no aforamento da demanda, mas inclui todas as demais atividades exercitáveis ao longo de todo o *iter* procedimental, com vistas à demonstração do direito alegado e, se reconhecido e necessário, na sua satisfação concreta (para ampla referência, confira-se HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, São Paulo, Atlas, 2011, cap. 3). De toda sorte, muito embora se considere modernamente que o direito de ação não se esgota na propositura da demanda, tem-se nesse ato, sem dúvida, a mais importante manifestação dessa garantia constitucional. E para que o Estado-juiz possa examinar o mérito do pedido formulado na demanda, é imperioso que o demandante cumpra um rol de requisitos estabelecidos pelas normas infraconstitucionais, o que é perfeitamente legítimo à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, já que o direito de ação, embora assista a qualquer indivíduo, não é incondicionado. É exatamente o que ocorre com outros

direitos cívicos (como, v.g., votar e ser votado): apesar de direitos inerentes à condição de cidadão, só podem ser exercidos se cumpridos determinados pressupostos previstos no ordenamento em nome de outros princípios e garantias integrantes do sistema jurídico. Assim, o direito constitucional de ação pode ser exercido de maneira eficaz (cumprindo-se todos os requisitos da lei, o que permitirá ao juiz proferir uma válida decisão de mérito) ou não (nesse segundo caso, o juiz deve rejeitar fundamentadamente a demanda, sem examinar o seu mérito). As chamadas “condições da ação” foram historicamente catalogadas nessa categoria, dos “pressupostos de admissibilidade do válido julgamento de mérito”.

22. Avanços terminológicos do CPC de 2015: abandono das expressões “carência de ação” e “condições da ação”. O CPC de 1973, promulgado bem antes da atual Constituição Federal e de estudos mais profícuos sobre a “constitucionalização do direito processual”, adotou a teoria de LIEBAMN que propunha a existência das chamadas “condições da ação”, dividida em três espécies: legitimidade de agir, interesse processual e possibilidade jurídica. A falta de qualquer uma delas ensejaria “carência de ação” (art. 301, X), com conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI), por meio de decisão desprovida da autoridade da coisa julgada material (arts. 268 e 467). O CPC de 2015 abandona as expressões “carência de ação” e “condições da ação”, que não figuram sequer uma vez no texto legal. Na linha das observações constantes do item anterior, pode-se dizer que a superação da primeira expressão (“carência da ação”) representa um avanço terminológico relevante, pois é de fato equivocado afirmar que a falta de interesse processual ou de legitimidade para agir implicariam o reconhecimento de ausência de direito de ação. Trata-se apenas do exercício do direito de ação de modo ineficaz ante o descumprimento de requisitos legitimamente estabelecidos para tanto. Contudo, a segunda expressão (“condições da ação”) pode, sim, ser compatibilizada com a Constituição Federal, sob o prisma de que o exercício eficaz do direito constitucional de ação se sujeita, sim, a alguns requisitos, sem os quais não se pode conferir ao seu titular os efeitos por ele esperados. Parece razoável, sob o ponto de vista puramente didático, continuar a usar essa segunda expressão à falta de outra melhor prevista no texto do CPC de 2015.

23. Posição das chamadas “condições da ação” no CPC de 2015. A despeito do avanço terminológico, as chamadas “condições da ação” continuam, no CPC de 2015, na mesma posição que ocupam no CPC de 1973, isto é, de “pressupostos do válido julgamento de mérito” (categoria que constitui gênero, do qual historicamente se apresentavam como espécies as antes chamadas “condições da ação”, a serem aqui examinadas, e os “pressupostos processuais”, cujo conceito será examinado oportunamente, principalmente nos comentários ao art. 485, IV). Com efeito, quando o juiz constata a falta de legitimidade de agir ou interesse processual, a decisão proferida continua a ser catalogada como terminativa (art. 485, VI), isto é, uma decisão que não resolve o mérito. Já no âmbito do CPC de 1973 há forte corrente de autores que propunham posicionar as condições da ação integralmente no campo do exame de mérito (à guisa de exemplo, confira-se FREDIE DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*, 14 ed., Salvador: Juspodivm, 2012, p. 215-216). A favor dessa tese milita o argumento de que as “condições da ação” são aferidas a partir da análise da relação jurídica material. Agora, na vigência do CPC de 2015, os adeptos dessa corrente têm a seu favor um segundo argumento,

o de que o art. 485, VI, c.c. o art. 486, §1º, passaram a prever que a decisão que extingue o processo por falta de condição da ação adquiriu algum grau de imutabilidade ao disporem que a repositura de demanda idêntica “depende da correção do vício que levou à extinção do processo sem resolução do mérito”. Contudo, entendemos que continua a prevalecer, na vigência do CPC de 2015, a opção de catalogar as “condições da ação” dentre os pressupostos de válido julgamento de mérito. Isso se confirma pelo próprio *caput* do art. 337 (“Incumbe ao réu, *antes de discutir o mérito*, alegar: (...) XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual – grifou-se), reforçado pelo art. 485, VI (segundo o qual “O juiz *não resolverá o mérito* quando: (...) VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse” – grifou-se). Quanto à formação de coisa julgada material, não se pode reconhecê-la presente face ao que dispõe o art. 502 (“Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a *decisão de mérito* não mais sujeita a recurso” – grifou-se). A despeito disso, é inegável que o art. 486, §1º, passou a prever algum grau de eficácia preclusiva, mas se trata de algo diverso da coisa julgada material, tal como definida no art. 502, de tal modo que a repositura de demanda idêntica a outra anteriormente rejeitada por sentença terminativa sem correção do vício não ensejará extinção com fundamento no inciso V do art. 485, (coisa julgada), mas, sim, no inciso IV (“ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”). Embora não seja esta a oportunidade adequada para tanto, parece que neste (e em outros casos) o CPC de 2015 criou uma imutabilidade menos intensa, com feição apenas negativa (da qual resulta impedimento para que a matéria imunizada seja revista), mas não positiva (não se obriga que um juiz, em futuro processo, se curve à decisão imunizada apenas negativamente). Trata-se, pois, de algo de menor abrangência que a coisa julgada material (que ostenta projeção também positiva para processos futuros). Em conclusão, o CPC de 2015, no tocante às chamadas “condições da ação”, manteve a mesma opção que o CPC de 1973 fizera, muito embora fosse plenamente possível que acolhesse uma diferente solução. Trata-se, em suma, de opção legislativa e que, nesse particular, revela que o legislador vergou ao peso da tradição. Seja como for, goste-se ou não dessa solução, qualquer entendimento que pura e simplesmente se limite a deslocar as condições da ação para o exame de mérito mostra-se *contra legem*, seja na vigência do CPC de 1973, seja sob o império do CPC de 2015. Quando muito, se poderia considerar que o CPC de 2015 abre margem, tal como o de 1973 o faz, para a chamada “teoria da asserção”, sobre a qual se dedica o próximo item.

24. Teoria da asserção. Desde o início de vigência do CPC de 1973, constatam-se com frequência dificuldades em delimitar as fronteiras entre o exame das condições da ação e do mérito. A fim de enfrentar os tormentosos problemas daí decorrentes, passou a ganhar adeptos entre os estudiosos (v.g., JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo: Malheiros, 2006, p.278-293) e os tribunais (v.g., STJ, REsp 879.188/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009) a chamada “teoria da asserção”, segundo a qual a presença das condições da ação em geral (e em especial da legitimidade *ad causam*) deve ser aferida *apenas* de acordo com o relato fático contido na peça inicial, *in statu assertionis*, em sede de cognição sumária. Assim, se Caio cobra de Tício dívida que a própria petição inicial reconhece foi assumida por Mévio, haveria ilegitimidade passiva. Caso, por outro lado, Caio tenha alegado em sua demanda de cobrança que Tício contraiu a obrigação, mas a instrução revela que, na verdade, quem o fez

foi Mévio, o caso seria de improcedência. Essa teoria prestigia a ideia fundamental de que as condições da ação constituem técnica útil apenas para evitar que processos manifestamente desprovidos de possibilidade de compor a lide tenham prosseguimento, consumindo desnecessariamente tempo e recursos da máquina judiciária. Ademais, a teoria assenta-se na ideia de que decisões fundadas em cognição sumária (como a que reconhece a falta de condições da ação liminarmente, quando do recebimento da petição inicial) não poderiam legitimamente produzir coisa julgada material. CÂNDIDO DINAMARCO repudia expressamente a teoria da asserção e, dentre vários argumentos teóricos, salta aos olhos um bastante pragmático e interessante: “só advogados menos preparados iriam incorrer em carência de ação, porque os competentes sabem construir suas petições iniciais dissimulando a falta de uma das condições da ação” (*Instituições de direito processual civil*, 6 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2009, v.2, p.324). Em que pese esse forte argumento, parece que a teoria da asserção constitui uma solução que equilibra duas ideias contraditórias: a de que o exame das condições da ação, por inequívoca opção legislativa, não se insere no juízo de mérito, mas que por outro lado são aferidas com base em dados da relação jurídica de direito material (que também constituem o substrato para o juízo de mérito).

25. Tipologia das chamadas “condições da ação” no CPC de 1973 e no CPC de 2015.

O art. 267, IV, do CPC de 1973 dispõe serem três as condições da ação: “possibilidade jurídica” (da demanda ou do pedido); “legitimidade das partes” (também chamada “legitimidade *ad causam*” ou “legitimidade para agir”) e “interesse processual” (que a doutrina também costuma denominar “interesse de agir”). A análise dos arts. 330, 337, X, 485, VI, do CPC de 2015 revela claramente que o legislador reduziu de três para duas as condições da ação. Restaram a legitimidade de agir e o interesse processual, excluindo-se a possibilidade jurídica da demanda (sobre a qual se fará exame específico adiante).

26. Interesse de agir: necessidade. É lição comumente repetida em doutrina que o interesse processual desdobra-se no binômio “necessidade-adequação”. Quanto ao elemento “necessidade”, o jurisdicionado deve demonstrar, desde a propositura da demanda, que não poderia legitimamente obter por seus próprios meios a reparação do seu direito que tenha sido violado ou a imunização da ameaça a esse direito. Quando se trata de pedir a reparação de um direito, a necessidade da tutela jurisdicional emerge a partir do momento em que ocorre a violação. Por essa razão, constitui afirmação clássica da doutrina que faltaria interesse de agir, por exemplo, ao credor para exigir judicialmente a dívida ainda não vencida. Deve o juiz extinguir o processo sem exame de mérito, o qual poderá ser reproposto no futuro caso haja o vencimento da dívida sem o correspondente adimplemento. Não é tão simples ao autor, porém, demonstrar a necessidade da tutela jurisdicional preventiva, orientada à imunização de uma ameaça. O Poder Judiciário não pode atuar preventivamente, senão quando houver demonstração concreta da ameaça, não se contentando com uma possibilidade remota de violação do direito. Em qualquer dos casos, percebe-se com facilidade que o interesse processual deve ser aferido com base nos elementos do caso concreto. Assim, apesar de se tratar de análise que precede à do mérito, o reconhecimento do interesse de agir não se baseia no cumprimento de regras de cunho processual, mas, sim, leva em conta o direito material em disputa e os fatos que em torno dele gravitam. Nem por isso confunde-se com o mérito,

mesmo porque o reconhecimento de sua ausência gera efeitos meramente processuais, excluindo o poder do juiz sobre o julgamento de mérito, por expressa opção do CPC de 2015 (repetindo, nesse particular, a opção do CPC de 1973), conforme analisado acima. Não raro, porém, o exame dessa condição da ação é indevidamente confundido com a análise do mérito. Tome-se como exemplo acórdão do STJ que considerou o assinante de linha telefônica fixa carecedor de interesse processual para obter documentos que detalhassem a cobrança de pulsos anteriormente a Resolução da ANATEL que passou a obrigar as concessionárias a prestar tal informação ao consumidor (STJ, 2ª Turma, REsp 997.486/RS, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12/02/2008, DJe 01/12/2008). A tutela jurisdicional pedida pelo demandante era necessária, pois sem intervenção do Estado-juiz, a empresa-demandada não prestou as informações pedidas. Havia, pois, interesse de agir. Todavia, o pedido formulado pelo autor não encontrava amparo no ordenamento jurídico, de modo que o correto teria sido decretar a improcedência (julgamento de mérito). Tem-se nesse exemplo uma “falsa carência de ação”, isto é, a indevida catalogação da decisão como sendo terminativa, a qual, contudo, não pode prejudicar o litigante, que tem direito à ação rescisória (art. 966). Outro aspecto a ser enfrentado concerne ao aspecto dinâmico do interesse processual. Essa condição da ação pode estar ausente no momento de propositura da demanda, mas vir a se concretizar durante seu curso (tornando a exemplo já examinado, imagine-se que a dívida objeto da demanda venha a vencer pouco depois de sua propositura e antes de o juiz ter aferido a presença das condições da ação). O inverso também é plenamente possível (e até mesmo muito mais comum no dia-a-dia do foro), já que o interesse processual pode desaparecer no curso do processo (basta um exemplo, colhido da jurisprudência do STJ, de medida judicial contra ato administrativo que restou revogado pela própria autoridade coatora – STJ, 1ª Turma, REsp 764.519/RS, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10/10/2006, DJ 23/11/2006). As circunstâncias supervenientes devem ser levadas em conta pelo juiz de ofício (arts. 342, I e 493), seja para reconhecer que o julgamento de mérito tornou-se possível (primeiro exemplo) ou descabido (segundo caso), de tal modo que a decisão recaia sobre o quadro fático existente ao tempo do proferimento da sentença.

27. Interesse de agir: adequação. A “adequação” diz respeito à demonstração de que os meios processuais eleitos pela parte são compatíveis com a providência jurisdicional por ela requerida. Daí porque se entende carecedor de interesse processual o sujeito que move execução sem estar amparado por título executivo regular acha-se desprovido de interesse processual em razão da inadequação da via (embora o art. 803, I, impropriamente aponte que a consequência dessa situação seja a “nulidade” da execução). O inverso não é verdadeiro, mercê do art. 785. Outro exemplo: pode-se pensar no impetrante de mandado de segurança contra ato judicial, a quem falta interesse de agir se há recurso processual disponível (regra que o art. 5º, II, da Lei 12.016/2009 consagra de maneira textual). Esse elemento do binômio (a adequação) comporta, contudo, algum temperamento. Isso porque o art. 283 (equivalente ao art. 250 do CPC de 1973) pode ser interpretado de maneira a autorizar o juiz a “converter” a demanda inadequadamente proposta para a via adequada (como, por exemplo, a conversão da execução desprovida de título extrajudicial em ação de procedimento comum, já reconhecida possível pelo STJ – STJ, 4ª Turma, REsp 482.087/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 03/05/2005, DJ 13/06/2005).

28. Legitimidade de agir. A legitimidade de agir (ou *ad causam*) é normalmente definida como a “pertinência subjetiva do processo”, ou seja, as partes do processo devem, como regra, coincidir com as partes da relação de direito material controvertida, de tal modo que “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (art. 18). É fácil a visualização do fenômeno por meio de dois exemplos singelos. O primeiro: não pode a mãe ajuizar demanda pedindo alimentos em favor de seu filho, mesmo que ele for absolutamente incapaz. Há ilegitimidade ativa, devendo a mãe atuar como mera representante do filho, cuja atuação se presta apenas a integrar sua capacidade de estar em juízo (art. 71) sem que, com isso, se reconheça à genitora a condição de parte. O segundo: não pode o cidadão que tenha sido injustamente condenado criminalmente pela Justiça Estadual pleitear reparação dos danos sofridos da União Federal. É flagrante a ilegitimidade passiva. É importante registrar que nosso sistema prevê diversas hipóteses de substituição processual em que, por expressa disposição de lei, permite-se a desconexão entre as partes no processo e as partes da relação jurídica material, de tal modo que o demandante possa defender processualmente, em seu nome, direito alheio. O tema foi examinado nos comentários ao art. 18.

29. Possibilidade jurídica da demanda. A terceira das condições da ação previstas pelo CPC de 1973 era, sem dúvida, a mais controvertida. Bem entendida, a possibilidade jurídica se reduzia à inexistência de vedação explícita do ordenamento jurídico à pretensão deduzida pelo demandante, seja quanto ao seu pedido, seja quanto à sua causa de pedir (daí porque a superioridade da expressão “possibilidade jurídica da demanda” sobre “possibilidade jurídica do pedido”). Os exemplos hauridos da obra de CÂNDIDO DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, 6 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2009, v.2, p.307) são o pedido formulado por um dos Estados da Federação para dela se desligar, o qual é proscrito pelo art. 1º da Constituição Federal e o a cobrança de dívida oriunda de jogo, que não pode ser exigida judicialmente (art. 814, CC). Em ambos os casos, justifica-se a diferença entre a decretação da impossibilidade jurídica e a análise do mérito sob o argumento de que a demanda esbarraria em uma impossibilidade, *a priori* e em tese, de procedência, independentemente das efetivas circunstâncias do caso concreto. Assim, defende-se, com base no CPC de 1973, que se trata de um pressuposto de admissibilidade do exame de mérito, cuja falta obriga o juiz a rejeitar a demanda de plano, evitando assim que o processo se desenvolvesse de maneira desnecessária, eis que sabido de antemão qual seria seu resultado. Contudo, ainda sob o manto do CPC de 1973, parcela considerável da doutrina considera que a possibilidade jurídica não deveria ser enquadrada como condição da ação, pois sua falta implicava o reconhecimento de que a pretensão do demandante não encontra amparo na ordem jurídica, tal como ocorre quando há a improcedência do pedido por falta de demonstração concreta de que o autor é titular do direito alegado na peça inicial. A única diferença entre as duas hipóteses é que, no primeiro caso, o demandante não tem o direito material afirmado face à letra expressa de dispositivo normativo (a cognição judicial é mais simples, porquanto passível de ser feita em abstrato, independentemente da demonstração concreta dos fatos alegados pelo demandante) e, no segundo caso, a vedação não está expressamente positivada, mas não estão presentes os elementos necessários para ensejar a

aplicação da norma jurídica invocada pelo demandante (a cognição judicial é mais complexa, pois exige a análise das circunstâncias fáticas alegadas à guisa de causa de pedir). Com o CPC de 2015, o legislador acolheu a segunda diretriz teórica e excluiu a possibilidade jurídica do rol das condições da ação, de tal modo que a vedação legal expressa à pretensão do autor foi equiparada à falta base para ensejar a aplicação da norma jurídica invocada pelo demandante para efeito de ensejar a improcedência da demanda (art. 487, I). Ou seja, a possibilidade jurídica passou a integrar o exame do mérito.

30. Convenção de arbitragem (inc. X). Para compreensão desse dispositivo, há que se recorrer aos conceitos consagrados nos arts. 3º, 4º e 9º, da Lei 9.307/96. Primeiramente, tem-se a convenção de arbitragem, que constitui negócio jurídico celebrado entre sujeitos capazes de contratar com a finalidade de renunciar à jurisdição estatal para solução de seus conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis e submetê-los a uma solução dada por terceiro imparcial por elas escolhido. Esse instrumento, apto à instauração do processo arbitral, divide-se em duas espécies: a cláusula compromissória (“convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”) e o compromisso arbitral (“convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”). Conforme acima destacado, trata-se de matéria que o juiz não pode conhecer *ex officio* (art. 337, §5º) e que se o réu não suscitar na contestação não poderá fazê-lo depois em razão da preclusão (art. 337, §6º).

31. Falta de caução (inc.XI). Em apenas um caso o CPC de 2015 dispôs ser necessário que o autor preste caução como pressuposto de admissibilidade da demanda: “art. 83. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo, prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”, salvo nos casos previstos no §1º do mesmo dispositivo. Se o autor não sanar esse vício no prazo apontado pelo juiz, o caso é de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 487, IV). Afora esse caso, a caução é exigível apenas para atos específicos, tais como o levantamento de dinheiro em sede de execução provisória (art. 520, IV) ou como condição para concessão de tutela de urgência, quando o juiz reputar necessário (art. 300, §1º), cuja falta gerará apenas o indeferimento da providência, sem implicar sentença terminativa.

32. Falta de outras prestações (inc.XII). É evidente que o processo judicial implica custos, os quais, segundo os arts. 82 e seguintes, devem ser suportados pelos litigantes, salvo quando beneficiários da “gratuidade de justiça” (arts. 98 a 102). Ao apresentar a petição inicial, o autor haverá de arcar com a taxa judiciária exigida pela União (nas causas de competência da Justiça Federal) ou pelo Estado (nas causas de competência da Justiça Estadual), bem como os emolumentos previstos em cada tribunal para atos como autuação, expedição de carta ou mandado de citação etc.. Se o juiz não constatar a falta de pagamento das custas logo ao fazer o exame de admissibilidade, ao réu incumbe alegar tal matéria em sede de preliminar de sua contestação. Se, intimado na pessoa de seu advogado (art. 290), o

autor não suprir a falha, o caso é de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, IV), com cancelamento da distribuição (art. 2908). Pode-se considerar englobada por esse dispositivo a obrigação de pagamento de custas e honorários devidos em razão de demanda idêntica anteriormente ajuizada e extinta sem resolução do mérito (art. 486, §2º). Além desses encargos iniciais, cuja falta enseja sentença terminativa, a regra há muito vigente no ordenamento brasileiro é a de que a parte que requerer a prática de um ato processual tem o ônus de adiantar o pagamento da despesa respectiva (art. 82), sob pena de, não o fazendo, o juiz indeferir a prática do ato (v.g., a decretação de inadmissibilidade do recurso desprovido das custas respectivas, o indeferimento da prova pericial à falta de depósito dos honorários do perito etc.), sem que se possa cogitar de extinção do processo sem exame de mérito.

33. Indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça (inc.XII). Novamente aqui desponta uma novidade do CPC de 2015 em relação à Lei 1.060/50, a qual prevê que “a impugnação do direito à assistência judiciária (...) será feita em autos apartados” (art.4º, §2º). Com o novo diploma, passa a competir ao réu, como preliminar da contestação, apresentar provas de que o autor tem condições financeiras adequadas para suportar os custos do litígio e que, portanto, não deveria lhe ter sido deferido o benefício da gratuidade quando do recebimento da peça inicial. O contraditório a respeito de tal alegação será feito por meio da réplica (art. 351) e eventual acolhimento da impugnação implicará ordem para o autor recolher as taxas e despesas devidas, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, IV), além do risco de pagar multa equivalente ao décuplo das despesas se houver má-fé (art.100, par .ún.). Caso qualquer das partes peça o benefício no curso do processo (art. 99, *caput* e §1º), a impugnação será feita na primeira oportunidade que o adversário tiver para falar nos autos (art. 100), o que pode ser na réplica (se o autor quiser impugnar o pedido formulado pelo réu na contestação), contrarrazões de recurso (se o pedido foi formulado no recurso) ou simples petição (nos demais casos). De toda sorte, o pedido de concessão do benefício e a impugnação do benefício deferido à parte adversa não geram suspensão do processo.

CPC-1973	CPC-2015
Sem correspondente	<p data-bbox="804 1525 1359 1765">Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.</p> <p data-bbox="804 1818 1359 2060">Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85,</p>

	<p>§ 8º.</p> <p>Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação.</p> <p>§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338.</p> <p>§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.</p>
--	--

1. Técnica similar prevista no CPC de 1973. Embora os arts. 338 e 339 do CPC de 2015 não guardem correspondência direta com algum dispositivo no CPC de 1973, não há como deixar de reconhecer que seu antecedente remoto se encontra na modalidade de intervenção de terceiros denominada “nomeação à autoria” (arts. 62 a 69 do CPC de 1973). Trata-se de expediente destinado a corrigir o polo passivo da relação jurídica processual a fim de evitar a extinção do feito sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva. Contudo, apesar de louvável o objetivo do instituto, trata-se de expediente praticamente inútil, pois seu cabimento se limita a apenas duas hipóteses muito específicas de direito material, isto é, quando o réu é mero “detentor” da coisa litigiosa e pretende nomear o proprietário ou possuidor (CPC/73, art. 62 c.c. CC, art. 1.198) e quando o réu alegar ter causado prejuízos ao autor por ordem de outro sujeito, o qual será nomeado (CPC/73, art. 63 e CC, arts. 1.169 ss.). Os arts. 338 e 339 do CPC de 2015 propõe-se ao mesmo objetivo – correção do polo passivo – mas em qualquer situação de direito material, não apenas aquelas previstas nos arts. 62 e 63 do diploma revogado. Trata-se de técnica que ressalva a aplicação do princípio da *perpetuatio legitimationis* e que se destina a sanear o processo, evitando sua extinção sem resolução de mérito, o que justifica que não mais figure entre as modalidades de intervenção de terceiros. Nessa linha, o mecanismo é passível de ser empregado mesmo em procedimentos especiais que não admitem intervenções de terceiro, como por exemplo os Juizados Especiais Cíveis, conforme assentado pelo enunciado n. 42 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

2. Análise dos dispositivos. Os arts. 338 e 339 parecem um pouco redundantes à primeira vista, mas disciplinam situações diversas. O art. 338 permite que o próprio autor reconheça espontaneamente a ilegitimidade do réu, à luz da preliminar aduzida em

contestação, de tal modo a, no prazo de 15 dias a partir da intimação para se manifestar sobre a defesa, requerer sua “troca” pelo sujeito reconhecido como parte legitimada (o termo “troca” é preferível a “substituição”, que tem conotação técnico-processual própria – art. 18, par. ún.). Já o art. 339, a exemplo do que faz o art. 69 do CPC de 1973, impõe ao réu que alegar sua ilegitimidade o dever de “indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação”. À falta de norma legal em sentido contrário, essa responsabilidade do réu é subjetiva, conforme enunciado n. 44 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Se após a indicação do réu, o autor também concordar com a troca (o que deverá ser feito no prazo de 15 dias, previsto para “réplica” (art. 351), conforme, aliás, reconhecido pelo enunciado n. 152 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, proceder-se-á da exata mesma forma que a prevista no art. 338. Como se vê, os dispositivos aqui em exame baseiam-se na mesma lógica da nomeação à autoria, mas apresentam cinco claras vantagens: (a) conforme já destacado, pretende-se deixar para trás a limitada tipicidade de situações de direito material previstas no diploma que antecedeu o CPC de 2015 (CPC/73, arts.62 e 63): (b) elimina-se a esdrúxula possibilidade de a parte nomeada pelo réu e aceita pelo autor “recusar-se” a ingressar na relação processual (CPC/73, art. 66); (c) o réu que pretender “nomear” terceiro deverá fazê-lo no bojo da contestação, e não mais por peça apartada, que produzia atraso processual (pois, em caso de recusa do autor, o réu original tinha a seu favor a abertura de novo prazo para contestar, conforme entendimento do STJ: STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1293825/GO, rel. Min. Vasco Della Giustina, julgado em 14/04/2011, Dje 25/04/2011; (d) previu-se expressamente o dever de o autor pagar verbas sucumbenciais à parte originalmente citada e excluída da relação processual; (e) permitiu-se que o autor mantenha o réu original no polo passivo e nele inclua o sujeito indicado como legitimado pela contestação, formando-se um litisconsórcio ulterior (art. 339, §2º). Essa última solução gera uma situação curiosa em termos procedimentais, já que esse litisconsorte ulterior haverá de ser citado depois da oportunidade de realização de audiência de conciliação ou mediação (art. 334). Para que se cumpra um dos princípios gerais do novo Código, que é a valorização da solução consensual de conflitos (art. 3º, §2º e §3º), parece razoável impor ao juiz que, quando cabível, consulte as partes sobre a realização de uma eventual *nova* audiência de conciliação ou mediação, seguindo-se o que dispõem os arts. 334 e 335. Registre-se que, em sendo cognoscível *ex officio* a legitimidade *ad causam* (arts. 337, §5º e 485, §3º), a inclusão de um novo réu (com ou sem exclusão concomitante do réu original) sujeita-se à análise do julgador, que pode ou não deferi-la. Há que se observar também que a “troca” do réu original ou a inclusão de outro(s) réu(s) constitui faculdade do autor (como deixa claro o art. 338, par. ún.), de tal sorte que a perda do prazo de 15 dias fixado pelo dispositivo não implica aceitação tácita da “nomeação” feita pelo réu (solução que já foi determinada pelo STJ à luz do CPC de 1973 e que não é mais aplicável: STJ, 4ª Turma, REsp 104206/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 12/11/1996, DJ 09/12/1996). De outro lado, à luz do disposto no art. 338 é forçoso reconhecer que o autor pode espontaneamente corrigir o polo passivo do processo antes da citação do réu (a despeito da falta de previsão a respeito no art. 329, I, conforme entendimento já consolidado pelo STJ na vigência do CPC de 1973 e que permanece válido para o diploma que o sucedeu – *e.g.*, STJ, 2ª Turma, REsp 614.617/DF, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 09/06/2009, DJe de

29/06/2009; STJ, 4ª Turma, REsp 674.215/RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, julgado em 19/10/2006, DJ 20/11/2006; STJ, 1ª Turma, REsp 799.369/BA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 18/09/2008, DJe 25/09/2008). Igualmente pode o juiz provocar o autor a corrigir o polo passivo quando do juízo de admissibilidade da petição inicial (mesmo à míngua de previsão expressa no art. 321), haja vista que o indeferimento liminar constitui hipótese excepcional, que será aplicada apenas quando for, de fato, impossível “salvar” a demanda. Aliás, a respeito há o enunciado n. 296 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Quando conhecer liminarmente e de ofício a ilegitimidade passiva, o juiz facultará ao autor a alteração da petição inicial, para substituição do réu, nos termos dos arts. 339 e 340, sem ônus sucumbenciais”. Uma última observação se faz necessária: a interrupção da prescrição operada pela citação do “novo” réu haverá de retroagir à data da propositura original da demanda (art. 240, §1º).

CPC-1973	CPC-2015
<p>Art. 305. (...) Parágrafo único. Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação.</p>	<p>Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.</p> <p>§ 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa.</p> <p>§ 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual for distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado preventivo.</p> <p>§ 3º Alegada a incompetência nos termos do <i>caput</i>, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.</p> <p>§ 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação ou de mediação.</p>

1. Técnica similar prevista no CPC de 1973. O art. 340 do CPC de 2015, inspirado no art. 305 do CPC de 1973 com redação dada pela Lei 11.280/06, tem o claro objetivo de facilitar a defesa quando demandado perante foro incompetente, ao permitir que a contestação seja protocolizada perante o foro do domicílio do réu. Contudo, há várias diferenças entre os dispositivos que exigem análise.

2. Alegação de incompetência absoluta. O art. 305 do CPC de 1973 se restringe à hipótese de alegação de incompetência *relativa*, ao passo que o art. 340 do CPC de 2015 passa a permitir também a alegação de incompetência *absoluta*. Essa novidade impõe dificuldades, pois não esclarece se o protocolo da contestação será feito perante o mesmo “ramo” da Justiça perante a qual o processo foi ajuizado. Pense-se no exemplo do processo movido perante a Justiça do Estado de São Paulo, no qual o réu pretende ver reconhecida a competência da Seção Judiciária da Justiça Federal no Rio de Janeiro. Deverá o réu protocolizar a peça perante a Justiça do Estado do Rio de Janeiro ou perante a Seção Judiciária da Justiça Federal no Rio de Janeiro? A leitura que se pode fazer do §1º do dispositivo em comento parece impor a primeira solução, ao determinar que a contestação seja apresentada ao juízo que cumpriu carta precatória (quando houver).

3. Alegação de incompetência no foro do domicílio do réu e a audiência de conciliação ou mediação. Nos casos em que o réu for citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, o uso da faculdade prevista no art. 340 pressupõe que a contestação (munida de alegação de incompetência relativa) seja apresentada perante o foro reputado pelo réu como competente, *antes* do termo inicial do prazo fixado na forma do art. 335, I ou II, acima comentado. No foro indicado pelo réu, a peça será distribuída livremente (nos casos de citação por via postal, eletrônica ou editalícia) ou por dependência ao juízo que cumpriu a carta precatória expedida para citação, ensejando o cancelamento da audiência de conciliação ou mediação que haja sido designada. Na sequência, a peça será remetida ao juízo por onde tramita o processo para análise da alegação. Se o réu alegou incompetência relativa e essa matéria foi acolhida, o processo será remetido, por prevenção, ao juízo que recebeu e encaminhou a contestação (art. 340, §2º), a quem caberá redesignar a audiência de conciliação ou mediação. Contudo, se o réu alegou incompetência absoluta, e a matéria for acolhida, o processo não será remetido ao juízo que recebeu a contestação, mas sim será enviado ao órgão judiciário reputado competente. Se a alegação (seja de competência absoluta, seja de competência relativa) for rejeitada, o próprio juízo original da causa se incumbirá de redesignar a audiência de conciliação ou mediação que havia sido anteriormente cancelada. O réu que optou pelo benefício do art. 340 não poderá, depois de contestar, manifestar desinteresse pela audiência de conciliação ou mediação e tampouco completar as razões de contestação. Por fim, caso a audiência não seja cabível em face da indisponibilidade dos direitos em disputa (art. 334, §4º, II), o réu terá que contar o prazo para contestar na forma do art. 335, III, c.c. art. 231, mesmo que tenha se valido do disposto no art. 340.

4. Balanço crítico. Salta aos olhos que as normas enunciadas pelo *caput*, §1º e §2º mostram-se desnecessárias para processos integralmente digitais para os quais o réu pode enviar a sua contestação por meio da rede mundial de computadores diretamente ao próprio juízo que se encarregaria de examinar a alegação de incompetência. E mesmo no caso de

autos físicos, a técnica aqui prevista poderia muito bem ser substituída, com vantagens, pela protocolização de peças por fax ou correio. Afinal, a Lei 9.800/99 não foi revogada pelo CPC de 2015, o qual apenas trouxe uma norma adicional a respeito no art. 1.003, §4º, ao prever que a aferição da tempestividade do recurso enviado pelo correio será da data da postagem. Bastaria ampliar esse dispositivo para abranger qualquer peça processual (não apenas recursos). Nesse passo, subsistem como úteis apenas as regras enunciadas pelo §3º e pelo §4º, que poupam o réu de comparecer a uma audiência de conciliação ou mediação antes de ver apreciada a alegação de incompetência relativa.

CPC-1973	CPC-2015
<p>Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:</p> <p>I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;</p> <p>II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;</p> <p>III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.</p> <p>Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.</p>	<p>Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:</p> <p>I – não for admissível, a seu respeito, a confissão;</p> <p>II – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;</p> <p>III – estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.</p> <p>Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.</p>

1. Ônus da impugnação especificada dos fatos alegados pelo autor. O *caput* do dispositivo aqui em comento impõe ao réu o ônus de se contrapor às alegações de fato do autor de maneira fundamentada, de tal modo que a ausência de impugnação equipara-se à apresentação de impugnação genérica, não especificada. O resultado do inadimplemento do ônus é o reconhecimento da alegação de fato como incontroversa, o que permite que o juiz a presuma verdadeira e dispense prova a respeito. Nesse ponto, o dispositivo se acha alinhado ao art. 374, II e III, que aponta independentemente de prova os fatos “afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária” e os fatos “admitidos no processo como incontroversos”. Ademais, o dispositivo retrata fenômeno similar ao do art. 344, mas em escala menor: a falta de impugnação *tout court*, ou ainda a ausência de impugnação especificada a alguma alegação de fato individualmente considerada também impõe ao juiz que a reconheça como incontroversa, a presuma verdadeira e dispense prova a respeito, o que em tese autorizaria o julgamento parcial antecipado de mérito (art. 3565, I). Já a falta de impugnação ou a falta de fundamentação especificada a *todas* as alegações de fato do autor implicará revelia, com o mesmo efeito de restarem presumidos verdadeiros os fatos alegados, acrescidos da possibilidade de julgamento antecipado *total* do mérito (art. 355). Apesar das semelhanças, não se pode olvidar das diferenças entre os institutos, as quais foram bem vincadas por

julgado do STJ do qual se transcreve o seguinte trecho: “há nítida diferença entre os efeitos materiais da revelia - que incidem sobre fatos alegados pelo autor, cuja prova a ele mesmo competia - e a não alegação de fato cuja prova competia ao réu. Isso por uma razão singela: os efeitos materiais da revelia dispensam o autor da prova que lhe incumbia relativamente aos fatos constitutivos de seu direito, não dizendo respeito aos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito alegado, cujo ônus da prova pesa sobre o réu. Assim, no que concerne aos fatos cuja alegação era incumbência do réu, a ausência de contestação não conduz exatamente à revelia, mas à preclusão quanto à produção da prova que lhe competia relativamente a esses fatos” (STJ, 4ª Turma, REsp 1084745/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/11/2012, DJe 30/11/2012).

2. Presunção de veracidade relativa (*iuris tantum*). Dada a íntima relação entre o dispositivo ora em exame e o regime da revelia, é de se reconhecer igualmente que a presunção de veracidade que emerge do inadimplemento do ônus da impugnação especificada das alegações de fato do autor é relativa, *iuris tantum*, e pode ser afastada se “as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos” (art. 345, IV). Ademais, se a revelia não impõe necessariamente a procedência do pedido (o juiz continua investido do poder de examinar a presença dos pressupostos para julgamento do mérito, cujo controle, como regra, deve ser feito *ex officio* e a presunção de veracidade recai apenas sobre fatos, mas não sobre o direito afirmado pelo autor na petição inicial), com muito maior razão haverá que se reconhecer que a presunção de veracidade de parte dos fatos alegados pelo autor não lhe garantirá necessariamente a vitória. Esse entendimento está pacificado no STJ com base no CPC de 1973 e, entende-se, deverá ser mantido à luz do CPC de 2015 (STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 76940/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18/09/2014, DJe 25/09/2014; STJ, 4ª Turma, REsp 955809/RO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24/04/2012, DJe 22/05/2012).

3. Fundamentos teóricos: Para compreensão desse dispositivo impõe-se necessário, primeiramente, compreender a relação entre ônus da alegação e ônus da prova. Em sistemas jurídicos primitivos, em que o ônus da prova incumbia exclusivamente ao autor ou a quem alegava (e não a quem negava), a decorrência inexorável era a de permitir que o réu se limitasse a negar genericamente todos os fatos alegados pelo autor. O nosso sistema processual há tempos distribuiu o ônus probatório de modo diverso, levando-se em conta a natureza do fato alegado à luz da *fattispecie* de direito material controvertida, de tal modo que ao autor cabe alegar e provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos modificativos e extintivos do direito do autor (art. 333 do CPC de 1973 e art. 373 do CPC de 2015). Desse modo, ao se atribuírem ônus probatórios ao réu, intensificou-se na mesma medida o ônus da alegação. O último fundamento a ser considerado para compreensão do instituto repousa no dever imposto a ambas as partes de “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (art. 77, I).

4. Primeira exclusão à presunção de veracidade (inc. I): fatos não passíveis de confissão (*rectius*, fatos relativos a direitos indisponíveis). Confissão é instituto catalogado dentre os meios de prova, e vem definido pelo art. 389: “Há confissão, judicial ou

extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”. Nesse passo, não se confundem os efeitos da falta de impugnação especificada de alegações de fato (art. 341), com os efeitos da confissão (art. 389), pois no primeiro caso trata-se de uma postura *omissiva*, ao passo que no segundo trata-se, via de regra, de uma postura *comissiva*, que só pode ser adotada por advogado munido de poderes expressos (art. 105). A despeito de tal diferença, os regimes se aproximam na medida em que o art. 341, I, remete ao art. 392 para o fim de excluir a presunção de veracidade de fatos “relativos a direitos indisponíveis”. Aqui, o dispositivo mais uma vez se mostra em perfeita sintonia com o regime da revelia, cujos efeitos igualmente não se aplicam quando “o litígio versar sobre direitos indisponíveis” (art. 345, II). Nesses casos, o sistema obriga o juiz a aprofundar o exame da pretensão do autor a despeito de algum comportamento omissivo do réu, por não lhe ser dado abrir mão do poder de defendê-lo adequadamente em juízo. Não é exatamente fácil reconhecer quais direitos são disponíveis e quais não são, cumprindo fazer, então, apenas alguns acenos a respeito. Primeiramente, nas demandas que envolvem a capacidade, filiação e estado civil das pessoas naturais (as chamadas “ações de estado”), considera-se que há direitos indisponíveis. Em segundo lugar, costuma-se reconhecer como indisponíveis os direitos da Fazenda Pública que gravitam em torno do chamado “interesse público primário” (que seria o interesse da coletividade ou interesse público propriamente dito, atinente à consecução do “bem comum”) como, por exemplo, no tocante a uma ação civil pública que exija do Estado algum direito social para a coletividade. Mas se consideram indisponíveis mesmo alguns direitos puramente patrimoniais da Fazenda Pública, que gravitam em torno do chamado “interesse público secundário” (interesse próprio do ente público, meramente instrumental em relação ao interesse público primário), tais como os direitos patrimoniais do exercício do poder de tributar (conforme reconhecido na Súmula nº 256 do extinto TFR, cuja diretriz continua a ser prestigiada pelo STJ, v.g., REsp 96.691/PR, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21/10/2004, DJ 13/12/2004). Quanto a outros direitos patrimoniais da Fazenda Pública não se reconhece existente a indisponibilidade para efeitos de ressalvar a aplicação da presunção de veracidade pela falta de impugnação, como, v.g., nas disputas judiciais quanto a vencimentos de servidores públicos (STJ, 6ª Turma, REsp 116.793/MS, rel. Min. William Patterson, julgado em 09/04/1997, DJ 05/05/1997) ou indenização por ato ilícito (STJ, 1ª Turma, EDcl no REsp 1046519/AM, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 10/06/2009; contra: STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1187684/SP, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012).

5. Segunda exclusão à presunção de veracidade (inc. II): se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato. Esse dispositivo está mal colocado, pois em realidade não se refere propriamente ao tema da *prova de alegações fáticas*, mas trata da *validade de atos jurídicos em torno dos quais gravita o litígio*. Com efeito, normas de direito material muitas vezes exigem a forma documental como requisito de validade do ato ou negócio jurídico (CC, arts. 104, III e 166, IV). É o que ocorre quanto à fiança (CC, art. 819), o depósito voluntário (CC, art. 646), a constituição de renda (CC, art. 807), o distrato de contrato escrito (CC, art. 472) ou quando as partes expressamente dispuserem (CC, art. 109), etc.. Se o autor alegar a existência de um desses atos sem exibir o

documento respectivo, e o réu não impugnar especificadamente essa alegação, o juiz não poderá dar o negócio por existente sem a prova documental, pois isso representaria violar o direito material. Diante de tal situação, desponta mais adequado que o juiz determine ao autor a emenda da petição inicial para apresentar o documento. Se o autor atender ao comando, pode-se superar o obstáculo constante do art. 341, II. Se o autor não apresentar o documento, duas alternativas se põem: (a) extinção do processo sem exame de mérito (arts. 321 e 485, I); ou (b) o juiz julga improcedente o pedido. Parece que a segunda alternativa desponta como mais adequada sob o ponto de vista da paridade de armas entre autor e réu; seria antijurídico que o autor tivesse uma segunda oportunidade de ajuizar a mesma demanda, desta vez apresentando a prova documental que na primeira foi omitida. Se o réu deixa de juntar um documento e sai vencido, não terá qualquer chance de mudar sua sorte (nem mesmo em ação rescisória fundada em documento *novo* ou de *descoberta comprovadamente nova*, mercê da limitação do art. 966, VII, apenas ao autor, repetindo, nesse particular, a norma do art. 485, VII, do CPC de 1973, de duvidosa constitucionalidade).

6. Terceira exclusão à presunção de veracidade (inc. III): se a versão fática, embora não impugnada especificadamente, estiver em contradição com o conjunto da defesa. Esse dispositivo auxilia a compreensão da real extensão do ônus de impugnação especificada, que não exige do réu necessariamente rebater um a um os fatos alegados pelo autor, mas sim rebater a versão fática como um todo, ainda que alguns dos fatos restem atacados apenas indiretamente. O STJ tem um acórdão interessante e que auxilia na compreensão desse dispositivo, ao afirmar o seguinte: “A prova dos fatos secundários prova indiretamente os fatos principais. Assim, se o autor alega que o fato principal decorre de 2 (dois) fatos secundários – ambos suficientes por si sós para a demonstração da ocorrência daquele – e o réu contesta apenas um desses fatos secundários, o fato principal resta provado por força da aplicação do art. 302 do CPC quanto ao fato secundário que não foi impugnado especificadamente pelo réu” (STJ, 3ª Turma, REsp 702739/PB, rel. Min. Nancy Andriighi, rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 19/09/2006, DJ 02/10/2006).

7. Fatos impugnado especificadamente por outro litisconsorte. Em consonância com a diretriz de interpretar conjuntamente os arts. 341 e 345, desponta evidente a necessidade de reconhecer que a presunção de veracidade decorrente do descumprimento do ônus de impugnação especificada dos fatos não se aplicará se, havendo pluralidade de réus, algum deles atacar fundamentadamente a alegação.

8. Exceções ao ônus da impugnação especificada para defensores públicos, advogados dativos e curadores especiais. O ônus da impugnação especificada não se aplica quanto ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial. Todos são patronos que atuam em favor de litigante que não os contratou, por força de determinação legal e judicial, daí porque não se confundem com o advogado particular contratado por cliente beneficiário da gratuidade de justiça. Logo, é evidente que esses causídicos (defensor público, advogado dativo e curador especial), por não terem, na esmagadora maioria dos casos, qualquer contato com as partes enfrentam dificuldades quase intransponíveis para se inteirarem dos fatos litigiosos e aquilatarem provas a respeito deles (o STJ reconheceu tal fato

ao afirmar que “dadas as circunstâncias em que é admitido no processo, o curador de ausentes não conhece o réu, não tem acesso a ele, tampouco detém informações exatas sobre os fatos narrados na petição inicial” (STJ, 3ª Turma, REsp 1009293/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 06/04/2010, DJe 22/04/2010). A bem da clareza de interpretação do dispositivo, convém acrescentar que “advogado dativo” pode ser considerado gênero, dos quais seriam espécies o defensor público e o “curador especial”, isto é, o “advogado dativo” nomeado nos casos referidos no art. 72 (“incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade” e “réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado”). Note-se que, por força do par. ún. do art. 72, a curadoria especial será exercida pela Defensoria Pública

9. Ônus da impugnação especificada também se aplica ao autor. O réu, ao apresentar sua defesa, também está livre para suscitar os fatos que lhe pareçam necessários para afastar a pretensão do autor. A partir disso, cria-se para o autor, igualmente, o ônus da impugnação especificada, sob pena da mesma presunção de veracidade. Esse ônus haverá de ser adimplido na “réplica” (art. 351).

10. Ônus de impugnação especificada também se aplica em sede recursal. A mesma lógica do dispositivo aqui em exame inspira outro ato postulatório de extrema relevância, isto é, o recurso, embora com uma ótica um pouco diferente. Se uma das partes deixa de rebater fundamentadamente a alegação da outra durante a fase postulatória, o art. 341 impõe a presunção de veracidade. Se o recorrente deixa de rebater especificadamente os fundamentos da decisão recorrida, incorre em falta de interesse recursal, pois de nada adianta rever parte dos motivos determinantes da decisão recorrida *se outros, não atacados, bastam para mantê-la hígida*. Nesse sentido, há o verbete nº 283 da Súmula do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”) e decisões do STJ (e.g., STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 515135/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014).

CPC-1973	CPC-2015
Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito superveniente; II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.	Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I – relativas a direito ou a fato superveniente; II – competir ao juiz conhecer delas de ofício; III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

1. Princípio da eventualidade em sua dimensão endoprocessual e a preclusão. O princípio da eventualidade endoprocessual decorre lógica e necessariamente da regra que

impõe a concentração da postulação, tanto para o autor quanto para o réu. Ambos têm que desfilar todos os seus meios de ataque e defesa respectivamente na petição inicial e na contestação, sob pena de preclusão temporal. Ao autor, a aplicação do princípio da eventualidade impõe que os pedidos e causas de pedir não inseridos na peça inicial não poderão sê-lo posteriormente no mesmo processo, salvo antes da citação do réu e, após a citação e até o saneamento, com o consentimento do réu (art. 329). A formulação da defesa também se governa pelo princípio da eventualidade, que vem insculpido expressamente no art. 342. Tal dispositivo determina que toda a matéria de defesa deve estar concentrada sob pena de preclusão. As exceções são contempladas nos três incisos do mesmo dispositivo, as quais haveriam de ser estendidas igualmente ao autor, no que couber.

2. Princípio da eventualidade em sua dimensão extraprocessual e a eficácia preclusiva da coisa julgada. O princípio da eventualidade pode também ser compreendido sob uma perspectiva mais ampla, levando-se em conta não apenas a preclusão endoprocessual gerada pelo exercício dos atos postulatórios, mas igualmente o efeito em processos futuros. Numa visão tradicional, apenas o réu estaria sujeito ao princípio da eventualidade em sua feição extraprocessual, pois a ele é imposto o ônus de alegar toda e qualquer matéria de defesa sob pena de, não o fazendo e sair vencido, não poder alegar nada que possa contrariar o comando emergente da sentença de procedência, por força da chamada eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508). Já o autor que saiu vencido poderia voltar a juízo perseguindo o mesmo bem da vida desde que alterasse a causa de pedir ou o pedido, de modo a descaracterizar a tríplice identidade (art. 337, §2º e 4º). Embora não seja oportuno tratar de tal questão aqui, há que se reconhecer que essa quebra da paridade de armas entre autor e réu resta de certa forma atenuada pela ampliação dos limites objetivos da coisa julgada material, imunizando-se a “questão prejudicial” (art. 503, §1º). Pense-se no exemplo de uma demanda que pede abatimento do preço por vício redibitório julgada improcedente face ao acolhimento da defesa do réu no sentido de que o vício inexistia. A questão prejudicial – existência ou não de pretensões decorrentes do vício redibitório – resta imunizada, de tal modo que o autor não poderá ajuizar nova demanda, desta vez pedindo a rescisão do contrato pelo mesmo fundamento.

3. Direito ou fato superveniente (inc. I). Diferentemente do que faz o art. 303, I, do CPC/73, o art. 342, II, do CPC/15 se refere expressamente a “direito ou fato superveniente”. Para completa compreensão desse dispositivo, há que se reconhecer duas distinções relevantes: (a) “direito subjetivo superveniente” (fundado, por sua vez, em fato superveniente) e “direito objetivo superveniente” (ou seja, a norma jurídica promulgada posteriormente à prática do ato postulatório, que incide sobre o conflito objeto do processo); e (b) “fato novo” (ocorrido posteriormente à apresentação da defesa) e o “fato velho de descoberta nova” (que embora ocorrido antes da fase postulatória, não pôde ser alegado na oportunidade adequada).

4. Direito subjetivo superveniente (inc. I). A maioria dos estudiosos entende de maneira quase uníssona que a simples defesa do réu não caracteriza propriamente exercício de direito de ação e, portanto, sua veiculação não amplia o objeto litigioso do processo. Embora não concorde com essa afirmação (face ao sustentei no trabalho *O direito de defesa no*

processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu, São Paulo: Atlas, 2011), entendo que ela se mostra irrelevante para compreensão dessa hipótese. Isso porque o juiz poderia levar em conta o direito subjetivo superveniente do réu apenas *incidenter tantum*, para julgar improcedente o pedido do autor, sem que com isso se ofendesse o princípio da correlação ou da congruência.

5. Direito objetivo superveniente (inc.I). Quanto ao segundo fenômeno, a questão que se coloca é a da irretroatividade da lei para atingir atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos (CF, art. 5º, XXXVI), conforme já decidiu o STJ (1ª Turma, REsp nº 432.741/RS, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24/09/2012, DJ de 28.10.2002; eSTJ, 5ª Turma, REsp 552023/SC, rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 15/04/2004, DJ 01/07/2004 p. 261). Contudo, é possível aplicar o “direito objetivo superveniente” só na solução de relações jurídicas continuativas. A título de exemplo, poder-se-ia pensar na aplicação das novas regras sobre “guarda compartilhada de menores” a processos judiciais pendentes em que essa questão é discutida. Há alguns precedentes do STJ aplicando essa mesma diretriz no campo tributário (STJ, 2ª Turma, REsp 30774/PR, rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 08/04/1997, DJ 23/06/1997 p. 29073; e STJ, 1ª Seção, AgRg nos EREsp 1213142/PR, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23/05/2012, DJe 14/06/2012).

6. Fatos supervenientes (inc. I). Parece prevalecer a tese de que tanto o fato novo quanto o fato velho de descoberta nova estariam a salvo da preclusão. De fato, há entendimento antigo do STJ no sentido de restringir a aplicação do dispositivo ao fato novo (STJ, 3ª Turma, REsp 4508/SE, rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 23/03/1993, DJ 19/04/1993 p. 6676), mas parece prevalecer o entendimento (correto) de que também o fato velho de descoberta nova estaria abrangido pelo dispositivo (STJ, 3ª Turma, REsp 926721/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 19/02/2008, DJe 05/03/2008). De fato, a única diferença entre as hipóteses é a de que a alegação do fato velho de descoberta nova impõe à parte interessada um ônus argumentativo e probatório mais intenso, pois é preciso demonstrar que o fato não foi alegado antes por uma “justa causa” (art. 223) ou por um “motivo de força maior” (art. 1.014).

7. Aplicação do inc. I também para o autor. O direito ou fato superveniente podem ser benéficos tanto para o autor quanto para o réu, conforme reconhece textualmente o art. 493, segundo o qual o juiz deve tomar em conta o “fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito” verificado “depois da propositura da ação”. Nesse passo, é de rigor reconhecer a aplicação do art. 342, I, *mutatis mutandis*, também para o autor. Tal operação é cercada de maior complexidade, pois é preciso analisar a compatibilidade desse dispositivo com as regras que determinam a estabilização do objeto litigioso após a citação do réu. Sob o manto do CPC de 1973, o STJ consolidou a posição de que o autor poderia ver reconhecidos direitos subjetivos e fatos supervenientes à citação do réu apenas se não se alterassem o pedido e a causa de pedir, face ao que dispunham os arts. 264 e 294 daquele diploma (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 548700/PE, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 03/08/2006, DJ 17/08/2006 p. 336; e STJ, 5ª Turma, REsp 620828/ES, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 17/08/2006, DJ 18/09/2006 p. 351). O CPC de 2015 repetiu a mesma fórmula preclusiva no art. 329, a atrair a

mesma solução. Ademais, a análise da tramitação do projeto que veio a se converter no CPC de 2015 revela que o Congresso Nacional rechaçou (ainda que indiretamente) a flexibilização do regime de estabilização do objeto litigioso ao excluir do texto o art. 314 do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, que dispunha “O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar”. A tendência, portanto, é a de que o STJ continue a limitar a observância do direito subjetivo ou fato superveniente a favor do autor apenas às hipóteses em que não implicar alteração do pedido ou da causa de pedir, ao menos salvo expressa disposição legal em sentido contrário como, por exemplo, na hipótese do art. 554, que permite que o juiz confira na sentença a proteção à posse do autor mesmo que o estado de agressão narrado na petição inicial tenha se alterado (mudando de ameaça para turbação ou esbulho e vice versa). Nesse passo, há que se reconhecer a ampla liberdade do juiz em conhecer fatos secundários supervenientes, sejam eles novos ou velhos de descoberta nova, na esteira de diversos precedentes do STJ promulgados à luz do CPC de 1973, mas que continuam aplicáveis no âmbito do CPC de 2015 (STJ, 1ª Turma, REsp 188784/RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 04/10/2001, DJ 25/02/2002 p. 208); STJ, 3ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 18443/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 29/06/1993, DJ 09/08/1993 p. 15228; e STJ, 3ª Turma, REsp 702739/PB, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 19/09/2006, DJ 02/10/2006 p. 266).

8. Matérias cognoscíveis de ofício (inc.II). O dispositivo consagra a ideia de que as matérias as quais o juiz pode conhecer a qualquer tempo, e de ofício, podem ser suscitadas pela parte sem restrições de cunho preclusivo. A doutrina há tempos cunhou expressões para identificar as matérias de defesa cognoscíveis de ofício e as matérias de defesa cognoscíveis apenas mediante provocação, isto é, *objeção* e *exceção*, respectivamente, aplicando tais conceitos tanto para as matérias de caráter processual quanto para as de cunho substancial. Sob o ponto de vista das matérias de cunho processual, os comentários ao art. 334, §5º, *supra*, assentaram que todas elas são cognoscíveis *ex officio*, à exceção da incompetência relativa e da convenção de arbitragem. Já no tocante a matérias de direito substancial, a questão ganha contornos mais complexos, já que não há normas gerais que tracem de maneira precisa quais os limites para a cognoscibilidade independentemente de provocação do interessado. Há algumas normas expressas impondo a atuação *ex officio* – como, por exemplo, a nulidade de ato ou negócio jurídico (CC, art. 168), a prescrição (CPC/15, arts. 332, §1º e 487, II) ou a decadência legal (CC, art. 210) – e outras normas exigindo a provocação do interessado – os exemplos são a anulabilidade de ato ou negócio jurídico (CC, art. 177) e a decadência convencional (CC, art. 211). A maior dificuldade hermenêutica gira em torno dos demais casos, que constituem a esmagadora maioria, quanto aos quais o legislador simplesmente silenciou. Várias soluções foram propostas ao longo do tempo para responder a essa espinhosa questão, que toca diretamente a tal “divisão de trabalho” entre juiz e partes. Alguns autores defendem que, à falta de norma expressa que autorize o conhecimento *ex officio* da matéria, é vedado ao juiz fazê-lo (trata-se de um debate pouco explorado na literatura brasileira, de modo que convém aqui citar autores estrangeiros, tal como FRANCESCO

CARNELUTTI, Un lapsus evidente? *Rivista di Diritto Processuale*, v. 15, 1960, p. 448-449). Outros seguem a trilha diametralmente oposta, ao afirmarem que, sem norma expressa que o proíba, o juiz está livre para conhecer a matéria de ofício (v.g. MAURO CAPPELLETTI, Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 13, 1959, p. 1611 e EDOARDO GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 332 e ss.). Por fim, há quem sustente que a análise deve ser casuística, à luz do direito material controvertido (com, v.g., CESARE CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*. Napoli: Jovene, 2003, *passim*). Defendi em outro trabalho (HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*, São Paulo; Atlas, 2011, cap.8) que o juiz deve conhecer *ex officio* todas as questões de direito material que se apresentarem provadas nos autos e que levam à improcedência do pedido do autor, nos limites do pedido e causa de pedir por ele deduzidos, de modo a evitar que o juiz, conscientemente, conceda ao autor direito que ele não possui, o que criaria “fratura entre direito e processo, entre a realidade e o conteúdo da declaração judicial” (VITTORIO COLESANTI, Eccezione (diritto processuale civile). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 14, p. 181, tradução livre). Seguido esse critério, o rol de matérias cognoscíveis de ofício se amplia consideravelmente, incluindo-se o pagamento, a novação, a transação, o direito de retenção, a exceção de contrato não cumprido, para ficar com alguns exemplos. A regra, portanto, é a da cognoscibilidade *ex officio*, e o limite temporal para tanto, conforme comentários ao art. 334, §5º, é o esgotamento da atuação jurisdicional ordinária, à luz do entendimento pacificado no STJ no sentido de que “não se pode conhecer, em sede de recurso especial, de matéria não prequestionada, ainda que de ordem pública” (STJ, 2ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1469360/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 20/11/2014, DJe 26/11/2014). No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 1253389/SP, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17/04/2013, DJe 02/05/2013; STJ, Corte Especial, AgRg nos EAgr 1330346/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/12/2012, DJe 20/02/2013; e STJ, 2ª Seção, AgRg nos EREsp 830.577/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24/04/2013, DJe 30/04/2013).

9. Outras hipóteses expressamente previstas em lei (inc.III). Tem-se aqui uma “norma processual em branco”, que pode ser preenchida com outros dispositivos esparsos no próprio Código ou em lei extravagante. Antes do advento da Lei 11.280/2006, o exemplo clássico era a prescrição, a qual necessariamente haveria de ser suscitada pelo interessado (CC, art. 194), ainda que em qualquer grau de jurisdição (CC art. 193). Contudo, considerando-se que essa matéria tornou-se cognoscível de ofício (CPC/15, art. 332, §1º), a rigor o exemplo foi deslocado para o inciso II deste mesmo art. 342. Um exemplo remanescente repousa na decadência convencional, que de acordo com o art. 211 do Código Civil pode ser alegada “em qualquer grau de jurisdição”, embora o juiz não possa agir *ex officio*.