

Coleção Atlas de Processo Civil

Coordenação: Carlos Alberto Carmona

O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro

Um Estudo sobre a Posição do Réu

Heitor Vitor Mendonça Sica

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2011

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

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

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

Por fim, o termo *exceções* vem empregado no dispositivo em uma acepção bastante restrita⁶ referindo-se *exclusivamente* aos incidentes pelos quais, segundo o art. 304 do CPC, “qualquer das partes” pode alegar a incompetência relativa do juízo, o impedimento e a suspeição do juiz.

A análise conjunta desses dois dispositivos (CPC, arts. 297 e 304) revela algumas incongruências. De fato, tanto o autor como o réu têm plena possibilidade de arguir o impedimento e a suspeição do magistrado⁷ a qualquer tempo, no prazo de 15 dias contados da descoberta do fato (CPC, art. 305). Ademais, diferentemente do que prescreve o art. 304 da lei processual, a incompetência relativa não pode ser suscitada por “qualquer das partes”, mas apenas pelo réu.⁸

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

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

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

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

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

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

4

Panorama do Direito de Defesa no Plano Infraconstitucional

4.1 Aspectos formais do exercício do direito de defesa

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

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

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

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

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

Além desses meios de resposta, SCARPINELLA BUENO¹⁰ ainda lembra que ao réu se facultam ainda duas posturas que não se consideram propriamente como respostas, isto é, a completa omissão (que importará em revelia, salvo nas exceções previstas no art. 320 do CPC) e o reconhecimento jurídico do pedido, nos casos em que o direito objeto do litígio for disponível (CPC, art. 269, II).

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

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

⁹ pode sobrevir no curso do processo apenas a incompetência absoluta do juízo (por exemplo, no caso da intervenção da União Federal em processo que tramita perante juízo estadual).

¹⁰ *Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 136. DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 522) faz constatação similar, mas arrola uma quantidade menor de meios de resposta não abrangidos no art. 297 do CPC, limitando-se à impugnação ao valor da causa, às modalidades de intervenção de terceiros provocadas pela parte e à arguição de falsidade documental.

¹¹ *Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 136.

¹² Na esteira da doutrina largamente dominante a esse respeito, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 172).

Nesse sentido, FORNACIARI JR. (*Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*, p. 14).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Essa flexibilização é marcante no tocante à alegação de incompetência (tanto absoluta quanto relativa), de modo que a jurisprudência¹⁵ e a doutrina¹⁶ aceitam a alegação da primeira sob a forma da exceção e da segunda no corpo da contestação. Aliás, notadamente no procedimento sumário, admite-se que a incompetência relativa seja alegada no corpo da contestação apresentada em audiência,¹⁷ para apreciação juntamente com as demais "questões preliminares", na forma do art. 277, § 4º, do CPC,¹⁸ técnica similar à adotada no rito do Juizado Especial Cível estadual.¹⁹

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

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

¹⁵ A jurisprudência atual tem se consolidado, no sentido de que não há irregularidade alguma se a incompetência relativa for arguida no corpo da contestação (no STJ, veja-se, v. g.: REsp 885.960/CE, 2ª T.; AgrRg no REsp 363.395/AL, 1ª T.; REsp 1.691.76/DF, 2ª Seção; REsp 293.042/SP, 4ª T.). Do mesmo modo, admite-se que a exceção ritual verse incompetência absoluta (à guisa de exemplo, confira-se no TJSP veja-se AI 94.810-4, rel. Des. César Peluso, j. 10-11-1998; no TRF 3ª Região, AI 890.301.14728, rel. Juiz Silveira Bueno, j. 2-5-1990).

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

¹⁷ Assim já decidiu o STJ a respeito: "[n]o procedimento sumário, a exceção de incompetência deve ser oposta no corpo da própria contestação, em peça única" (REsp 432.524/MA, 3ª T., Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 28-10-2004). A doutrina concorda com esse aspecto (citando-se, apenas à guisa de exemplo, BRAMUDIS, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 45).

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

¹⁹ Vide, v. g., JOEL DAS FURTURA JR. (*Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*, p. 222).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴ *Efervescência do processo e técnica processual*, p. 416.

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

²⁶ THORNTON NEGRÃO, José ROBERTO FERREIRA GOMES e LUIS GUILHERME ADAR BONDIOLI (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 375, nota 9 ao art. 261 do CPC, indica acórdãos do STJ em que se assentou

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

Na mesma esteira, mostra-se irrelevante que as diversas formas de defesa do réu sejam "rotuladas" com as denominações que a lei lhes dá. Isso porque há dois milênios²⁸ tem-se reconhecido que não importa o *nomen iuris* que se dê à demanda,²⁹ como, aliás, a qualquer ato processual, por exemplo, o recurso.³⁰ Afinal, o juiz também conhece as leis do processo (*iura novit curia*), de tal sorte que a falta de identificação da resposta com a sua matriz legal não impede que o juiz reconheça, por exemplo, verdadeira demanda reconvenção ou declaratória incidental.³¹

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

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

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

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

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

²⁹ Ainda hoje a mesma diretriz continua prestigiada na jurisprudência, cumprindo mencionar dois acórdãos do STJ (um mais antigo, outro mais recente) nesse sentido: "O nome com o qual se rotula a causa e sem relevância para a ciência processual" (REsp 7591/SP 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26-11-1991) e "A natureza da tutela jurisdicional não está vinculada à denominação dada pelo autor à ação, e sim ao pedido" (REsp 198.144/MT, 4ª T., Rel. Ministro Barros Monteiro, j. 19-5-2005).

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

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

4.2 Conteúdo da defesa: defesa processual e defesa de mérito

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

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

Essa distinção dicotômica foi feita pioneiramente pela conhecidíssima obra de OSKAR VON BÜLOW³⁷ e, bem depois, desenvolvida por CARNELUTTI,³⁸ que separava as *questioni di merito* (que se referem à *lide*, ou à *res iudicanda*) e as *questioni d'ordine* (que se referem ao processo e devem ser resolvidas antes das questões de mérito, incidentalmente no curso do processo e, não por outra razão, também chamadas *questioni incidentali*).

³² Costuma ser lembrada a posição (isolada) de CAISO NIVES, para quem haveria um *quadrimínio* de questões, incluindo a demanda como um *suposto processual*, destacado dos demais pressupostos processuais (*Estrutura fundamental do processo civil*, p. 189 ss).

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

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

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

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

³⁷ *Di Lehrvorn den Proceßinreden und die Proceßvoraussetzungen* (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, tradução de Miguel Angel Rosas Lichtscheit).

³⁸ *Diritto e processo*, p. 191-192.

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

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

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

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

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

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

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

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

Defesa Processual

5.1 Defesa processual e cognoscibilidade de ofício

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

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

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

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

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

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

Em outro trabalho² tivemos ensejo de reconhecer que são altamente equivocados os conceitos de "pressupostos processuais", em geral, e de "pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo", em particular.

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

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

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

² *Preclusão processual civil*, p. 137-144.

³ Expressão usada por TEDES. ANTONIO ALYR WAMBER (*Nullidades da sentença*, p. 117).

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

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

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

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

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

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

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

⁷ Contribuição ao estudo da teoria das nulidades..., cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ *Bol. AASP* 10116/100, *RJT/ESP* 108/204, *JTA* 90/186.

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

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

Em outro estudo, concluímos que

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

No mesmo sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO pontua com precisão que

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

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

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

¹⁵ *Preclusão processual civil*, p. 144-145.

¹⁶ *Curso...*, cit., v. 1, p. 349-350.

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

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

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

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

5.2.1 Defesas processuais alegáveis apenas pelo réu ou apenas pelo autor

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ Essa é a constatação de ALBERTO ROMANO (*Uzazione di accertamento negativo*, p. 56-58).

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

5.2.2 Falta de pressupostos processuais subjetivos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ É excepcionalíssima a perda superveniente desses pressupostos, não merecendo atenção tal situação.

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

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

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

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

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

Caso qualquer das partes deixe de constituir novo advogado em substituição àquele que tenha renunciado aos poderes para patrociná-lo (CPC, art. 44), passará a não mais receber intimações acerca do andamento do feito²⁹ (tal como ocorre relativamente ao réu que não contestou e, além disso, não constituiu advogado – CPC, art. 322).³⁰

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

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

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

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

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

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

autor que não pode afetar o réu,³² que pode ter interesse na solução do mérito, com o proferimento de sentença em seu favor,³³ circunstância que inspira justamente a norma do art. 267, § 4º, do nosso CPC e, no mesmo sentido, sensibiliza diversos ordenamentos processuais.³⁴ Não se pode autorizar a burla dessa regra por meio da renúncia do procurador.³⁵ Aliás, por isso mesmo é que a jurisprudência mática entende que o abandono do autor só enseja extinção do feito sem exame de mérito (CPC, art. 267, III) se o réu aquiescer³⁶ (tema a que retornaremos, de modo mais detido, no item 10.12, *infra*).

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

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

³² Nesse sentido, BARRI (*La decadencia nel processo di cognizione*, p. 83) e o nosso *Preclusão processual civil*, p. 106.

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

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

³⁵ Argumento dado por ARRUDA ALVIM (*Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 367) e AROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Extinção do processo...*, *Ensaios de direito processual*, p. 373).

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

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

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

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

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

5.2.3 Inépcia da petição inicial e da resposta do réu

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

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

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

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

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

⁴² O tema nos ocupará com maior profundidade no item 10.1.2, *infra*.

⁴³ A propósito, GIANNOZZI (*La contumácia nel processo civile*, p. 112 ss).

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

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

Isso ocorrerá, por exemplo, se a contestação tergiversa e não ataca as alegações e fundamentos da demanda inicial⁴⁹ ou, pior, é feita por "negativa geral" fora dos casos autorizados pelo art. 302, parágrafo único, do CPC.⁵⁰ Nessas situações, tem-se ato processual rigorosamente inepto e, conseqüentemente, *inadmissível*, em razão do descumprimento do "ônus da impugnação especificada" (CPC, art.

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

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

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

⁴⁷ Aqui também SCARPINELLA BUENO (idem, ibidem).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Defesa de Mérito

6.1 Definição e classificação das defesas de mérito

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.2.1 Conceito de demanda

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

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

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

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

não é prestigiado sequer pelo CPC⁹ (que prefere falar em “ação”¹⁰ e, mesmo quando usa o termo *demanda*, o faz de modo errôneo),¹¹ tampouco pela generalidade da doutrina (que emprega em seu lugar os termos *ação* ou apenas *pedido*).¹²

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ O equívocado entendimento de que haveria sinonímia trouxe inúmeros inconvenientes. O problema foi denunciado por ALESSANDRO PERELIS (*Azione* (teoria moderna), *Novissimo digesto italiano*, v. 2, p. 30), para quem: “[I]nstitiva e spontanea incerteza e varietà di uso del termine *azione* sembra contenere in nuce la varietà e la incerteza delle concezioni che, dopo un lavoro ultrascarsolare di elaborazione e di precisazione, si contengono tuttora il campo degli studi giuridici”.

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

¹⁶ *Liticonsórcio*, p. 71.

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

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

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

¹⁸ A propósito da origem da identificação da *demandar* à luz dessa tríade de elementos, desde o direito romano arcaico, Cruz e Tuca (*A causa petendi...*, cit., p. 30 ss). Não nos escapa à atenção que o critério dos *tria eadem* é insuficiente para a individualização das *demandas*, mas Cruz e Tuca o considera como uma “boa hipótese de trabalho” (idem, p. 129), merecendo por isso ser considerada aqui. BOUTILLO DE MESSQUITA (*A causa petendi nas ações reivindicatórias*, *Teses estudos e pareceres de processo civil*, v. 1, p. 139) considera que essa trílice identidade decorre da “essência” do fenômeno.

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

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

6.2.2 Demandas propostas pelo réu

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ *Instituições*..., cit., v. 2, p. 133. Roborando a afirmação de DINAMARCO, CONSOLLO (Demanda giudiziale, cit., p. 51) rejeita enfaticamente a existência de “biunitività tra domanda giudiziale e atto iniziale del procedimento”.

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

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

²⁴ *Introdução*..., cit., p. 29.

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

²⁶ Entre os autores brasileiros, CHEANTO SIQUEIRA (*A defesa*..., cit., p. 133).

A doutrina tradicional também adota o entendimento de que essas mesmas matérias de defesa (direta ou indireta) poderão ampliar o objeto litigioso do processo se assumirem o caráter de demanda, o que ocorre quando suscitadas como reconvenção³⁵ ou como demanda declaratória incidental.³⁶

³⁵ Nesse sentido, v. g., CHIOVENDA, em um dos primeiros estudos a respeito da exceção substancial (Sulla "eccezione", Saggi..., v. 1, cit., p. 151), afirma que o réu, ao opor a exceção, pede "algo a mais ou diferente do que a simples rejeição da demanda", mas não altera os seus limites originais (idem, p. 147). Em obra editada posteriormente assentou, mais incisivamente, que "a exceção tem por definição os mesmos limites da ação" (Instituições..., cit., v. 1, p. 481). SANCIO COSTA (Eccezione, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 260), para o qual a exceção não sposta né allarga il tema della controversia, poiché il convenuto chiede soltanto il rigetto della domanda, anche quando l'eccezione há il fondamento in un suo diritto". CASSO DOMENICO BALBI e GIUSEPPE TARZIA (Riconvenzione (diritto processuale civile), *Enciclopedia del diritto*, v. 40, p. 668): "[c]on l'eccezione si rimane nei limiti della domanda attrice, in quanto si tratta di un'attività diretta a paralizzare la domanda proposta dall'attore senza che venga ampliato il *thema decidendum*". Ainda na doutrina peninsular, BELLAUTIS (*Identificazione delle azioni*, p. 168), HENZL (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, p. 215-229), FABRINI (Eccezione di mérito..., cit., p. 403), MARIO DINI (*La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, p. 54-55), ENZO VULLO (*La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, p. 90-91) e LOCATELLI (*Accertamento incidentale ex lege: profili*, p. 28-29); e na processualística espanhola, MONTEIRO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional*..., cit., p. 212) e TAPIA FERNÁNDEZ (*El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 32-38). Já na doutrina pátria, PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 189) afirmava que "[a] exceção nada pede a mais, ou de novo, apenas restringe, na matéria, no espaço, ou no tempo, o pedido do autor".

³⁶ Nesse campo, registram-se opiniões discordantes na doutrina italiana. CARABELLURI entendia que apenas a exceção (isto é, a defesa indireta baseada na alegação de fatos novos que, segundo diferentes preceitos jurídicos, obstassem o direito reclamado pelo autor) é que ampliaria o objeto da lide e, consequentemente, do processo (Instituições..., cit., v. 1, p. 34). No mesmo sentido, e de forma mais clara, em outra obra (*Direito e processo*, p. 177) afirmou que "la domanda del convenuto, quando si fonda sull'eccezione anzi che semplicemente sulla difesa, determina un allargamento dell'area del processo, poiché, per quanto sempre in ordine della pretesa dell'attore, estende il giudizio a fatti e fattispecie non compresi nella domanda dell'attore medesimo". CARABELLURI entende que o fato de a exceção poder constituir objeto de um processo autónomo exclua a possibilidade de que sua apresentação não ampliasse o objeto litigioso do processo (Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, p. 1614). Em outro estudo, CARABELLURI (Eccezione come contraddittorio del convenuto, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 268, 1961) anota que "non riesco a vedere come l'eccezione in senso proprio non possa farsi corrispondente, sul piano della dinamica giuridica, ossia della teoria degli atti, alla figura della domanda". No mesmo sentido posiciona-se SERRA (Domanda giudiziale..., cit., p. 822). Também na doutrina portuguesa ouvem-se vozes minoritárias nesse sentido. ANTUNES VARELA, BEZERRA e NORA (*Manual*..., cit., p. 297) consideram que as exceções podem ampliar o objeto do processo, como nos casos de erro, dolo, coação, alegados como defesa a uma demanda de cobrança baseada em contrato. Aliás, segundo os mesmos autores (idem, p. 323), a nulidade do contrato sobre o qual se funda a demanda do autor não pode ser objeto de reconvenção porque "a pretensão deduzida pelo réu (contra o autor) não passa de uma pura consequência da exceção invocada e, por conseguinte, da carência de fundamento da pretensão do autor". Em sentido similar, ALBERTO DOS REIS (*Código*..., cit., p. 40).

³⁷ Muitos autores tendem a reconhecer que apenas a defesa indireta é apta a ampliar o objeto da cognição judicial e que a defesa direta não teria tal aptidão. Para CHIOVENDA, a exceção substancial amplia "a matéria lógica da cognição do juiz" (Instituições..., cit., p. 483). No mesmo sentido, RENZO BOLAFFI (*Le eccezioni*..., cit., p. 42), FABRINI (Eccezione di mérito..., cit., p. 366) e LEBMAN (*Manuale*..., cit., v. 1, p. 150), cuja lição importa ser transcrita: "[I]a proposizione d'una eccezione allarga la materia della causa, perché introduce nella discussione fatti diversi da quelli che erano stati affermati dall'attore, pur lasciando immutati i limiti della decisione, che sono determinati soltanto dalle domande delle parti". Mais recentemente, RENATO ORIANI (Eccezione, *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile*, v. 7, p. 281) considera que essa opinião é dominante na Itália, apesar de manifestar-se contrariamente GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 247), para quem também a defesa direta amplia o conjunto de elementos postos à apreciação judicial. Em Portugal, semelhante concepção foi acolhida por autorizada doutrina (ALBERTO DOS REIS, *Código*..., cit., v. 3, p. 2-4; ANTUNES VARELA, BEZERRA e NORA, *Manual de*

relação jurídica invocada pelo autor, com base na qual poderiam ser gijuzadas outras demandas. E exemplifica: quando o réu se vê diante de uma cobrança de uma prestação contratual pode apenas apresentar a exceção de não cumprido (afastando apenas aquela cobrança) ou apresentar demanda reconvenicional, pedindo a extinção do contrato como um todo (Instituições..., cit., v. 1, p. 465 ss). Todavia, o autor reconhece que, quando a relação jurídica for simples, a exceção teria o efeito global sobre a relação jurídica. SANCIO COSTA (Eccezione, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 260) "può accadere che l'eccezione transcendesse la sfera dell'azione, ciò non è che in apparenza, ma in realtà qui l'eccezione si è trasformata in reconvenzione". Assim, o inadimplemento contra-tual do autor pode ser oposto pelo réu como exceção (apenas para obter a rejeição da demanda) ou como reconvenção (para obter a condenação do autor ao adimplemento). Constatação similar foi feita também por GIOVANNI VIANE (*Profili del processo civile*, v. 1, p. 181-182), GRASSO (*La pronuncia d'ufficio*, p. 320), FAZZALARI (*Lezioni*..., cit., v. 1, p. 31) e ROMANO (*Liasoni di accertamento negartivo*, p. 112). O vício de consentimento revelaria exemplo idêntico. Também reconhecem essa hipótese os espanhóis MONTEIRO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR (*Derecho jurisdiccional*..., cit., p. 209) e o português MIGUEL MESQUITA (*Reconvenção e exceção no processo civil*, p. 13). No Brasil: LUIZ ANTONIO DA COSTA CARVALHO (*Da reconvenção no processo brasileiro*, p. 27), FREDERICO MARQUES (Instituições..., cit., v. 3, p. 148 e 152), BARBOSA MOREIRA (*A resposta do réu*..., cit., p. 258) e LUIZ GUILHERME ANDAR BONDOLI (*A sistematização da reconvenção no processo civil brasileiro*, cit., p. 29), esse último de modo bem enfático: "[o]s temas objeto da contestação e da reconvenção podem até mesmo ser absolutamente coincidentes. Os mesmos fatos impeditivos ou extintivos do direito invocado pelo autor podem estar à base tanto da contestação, quanto da reconvenção. Todavia, os efeitos produzidos pela defesa e pelo contra-ataque são diferentes". Esses aspectos serão mais bem explorados no Capítulo 10, *infra*.

³⁸ Essa ideia já era acolhida por CHIOVENDA, para quem a declaratória incidental "não amplia somente o objeto da cognição judicial, mas o objeto do processo e da coisa julgada" (Instituições, cit., v. 1, p. 483), sendo acolhida por LAMPOCCHI (*Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, p. 393), BALBI e TARZIA (Riconvenzione, cit., p. 668-669), COMOGIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni*..., cit., p. 240-241 e 280) e ORIANI (Eccezione..., cit., p. 283). DINI sustenta essa íntima relação entre exceção e declaração incidental. Para ele, a exceção substancial suscita sempre uma questão prejudicial (Eccezione..., cit., p. 64). No mesmo sentido, COUSANZI (Eccezione..., cit., p. 202): "è oggi possibile delimitare con precisione la sfera delle eccezioni; essa coincide con quella delle questioni pregiudiziali". DINAMARCO anota que, "se tiver sido movida a ação declaratória incidental, ou seja, se a questão incidente tiver se convertido em causa incidente, então as coisas são diferentes e o julgamento se faz *principaliter*, recebendo a autoridade da coisa julgada (CPC, art. 470)" (Instituições..., cit., v. 2, p. 244-245). Em sentido similar, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS (*Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 403).

Entre a simples defesa (direta ou indireta) e esses meios de contra-ataque, não haveria diferença quanto ao conteúdo, mas sim quanto à forma e quanto ao pedido.³⁷ Podem elas constituir objeto de demanda ou não.³⁸

Contudo, vimos acima que as formalidades prescritas pelo CPC no que concerne à apresentação dos diversos meios de resposta do réu podem ser consideradas “não essenciais”, assim como é irrelevante o “nome” que o réu atribua (ou não) a esses atos processuais.

Restaria, então, o *pedido* formulado pelo réu como pedra de toque para diferenciar as hipóteses de *resistência* e de *contra-ataque*. O Capítulo 10, *supra*, propôs uma revisão dessa dicotomia.

6.3 Defesa de mérito e princípio dispositivo

Como visto anteriormente (item 5.1, *supra*), a doutrina atual conseguiu reunir-se em torno de razoável consenso sobre a divisão entre os poderes do juiz e das partes no tocante ao controle da regularidade do processo, reconhecendo-se que, salvo estritas exceções (acima enunciadas), o juiz tem o dever de conhecer de ofício qualquer descumprimento do modelo processual.

Todavia, essa mesma conformidade de entendimento está longe de ser obtida relativamente às defesas de mérito em geral, havendo enormes dúvidas a respeito.

A solução, aqui, não pode ser a mesma do que a aplicada às defesas processuais (cognoscibilidade de ofício como regra quase absoluta), visto que há diferentes projeções do *princípio dispositivo* entre esses dois elementos do *binômio de pontos* (processo e mérito) a que vimos nos referindo desde o início do presente capítulo. Convém determo-nos nesse ponto, ainda que brevemente.

³⁷ Ninguém demonstrou esse fenômeno melhor que PASQUALE NAPPI (La domanda proposta in via riconvenzionale, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 754-761, 1989). Desse ensaio, cumpre transcrever um trecho particularmente ilustrativo: “tutta una categoria di fatti che possono essere oggetto di allegazione da parte del convenuto, possono essere posti a fondamento di differenti attività processuali. Le medesime situazioni sostanziali possono dar luogo ad una scala di comportamenti contraddistinti da una sempre maggiore richiesta di soddisfazione dell'esigenza di tutela giurisdizionale prospettata dal soggetto convenuto: eccezioni, accertamenti incidentali, domande riconvenzionali”. Concordando com essa posição, LASSO (*Le eccezioni in senso sostanziale*, p. 240-241).

³⁸ FLÁVIO YARSHILL (Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de “ação dúplice”. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, FLÁVIO LOUZ YARSHILL e MAURICIO ZANONDE DE MORAES (Coord.), p. 565) afirma que “para que o requerido possa ampliar o objeto do processo é imprescindível que ao mesmo seja lícito deduzir *pedido*, isto é, seja-lhe lícito invocar um provimento jurisdicional (*pedido imediato*) que lhe proporcione um determinado bem da vida (*pedido mediato*), provimento esse que, conforme assinalado, não seja a mera sentença de improcedência da demanda”.

Em outra oportunidade,³⁹ havíamos observado que o *princípio dispositivo* recai tanto sobre os direitos materiais em disputa como sobre os direitos processuais que tocam às partes durante o curso do processo⁴⁰ (o que se convencionou chamar de *princípio dispositivo material* e *princípio dispositivo processual*, respectivamente). Isso se explica porque no núcleo do *princípio dispositivo* (tanto processual como material) está a possibilidade (expressa em um *ônus*) de a parte livremente dispor dos direitos que o ordenamento lhe confere.⁴¹

A partir dessa assertiva, é necessário verificar que o incremento do ativismo judicial não exclui o *princípio dispositivo*, mas apenas sua *eficácia* dentro do processo.⁴² Em outras palavras: a ampliação dos poderes judiciais implica a *desvinculação da iniciativa do juiz em relação às partes*,⁴³ de tal modo que, mesmo que a parte abra mão legitimamente de um direito, o juiz em determinadas circunstân-

³⁹ A difícil conceituação do que seja *princípio dispositivo* nos ocupou no nosso *Preclusão processual civil*, p. 270-275.

⁴⁰ Nesse sentido, na Itália, CAPPELLIETTI (*La testimonianza nel regime dell'oralità*, v. 1, p. 308 ss); na Espanha, DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ e VEGAS TORRES (*Derecho procesal: introducción*, p. 60); em Portugal, ANTÓNIO SAMTOS ABRANTES GONÇALVES (*Temas da reforma do processo civil*, v. 1, p. 29 ss) e ELIZABETH FERNANDEZ (Atempuação do princípio do dispositivo: êxito ou frustração? *Scientia Iuridica*, nº 286, p. 283-284), e, no Brasil, CAROLINA BONNARIM ESTEVES (*(In)disponibilidade do direito processual civil*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 106-109) e ARIÁRIO SILVA JARDIM (O princípio dispositivo e a intervenção do Ministério Público no processo civil moderno, *Revista de Processo*, nº 44, p. 166-169), malgrado as autorizadas opiniões no sentido de que a expressão deveria se reservar à *disponibilidade da relação litigiosa*, e não para a disponibilidade sobre o desenvolvimento do processo (BARBOSA MOREIRA, O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e as partes: aspectos terminológicos, *Revista de Processo*, nº 41, p. 7-14; BEAQUER, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 68; e JOSÉ CARLOS BAPTISTA PVOZI, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 26).

⁴¹ Na doutrina estrangeira, ERZENZERLA GURDIA (*Las facultades judiciales en materia probatoria en la IEC*, p. 24); entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 117) e BEAQUER (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 67 ss).

⁴² MICHELE TARUFFO (*La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, p. 252) também assinala, com acuidade, que o princípio dispositivo pode continuar imperando mesmo se o juiz tem maiores poderes de direção do processo, haja vista que esse papel do magistrado não implica interferência na autonomia das partes. Em sentido similar, TESORIERE (*Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, p. 154-155) afirma que a acentuação do caráter inquisitório do processo não significa abandono do princípio dispositivo, mas apenas a limitação de seus efeitos relativamente ao juiz. Entre nós, a mesma ideia é acolhida por ANTONIO JANNY DALL'AGNOI, Jr. (O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappellietti. *LEX - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, nº 119, p. 11-26).

⁴³ Em *Preclusão processual civil*, p. 274, acentuamos que “a evolução do ativismo do juiz não interferiu no exercício das posições jurídicas processuais das partes, de modo que o processo continua a ser iniciado por provocação delas, a quem cabe delimitar o objeto litigioso do processo (sobre o qual recairá a sentença, não podendo ela se afastar, sob pena de nulidade, ex vi dos arts. 128 e 460 do CPC), e continuam elas livres para dispor sobre o objeto do litígio (podendo o autor, a qualquer momento, renunciar ao direito reclamado e o réu reconhecer juridicamente o pedido contra si formulado), bem como podem os litigantes renunciar ao direito de praticar determinado ato processual na tutela de seus próprios interesses (ou omitir-se, ou ainda praticá-los em desacordo da forma prevista em lei, o que, em todos os casos, dá no mesmo, já que os litigantes continuam sujeitos à preclusão e, de um modo geral, ao preenchimento dos pressupostos processuais e forma em sentido amplo). A ideia de *ônus*, que é insita à maioria dos atos que as partes praticam no processo, traz consigo, necessariamente, a de *princípio dispositivo*. De fato, se a parte pode escolher exercer determinada atividade ou não, é porque o princípio dispositivo inspira essa posição jurídica por ela ocupada”.

cias pode ignorar esse fato e atuar seus poderes de ofício produzindo o mesmo resultado como se o direito tivesse sido exercido.⁴⁴

Essas ideias aqui enunciadas – embora perfeitamente válidas tanto para o princípio dispositivo material quanto para o princípio dispositivo processual – não levam em conta que o ativismo do juiz no segundo terreno é sensivelmente maior, dado que as normas processuais, pertencentes ao direito público, devem ser atualizadas de ofício, salvo em raras e expressas exceções, como ficou claro pelas considerações feitas no item 5.1, *supra*.

Diferentemente, a mais relevante projeção do princípio dispositivo material – o princípio da demanda –⁴⁵ implica que as partes devem trazer ao julgador os fatos e fundamentos jurídicos de suas respectivas pretensões na inicial e na contestação (CPC, arts. 282 e 300), não podendo acrescentar nada depois (CPC, arts. 264 e 294), salvo escassas exceções (CPC, arts. 303 e 462), impondo-se assim os limites que balizarão a decisão (CPC, arts. 128 e 460). O conjunto desses dispositivos reduz o ativismo judicial sensivelmente no campo do direito material, em comparação ao do direito processual.

Exatamente por isso é que, na maioria dos casos, as partes estão livres para celebrar transação, reconhecer juridicamente o pedido ou renunciar ao direito sobre o qual se funda a demanda. Essas são três situações – a primeira bilateral, as duas demais unilaterais por parte de réu e autor, respectivamente – em que o juiz fica absolutamente vinculado por atos dos litigantes, só podendo recusar-se a proferir sentença meramente homologatória (CPC, art. 269, II, III e V) caso verifique que há vício formal ou de manifestação de vontade.⁴⁶

Entretanto, o fato de termos reconhecido a diferente lógica que governa a defesa processual e a defesa de mérito (no tocante à iniciativa do juiz em caso

de omissão do réu) não responde à questão fundamental: *afinal, que matérias de mérito são ou não cognoscíveis de ofício?* Qualquer tentativa de entrar nesse terreno espinhoso depende da análise do conceito de “exceção substancial” e, para isso, dedicamos o Capítulo 8, *infra*. A partir daí é que poderemos propor solução para a questão proposta no Capítulo 9, *infra*.

⁴⁴ Exemplificamos essa situação, no trabalho já citado (idem, p. 274-275), da seguinte forma: “[e]ssa nova ótica acerca da dinâmica dos poderes processuais do juiz implica, justamente, que este não fique dependente da iniciativa das partes, podendo se retrair quanto a uma decisão incidental equivocada e contrária a uma norma de ordem pública (especialmente de cunho processual) independentemente do recurso do litigante interessado, ou determinar de ofício as providências necessárias para que a situação litigiosa receba a mais justa decisão, mesmo que as partes tenham renunciado ao direito de pedir referidas providências, ou se omitido em fazê-lo regularmente. Pelo mesmo princípio, opera-se um alargamento das questões cognoscíveis de ofício, mesmo sem provocação da parte”.

⁴⁵ Assim entendemos em nosso *Preclusão processual civil*, p. 272.

⁴⁶ Nesse sentido, MÓVCR LONO DA COSTA (*Confissão e reconhecimento do pedido*, p. 70): “A ‘confesso in iure’, que o Código de Processo Civil acolheu com a denominação de reconhecimento do pedido, como ato processual do réu destinado a pôr termo ao processo [...] Segundo a lição magistral de Chiovenda, reconhecimento e renúncia são atividades das partes que constituem limitação ao poder do juiz, no sentido de que elas têm em si próprias o conteúdo da sentença. O reconhecimento é a declaração do réu de que o pedido do autor é juridicamente fundado. Ocorrendo o reconhecimento do pedido, o processo se extingue, não pelo ato da parte, mas pela sentença que o juiz, em consequência, tem o dever de proferir sem mais trâmites”. Em sentido bem similar, BADOYE (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 94): “se os interesses em jogo forem privados, não poderá o magistrado interferir em qualquer ato praticado pela parte, no sentido de dispor de seu direito, pois o ordenamento jurídico confere a ela, com exclusividade, esse poder”.