

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL
de
JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades e
garantias constitucionais do processo
Execução de decisões do CADE
Processo cautelar
Outros estudos

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

Mesquita, José Ignacio Botelho de
Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 3 : jurisdição
constitucional das liberdades e garantias constitucionais do processo,
execução de decisões do CADE, processo cautelar, outros estudos / José
Ignacio Botelho de Mesquita ; apresentação José Rogério Cruz e Tucci,
Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. – São Paulo:
Editora Revista dos Tribunais, 2007. – (Coleção teses, estudos e pareceres
de processo civil ; 3)

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-3091-3

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Tucci, José Rogério
Cruz e. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos
Santos. IV. Título. V. Série.

07-4537

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 3

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES E
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

EXECUÇÃO DE DECISÕES DO CADE

PROCESSO CAUTELAR

OUTROS ESTUDOS

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
WALTER PIVA RODRIGUES
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

JULGAMENTO ANTECIPADO¹

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da ordem das decisões no processo – 3. Do objeto do julgamento antecipado – 4. Do julgamento antecipado: 4.1 A idéia da antecipação; 4.2 Da oralidade; 4.3 Questão de mérito; 4.4 Desnecessidade de prova; 4.5 Revelia – 5. Dos recursos – 6. Audiência designada na vigência da lei anterior.

1. Introdução

O prof. José Ignacio Botelho Mesquita: Meus Senhores, agradeço naturalmente as palavras amáveis com que fui saudado e manifesto, perante os Srs., a minha especial satisfação, em face deste encontro. Tenho para mim que é bastante árdua, é bastante difícil a tarefa a que os advogados são cotidianamente chamados a enfrentar. O advento do novo Código de Processo Civil traz uma soma maior de dificuldades a esta tarefa; especialmente porque, até que se forme uma jurisprudência tranquilizadora a respeito da interpretação das normas do novo texto, haverá ainda muita incerteza, e muita insegurança a ser vencida.

É muito importante neste ponto, o trabalho que cabe aos advogados desenvolver. Importante, sobretudo, no fornecimento de indispensáveis subsídios à elucidação dos textos, à verdadeira exegese do Código, a que mais atenda a realidade a que o Código deve servir. Assim sendo, a colaboração que sou hoje chamado a prestar, causa-me uma especial satisfação, porque sei que do trabalho de todos advogados, há de surgir a melhor aplicação para o Código de Processo Civil. Como advogado que sou, serei eu mesmo beneficiado de todo o trabalho que os Srs. e demais colegas, assim desenvolverem.

¹ Palestra proferida em 27.03.1974, e publicada em O Processo Civil, AASP, São Paulo, 1974, p. 209.

2. Da ordem das decisões no processo

Passando ao tema deste nosso encontro, eu lembraria aos Srs., inicialmente o seguinte: O juiz no processo, é chamado a decidir sobre questões de três diferentes ordens. Ele deve decidir sobre:

- a) validade da constituição e do desenvolvimento da relação jurídica processual;
- b) a existência das chamadas condições de ação; e
- c) a existência daquela situação jurídica de direito material sobre a qual a ação vem fundada.

No que concerne à *relação jurídica processual*, deve ele decidir sobre os requisitos de sua constituição válida e eficaz; vale dizer, deve o juiz decidir a respeito:

- a) da capacidade processual das partes
- b) da sua competência e imparcialidade
- c) se a petição é apta

Deve ele decidir ainda, como falei, a respeito dos requisitos de desenvolvimento válido, da relação jurídica processual; isto significa, que o juiz deve enfrentar a questão das nulidades que eventualmente comprometeriam este válido desenvolvimento da relação processual; e deve verificar, também, se a relação jurídica processual se formou sob um rito, sob um procedimento adequado à espécie. Já no campo das assim chamadas *condições da ação*, deve o juiz verificar, em primeiro lugar, se existem a *legitimatío ad causam*, o interesse para agir, e a possibilidade jurídica do pedido. Como também, deverá o juiz verificar se inexistem fatos ou situações que sejam impeditivas, ou obstativas da ação, assim como, por exemplo, a litispendência; a coisa julgada; o compromisso arbitral; a preempção da ação; falta de caução às custas nos casos em que a lei a exige. Ainda, a eventual intransmissibilidade da ação, ou a ocorrência de prescrição ou decadência.

Finalmente, quanto à *situação jurídica de direito material*, deve o juiz verificar se existem os fatos constitutivos do direito afirmado pela parte, se não existem fatos que sejam: a) extintivos; b) modificativos; ou c) impeditivos, desse direito. Finalmente, deverá o juiz verificar, se dos fatos

alegados e provados, decorre, efetivamente, aquele fito jurídico que é pretendido pelo autor.

O princípio seguido pelo novo Código de Processo Civil, foi o de que cada uma destas questões deverá ser enfrentada pelo juiz à medida que a respeito desta questão, se forme uma cognição suficiente. Vale dizer, à medida que cada uma destas questões se tornem maduras para a decisão. É nesta medida e neste momento que o juiz deverá decidir cada uma das questões que acima referi.

Para mostrar como funciona este critério, de julgar à medida em que o processo esteja maduro para cada decisão, eu apontaria para os Srs., em primeiro lugar; a norma do art. 295. Este artigo do Código de Processo Civil permite ao Juiz, logo ao receber a inicial para o seu despacho, decidir se a petição inicial é apta, ou inepta. Decidir a respeito da adequação do procedimento. O art. 301, § 4.º, permite ao juiz, a qualquer tempo e, portanto, também neste momento, que decida a respeito da incompetência absoluta. Assim que é proposta a ação, no que se refere às decisões sobre a relação jurídica processual, o juiz já pode conhecer e decidir da aptidão da inicial, da adequação do procedimento, e da existência, eventualmente, de incompetência absoluta.

Neste mesmo momento, de despachar a inicial, também pode o juiz proferir juízos a respeito do direito de ação; ele pode, por exemplo, segundo o mesmo art. 295, decidir a respeito da ilegitimidade *ad causam*, se esta ilegitimidade for manifesta; poderá decidir a respeito da falta de interesse para agir, e poderá decidir ainda, a respeito da impossibilidade jurídica do pedido. Já aí então, por força do disposto do parágrafo único do art. 295.

Estamos ainda, na introdução da ação em juízo; o juiz já pode decidir, disse o novo Código, a respeito da prescrição e decadência. Há um detalhe nesta matéria. O novo Código de Processo Civil, inclui a prescrição e decadência, entre as matérias, chamadas matérias de mérito. De modo que, se nós entendermos como o legislador que a prescrição e a decadência constituem matéria de mérito, nós veremos que, pelo novo Código, ao receber a petição inicial, o juiz pode decidir, não apenas a respeito da relação jurídica processual e das condições da ação, como também, no que tange à prescrição e à decadência, do próprio mérito da causa. E após a contestação? Após a contestação, permite o art. 329, que o juiz

decida toda a matéria relativa, tanto à relação jurídica processual (seja no que tange à sua constituição, como ao seu desenvolvimento válido) como toda a matéria relativa ao direito de ação, ou as chamadas condições da ação. Inclusive matéria, evidentemente, de prescrição e decadência. É a norma do art. 329. E, também, em certos casos, permite o Código ao juiz (no art. 330 que será objeto de nossa análise hoje) que decida sobre a situação jurídica de direito material, em que vem fundada a ação.

Mas pode ocorrer que o processo ainda não esteja maduro para esta decisão, sobre a situação jurídica de direito material; neste caso, então, o juiz designará audiência de instrução e julgamento e a final, depois da realização da audiência, produzidas as provas, é que proferirá o julgamento final da causa. Isto mostra para os Srs., que a distribuição e julgamento das matérias virá caminhando de acordo com o grau de maturidade que cada uma das matérias ofereça ao juiz para sua decisão.

Examinado, desta forma, o critério que norteou o novo Código de Processo Civil, poderemos passar ao estudo do tema precípua desta aula, que é o Julgamento Antecipado.

3. Do objeto do julgamento antecipado

Convém cuidar agora do objeto do julgamento antecipado. O que pode ser julgado antecipadamente e o que o Código introduz na forma do art. 330, como objeto do julgamento antecipado? Esse art. 330 do novo Código de Processo Civil se acha no Capítulo V, do Título VIII, do Livro I, que trata do julgamento conforme o estado do processo. Este capítulo cuida separadamente, em três sessões, das seguintes matérias:

- I) extinção do processo;
- II) do julgamento antecipado da lide; e
- III) do saneamento do processo.

Tendo em vista, esta distribuição e, tendo em vista, ainda mais, a definição de lide, que está na Exposição de Motivos; eu vou ler esta definição para que os Srs. possam acompanhá-la melhor; diz a Exposição de Motivos:

O projeto só usa a palavra “lide” para designar o mérito da causa, lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julga-

mento desse conflito de pretensões mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.”

Então, eu dizia, tendo em vista a distribuição da matéria, neste capítulo V, e mais esta definição de lide, fazendo-a equiparar ao mérito de causa, nós poderíamos, à primeira vista, imaginar, que neste Capítulo do Código de Processo, nós estaríamos tratando, na primeira sessão, de extinção do processo sem julgamento do mérito e na segunda, da extinção do processo com julgamento do mérito. Posto que aí se refere o Código ao julgamento da lide. Em terceiro lugar, o Código trataria finalmente do saneamento. Mas, na verdade, não foi isto que ocorreu. Ao cuidar da extinção do processo, na altura do despacho saneador, o Código de Processo Civil cuidou, no art. 329, tanto de casos em que o processo se extingue, sem julgamento de mérito, como de casos em que o processo se extingue com julgamento de mérito. Vejamos um pouco este art. 329: “Diz este artigo, sob o título, da extinção do processo, que ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, o juiz declarará extinto o processo. O art. 269, II a V, cuida precisamente de casos em que segundo o Código, o processo se extingue, com julgamento de mérito. Vejamos a definição do art. 269. Diz ele: “Extingue-se o processo com julgamento de mérito:^{NA1}

- I) quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;
- II) quando o réu reconhecer a procedência do pedido;
- III) quando as partes transigirem;
- IV) quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;
- V) quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Então, tomando por base a definição deste art., veremos que o julgamento antecipado da lide, e portanto do mérito da causa, é regulado pelo art. 330, apenas na hipótese do n. I do art. 269, ou seja, quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; porquanto nos demais casos, n. II

^{NA1} O *caput* do art. 269 foi redação determinada pela Lei 11.232/2005, nos seguintes termos: “Haverá resolução de mérito: (...)”.

a V, são disciplinados pelo art. 329; ou seja, a regra do art. 330, tem por objeto o mérito da causa, mas não o exaure de modo algum. Cabe então a pergunta: O que é mérito da causa, para o novo Código de Processo Civil? E, qual seria o critério com que poderíamos distinguir a matéria disciplinada no art. 330, daquela que vem disciplinada no art. 329?

Na medida, em que nós entendermos, com a doutrina dominante, que a ação é dirigida contra o estado e a pretensão é dirigida contra o réu, seremos levados a afirmar, que o mérito da causa, seria a pretensão de direito material, dirigida contra o réu. Esta posição explica satisfatoriamente, a meu ver, a discriminação, feita no art. 269, que li para os Srs. agora há pouco. Mas, não explica a cisão, neste, das matérias, deste art. 269, quando o Código passa a tratar do julgamento conforme o estado do processo. E não explica, a meu ver, por algumas razões que são relevantes. Com efeito, por que reunir sob uma mesma categoria denominada extinção do processo, decisões que teriam natureza tão diferentes, como aquela que julga sobre o processo a e que julgue sobre a ação ou ainda aquela outra que decide sobre a pretensão dirigida contra o réu? E de outro lado, por que separar em diferentes categorias, de um lado, sob o título de extinção do processo, e de outro lado, sob o título de julgamento antecipado da lide, decisões que participam da mesmíssima natureza, como aquela que acolhe a pretensão do autor, porque o réu reconheceu a procedência do pedido, e a outra, que julga procedente a ação, porque não há provas a serem produzidas em audiência? A meu ver, só com aquele conceito de mérito a que me referi não chegamos a uma conclusão que explique totalmente o que ocorre.

Se entendermos, porém, que no processo, o autor, na verdade não pretende nada do réu, absolutamente nada, e que pretende tudo do estado; e que, a tarefa do juiz consiste precisamente, decidir se o estado deve ou não satisfazer a pretensão condenatória, declaratória ou constitutiva do autor; sendo este exatamente o objeto do processo, veremos que começa a haver explicação para a cisão manifestada nos arts. 329 e 330 do novo Código de Processo Civil. Com efeito. Para que o juiz decida, sobre se o estado deve ou não deve, atender à pretensão formulada pelo autor, cumpre a ele decidir se o autor tem razão, ou não. Ou seja, deverá proferir um juízo sobre as razões nas quais o autor funda a sua pretensão.

Quando menciono razões aqui, estou me referindo às razões relativas à situação jurídica de direito material. Quando porém, as partes celebram transação, ou quando o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação, ou ainda, quando ocorre a prescrição ou a decadência, cessa para o estado, o dever de acolher a pretensão condenatória constitutiva ou declaratória, formulada pelo autor. E o processo se extingue sem necessidade de julgamento sobre as razões do pedido, é como se também cessasse para as partes o direito de pretender do estado, um julgamento sobre as razões.

Vejam os Srs., por exemplo, o que ocorre quando as partes celebram transação. A transação, em princípio, não serve para constituição ou extinção de direitos, ou obrigações, através da transação apenas se declaram direitos. Mas, pode ocorrer que no bojo de uma transação, também se crie alguma obrigação. Num caso destes, e se a ação for uma ação condenatória, o juiz não condenará o réu a coisa alguma, o juiz apenas homologará a transação que foi feita nos autos, valendo esta sentença, que é puramente homologatória, como título para execução. Se o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação, renunciando a este direito, ele renuncia a qualquer pretensão dirigida ao Estado, de reconhecimento deste direito. Portanto, também aí, o juiz não proferirá nenhuma sentença condenatória, nem constitutiva, nem declaratória a favor do autor. Ou ainda, se o juiz, apura a existência de prescrição, ou decadência, também, não irá produzir a favor do autor aquele efeito que por ele foi inicialmente pretendido, e não condenará o réu, nem produzirá nenhum efeito constitutivo por sentença, nem exercerá pela sentença, uma atividade declaratória a favor do autor, ou seja, em cada um desses casos, há um traço comum que é este. O Estado já não tem mais que julgar sobre as razões do autor, para verificar se tem o dever ou não de atender a sua pretensão de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória.

De outro lado, quando o réu, observados os limites legais, reconhece a procedência do pedido, embora não cesse para o Estado o dever de acolher a pretensão do autor, pelo contrário, este dever se reafirma, tornar-se-á totalmente desnecessária, inútil, uma decisão, sobre as razões do autor. Cessa para o juiz também aqui, o dever de decidir sobre as razões do autor. Assim sendo, o traço comum a todas as hipóteses previstas, nos

n. II a V do art. 269, referidos neste art. 329, é o fato de que, em todas essas hipóteses, por um motivo ou por outro, o processo, se extingue sem juízo sobre as razões do autor, seja porque ocorreram fatos extintivos do dever estatal, de acolher a pretensão do autor, seja porque em face do reconhecimento do réu, em certos casos, este dever estatal se torna de tal modo manifesto, que não haveria mais razão alguma, que justificasse uma decisão quanto às razões que sustentam a pretensão do autor.

Esta supressão do juízo sobre as razões do autor, não ocorre somente nestes casos, ocorre também em todos os demais casos, em que por falta das condições, das assim chamadas condições da ação, ou em que por vício da relação jurídica processual, não exista ou deixe de existir para o Estado o dever de acolher a pretensão formulada pelo autor. Isto explica, a meu ver, o motivo pelo qual, houve uma cisão nas hipóteses previstas no art. 269, II a V, e pelo qual essas matérias foram conjugadas no art. 329 com os casos do art. 267, que cuidado julgamento, sem decisão de mérito. Não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses, o Estado, para julgar sobre o seu dever de acolher ou não a pretensão do autor, terá que decidir sobre as razões do autor, relativas à existência daquela concreta situação jurídica de direito material, sobre a qual, é apoiada a pretensão deduzida em juízo, incidindo então a norma do art. 330.

Em resumo, o Estado, sempre decide sobre o seu dever de acolher ou não a pretensão do autor. Há casos em que esta decisão exige o juízo sobre as razões do autor, e há casos em que esta decisão dispensa tal juízo. Isto permite então fixar algumas conclusões preliminares:

- 1) o objeto do julgamento judicial:
 - a) o processo; e
 - b) o dever estatal de acolher ou não a pretensão do autor.
- 2) o julgamento sobre este dever, se processa em dois planos sucessivos:
 - a) o plano das condições da ação; e
 - b) o plano da situação jurídica do direito material a que se referem as razões do autor.
- 3) suprime-se, porém, este segundo plano:
 - a) quando não ocorrem as condições da ação, ou quando ocorrem fatos extintivos ou obstativos da ação;

b) quando cessa o interesse de agir em razão de transação, ou renúncia do direito sobre que se funda a ação;

c) quando ocorrem fatos extintivos do dever estatal, como a prescrição e decadência; e

d) quando o réu reconhece a procedência do pedido.

4) a supressão deste segundo plano, não importa supressão do julgamento sobre o dever estatal de acolher ou rejeitar a pretensão do autor. Apenas reduz o tema do julgamento.

5) a norma do art. 329, compreende hipóteses de julgamento sobre este dever estatal, tanto quanto a norma do art. 330, com a única diferença, de que aquela abrange também, casos de julgamento que se referem apenas à relação jurídica processual.

Há, portanto, uma interligação entre o art. 329 que cuida da extinção do processo, e o art. 330 que cuida do julgamento antecipado da lide. Há uma interligação, repito, na parte em que ambos os artigos incidem sobre o mesmo objeto, conforme demonstrado.

4. Do julgamento antecipado

4.1 A idéia da antecipação

Adotado o critério segundo o qual, as questões serão resolvidas à medida que elas se tornem maduras para decisão, à medida que se forme a respeito destas questões uma cognição suficiente para o juiz; adotado este critério, e proferida a decisão, no momento em que esta cognição se tornou suficiente, nós já não poderemos mais falar em julgamento antecipado. Há julgamento no momento certo. A idéia de antecipação somente se explica em face do sistema anterior, ou em face de um sistema em que a regra fosse a realização da audiência de instrução e julgamento, ou seja, em face de um sistema, que previsse como estrutura necessária do procedimento ordinário, a realização desta audiência de instrução e julgamento.

Não é o caso do novo Código de Processo Civil, que determina o julgamento, conforme o estado do processo, ou conforme a maturidade das questões, não havendo, portanto, necessariamente, a audiência de instrução e julgamento, como elemento da estrutura normal do pro-

cedimento ordinário. Esta supressão da audiência, pelo menos como elemento necessário do procedimento ordinário, nos leva a perguntar, se teria ela implicado numa alteração do chamado princípio da oralidade. A minha opinião, é de que não houve isto. Para que possa explicar convenientemente, eu devo retornar um pouco a alguns conceitos que os Srs. já conhecem a respeito do princípio da oralidade.

4.2 Da oralidade

O procedimento oral, não significa necessariamente, um procedimento que se realize de forma oral. Quando falamos em princípio da oralidade, nós estamos pensando em outra coisa. Todos nós sabemos que o ideal de um procedimento se norteia por um procedimento hipotético, em que as partes compareceriam pessoalmente diante do juiz e exporiam as suas dificuldades, e o juiz, de pronto, decidisse o conflito surgido entre elas, restabelecendo a paz social conturbada naquele ponto. Mas também sabemos que este processo é impossível de se realizar, pelo menos em 99% dos casos; o que não nos impede de extrairmos deste hipotético processo oral, as suas características fundamentais, para passarmos então a aplicar, como princípio, a outros procedimentos aquilo que seria característica deste hipotético procedimento oral. Nós sabemos que num procedimento hipotético como mencionei aos Srs., nós teríamos em primeiro lugar a concentração da causa. Ela seria toda decidida de uma só vez, e rapidamente. Além disso haveria a imediatidade do juiz, posto que não haveria outra forma de se resolver este processo, senão ouvindo o juiz, pessoalmente, as pretensões e as razões das partes. Ainda, todas as provas que tivessem de ser produzidas, seriam produzidas perante este mesmo juiz, o que implica na identidade da pessoa física do juiz, além da imediatidade; e mais ainda, num processo que fosse oral, não haveria possibilidade de recorrer das decisões interlocutórias, ou pelo menos de recorrer delas em condições de sustar o processo. Através disso chegamos àqueles princípios, que informam o postulado, princípio da oralidade, que são: imediatidade; identidade; concentração e irrecorribilidade (em apartado) das interlocutórias.

Ora, se nós formos aplicar estes princípios ao procedimento adotado pelo Código de Processo Civil sem audiência, vamos ver que chegamos

a um mesmo resultado, talvez até um resultado melhor do que no procedimento anterior em que a audiência era regra.

Vejam os Srs. o seguinte, a concentração da causa existe, a causa se resolverá de uma forma muito mais rápida e muito mais abreviada, do que se realizássemos audiência da instrução e julgamento. A imediatidade da pessoa física, do juiz, também ocorre, a identidade da pessoa física do juiz, fica posta fora de questão porque não serão produzidas provas oralmente. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias é postulado que também está consagrado neste novo Código em que nós só podemos recorrer das decisões interlocutórias através de um recurso que não paralisa o processo, que é o agravo de instrumento.

De modo que, no meu entender, a simples supressão da audiência de instrução e julgamento não implicou em uma revogação por assim dizer do chamado princípio da oralidade. Visto isso, podemos examinar agora os casos em que será dispensada a realização da audiência de instrução e julgamento.

4.3 *Questão de mérito*

O art. 330 diz que: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito”. Que seria esta questão de mérito? Em primeiro lugar eu lembraria que questão, é aquilo que resulta de conflito de razões. As razões do autor, no que entram em conflito, no que sejam contrariadas pelas razões do réu, dão origem às questões; estas questões podem se manifestar tanto no campo dos fatos, como no campo dos direitos. Assim, nós falamos em questões de fato e questões de direito. Mas o que seria questão de mérito? Parece-me que neste passo, o legislador usou de uma expressão abreviada; o mérito é a pretensão, não é uma questão, a pretensão nunca se confunde com a questão. Por questão de mérito, deve entender-se a questão relativa ao direito material, ou à situação de direito material, sobre a qual a parte, o autor, faz assentar a sua pretensão processual.

Aqui surge, um primeiro problema. Pode ocorrer, que a chamada questão de mérito seja uma questão apenas de direito, mas que a questão relativa a prescrição ou decadência, ou a questão relativa à *legitimatío ad causam*, seja não só de direito, mas de fato e dependa de prova não documental. Por exemplo, imaginemos uma ação paulina em que o réu

contesta ao autor, a qualidade de credor quirografário; ou então, um caso em que a prescrição seja alegada, ou impugnada, com base em um documento acoimado de materialmente falso. Em tais casos, não é suficiente, a meu ver, que a questão de mérito, seja unicamente de direito, para que se justifique o julgamento sem audiência. Com efeito, antes de julgada a questão da legitimação de causa, ou antes de julgada a questão da prescrição, ou decadência, não saberá o juiz, sequer, se deverá conhecer da chamada questão de mérito; conseqüentemente, segundo entendo, deverá ele designar audiência, saneando o processo apenas na parte em que isto lhe for possível, em face dos elementos constantes dos autos, e depois da audiência, realizadas as provas, proferir a sentença. Decidirá, então, sobre a prescrição ou decadência, ou sobre a *legitimatío ad causam* e, finalmente, se for o caso, sobre as razões nas quais o autor fundamentou o seu pedido de direito material.

Um outro problema também se nos depara em face da redação deste artigo. Os Srs. sabem que uma das novidades do Código de Processo Civil consiste na chamada declaração incidental. Dispõe o art. 5.º: “Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz declare por sentença.” É a chamada declaratória incidental. Pode acontecer que o processo já esteja maduro para a declaração incidental mas que não esteja maduro ainda para o julgamento do mérito, julgamento das demais questões de mérito. Num caso destes, como deverá o juiz proceder? Deverá o juiz, proferir a declaração incidental e mandar que a ação prossiga apenas para resolver a respeito do mérito da causa ou deverá deixar tudo para a final?

Ao meu ver, a solução deve ser a seguinte: Estando a ação, ou estando o processo no ponto para ser decidida a questão prejudicial, e se o juiz verifica que pode proferir a declaratória incidental, em sentido contrário à pretensão do autor (vale dizer, declarar que a relação jurídica na qual se funda o direito alegado pelo autor, não existe) prejudicando assim o mérito da causa, o juiz poderá sentenciar desde logo pondo fim ao processo. Aí então, pouco importa que, quanto às questões de mérito, o processo esteja maduro ou não, porque todas elas ficarão prejudicadas pela declaração incidental proferida pelo juiz.

Mas, se não ocorrer isto? Se o juiz se encontrar em face de questões de mérito ainda imaturas, e de outro lado, se se encontrar em face de um pedido de declaração incidental, para o qual já exista cognição suficiente; mas que tenha de ser decidido no sentido da existência da relação jurídica afirmada pelo autor e, portanto, em condições de prosseguir o processo. Num caso desses, nós temos que ver o seguinte: “O art. 5.º do Código de Processo Civil que acabei de ler para os Srs. permite à parte que requeira ao juiz que declare a existência e inexistência da relação jurídica por sentença; e o art. 162 § 1.º nos define o que seja sentença para o sistema do Código, diz: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.^{NA2} Em tais condições, ainda que o processo esteja maduro para declaração incidental, se não estiver maduro para a resolução das questões de mérito, deverá o juiz designar audiência de instrução e julgamento, não decidir a declaratória incidental e, finalmente, decidir tudo na sentença final. Esta regra, ou esta interpretação contudo, comporta uma única exceção, que é aquela que os Srs. podem apreciar, na letra c, do inciso V, do art. 265. Diz este art. 265: suspende-se o processo n. IV, quando a sentença de mérito, letra “c”, “tiver por pressuposto o julgamento de questões de estado, requerido como declaração incidente”. Este é o único caso, em que o juiz paralisa o processo, suspende o curso do processo para proferir a decisão sob a questão de estado, sob a forma de sentença declaratória incidental, para depois mandar prosseguir a ação, se não houver o seu julgamento prejudicado o próprio mérito da causa. Fora este caso, contudo, o juiz decidirá sempre, afinal a declaração incidente.

4.4 *Desnecessidade de prova*

Continuando na interpretação deste art. 330, diz ainda o próprio n. I: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

^{NA2} O art. 162 foi alterado pela Lei 11.232/2005 traz a seguinte redação: “§ 1.º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Em face desta parte final do dispositivo, fico com a impressão de que esta norma é muito prolixa; bastaria ao legislador dizer que o juiz conhecerá diretamente do pedido proferindo sentença, quando não houver necessidade de produzir prova em audiência. Pouco importa se a questão é somente de direito, ou se é de direito e de fato. O que interessa é se há ou não necessidade de produzir prova em audiência. Se não houver necessidade de produzir prova em audiência, o juiz poderá decidir diretamente, ou conhecer diretamente, o pedido. Cabe então a pergunta: A quem compete dizer se há ou não necessidade de prova? E nós então temos que nos remeter à norma do art. 130 do mesmo Código que repete norma do Código de 1939; diz o artigo: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. De modo que, não basta a parte ter requerido a produção de prova em audiência, para que o juiz seja forçado a designar audiência de instrução e julgamento, e não observe o que dispõe o art. 330, ou seja, não conheça diretamente o pedido na altura do saneador. O juiz poderá perfeitamente indeferir a prova por entender que esta prova é inútil e decidir no estado em que o processo se encontra.

4.5 *Revelia*

E, finalmente, o último caso de julgamento antecipado da lide: quando ocorrer a revelia. Aqui nós deveremos nos demorar um pouco mais para entender bem o que o legislador determinou com esta disposição. Caberia separar três hipóteses distintas:

- 1) o caso em que o réu reconhece a procedência do pedido;
- 2) o caso em que o réu admite os fatos, mas contesta o direito;
- 3) o caso em que o réu simplesmente não contesta; que é o caso da revelia.

Na primeira hipótese em que o réu reconhece a procedência do pedido, não surgem questões, nem de fato, nem de direito. No segundo caso, em que o réu admite os fatos e contesta o direito, não surgem questões de fato, mas surgem questões de direito. E, finalmente, no último caso, não surgem questões de fato nem de direito, porque não houve contestação.

Na 1.^a hipótese diz o art. 329 do Código: “o juiz declarará extinto o processo”, ou seja, no caso do réu reconhecer a procedência do pedido. No 2.^o e no 3.^o casos, diz o Código no art. 330: “O juiz conhecerá do pedido proferindo sentença”. Vejam como é diferente o sistema adotado em um e outro caso; se o réu reconhece a procedência do pedido, extingue-se o processo; se o réu é revel ou se o réu não contesta quanto aos fatos, não surgem questões de fato, apenas questões de direito, diz o Código, que o juiz *conhecerá* diretamente do pedido.

Essa diferença de tratamento, está a indicar, penso eu, que a revelia não exime o juiz do dever de julgar, de proferir juízo sobre as razões do autor; a posição sistemática desta norma, obsta a meu ver qualquer interpretação que atribua à revelia o efeito de determinar automaticamente a procedência da ação. Comparem os Srs. esta norma com aquela que existe no Código Português. O Código de Processo Civil de Portugal em várias passagens cuidando da revelia, diz que se o réu for revel, não contestar a ação, o juiz condenará o réu, ou seja, determina a produção de sentença de mérito contrária ao réu; e não é este o sistema seguido pelo legislador brasileiro. Pelo nosso Código, o juiz neste caso, apenas conhecerá do pedido; julgará, portanto.

Além disso, esta norma não pode ser interpretada, isoladamente; deve ser interpretada a meu ver, em conjunto com outras normas, de não menor relevância. Assim, em primeiro lugar, nós teríamos que lembrar que o efeito previsto no art. 319 (“Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.”) é igual ao que ocorre no caso do art. 302 (“Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados.”) Ou seja, a consequência prevista para a revelia é a mesma consequência prevista para o caso em que há contestação, mas não há contestação quanto aos fatos. Portanto, nós temos que excluir desta consequência prevista no art. 319 a idéia de castigo, de sanção. Não é isto o que ocorre; ocorre simplesmente que, em razão de revelia, não surgiu questão de fato. Não sendo questionados os fatos afirmados pelo autor, devem eles presumir-se verdadeiros. Aliás, a norma já existia no art. 209 do Código de 1939, embora com certo abrandamento.

Além disto, é necessário ponderar que o Código de Processo Civil confere ao juiz, em várias situações, o poder de suscitar determinadas

questões de ofício, ou de decidir determinadas matérias de ofício. Em relação às matérias que o juiz pode decidir de ofício, não prevalece a regra do artigo 128 do mesmo Código; esta regra há de prevalecer apenas naquelas hipóteses em que para que se suscite uma questão de fato ou de direito seja necessária a iniciativa da parte. O princípio dispositivo, neste passo, cede ante o princípio inquisitório.

Vejam, por exemplo, a norma do art. 267, § 3.^o: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos números IV, V e VI”. O n. IV trata da ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, o n. V, trata da hipótese do juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada, e o n. VI trata da hipótese de não ocorrer qualquer das condições da ação, com uma possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. Tudo isto é matéria que o juiz pode conhecer de ofício, em relação à qual ele não sofre limitação alguma. Além disso, o art. 301 § 4.^o tem disposição semelhante: “Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.” A matéria enumerada neste art. 301 refere-se à inexistência e nulidade de citação, incompetência, absoluta, inépcia da inicial, perempção, litispendência, coisa julgada, conexão, incapacidade da parte, defeito de representação, ou falta de autorização, compromisso arbitral, carência de ação, falta de caução, ou de outra prestação que a lei exige como preliminar. E os Srs. são advogados experimentados, sabem muito bem como é amplo o campo de investigação, em matéria de *legitimatío ad causam*, ou de interesse para agir, e quão próximos se encontram do mérito da causa, esses temas.

Parece-me que o fato do juiz decidir, ou dever decidir antecipadamente a lide, no caso de ocorrer a revelia, não implica de modo algum, uma decretação de ofício da procedência da ação. Ao contrário, depois de fazer todas as verificações que a lei não só lhe permite, mas lhe impõe, deve ele decidir ainda, examinar cuidadosamente a relação existente entre os fatos afirmados, e a consequência pretendida pelo autor, ou seja, a questão de direito a ser julgada.

5. Dos recursos

Quanto à matéria de recursos relativas a estas decisões, eu lembraria que da decisão que extingue o processo, tanto no caso do art. 329, como no caso do art. 330, o recurso cabível será o de apelação; da decisão que saneia o processo, o recurso será o de agravo de instrumento; e da decisão que não julga antecipadamente, apesar de não haver provas a serem produzidas e, indevidamente, designa a audiência de instrução e julgamento, parece-me que não caberia recurso algum, porque ao que tudo indica, consistiria apenas num mero despacho de ordenação do processo, podendo caber quando muito a correção parcial. Mas, tendo em vista a semelhança que existe hoje entre correção parcial e o agravo de instrumento, não seria desarrazoado, admitir para um caso destes o agravo de instrumento; será todavia, um caso raro e de pouco interesse prático.

6. Audiência designada na vigência da lei anterior

Se houver já audiência designada, na vigência do Código de 1939, e a questão do mérito for unicamente de direito, o juiz – e aí eu concordo inteiramente com Galcno Lacerda – deverá manter a designação da audiência de instrução e julgamento. E deverá mantê-la, em primeiro lugar, porque a designação da audiência é um efeito do saneador, que foi legal e eficazmente proferido sob a vigência da lei anterior; portanto é efeito de um ato legalmente praticado no processo e não deve ser tolhido pela nova lei; e, em segundo lugar porque a supressão da audiência poderia acarretar dano processual para a parte contrária com a realização de audiência de instrução e julgamento para a prática de algum ato processual. Assim, portanto, parece-me que havendo audiência já designada, embora a questão de mérito seja unicamente de direito, embora o réu seja revel, deverá esta designação ser mantida.

De uma forma sucinta, eram estes os esclarecimentos que eu tinha a prestar aos Srs. a respeito desta matéria, pondo-me então à disposição para quaisquer dúvidas que tenham a esse respeito.

O sr. José Ignacio Botelho Mesquita: Srs., vamos passar a responder então, as questões que foram encaminhadas.

Pergunta: Poderá o juiz negar a produção de prova antecipada, no caso ao art. 847, II, se entender que não há necessidade de provas, e que se dará o julgamento antecipado da lide? Como ficará a situação da parte se o juiz a indeferir?

Resposta: O juiz não decidirá sobre a produção da prova mas sobre a antecipação dela.

Pergunta: Como ficará a situação da parte se o juiz a indeferir?

Resposta: O recurso será ao meu ver, o de agravo de instrumento, se a medida tiver sido requerida incidentalmente, e será de apelação, se por acaso a medida tiver sido requerida preventivamente.

Pergunta: Poderá haver julgamento antecipado da lide, após saneado o processo?

Resposta: Ver item V da exposição.

Pergunta: Quando a questão de mérito for unicamente de direito, o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo a sentença. Pergunta-se: e se não proferir e designar audiência? Qual o remédio jurídico para esse ato?

Resposta: Eu tratei disso no fim de minha exposição. Se o juiz designa audiência de instrução e julgamento, sem determinar a produção de prova alguma, nem ordenando o comparecimento das partes estará simplesmente tumultuando o processo, e num caso destes, a meu ver, seria possível a correção parcial. Aliás, há uma pergunta especificamente a respeito disso. Se o processo de correção parcial subsiste no novo Código? Se os Srs. observarem o Regimento Interno dos Tribunais, dos nossos tribunais, aqui de São Paulo, adaptados ao sistema do novo Código, os Srs. verão que os nossos tribunais mantiveram a correção parcial, nos seus regimentos internos, obedecendo, portanto, a legislação estadual anterior, que foi entendida não revogada. Se subsiste ou não subsiste a correção parcial, é um assunto, ao meu ver, de escasso interesse prático, exatamente pelo fato da correção parcial processar-se de modo exatamente idêntico ao recurso de agravo de instrumento, e se encontrar nos tribunais colocada na mesma faixa de prioridade ou no mesmo nível do agravo de instrumento. Hoje, com a ampla admissibilidade do agravo de instrumento, o problema fica reduzido aos casos em que é difícil dizer se uma decisão é realmente decisão sobre uma questão processual suscitada

incidentemente no processo, ou se seria despacho meramente ordenatório do processo. É evidente que nem sempre é fácil distinguir uma coisa de outra; então, num caso desses, talvez, fosse útil a correção parcial.

Pergunta: Ação ordinária ajuizada sob o regime do Código de Processo Civil de 1939, em 1973, não foi contestada pelo réu, citado por editais. Interveio o Ministério Público, que apenas argüiu vícios na citação edital, pois contestou o mérito por negação.

O saneador proferido em 1973 repeliu a referida argüição de vícios e designou audiência de instrução e julgamento para junho de 1974, ou seja, para realizar-se já sob a égide do Código de Processo Civil 1973. O saneador precluiu. Nenhuma das partes, embora solicitadas pelo juiz, especificou provas de audiência. Pergunta-se: O fato de já estar designada audiência de instrução e julgamento impede a imediata aplicação do art. 330, I e II do Código de Processo Civil 1973?

Resposta: Como disse, neste particular, assumo a mesma posição de Galeno Lacerda.

Pergunta: Em vigor o novo Código durante a fluência do prazo para a contestação, entendemos, salvo melhor juízo, ante o princípio da irretroatividade da lei processual, que referido prazo fluirá sob a égide do Código anterior. E não tendo o réu contestado, dentro do prazo de 10 dias, os efeitos da revelia, obviamente, serão os da lei processual já revogada. Pergunta-se: Pode o Juiz, na hipótese acima aventada, julgar antecipadamente a lide, com base no art. 330, inciso II, do novo Código?

Resposta: A minha posição em matéria de retroatividade da lei, é a seguinte. A lei de si é retroativa, entrada em vigor, opera e alcança, tanto o passado, e o presente, como naturalmente, o futuro. Mas, por norma constitucional, a lei não retroagirá contra o direito adquirido, ato jurídico perfeito, e a coisa julgada.

Assim, eu firmaria o seguinte princípio. A lei processual neste particular, não discrepa das demais leis, ela entra em vigor imediatamente e alcança todas as situações passadas, presente e futuras. Só não alcançará uma situação constituída anteriormente se, retroagindo sobre esta relação, causar dano a um determinado direito adquirido. Aí então surge a questão: Existem direitos adquiridos no processo? A meu ver acho que existem direitos adquiridos no processo; não vejo porque não haver di-

reitos adquiridos processuais, desde que se admita a existência de direitos processuais das partes. A existência de direitos processuais das partes não é negada. Um dos mais importantes de todos eles, é o direito de recurso, que não é contestado por ninguém; todos entendem que o direito de recurso é direito subjetivo público da parte. Igual ao direito de ação.

Vamos analisar esta questão sob a luz deste princípio. O prazo de 10 dias, é um prazo que se estabelece para o réu. É um prazo a favor do réu e não a favor do autor. O réu, em face do sistema anterior, teria o prazo de dez dias para contestar; se a nova lei *diminísse* este prazo, ela iria infringir, entrando em vigor imediatamente, um direito adquirido na vigência da lei anterior, qual seja o de contestar em dez dias. Mas, a lei nova *ampliou* este prazo, eu não posso falar em violação de um direito adquirido. De outro lado, não existe um direito da parte à revelia, ou aos efeitos da revelia do réu; isto é, algo que vai depender da norma que existir no momento em que a revelia ocorrer. Conseqüentemente, parece-me que nesta hipótese do Código novo pode incidir de imediato, ampliando para 15 dias o prazo de contestação, que antes era de 10 dias somente. Se a contestação vier dentro desses 15 dias, não ocorrerão os efeitos da revelia dispostos pelo novo Código.

Pergunta: Desde que o art. 1.218 manteve os dispositivos, de natureza adjetiva das leis especiais, pergunta-se se a audiência prevista no art. 4.º do Dec. lei 4/1946 pode ser suprimida pelo julgamento antecipado, quando se tratar de denúncia vazia (apenas pois, questão de mérito, só questão de direito)?

Resposta: Não vejo obstáculo a isto. A realização da audiência não me parece que seja matéria regida por lei especial exclusivamente; realização da audiência, no caso obedece a norma geral, então neste ponto, não creio que se aplique a norma do Dec.-lei 4 e aplica-se o Código novo, será dispensada a realização da audiência.

O sr. Presidente: O nosso agradecimento e nossos aplausos ao Prof. Botelho Mesquita.