

23

SABERES DO DIREITO

Processo Civil II

Processo de conhecimento

RENATO MONTANS DE SÁ
RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES



**Editora
Saraiva**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

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

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

Sobre nós:

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

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



RENATO MONTANS DE SÁ

Especialista e Mestre em Direito Processual Civil pela PUCSP. Professor da Rede de Ensino LFG e coordenador da pós-graduação de Direito Processual Moderno da Rede de Ensino LFG. Professor da pós-graduação da Escola Superior de Advocacia e da ATAME/DF. Advogado.

RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUCSP. Professor e coordenador da pós-graduação da Rede de Ensino LFG. Professor da graduação e do mestrado da FMU/SP. Advogado.

Conheça os autores deste livro:
<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16919-7>

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC.
Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN.
Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?page_id=2445

ISBN 978-85-02-16910-4
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Montans de Sá, Renato
Processo civil II / Renato Montans de Sá, Rodrigo da
Cunha Lima Freire. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção
saberes do direito ; 23)
1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Título.
II. Série

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito processual civil 347.9(81)
2. Brasil : Processo civil 347.9(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Diretor de produção editorial Lígia Alves

Editor Roberto Navarro

Assistente editorial Thiago Fraga

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know-how Editorial

Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira

Capa Aero Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Know-how Editorial

Data de fechamento da edição: 25-4-2012

Dúvidas?

Acesse: www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos meus filhos, Guilherme, Rafael e Marina.

Rodrigo da Cunha Lima Freire

À Alice.

Renato Montans de Sá

◆ Apresentação


O futuro chegou.


A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o  ¹


A união da tradição Saraiva com o novo conceito de livro vivo, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de  ¹).

No  ¹ você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras**

complementares sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.


Você poderá ter acesso ao  ¹ do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet
<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

1 O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

23

SABERES DO DIREITO

Processo Civil II

Processo de conhecimento

RENATO MONTANS DE SÁ
RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES

 Editora
Saraiva

Capítulo 1

◆ Procedimento

As relações civis são condutoras da vida do homem. O casamento, os contratos, as relações em geral, o tráfego na rua, ninguém vive sem experimentar a incidência de alguma norma.

As relações que ensejam a propositura de uma demanda se apresentam, na nossa vida, de forma variada em diversos níveis de complexidade. Assim, da simples batida de carro ao moroso processo falimentar, o Estado arregimenta formas para solucionar esses diversos problemas.

O legislador utiliza-se da experiência nas diversas situações jurídicas trazidas ao Judiciário para escalonar o *tamanho* necessário do processo para cada situação legitimante.

Evidente que, em sendo o processo instrumento, sua serventia só será sentida se o direito material for adequadamente enquadrado nos atos que o Estado preordenar e se estes forem efetivos para a consecução do caso concreto.

Assim é que se criou o procedimento. Se o processo é a forma de o Estado atuar concretamente na vida das pessoas a fim de dirimir os conflitos a ele apresentados, o procedimento é a forma como os atos deste processo se mostram no mundo fenomênico.

Na justa necessidade de se adequar o processo à relação trazida em juízo, os procedimentos tomarão feições e nuances diversas. Serão maiores, menores ou peculiares de acordo com a natureza da demanda, com os meios de prova apresentados ou com o valor pleiteado.

O vocábulo “procedimento” é sinônimo de rito, que justamente traduzido para o vernáculo quer dizer ritmo, ou seja, o ritmo com que o

processo é conduzido em suas diversas classificações.

1. Estrutura do procedimento

Está aí uma das mais difíceis tarefas do nosso ordenamento, a classificação dos procedimentos. Tal situação ocorre porque nem toda metodologia para se engendrar uma classificação torna-a satisfatória. Apesar de se saber não existir classificação certa ou errada, mas, sim, útil ou inútil ao fim a que se destina, aqui se tratará, tanto quanto possível, de classificar os procedimentos de acordo com a sua natureza.

Não há na lei um critério único e definitivo para definir quais causas seguem, ou não, o procedimento especial. Daí o número crescente de procedimentos que tomam como base o direito material, em clara afronta à doutrina e ao ordenamento que, além de guardar autonomia em relação ao direito material, olvidam o interesse sempre emergente em racionalizar e simplificar as formas procedimentais.

Assim, guardada a impropriedade do *nomen iuris* que a eles são dados, importante que se diga que os procedimentos são concebidos após uma profunda análise na relação jurídica de direito material e sua possibilidade de veiculação no judiciário.

Desta forma, de acordo com as especificidades e necessidades do caso concreto (se o direito material nos diversos casos trazidos à apreciação judicial é o mesmo, o procedimento também o será), o legislador, tomando como base o procedimento-padrão – o ordinário –, transforma-o de acordo com essas necessidades, retirando ou acrescentando atos, criando fases preclusivas mais intensas, aumentando a sua potencialidade; agregam-se medidas de urgência, pedidos contrapostos; criam-se requisitos para seu ingresso (notificação prévia, *e.g.*), cognição parcial em defesa, efeitos próprios de recursos etc.

É por isso que variam os itinerários ou os percursos a serem seguidos conforme os procedimentos que a ordem jurídica define. Podem se considerar padrão apenas as extremidades do procedimento: a petição inicial e o provimento. Os atos intermediários é que sofrem mutações de acordo com as peculiaridades práticas.

O sistema engendra no CPC o Livro IV, portador de 26 procedimentos especiais (15 de jurisdição contenciosa e 11 de jurisdição voluntária),

além dos procedimentos mantidos pelo Código de 1939 (art. 1.218), os previstos em legislação extravagante e aqueles insertos no Código como cautelares, mas que são verdadeiras ações autônomas de procedimento especial (assim o mandado de segurança, a lei de alimentos, as ações locatícias, o pedido de alimentos, a busca e apreensão em alienação fiduciária, a ação popular, dentre outros).

Há de se perceber que o sistema prevê uma ordem inversa para a adoção do procedimento. Em primeiro lugar deve se verificar se o caso se enquadra nos procedimentos especiais. Não se enquadrando, adota-se o procedimento comum. Mas, mesmo aqui, existe uma ordem de preferência. O rito sumário deve ser verificado antes e, somente se não cabível, por exclusão adota-se o rito ordinário (CPC, art. 271).

É importante estabelecer alguns comentários a respeito.

Ao contrário dos procedimentos especiais e do rito sumário pela matéria, o rito ordinário não tem previsão específica no Código. Vale dizer, não existem causas “específicas” do rito ordinário, mas causas que para lá foram levadas porque não se enquadravam no rito sumário ou nos procedimentos especiais.

Desta forma, à exceção do rito ordinário, todos os procedimentos já sabem quais situações serão submetidas ao seu crivo.

O rito ordinário, por não ter previsão específica de um caso concreto, é o maior dos procedimentos. E isso porque, como não se sabe qual a extensão do direito material que será trazido, deve ter um procedimento amplo para abranger toda sorte de situações.

Esta amplitude traz uma consequência prática: o rito ordinário, por ser mais completo, constitui fonte subsidiária de procedimento para as causas do rito sumário e especial (CPC, art. 272). Desta forma, sempre que houver omissão num dado procedimento sobre determinada etapa ou fase, aplica-se no que couber o rito ordinário.

2. Procedimento ordinário

O rito ordinário é composto basicamente de quatro fases: postulatória, ordinatória, instrutória e decisória.

O ponto de distinção efetivo entre as diversas fases reside na atividade preponderante que se exerce. Desta forma, na fase postulatória preponderam os atos das partes; na fase ordinatória preponderam os atos do juiz e a preparação do processo para a próxima fase; na fase instrutória preponderam os atos probatórios; e na fase decisória tem-se a decisão.

- ◆ *Postulatória*: consiste nos atos de postulação. Aqui o autor apresenta a inicial, o réu é citado e poderá apresentar defesa. Nesta fase se apresenta o objeto do processo.
- ◆ *Ordinatória*: é a fase em que se dá andamento ao processo. Nela o magistrado deve verificar o que deve ser levado para a próxima fase. Abrange as providências preliminares, o julgamento conforme o estado do processo e o saneamento. Verifica-se a regularidade do processo (nas providências preliminares); depois se analisa se o caso é de julgamento conforme o estado do processo e, se não for, haverá o saneamento do feito (CPC, art. 331).
- ◆ *Instrutória*: é a fase das provas. Aqui, de ofício ou a requerimento das partes, as provas serão produzidas dentro da audiência (testemunhal, depoimento pessoal) ou fora dela (perícia, inspeção judicial etc.).
- ◆ *Decisória*: depois de perpassadas todas as fases, o magistrado poderá decidir a lide em favor de uma das partes.

Algumas outras questões importantes devem ser levadas em consideração:

- a) Preponderância de atos: conforme dito, as fases não contêm em si atividades exclusivas, mas preponderantes. Nada impede que diferentes atividades das fases próprias sejam transportadas para outras fases: assim é possível a produção antecipada de provas (fase instrutória) na fase postulatória, ou mesmo a emenda da inicial (fase ordinatória) *initio litis*.
- b) À exceção das fases postulatórias e decisórias, que são estanques e devem estar presentes em qualquer causa, todas as demais podem não existir no procedimento ordinário. Desta forma poderá não existir a fase ordinatória se o magistrado indeferir de plano a petição inicial ou proceder ao julgamento *prima facie* (CPC, art. 285-A). Igualmente

poderá não haver a fase instrutória quando o magistrado julgar antecipadamente a lide (CPC, art. 330).

- c) Vigê no nosso ordenamento o princípio da indeclinabilidade do procedimento. Desta forma não compete à parte a escolha do procedimento, sendo essa função encargo da lei. O erro do procedimento, desde que não adaptável (CPC, art. 295, V), acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito (para parte da doutrina a extinção se dá por carência: falta de interesse de agir por inadequação).
- d) Esta adaptação somente pode ser dada entre procedimentos (rito sumário para ordinário, reintegração de posse com manutenção de posse), mas nunca entre processos. Desta forma, a conversão de execução para cautelar é vedada, assim como de conhecimento para execução. A única exceção prevista no sistema é a fungibilidade prevista no art. 273, § 7º, que permite a conversão de conhecimento para cautelar, autorizando que a cautelar corra nos mesmos autos da ação de conhecimento. Trata-se de medida excepcional com expressa previsão legal.

Capítulo 2

◆ Procedimento Sumário

1. Introdução

O processo por meio do procedimento é o instrumento idôneo para garantir aos jurisdicionandos a tutela que desejam em juízo e o fim do litígio que permeia a relação jurídica de direito material.

Tão logo se mostra intuitivo que, sendo o processo instrumento, meio, caminho, o legislador tem o dever de traduzir estes anseios de forma adequada em juízo, ou seja, deverá transportar em linguagem procedimental a densidade e nuances do direito material trazido ao processo.

Ou seja, em resposta ao pedido, o Estado deve fornecer não só a tutela pretendida, mas também a efetiva. Esta efetividade, como vimos, é possível – e na medida do possível – pois o legislador traçou, pela sua experiência de vivência do direito, previamente, um roteiro a ser seguido por determinados tipos de ação. E aqui fixamos a primeira premissa.

Tão logo, o legislador, ao criar o procedimento sumário (antigo sumaríssimo, antes da reforma de 1995), conseguiu erigir, visualizar e destacar, a partir do cotidiano forense, determinadas ações que não criam grandes embaraços na sua condução; causas estas que, pela natureza do direito material – sempre ele –, são mais singelas na sua consecução. Sem prejuízo destas, é de se vislumbrar também que as causas de baixo valor, ou seja, aquelas de menor potencial valorativo, não são, outrossim, de grande complexidade.

E isso porque as partes não se dedicam a uma causa cujo proveito econômico seja pequeno com o mesmo afincamento que a uma grande. Os advogados não apresentam todas as suas armas e, por vezes, até

economizam alguns incidentes ou recursos, pois o procedimento pode sair mais caro que o próprio direito.

A essas causas o legislador separou um procedimento específico. Sua especificidade não defluiu de um procedimento distinto, mas de uma diminuição do procedimento-padrão – ordinário – com vistas à otimização da tutela jurisdicional.

O rito sumário, portanto, vem à luz nas causas enumeradas pelo legislador como de mais fácil instrução probatória, daí a concentração do procedimento, afinal é completamente desnecessário criar um procedimento muito maior do que as necessidades do próprio direito.

1.1 Hipóteses de cabimento

A sumariedade do procedimento regulado pelo art. 275 e ss. do CPC significa que ele é concebido para ser mais breve que o ordinário por meio de concentração procedimental, ou seja, aproximação temporal entre os atos do procedimento de modo a fazer com que o processo dure menos entre a petição inicial e a sentença. Isso se obtém mediante os seguintes norteadores:

- a) maior concentração de atos criando preclusões consumativas mais rígidas. Assim na própria audiência se apresenta defesa. Revela-se pela proximidade temporal entre os sucessivos atos processuais. A maior parte dos atos é realizada em audiência;
- b) restrição da prática de determinados atos que possam dilatar a instrução do processo (v.g., defesas, intervenções de terceiro);
- c) a despeito de o procedimento ser sumário, a cognição exercida pelo magistrado é plena e exauriente;
- d) indeclinabilidade do procedimento. Como o procedimento é matéria de ordem pública, não pode a parte optar pelo rito ordinário.

O procedimento sumário foi modificado substancialmente pela Lei n. 82.545/95, que empregava a expressão *sumaríssimo*. Todavia o emprego deste superlativo era muito criticado na medida em que não havia nenhum outro procedimento intermediário para lhe impor tal diferenciação. Hoje o rito sumaríssimo é vocábulo empregado aos Juizados Especiais Cíveis.

O procedimento sumário é alimentado diretamente com as normas que lhe são específicas (arts. 275 a 281) e subsidiariamente com as regras do procedimento ordinário que, de resto, são de aplicação geral para todos os tipos (art. 272).

2. Hipóteses

Para que possa submeter-se ao rito sumário é necessário que a causa não tenha previsão pelo procedimento cautelar, execução, ou procedimentos especiais, pois o rito sumário tem aplicação supletiva a estes casos. O procedimento sumário é modalidade de procedimento comum, que se contrapõe aos procedimentos especiais, mas sempre na órbita do processo de conhecimento.

Dois são os critérios eleitos pelo legislador para se seguir o procedimento sumário. O art. 275 enumera os dois casos:

- 1) *Valor da causa* – observa-se o rito sumário nas causas que não ultrapassem 60 salários mínimos. Antes da reforma seguiam-se 20 salários. Todavia se mostrou inadequado o valor com a criação dos juizados, pois tinha um teto maior para um processo mais célere. Foi então que se procedeu à modificação.

Daí defluem três questões importantes:

- a) o valor da causa é inferido no momento da propositura da ação, sendo irrelevantes as modificações posteriores, como o aumento do valor do salário. Esta regra está em consonância com o art. 87 do CPC (perpetuação da competência);
- b) se a causa tiver como alçada 40 salários mínimos, é optativa a escolha entre o juizado especial e o rito sumário. E isso porque o JEC é modalidade de processo, e não de procedimento (quando não se poderia modificar pelo princípio da indeclinabilidade do procedimento). Mas realmente gera confusão dado o grande campo de intersecção entre as hipóteses de cabimento de sumário e JEC (art. 3º, Lei n. 9.099/95);
- c) as causas pelo valor independem da matéria, que constituem critério autônomo consoante se verá abaixo. Assim, todas as causas são submetidas ao rito sumário, salvo nas ações relativas ao

estado e capacidade das pessoas, quando então se deve seguir o rito próprio.

2) *Matéria* – o inciso II trata da matéria independentemente do valor da causa atribuído. O rol do art. 275 não é exaustivo, consoante se depreende da alínea g, tendo aplicabilidade o rito sumário também em outras causas previstas em legislação extravagante (usucapião especial – Lei n. 6.969/81, adjudicação compulsória, revisional de aluguel – Lei n. 8.245/91, dentre outras), mesmo que essas legislações (em sua maioria anteriores à reforma de 1995) não tenham alterado a nomenclatura sumaríssimo.

Vejamos os casos pela matéria:

- a) *arrendamento rural e parceria agrícola* – ambos estão previstos no estatuto da terra. Arrendamento rural é o aluguel de imóvel não urbano, e parceria agrícola é o aluguel de imóvel não urbano, mas cujo pagamento será realizado com parte dos ganhos obtidos pela exploração da terra;
- b) *cobrança de condomínio* – a cobrança de condomínio também segue o rito sumário. Há de se ver, entretanto, que esta regra não se aplica aos casos do art. 585, V (antigo art. 585, IV), que encerraria uma aparente antinomia. Todavia tanto o rito sumário como a execução convivem harmonicamente. Seguirá o rito sumário para os casos em que o condomínio cobra o condômino por disposição *propter rem*. Porém, quando o locador cobrar o locatário, por disposição contratual segue-se a execução;
- c) *ressarcimento em prédio urbano ou rústico* – este inciso engloba todos os casos de reparação, não importando a sua localização. Prédio, para fins do inciso, significa qualquer imóvel;
- d) *ressarcimento em acidente de veículo terrestre* – trata-se de colisão externa, ou seja, que o veículo tenha colidido com um carro ou algo (atropelamento, v.g.). Lesões praticadas dentro do veículo não são sujeitas a este tipo de ação. Pode ser dano moral ou material e não importa a natureza do veículo;
- e) *cobrança de seguro relativamente aos danos causados em acidente de veículo* – como a lei não utiliza o vocábulo “terrestre”, a doutrina interpreta extensivamente o conteúdo desta norma,

aplicando-se também aos casos marítimos e aéreos. Duas questões importantes:

- ◆ a aplicação do rito sumário é residual. Apenas quando a parte não tiver contra a seguradora título executivo (art. 585, III). Especificamente de seguro de vida. Este seguro deve ser facultativo, pois o obrigatório segue o rito sumário (Lei n. 6.194/74);
 - ◆ como a grande maioria dos casos é de acidente de veículos terrestres, é cabível a denúncia da lide no rito sumário com a alteração deste dispositivo, ficando inócua a aplicação deste inciso como ação autônoma;
- f) *cobrança de honorários de profissional liberal, ressalvado o disposto em legislação especial* – profissional liberal, em linhas gerais, é aquele que por conta própria exerce atividade profissional. Assim, seguirá o rito sumário, salvo se o estatuto respectivo de classe dispuser de outra maneira (v.g., Lei n. 8.906/94, art. 23).

3. Procedimento

- ◆ *Petição inicial* – a despeito de a lei nada pronunciar, é intuitivo que a petição inicial do rito sumário siga os mesmos requisitos do art. 282. Todavia, dada a preclusão consumativa dos atos, junto com a inicial devem vir acompanhados o rol de testemunhas e os quesitos com assistente técnico. Todavia (quanto ao último), a prova não estará afastada, acaso não alegada se: a) o réu requereu a perícia já que para o autor, até então, não se fazia necessária a prova pericial, b) determinada de ofício pelo juiz *ex vi* do art. 130 do CPC.
- ◆ *Citação* – a citação segue as disposições genéricas previstas no rito ordinário. Todavia, o réu deverá ser citado no mínimo 10 dias antes da audiência, consoante dispõe regra do art. 277 do CPC. Se o prazo for descumprido, não acarreta nulidade do ato, mas será designada nova audiência.

Dúvidas há se o prazo começa a fluir da devida intimação ou da juntada. A tendência da doutrina é seguir a primeira corrente.

Ao contrário da regra do art. 188, a Fazenda Pública, por disposição expressa do rito sumário, deverá ser citada no mínimo 20 dias antes da audiência.

A doutrina entende que se quisesse estipular esta exceção para o MP teria feito.

Assim, o MP não goza de benefício, haja vista que as exceções são interpretadas restritivamente. Todavia nunca em quádruplo. Seria até um contrassenso, já que a audiência deverá ser designada em até 30 dias.

Havendo mais de um réu com procuradores diferentes, segue-se a regra do art. 191.

♦ *Audiência* – ao contrário do rito ordinário, que permite ao juiz afastar a audiência do art. 331 por motivos particulares, a audiência do rito sumário faz parte do procedimento obrigatório e não pode ser relegada. Apesar de ser uma audiência de conciliação (dada a sumariedade do procedimento), ela possui mais especificidades não encontradas no ordinário, assim:

a) *Tentativa de acordo* – a primeira etapa da audiência será a tentativa de acordo, à qual a parte pode comparecer pessoalmente (recomendável) ou por preposto (pessoa que tenha poderes para transigir). A revelia se acarreta não apenas se não apresentar defesa, mas se não comparecer o réu ou pessoa habilitada para representá-lo em juízo. Evidente que a revelia não terá seus efeitos acarretados se se enquadrar em uma das hipóteses do art. 320 do CPC.

O não comparecimento do autor gera dúvida doutrinária sobre se haverá alguma sanção. Parte da doutrina entende que não (Joel Dias Junior, Marcus Vinicius); já para outros, haverá o arquivamento dos autos (Nelson Nery, Gilson Delgado).

Se não houver advogado para o réu, tentar-se-á a conciliação. Caso seja infrutífera, deverá ser decretada a revelia, pois a ausência de capacidade postulatória impede o réu de apresentar defesa.

Se não houver para o autor, não poderá manifestar-se sobre a defesa (réplica) nem apresentar agravo retido.

Havendo acordo, o juiz homologará o termo e determinará a extinção do processo com resolução do mérito (art. 269, III).

b) *Apresentação de defesa* – infrutífera a conciliação, apresentará o réu sua defesa acompanhada de documentos, quesitos/assistente técnico e rol de testemunhas. No sistema do rito sumário somente serão cabíveis a contestação e as exceções rituais. Não cabe reconvenção no rito sumário, pois se trata de uma ação de natureza dúplice da qual se formula pedido contraposto. A não previsão está contida no § 1º do art. 278, que permite ao réu, na contestação, formular pedido a seu favor. Não há óbices a que o pedido contraposto tenha valor superior ao do teto mínimo, dada a conexidade dos pedidos.

A impugnação ao valor da causa, quando apresentada, não seguirá o rito genérico do art. 261, mas o específico do art. 277, § 4º. Assim, ao invés de se apresentar como petição autônoma na forma de incidente, deverá ser apresentada em preliminar de defesa, no próprio corpo da contestação. Da apresentação da referida liminar, terá a outra parte (no silêncio da lei) prazo de 5 dias para se manifestar.

Esta é a grande vantagem do rito sumário. Todos os incidentes são apresentados e decididos em audiência, ao contrário do ordinário, que é distribuído em fases.

c) *Conversão do rito* – o § 4º do art. 277 permite a conversão do rito. O § 5º exemplifica uma das situações que é a complexidade da perícia a ser empreendida. Desnecessária a previsão legal deste parágrafo. Permite-se a conversão se o juiz entender que a instrução probatória a ser realizada será maior que o suportado pelo procedimento. Outra hipótese de conversão do rito é a modificação do valor da causa que acarrete valor superior ao teto legal do procedimento.

d) *Réplica* – o autor poderá apresentar réplica oralmente na própria audiência. Em havendo necessidade o juiz fixará os pontos controvertidos para designar audiência de instrução e julgamento no período de até 30 dias.

◆ *Julgamento conforme o estado do processo* – ao disciplinar no art. 278, § 2º, que somente serão os autos remetidos para instrução se não ocorrer uma das hipóteses dos arts. 329 (extinção do processo) e 330 (julgamento antecipado da lide), o legislador previu no rito sumário o julgamento conforme o estado do processo.

- ◆ *Audiência de instrução* – nos termos do art. 279, o rito sumário terá audiência de instrução não ocorrendo nenhuma das hipóteses das etapas precedentes.
- ◆ *Exclusões legais* (art. 280) – o legislador não permitiu no procedimento sumário a ação declaratória incidental nem a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.

Quanto à ação declaratória incidental, não há muito o que se discutir a não ser que esta regra se estende também para os casos de arguição de falsidade, que é uma espécie de ADI prevista no art. 4º, II.

As intervenções de terceiro também não são admitidas. Todavia, permaneceram três possibilidades por diferentes razões. 1) A assistência, dada a sua simplicidade procedimental (petição simples), não gera tumulto nem delongas no processo, o que é o norte do rito. 2) O recurso de terceiro prejudicado (art. 499, § 1º) decorre do fato de que o sistema recursal do sumário é amplo, e 3) não se poderia vedar recurso de terceiro, por ofensa ao princípio do devido processo legal.

Quanto à intervenção fundada em contrato de seguro, há de se tecer alguns comentários:

- a) a denunciação era vedada, pois dilatava a marcha processual. Todavia a delonga era maior, pois o réu sempre demandava outra ação contra a seguradora, abarrotando o Judiciário;
 - b) resolveram abrir uma válvula de escape, permitindo somente aos casos de seguro (art. 70, III) como possíveis no rito, tornando praticamente sem efeito o teor da alínea *e* do art. 275;
 - c) ocorre que a denunciação da lide no inciso I (evicção) é obrigatória (CC, art. 70, *caput*, c/c art. 456). Assim sendo, e não se podendo arguir em rito sumário, como fazer? Nesses casos não se pode tornar obrigatória dada a blindagem no sistema.
- ◆ *Sentença* – consoante dispõe o art. 281, o juiz proferirá sentença na própria audiência ou em 10 dias.

Capítulo 3

◆ Petição Inicial

1. Introdução

O preceito constitucional inserto no art. 5º, XXXV, preconiza que “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A regra do princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra ressonância no sistema por dois princípios de natureza infraconstitucional: o da inércia e o dispositivo.

E isso porque o art. 2º do CPC determina que o juiz não prestará a tutela jurisdicional senão quando provocado, o que quer dizer que ao Estado é vedado intervir nas questões privadas de direito material sem que haja provocação da parte interessada.

Pode se dizer então que a petição inicial é o invólucro formal ou a instrumentalização física da demanda (já que o direito de ação é geral e abstrato, consoante adverte Amaral Santos) da qual o autor deduz sua pretensão em juízo. Localiza-se, juntamente com a sentença, como atos extremos do processo, já que a primeira reflete no conteúdo da segunda.

Muito bem. Conforme estudado anteriormente, o ato processual integra a entidade complexa processo. Alguns atos se revestem de solenidade, outros não, até mesmo porque a ausência de forma é a regra, *ex vi* do art. 154 do CPC. Todavia a petição inicial possui forma solene em seu grau máximo, se comparada com os demais atos processuais.

O formalismo se torna necessário na medida em que o juiz deverá ter conhecimento preciso de todos os fatos para a delimitação concreta daquilo que ele irá julgar. É dessa forma que a petição inicial apresenta

requisitos (elementos, melhor falando) para que o peticionário siga um critério dogmático a partir das regras preestabelecidas.

As exigências da petição inicial vêm hospedadas no art. 282 do CPC, que constitui, como se verá, um rol não taxativo dos elementos que devem constar na peça, bem como o não preenchimento de um pressuposto negativo: o art. 295 do CPC. Desta forma a petição inicial, para sua consecução, deve preencher os requisitos do art. 282 e demais artigos esparsos que tenham previsão correlata, bem como não preencher os requisitos do art. 295 (indeferimento da petição inicial).

2. Requisitos (elementos) da petição inicial

O conceito imperativo do tempo verbal “indicará” infere a imprescindibilidade dos requisitos.

Podem-se dividir os elementos da petição inicial em duas classes: na primeira, compreendida pelos incisos II, III e IV, estão os elementos identificadores da causa (quem, por que e o que se pede); na segunda, os demais elementos que se relacionam aos pressupostos processuais de existência e desenvolvimento como a jurisdição e competência (inc. I), o valor da causa (inc. V), as provas (inc. VI) e a citação (inc. VII).

Este último grupo pode ser considerado secundário ou impróprio, pois não está ligado de forma direta à finalidade da petição inicial que tem por escopo deduzir de forma correta uma pretensão em juízo.

São exigências da lei por uma questão formal.

- 1) *O juiz ou Tribunal a que é dirigida* – é o endereçamento ao órgão judiciário que a apreciará. É aqui que o autor estabelece a competência, seja do juízo monocrático (como regra), seja como competência originária do Tribunal.
- 2) *Qualificação das partes* – parte, no sentido da doutrina, é quem pede e contra quem se pede determinada providência jurisdicional. Mais do que uma exigência formal, as partes determinam a legitimidade, requisito condicionante da ação (CPC, art. 3º).

Todavia a ilegitimidade não retira o predicado de parte pela definição acima. Ao alocar na peça inicial os nomes que integrarão a relação jurídica processual, tem-se uma expectativa de direitos, pois a

legitimidade somente será inferida com um confronto com a relação de direito material que deu ensejo ao processo. Para a individuação completa das partes, a lei determina que lá estejam nome, prenome, estado civil (e aqui se aplica por analogia a união estável), profissão, domicílio e residência do autor e do réu.

O estado civil é relevante porque determinadas demandas necessitam de ambos os cônjuges (ações reais imobiliárias, CPC, art. 10, § 1º); a nacionalidade é importante para fins de prestação de caução por autores não residentes no país (CPC, art. 835); a profissão é importante pela citação que: a) pode influenciar na concessão da gratuidade da justiça; b) para fins de citação de determinadas pessoas (deputado federal, militar etc.).

O não conhecimento de todas as informações respeitantes ao réu não gerará obrigatoriamente o pedido de emenda. E isso porque há situações encartadas na citação por edital, como a usucapião e a invasão de terra.

3) *O fato e os fundamentos jurídicos do pedido* – da mesma forma que compete ao magistrado fundamentar as decisões judiciais por dever constitucional (CF, art. 93, IX), deverá o autor deduzir o fato e os fundamentos jurídicos do pedido em que se baseia sua pretensão como sucedâneo do magistrado para decidir.

Como o pedido é aquilo que se busca, ele deve ter uma causa, denominada no sistema jurídico causa de pedir. Se todo direito subjetivo nasce de um fato, o peticionário deverá demonstrar a sua incidência sobre a lei abstrata para conseguir um provimento que milite a seu favor.

Uma vez apresentados os fatos, deve o autor demonstrar as consequências jurídicas decorrentes destes fatos, ou seja, o nexo de causalidade entre os fatos e o pedido. O fundamento jurídico é, portanto, previsão no direito material que enseja ao titular de determinada tutela jurídica buscar a seu favor.

O sistema processual brasileiro adota como fundamento da causa de pedir a teoria da substanciação, ou seja, não basta alegar a lesão ou ameaça ao direito, mas é preciso dizer também a origem desse mesmo direito (e.g., não basta dizer que é credor, é necessário dizer também por que é credor). Essa teoria se opõe à da individuação, na qual basta narrar o fundamento jurídico.

O fundamento jurídico não pode ser confundido com o fundamento legal. Fundamento legal é a invocação do dispositivo de lei pelo autor para demonstrar o enquadramento do fato narrado com o direito previsto no ordenamento (método subsuntivo).

4) *O pedido, com suas especificações* – pedido é o objeto da causa, o que o autor deseja, e vincula o Estado a decidir nos limites do que foi pedido (princípio da congruência ou adstrição).

Contudo, essa regra da congruência cede passo em quatro situações processuais:

- a) nos pedidos implícitos (CPC, art. 293): a regra é que os pedidos sejam interpretados restritivamente (extrair do pedido somente aquilo que nele se contém). Contudo a lei autoriza, em certos casos, a formação de pedido implícito. Pedido implícito é aquele que não se pede, mas, *ex vi legis*, pode se obter. Assim são os juros legais – que podem ser compensatórios (impostos pela lei como remuneração do emprego do capital alheio) ou moratórios (CC, art. 290 c/c Súmula 254/STF), correção monetária (com a autorização de incidência nos débitos judiciais pela Lei n. 6.899/81, art. 1º) e honorários do advogado (CPC, art. 20);
- b) nos pedidos de prestações periódicas (CPC, art. 290);
- c) nas matérias de ordem pública, sejam elas de direito processual (*e.g.*, pressupostos processuais e condições da ação – CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º), sejam de direito material (função social do contrato (CC, art. 421), boa-fé objetiva (CC, art. 422), função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII c/c art. 170, III));
- d) demanda superveniente, que ocorre sempre quando o réu apresenta algum pedido em juízo como os pedidos reconventionais, contrapostos e todos aqueles veiculados na intervenção de terceiros (chamamento ao processo e denunciação da lide).

Ademais o pedido serve para identificação da demanda para fins de verificação de litispendência, conexão, continência e coisa julgada. E além de tudo para fixação do valor da causa.

O pedido terá uma pretensão mediata (o bem da vida que se pretenda, o resultado prático extraído da demanda) e uma imediata (a tutela

jurisdicional pleiteada que se reveste, no mais das vezes, em uma sentença. Uma decisão que declare, condene ou constitua).

Tal afirmação se faz na medida em que nem todo processo termina com uma sentença, o que será estudado adiante. Sobre esse último ponto, importante asseverar que a tutela jurisdicional variará de acordo com o “tipo” de necessidade de se buscar o Judiciário; da incerteza pede-se a declaração; do inadimplemento, pede-se a condenação; e para a modificação de alguma situação jurídica, a (des)constituição.

Por fim, importante fazer relevante ressalva a um aspecto prático: a procedência que se pede é sempre do pedido, e nunca da ação. A ação é a forma de movimentar o Judiciário desde que preenchidas determinadas condições.

3. Formalização do pedido

Preconiza o art. 286 que o pedido deverá ser certo ou determinado. Não resta a menor dúvida na doutrina que os termos “certeza” e “determinação” são conjuntivos, e não alternativos, como assevera a lei, já que um requisito depende do outro. Portanto o pedido deve ser certo e determinado.

Pedido certo é aquele explícito, expresso, delimitado, o que descreve com exatidão o bem jurídico que lhe quer ver outorgado pelo Estado. Determinado é a extensão do pedido certo, o *quantum debeatur*, a individuação do seu gênero e de sua quantidade.

Essa regra perde sua importância nas coisas certas (aquele imóvel, aquele contrato), pois elas bastam por si mesmas para individuar o pedido. Enquanto a certeza é a regra, no Código de Defesa do Consumidor é a exceção. Esta regra toma maior realce no art. 95 do referido diploma legal quando se fala em defesa de interesses individuais e homogêneos: “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

Nas incertas – que serão indicadas ao menos pelo seu gênero e quantidade (CC, art. 243) –, não. A certeza se relaciona ao pedido imediato, e a determinação, ao mediato.

Todavia, existem situações nas quais o autor está impossibilitado de fixar o valor do bem jurídico que pretende seja-lhe conferido, conquanto

o queira.

Por vezes a situação de fato que se quer ver legitimada em juízo não pode ser delimitada na inicial e impede que o autor fixe um valor exato para a causa. Nem por isso a lei tolhe as partes de buscar suas pretensões em juízo, até mesmo para dar vigência ao art. 459, parágrafo único, do CPC.

Nesses casos, a lei não só autoriza como também enumera as situações das quais se postula. O pedido nesse caso será certo, porém **determinável**. São denominadas vulgarmente pela lei de *pedido genérico*. Somente se aplica ao pedido mediato, pois o imediato sempre será determinado.

Pedido genérico é aquele em que a parte, dada a natureza da obrigação, está, momentaneamente, impossibilitada de lhe fixar o valor exato. A lei prevê três situações:

a) *Ações universais* – o pedido nesse caso é cabível quando não for possível individualizar os bens efetivamente pretendidos. É o caso da petição de herança, inventário ou mesmo a doação de bens não discriminados (os que guarnecem tal residência, *e.g.*); nesse caso não há como saber a universalidade de bens que compõe o direito do titular conquanto ele tenha o direito de receber esses bens.

O pedido será certo em relação ao que se quer (*ex.*: inventário), mas determinável em relação aos bens que serão seu objeto. Importante ressaltar a diferença que a doutrina faz entre universalidade de fato (CC, art. 90) e universalidade de direito (CC, art. 91). No primeiro caso pode se exemplificar com uma biblioteca, um rebanho, que são bens pertencentes a uma mesma pessoa. Já a universalidade de direito refere-se às relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de conteúdo econômico.

b) *Ato ou fato ilícito indeterminado* – são os casos mais comuns no cotidiano forense. Ocorrem nas ações de reparação de dano, quando o autor não puder quantificar (mensurar) o tamanho do ato ilícito praticado pelo réu.

Por vezes as consequências do ato ilícito ainda não se definiram, porque os efeitos do ato nocivo se prolongaram pelo tempo e há de se verificar os valores decorrentes das consequências que se deram posteriormente ao ajuizamento da ação.

Tome como exemplo um acidente de veículos terrestres que tenha ensejado lesões corporais. A vítima ingressa em juízo. O valor da indenização será sopesado com base nos valores despendidos antes da propositura da ação e nos valores gastos depois, como uma operação, medicamentos a serem percebidos, dentre outros.

Nesses casos o autor optou em não aguardar o deslinde de todos os valores que decorreram do ato de responsabilidade civil. Dessa forma, importante que se diga que não é o direito material que torna o pedido genérico, mas o momento da propositura da demanda em juízo.

Em especial quanto ao dano moral, a doutrina e a jurisprudência são vacilantes e ainda não existe um entendimento pacificado sobre o assunto. Para uns, o pedido de dano moral deve ser fixado, pois não haverá argumentos novos que modifiquem o valor a ser arbitrado.

Alegam também a dificuldade de se delinear a sucumbência (princípio do interesse) para fins recursais, tendo em vista que a fixação do *quantum* foi outorgada ao juiz, logo a parte nada perdeu se deixou nas mãos de outrem esse valor. Para outros o valor delimita o poder do magistrado em conceder de acordo com a causa de pedir, já que o autor – acanhado – poderá atribuir à causa valor inferior àquele que o juiz imaginou para a condenação.

Defende este livro a possibilidade de o juiz atribuir o referido valor. E isso porque ninguém melhor que o magistrado para atribuir valor justo à reparação do dano, pois que a parte, evidentemente, atribuirá valor de acordo com seu interesse (que pode ser nublado pela animosidade com a parte adversa, decorrente da ofensa). Ademais, a parte pode recorrer da condenação módica fixada judicialmente, já que a sucumbência também é aferida pela causa de pedir.

Por arremate, a maioria dos casos de dano gera, ainda no futuro, outros danos que, por ainda não existirem, não podem ser quantificados; por exemplo, as diversas cirurgias estéticas decorrentes do ato, ou o período indeterminado que a parte deve receber medicamentos até a sua melhora.

c) *Comportamento a ser adotado pelo réu* – a última hipótese de pedido genérico depende não das circunstâncias de fato, mas de um ato do réu para que se fixe o valor. É o caso da prestação de contas, pois o

réu será condenado no pagamento dos valores apurados nas contas que ele mesmo apresentar (CPC, art. 918). Trata-se de uma ação bifásica, em cuja primeira parte haverá a prestação propriamente dita. Havendo apuração de haveres, passa-se à segunda fase (que é condicional, como visto). O *quantum* a ser cobrado dependerá do que foi prestado na primeira parte pelo réu.

4. Espécies de pedido

O pedido pode ser simples/unitário ou cumulado. As complexidades das situações de vida que dão ensejo ao processo refletem na composição dos pedidos.

Será unitário quando a parte (autor ou réu) formular apenas um pedido em juízo. Já os pedidos cumulados ocorrem quando se formula mais de um pedido no Judiciário.

Em verdade a cumulação no nosso sistema não fica confinada somente ao pedido. A cumulação pode ser dada de três formas, conforme os elementos da ação existentes. Pode haver um acúmulo de partes (subjeto), com vários autores, vários réus ou ambos, quando se terá o litisconsórcio (CPC, art. 46).

Igualmente, pode haver um acúmulo de causa de pedir ou cúmulo de fundamentos (causa de pedir complexa), quando a parte se utiliza de mais de uma argumentação para basear o seu pedido. Esta não tem reflexo algum no campo da cumulação, pois o juiz não está adstrito a analisar todas as questões postas para prover o pedido, já que a sentença de procedência poderá estar embasada em apenas um que seja suficiente (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º).

A cumulação de pedidos tem sua razão de ser (além da vontade do autor na cumulação – elemento volitivo) na economia processual e na harmonia entre julgados. O sistema comporta uma classificação:

- 1) *Cumulação imprópria* – é imprópria a cumulação quando o autor, conquanto tenha formulado mais de um pedido, requer seja apreciado apenas um, identificado pelo disjuntivo (ou), pois se trata de pedido alternativo.

O nome “imprópria” decorre porque não se trata de cumulação de pedidos propriamente dita. São vários pedidos formulados no mesmo

momento, mas apenas um deles será concedido.

- ◆ *Alternativo “stricto sensu”* – ocorre quando o réu tem à sua disposição duas ou mais maneiras de cumprir a obrigação, sem que haja entre elas uma ordem de preferência.

Para o autor – que oportunizou as alternativas – pouco importa quais dos pedidos formulados sejam cumpridos, pois essa é a natureza do instituto. Os pedidos têm, portanto, a mesma hierarquia. Desta forma o réu, cumprindo a obrigação por uma das alternativas a ele apresentadas, acarreta a extinção do processo com resolução do mérito, não podendo mais o autor reclamar a prestação que lhe era devida.

Todavia a formulação dessa modalidade de pedido cumulado não se dá pela mera vontade do autor, pois é necessário que o direito material – sempre ele – forneça subsídios para que tal situação se torne possível. Há o transporte de uma realidade do direito material para o processo, que autoriza ao autor buscar em juízo, já que o surgimento da obrigação admite diversas prestações (CC, art. 252) que terão incidência nas escolhas formuladas no processo.

Assim, a relação subjacente ao processo deve conter esse permissivo. Não só na hipótese do art. 288, que disciplina que será possível “quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a obrigação de mais de um modo”, mas também quando houver várias saídas diversas para a solução de um mesmo litígio.

Quando a escolha competir ao autor, não há se falar em pedido alternativo, pois a escolha já foi dada antes da existência do processo. Cabe ao autor formalizar seu pedido simples em juízo. Todavia, se abrir mão dessa prerrogativa (em prol do réu, evidentemente), deverá fornecer as hipóteses de prestações que podem ser adimplidas.

Cabe ao réu cumprir a que melhor lhe aprouver.

Mas a escolha, por regra, cabe ao devedor-réu. O Código Civil disciplina essa regra no art. 252, que está em consonância com a lei processual. Ademais, mesmo que o autor não formule pedidos alternativos, o réu poderá cumprir a obrigação por aquilo que se comprometeu no direito material com o autor. Imagine que havia uma alternatividade de prestações que poderiam ser cumpridas pelo réu. Não houve o cumprimento, e o autor demanda em juízo cobrando apenas uma

das formas (pedido simples). Poderá o réu cumprir a obrigação que não foi posta em juízo, pois assim o direito material o assegura e assim também a lei processual (CPC, art. 288, parágrafo único).

Escolhendo o réu uma das obrigações, falta interesse processual ao autor em recorrer da escolha, pois os pedidos têm a mesma hierarquia.

Especificamente sobre o pedido alternativo e a obrigação alternativa.

Há autores que entendem haver diferença entre a obrigação alternativa do art. 288 e a cumulação imprópria alternativa, que teria previsão por uma interpretação extensiva ao art. 289 do CPC.

Para esta doutrina, os pedidos alternativos seriam aqueles apresentados como pretensões autônomas sem ordem de preferência. Já o art. 288 (aqui em comento) seria uma única pretensão baseada em prestações alternativas.

♦ *Sucessivo (cúmulo eventual)* – ao contrário dos pedidos alternativos, os pedidos sucessivos trabalham com uma escala de interesse entre eles. Enquanto no alternativo os pedidos estão colocados no mesmo patamar, os pedidos sucessivos têm entre si um caráter de prejudicialidade, uma ordem de preferência de um pedido em detrimento dos demais.

Existe um pedido denominado *principal* e outro, a ser apreciado na eventual rejeição do primeiro, denominado *subsidiário*.

Importante que se diga que a principal diferença entre esta modalidade e a alternativa está no ato de vontade do agente, já que o segundo pedido – sob a ótica de quem pede – é menos vantajoso.

Lá os pedidos estão no mesmo *status* hierárquico, podendo ser acolhido um ou outro. Aqui, eles gozam, além de autonomia, de subsidiariedade. Assim, se alguém postula em juízo um pedido cominatório para que determinado artista pinte uma tela, podem se pedir, em caráter acessório e eventual, as perdas e danos (recomposição financeira pelo inadimplemento da obrigação específica).

Veja-se que o pedido principal é a tela e, “caso assim não entenda o magistrado”, que conceda – ao menos – as perdas e danos. É pedido acessório, pois guarda referibilidade com o pedido principal, e é eventual, pois este segundo pedido (ou terceiro, quarto, dependendo de quantos

forem formulados) será apreciado na eventualidade de o primeiro ser desacolhido ou mesmo quando não for analisado (por falta de alguma condição da ação, por exemplo).

Como existe expressa predileção a um dos pedidos, o autor terá interesse recursal em requerer no Tribunal o pedido principal, caso apenas o pedido subsidiário tenha sido acolhido, sem prejuízo que os ônus da sucumbência recaiam sobre o réu (já que o pedido – pouco importando seja subsidiário – foi julgado procedente). Nesse caso, o provimento do recurso no acórdão anulará automaticamente a concessão do pedido subsidiário que ora foi concedido.

Veja que o interesse para recorrer se dá mesmo com a integral concessão do pedido subsidiário (que vai gerar sentença de total procedência). Apenas haverá sucumbência total do autor se ambos os pedidos forem integralmente afastados.

Questão importante é o interesse recíproco em recorrer: o réu, por ter tido uma demanda de procedência em seu desfavor; o autor, porque não obteve o *máximo* da tutela jurisdicional que pretendia.

Aqui, ao contrário da cumulação própria, os pedidos não precisam ser compatíveis entre si, e isso porque esses pedidos nunca serão acolhidos simultaneamente. As únicas características que devem ser observadas são a competência e mesmo procedimento. Contudo, uma relação de prejudicialidade deve ser mantida a despeito da incompatibilidade.

O pedido principal sendo acolhido impede a apreciação do pedido subsidiário, que, por não ter sido apreciado, não ficará imunizado pela coisa julgada material.

O valor da causa segue a regra do art. 259, IV, do CPC acerca do valor do pedido principal.

2) *Cumulação própria* – há cumulação própria quando se formula mais de um pedido contra o réu em ordem aditiva (e) requerendo que *todos* sejam apreciados pelo juiz. Esta cumulação gerará como consequência lógica uma decisão dividida em capítulos.

A cumulação própria pode ser:

I) *Simples* – cumulação simples ocorre quando não há entre os pedidos nenhuma relação de subordinação, podendo ser analisados de maneira

independente.

Nem sempre a ocorrência de fatos que dão ensejo a uma ação tem apenas uma consequência jurídica. Assim, de uma relação *ex locato* poderão surgir duas demandas do locador contra o locatário inadimplente: o despejo e a cobrança de alugueres. Num acidente de veículo no qual a vítima seja transportador de carga, o autor poderá cobrar o dano emergente (valor efetivo do abalroamento), as avarias da carga e os lucros cessantes (período em que ficará sem o transporte essencial ao seu ganho).

O dano material e o dano moral igualmente são cumuláveis à luz do Enunciado 37 da Súmula do STJ. Quando o autor quiser obter mais de um resultado por meio do processo poderá cumular pedidos dentro do mesmo processo.

A cumulação simples de pedido é a possibilidade de se veicularem dentro do mesmo procedimento pedidos que poderiam ser apresentados em ações distintas, desde que se preencham determinados requisitos processuais.

Conforme visto, a cumulação de pedidos tem relação umbilical com as outras formas de cumulação (arts. 288 a 292) e deve ser tratada de forma sistemática, e não isolada.

É considerada forma de cumulação posterior de pedidos quando o réu se insurge contra o autor dentro do mesmo processo. Assim é na reconvenção (CPC, art. 315), na ação declaratória incidental (CPC, arts. 5º e 325) e na denunciação da lide (CPC, art. 70).

Conquanto a regra do art. 292 não necessariamente se aplique a esses casos, a identidade procedimental e de competência é necessária (CPC, art. 292, § 1º, II).

São requisitos para cumulação:

- a) *Compatibilidade entre os pedidos* – a lei deixa bem claro que os pedidos formulados cumulativamente não precisam ser conexos. A razão de ser é oportunizar um maior número de cumulações possíveis, já que o requisito necessário para que dois ou mais pedidos possam coexistir dentro do mesmo processo é a mera compatibilidade entre eles.

Portanto, para que se possam formular pedidos, esse primeiro requisito exige que os pedidos não se excluam. Assim, não se pode pedir a restituição da coisa e o pagamento do preço, pois são pedidos que logicamente não podem coexistir no mundo fático.

Outro exemplo ocorre nos casos de vício do produto se ingressar com ação pedindo a rescisão do contrato c/c o abatimento do preço.

Se os pedidos forem incompatíveis entre si haverá a extinção do processo por inépcia (CPC, art. 295, parágrafo único, IV); entretanto, poderá o magistrado, em razão da instrumentalidade das formas, autorizar que o autor modifique a estrutura formal do pedido e o torne cumulação imprópria alternativa ou eventual, pois nesses casos a cumulação não é necessária.

b) *Mesma competência* – é necessário que o mesmo juiz seja competente para todos os pedidos. Em caso de incompetência absoluta essa regra não goza de concessões e deve o juiz determinar o desmembramento dos pedidos e manter para si apenas o pedido que for de sua competência.

Entretanto, nos casos de competência relativa essa questão fica prejudicada pela ocorrência de modificação de competência (conexão, derrogação ou prorrogação). Contudo, apenas poderá haver desmembramento de pedidos (nesse caso) se a parte contrária opuser exceção de incompetência. E que será indeferida de plano se os pedidos a serem cumulados forem conexos, pois a conexão (CPC, arts. 103 e 105) é matéria de ordem pública e se sobrepõe à disponibilidade das partes.

Nesses casos o magistrado não deve indeferir o feito (como assevera a regra do art. 295, parágrafo único, IV), mas desmembrar o pedido estranho e prosseguir o julgamento com os demais. Aliás, este é o entendimento do Enunciado 170 da Súmula do STJ.

c) *Compatibilidade de procedimentos* – os procedimentos que serão submetidos ao mesmo pórtico procedimental devem ser compatíveis. Ou seja, só se cumula rito ordinário com rito ordinário, rito sumário com rito sumário, procedimento especial com procedimento especial (dentro da mesma espécie). O requisito em tela tem a função precípua de otimizar a condução do processo em atenção ao princípio da economia processual.

O princípio se revela de tal importância no estudo da cumulação que se permite ainda a cumulação de procedimentos distintos se, para todos eles, puder se adotar o rito ordinário (CPC, art. 292, § 2º). Essa renúncia estabelecida pelo autor segue parâmetros dogmáticos que nem a lei, tampouco a doutrina, incumbiu-se de enumerar.

O legislador apenas tratou de asseverar que o erro do procedimento não gera a extinção se “puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal” (CPC, art. 295, IV).

Logo deve se verificar caso a caso a possibilidade de cumulação entre pedidos veiculados em procedimentos diferentes. E isso porque o nosso sistema adota o princípio da indisponibilidade do procedimento.

Não resta dúvida que existe a possibilidade de se cumular sumário com ordinário e ordinário com procedimentos especiais que possam se converter para ordinário (assim como as possessórias).

II) *Sucessiva* – nesse caso o autor também formula diversos pedidos para o juiz e quer que todos sejam apreciados indistintamente.

Todavia, os pedidos ora formulados não guardam autonomia como na forma de cumulação simples. E isso porque a apreciação de um dos pedidos cumulados guarda referibilidade com os outros numa relação de interdependência e prejudicialidade ou preliminaridade. Assim, numa investigação de paternidade cumulada com alimentos (dois pedidos formulados, portanto), o juiz só poderá conceder os alimentos definitivos se se constatar a paternidade.

Desta forma pode ocorrer um pedido preliminar rejeitado (quando acarretará o não julgamento do segundo) ou pedido prejudicial rejeitado (quando acarretará julgamento do segundo, mas com rejeição).

Conquanto sejam dois pedidos que se desejam *apreciados e concedidos*, a procedibilidade de um depende do resultado do outro. Assim são também as ações de anulação de cláusulas contratuais cumuladas com perdas e danos. A indenização só será devida se o magistrado constatar a existência de nulidade no contrato objeto da demanda.

5. Demais formas de pedido

1) *Cominatório* – o preceito cominatório contido no art. 287 do CPC tinha por finalidade explicitar que, em todas as demandas que dependessem de um cumprimento específico de fazer ou não fazer alguma coisa, o réu poderia ser compelido a cumprir a obrigação específica, sob pena de pagamento de multa.

Todavia, com as profundas reformas havidas no CPC, máxime a da Lei n. 10.444/2002, que deu nova amplitude aos arts. 461 e 461-A (que foi criado, ao ensejo), absorveu-se – por esses dois artigos – toda a aplicabilidade prática desse tipo de tutela, ficando em total desuso a regra ali estabelecida. Tanto é assim que a própria reforma da lei alterou o disposto no art. 287, fazendo constar a expressa menção dos artigos acima citados.

2) *Prestações periódicas* – as relações processuais têm por regra uma conduta única do réu para com o autor: o pagamento de determinada quantia em dinheiro, a entrega de certo bem, o ressarcimento de determinado prejuízo, entre outros.

Estas obrigações têm cumprimento instantâneo, pois são feitas de uma só vez, mesmo que a sentença, a título transacional, permita o parcelamento da obrigação a fim de facilitar o seu cumprimento (“pague-se em três parcelas iguais e consecutivas de...”).

Todavia, pela especificidade do direito material posto em juízo, as relações podem se prolongar ao longo do tempo. São as relações de trato sucessivo. Chamam-se prestações periódicas porque o cumprimento não se dá em um momento único, mas no desencadeamento de diversas parcelas que serão devidas enquanto se vencerem as parcelas no curso da lide. É o que determina o art. 290 do CPC.

A *mens legis* foi no sentido de evitar a propositura de uma ação para cada parcela que se vencesse (todas decorrentes da mesma relação jurídica de direito material), salvaguardando a economia processual e impedindo a prolação de sentenças conflitantes que seriam desastrosas no plano fático.

Assim, casos como a consignação em pagamento (CPC, art. 890) e o pedido de alimentos – sejam provisórios ou provisionais –, tendo sido deferida a primeira parcela, as outras implicitamente (daí por que a doutrina utiliza essa terminologia para qualificar o referido pedido)

estarão agregadas ao pedido, mesmo que não conste expressamente na petição inicial.

Pode-se considerar este art. 290 do CPC, por autorizada doutrina, espécie do gênero direito superveniente – regra abstrata aduzida no art. 462 do mesmo diploma legal.

3) *Indivisível* – com resquícios da teoria imanentista em “processualizar” todas as relações de direito material existentes, e com caráter notadamente tautológico, o pedido indivisível – que não pode ser classificado como forma de pedido, diga-se – está mal alocado no rol dos pedidos engendrados do art. 286 até o art. 292 do CPC.

O art. 258 do Código Civil define a obrigação indivisível como “a prestação que tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetível de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica ou dada a razão de determinado negócio jurídico”.

Esta forma de pedido só tem razão de ser quando houver litisconsórcio ativo pleiteando coisa indivisa. O CPC nada mais fez do que catalogar uma regra de direito civil. Até mesmo porque, pela regra de solidariedade, um dos credores poderá exigir a coisa devida por inteiro do devedor.

A regra estabelece uma verdadeira legitimação extraordinária do credor-autor em detrimento dos demais que não postularam em juízo, já que esses ausentes receberão suas quotas-partes sem ter *agido* em juízo.

Essa legitimação deflui justamente de agir em nome próprio em direito alheio; o que parte da doutrina entende tratar-se de substituição processual contida no art. 42 do CPC. Por ser regra de solidariedade, fica afastada a obrigatoriedade da formação de litisconsórcio (CPC, art. 47) ao caso em questão; seja pela regra da solidariedade, seja pela esfera de disponibilidade de direitos, já que ninguém é obrigado a postular em juízo e ninguém pode ser tolhido de buscar o Judiciário por não formação de litisconsórcio, mesmo sendo ele unitário.

Por fim, importante que se diga, o credor que buscar sozinho o Judiciário, por uma regra expressa do direito material, deverá prestar caução aos demais credores para que possa o devedor se exonerar em definitivo da obrigação (CC, art. 260, II).

6. Estabilização da demanda

Preconiza o art. 264 que: “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”.

Constitui a regra da estabilização da demanda.

A técnica de preclusão prevista no art. 264 (e também no art. 294) tem por objetivo dois fatores: a) otimizar a prestação da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVII), evitando que os novos argumentos trazidos fora do momento oportuno criem infundáveis discussões no processo, b) fomentar a segurança jurídica para que as partes não sejam surpreendidas com novos pontos no curso da lide.

Conforme bem observam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 253), “Alteração é gênero de que espécies a modificação (art. 264, CPC) e a adição (art. 294, CPC). Com a modificação altera-se o preexistente; com a adição soma-se algo novo ao que preexiste”.

Antes da citação, o autor pode livremente alterar a demanda (*mutatio libelli*) ou aditá-la (*emendatio libelli*). O marco é a citação; em verdade, a juntada aos autos do mandado de citação. Já se decidiu que, mesmo citado o réu, é possível a alteração estrutural da demanda sem o seu consentimento enquanto o mandado/AR ainda não foi juntado (STJ, 4ª T., REsp 400.042/PE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21-5-2002, DJ 2-9-2006).

Não há alteração quando se modifica a qualificação jurídica ou se altera a norma que se deu como base à pretensão postulada. A ampliação da demanda pode se dar por meio de processos posteriores como a reconvenção, denúncia da lide, ação declaratória incidental ou oposição.

Após a citação, a alteração é condicionada à concordância da parte contrária (que também depende de autorização do autor). Após o saneamento, é vedada qualquer alteração. É a denominada estabilização.

A alteração é da demanda, e não do pedido somente. Portanto, a causa de pedir também sofre incidência dessa regra. Aqui há duas restrições: a) somente os fatos constitutivos são imutáveis, pois a qualificação jurídica pode ser alterada, uma vez que nosso ordenamento recepcionou a teoria da substanciação; b) os fatos devem ser jurígenos, pois os fatos simples não se submetem a essa norma, já que não são relevantes para o deslinde do processo, mas para o entendimento dos fatos jurídicos.

O silêncio da parte, se devidamente intimada, presume aceitação tácita à alteração do pedido.

É possível alterar a demanda após o saneador? Sim, em raras hipóteses previstas no sistema:

- a) direito superveniente: há alguns artigos no CPC que permitem a alteração objetiva da demanda em decorrência de fatos novos; assim são os arts. 303, II, 321, 462, 517 (são dispositivos que autorizam a modificação/aditamento da demanda, pois estão todos relacionados a fatos que surgiram no curso do processo);
- b) o art. 475-N, III (que autoriza, em acordo judicial, a inserção de matérias mesmo que não postas em juízo);
- c) nos casos de intervenção de terceiro ou litisconsórcio ulterior em que se insere uma parte no processo já existente;
- d) nos casos de substituição e sucessão processual (CPC, arts. 41 a 43).

Pode ocorrer ainda a redução da demanda (importante o realce, já que foi falado apenas em ampliação e alteração). Barbosa Moreira (2008, p. 14) especifica essas hipóteses: a) desistência parcial; b) renúncia parcial ao direito; c) transação parcial no curso do processo; d) convenção de arbitragem sobre parte do litígio na pendência do processo; e) interposição de recurso parcial pelo autor da sentença de mérito desfavorável.

♦ *Valor da causa* – o art. 258 do CPC diz que toda causa tem valor ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.

O art. 282 especifica dentre outros requisitos o valor da causa como elemento indispensável aos objetivos do processo. É o reflexo daquilo que o autor pede na inicial e deve corresponder ao conteúdo econômico do pedido. Suas finalidades são inúmeras:

- 1) na questão tributária, já que servirá de base para a fixação do valor, seja das custas iniciais, seja para preparo de eventual recurso;
- 2) no procedimento, pois estabelecerá a diferença entre o ordinário e o sumário, também para os casos de juizado especial. Há de se atentar que o juizado especial cível é facultativo; já no juizado federal, consoante dispõe o art. 3º, § 3º, da Lei n. 10.259/2001, a competência é absoluta “no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial”;
- 3) na competência, pois estabelecerá regras para os foros regionais (juízo) e os juzizados especiais;
- 4) fixação de honorários da parte vencedora (CPC, art. 20, § 4º) nos casos de sentença em que não há condenação e da qual o juiz toma como base o valor da causa para fixar este valor; e
- 5) outras questões relevantes de processo, como a adoção de arrolamento sumário ao invés de inventário (CPC, art. 1.036) ou a interposição de embargos infringentes em execução fiscal (art. 34, Lei n. 6.830/80).

O valor da causa não limita o julgamento (CPC, arts. 128 e 460), pois o magistrado está adstrito ao pedido, e não ao valor dado a ele.

7. Critérios fixadores do valor da causa

O Código de Processo Civil, nos seus arts. 259 e 260, sistematiza o valor da causa. E se pode ver que seus critérios se fundam no valor econômico. São normas de natureza eminentemente objetivas.

O inciso I disciplina que nas ações de cobrança de dívida o valor da causa seja o do principal acrescido de pena e juros atualizados até a propositura da ação. Esta é a forma clássica da lei em estabelecer o valor.

Já os arts. 259, II a IV, e 260 têm conteúdo meramente complementar ao do inciso I, pois flexionam o valor da causa nas ações de cobrança tendo em vista a diversidade dos pedidos formulados. Assim, na cumulação de pedido, será a soma de todos eles; nos alternativos, o de maior valor; nos sucessivos, o do principal, assim como nas prestações periódicas com sua regra peculiar no art. 260.

O inciso V do art. 259 aduz que o valor para as causas referentes a litígios contratuais (não abarcados por cobrança – *vide* inc. I), seja qual for (e não só aqueles que a lei enumera), será o valor do contrato. É

evidente e até desnecessário escrever que, se a ação versar sobre parte do contrato, é essa parte que o valor da causa terá como base de cálculo.

O inciso VI indica que para as ações de alimentos será o valor de 12 prestações mensais indicadas pelo autor. E por fim o inciso VII explicita que o valor da causa nas ações de divisão e demarcação de terras, bem como nas reivindicatórias, será o valor venal do imóvel. Esta regra se aplica por analogia às possessórias e usucapião.

Há outras causas previstas em lei, porém não enumeradas no CPC, como as ações de locação (Lei n. 8.245/91, arts. 58, III, e 47, II – 12 alugueres), e as de execução fiscal (dívida da certidão com os encargos, art. 6º, § 4º, Lei n. 6.830/80).

Todavia os casos acima disciplinados são insuficientes para abranger todos os tipos de demanda, e há causas que não podem ser mensuradas pelo conteúdo econômico, justamente porque a elas falta essa determinação. São as causas de valor inestimável, em que, por faltarem parâmetros quantitativos, devem se seguir critérios estimativos. Esta exigência decorre do próprio art. 258, que determina que qualquer tipo de causa tenha valor.

Logo deverá o peticionário, na medida do possível, indicar como valor da causa o conteúdo econômico que pretende, mesmo que esse não corresponda exatamente à realidade material.

Importante ressaltar, e conforme se verá com mais detalhes adiante, que o controle judicial do valor da causa se dá pelo réu, em querendo, no prazo de 15 dias, nos termos do art. 261 do CPC.

♦ Provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados – vem entendendo a mais autorizada doutrina e jurisprudência que, à falta deste requerimento, nenhuma sanção acarretará ao autor contumaz.

Até mesmo porque é da *práxis forense* o magistrado pedir às partes a especificação das provas em outro momento. Isso decorre do simples fato de o autor não saber quais os fatos que ficarão controvertidos com a eventual apresentação de defesa.

A lei, no art. 283, aduz que o autor deverá instruir desde logo com a petição inicial os documentos indispensáveis à propositura da demanda.

Presume-se, portanto, que os não indispensáveis poderão ser juntados ao longo do processo (CPC, arts. 397 e 398).

Ademais, está autorizado ao magistrado o requerimento de provas de ofício (CPC, art. 130).

Quanto aos documentos essenciais à propositura da demanda, há de se tecer alguns comentários.

O CPC estabeleceu uma regra preclusiva para a apresentação de documentos na petição inicial (arts. 283 e 396). Contudo a lei autoriza (excepcionalmente) a possibilidade de apresentação ulterior de documentos desde que:

- a) seja para provar direito superveniente, como prova ou contraposição àqueles produzidos (fatos ocorridos depois dos articulados, CPC, art. 397),
- b) justo impedimento. Se a parte puder provar que não tinha, à sua disposição (por justo motivo), o documento quando do momento oportuno para sua apresentação; podendo requerer, até mesmo, a sua exibição (CPC, art. 355 e ss.).

De acordo com famosa regra de classificação de Moacyr Amaral Santos, os documentos indispensáveis podem ser substanciais (a lei exige para a propositura da demanda: v.g., título executivo para execução) ou fundamentais (quando não previstos em lei, mas indicados pela parte na peça postulatória).

◆ O requerimento de citação do réu – outro requisito não necessário, já que o pedido de citação está implícito na propositura da demanda. Ela integraliza o réu no processo e triangulariza (ou angulariza) a relação processual.

A lei confere estes sete incisos como requisitos para a petição inicial; todavia, o Código de Processo Civil, em diversas oportunidades, indica requisitos outros de grande importância para a validade da petição inicial, como: a) o endereço do advogado do autor (CPC, art. 39, I c/c art. 295, VI); b) a procuração da parte para o advogado (com as ressalvas dos arts. 36 e 37, CPC); c) a assinatura da petição inicial; d) contrato social (quando a parte for pessoa jurídica); e) os documentos indispensáveis à propositura da demanda (CPC, art. 283); f) uso do vernáculo (CPC, art. 156); e, por fim, g) as custas iniciais (CPC, art. 19).

8. Controle de admissibilidade da petição inicial

O magistrado ao receber a petição inicial poderá tomar quatro atitudes de acordo como ela é apresentada: citar, emendar, indeferir sem mérito ou aplicar a regra do julgamento dos processos repetitivos (CPC, art. 285-A).

Se, ao averiguar a admissibilidade, verificar que a petição preenche todos os requisitos de forma, estando ela, portanto, em termos, determinará a citação do réu na forma do art. 285 do Código de Processo Civil. Há entendimento pacificado na jurisprudência no sentido de que a não menção no mandado citatório dos efeitos da não apresentação de defesa gera nulidade do ato.

E isso porque, salvo raras exceções, é a parte que receberá a citação e, por não ter conhecimento jurídico, desconhece a gravidade dos efeitos da revelia em sua esfera.

Se o juiz verificar pequenas imperfeições, lacunas ou omissões que não comprometam o deferimento da inicial, mas que seja necessária a correção, determinará a emenda da inicial no prazo de 10 dias, nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil. Constitui regra que prestigia o princípio do aproveitamento dos atos processuais (CPC, arts. 244 e 250) decorrente da instrumentalidade das formas.

Há vícios insanáveis que não comportam emenda.

Evidente que esse prazo de 10 dias poderá ser prorrogado a critério do juiz, especialmente quando verificar que a emenda pode demorar mais que o prazo legal. Neste sentido, STJ, 4ª T., REsp 102.398/PR, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 2-12-1996.

Se o juiz, contudo, verificar que a petição inicial padece de vício tamanho que impeça o seu prosseguimento e sendo impossível a sua correção dentro do mesmo processo, indeferirá a petição inicial e extinguirá o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I, c/c art. 295 do CPC. Por se tratar de decisão formal que extingue a má-formação do processo, nada impede que a parte possa repropor a ação, salvo nos casos do art. 295, IV, que versa sobre a prescrição e decadência cuja extinção se dará com resolução de mérito.

Sem prejuízo da possibilidade de ajuizar novamente a ação, poderá a parte, no prazo de 15 dias, apelar da sentença que indeferiu a petição. Este recurso goza de uma regra peculiar em relação à apelação tradicional – a possibilidade de retratação do magistrado no prazo de 48 horas (CPC, art. 296).

Entretanto há uma questão interessante: a retratação não pode ser efetivada em qualquer circunstância que a petição inicial for indeferida, pois, além do *motivo* (que é determinante para autorizar a retratação), é necessário levar em consideração o *momento*.

E isso porque o indeferimento da petição inicial constitui matéria processual e, portanto, de ordem pública (CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º). Desta forma não há preclusão da parte ou judicial para apreciação da higidez da peça inicial. Contudo, para impedir a retratação após a citação do réu (o que é vedado), a extinção do processo por indeferimento da petição inicial após a citação do réu não será pelo art. 267, I, e sim pelo art. 267, IV, do CPC (falta de pressuposto processual).

Desta forma o Poder Judiciário sempre poderá apreciar a ausência de requisitos da petição inicial. O que muda é a forma (tipo) da extinção, de acordo com o momento em que ela é constatada.

É possível o indeferimento parcial da petição inicial (v.g. um dos pedidos está prescrito), quando então a decisão será interlocutória que desafia o recurso de agravo (CPC, art. 522).

O art. 295 enumera seis situações de indeferimento da petição inicial.

9. Especificamente sobre o art. 285-A, CPC

9.1 Introdução – julgamento liminar do mérito

O contraditório decorrente do devido processo legal rechaça a possibilidade de julgamento de mérito antes de integralizada a relação processual entre juiz, autor e réu. Não se pode dirimir o conflito sem que as partes sejam regularmente ouvidas no processo.

Contudo existem situações excepcionais em que o sistema processual autoriza o julgamento liminar do mérito. São elas: a) a verificação de prescrição ou decadência (CPC, art. 219, § 5º, c/c arts. 269, IV, e 295, IV); b) a rejeição liminar dos embargos à execução quando

manifestamente protelatórios (CPC, art. 739, III); e c) o julgamento de processos repetitivos (CPC, art. 285-A).

Esta sistematização foi desenvolvida por Fredie Didier (p. 439-440), que assim apresenta:

- 1) constitui decisão que forma coisa julgada material (julgamento conforme o estado do processo);
- 2) é decisão sem ouvir o réu, mas a seu favor;
- 3) a apelação interposta contra a sentença terá efeito regressivo (CPC, arts. 285-A, § 1º, e 296). Desta forma está preservado o contraditório em relação ao autor, que pode se manifestar sobre o indeferimento;
- 4) caso não haja retratação, o réu será intimado para apresentar contrarrazões. O conteúdo se assemelha ao de uma contestação, já que será a primeira manifestação do réu no processo;
- 5) com o trânsito em julgado o réu será comunicado da improcedência da demanda (aplicação extensiva do art. 219, § 6º, do CPC). Esta comunicação é importante para que o réu, futuramente, possa alegar objeção de coisa julgada, caso o autor tente repropor a demanda.

O foco desse estudo está na regra do art. 285-A. Sem prejuízo, há de se tecer (ainda que breves) considerações sobre a questão da prescrição e decadência.

9.2 Julgamento dos processos repetitivos (Lei Federal n. 11.277/2005)

Remonta a longa data a tentativa de harmonização entre a liberdade judicial no momento da decisão e sua vinculação aos julgamentos pretéritos. Aparentemente proposições antagônicas, servem como parâmetro para o magistrado na hora de decidir.

Poder-se-ia pensar se o magistrado estaria sendo tolhido na sua liberdade de dizer o direito de acordo com sua livre convicção. Duas são as respostas a estas indagações: a) a liberdade do juiz na investigação fática mantém-se incólume, então a vinculação do juiz dar-se-ia na interpretação do direito; b) ademais, não seria crível, com base numa suposta “liberdade”, imaginar que o juiz possa julgar contrariamente aos tribunais superiores que darão a última palavra sobre o assunto.

O art. 285-A é mais um artigo colocado no sistema objetivando a uniformização das decisões judiciais. E assim dispõe: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

Desta forma a lei autoriza que o magistrado, ao receber a petição inicial, verificando que a matéria seja exclusivamente de direito e haja, no seu juízo, sentenças de igual improcedência, indefira a petição e extinga o processo sem resolução de mérito.

De nada adianta o prosseguimento do feito se o juiz já sabe de antemão (com base naquilo que foi apresentado) o resultado da lide.

Está em discussão no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade deste dispositivo (ADI 3.695), apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil. O Instituto Brasileiro de Direito Processual interveio na qualidade de *amicus curiae*, propugnando pela constitucionalidade da norma. Os autos estão na mão do Ministro Cezar Peluzo para análise.

9.2.1 É importante verificar os requisitos

a) A sentença deve ser de improcedência. Para a aplicação do art. 285-A do CPC é necessário que a sentença seja de improcedência, ou seja, a tese do autor seja contrária aos precedentes contidos nas sentenças proferidas por aquele juízo. Será uma decisão a favor do réu, mas sem ouvi-lo. Daí por que não há ofensa alguma ao princípio do contraditório, na medida em que a decisão não causou prejuízo àquele que não foi ouvido.

E, para o autor, não houve prejuízo no tocante às garantias do processo: i) já pôde apresentar sua tese que é contrária ao entendimento daquele juízo; ii) mesmo assim, poderá ser ouvido por aquele próprio juiz por força do efeito regressivo da apelação, já que a interposição deste eventual recurso permite a retratação do magistrado em cinco dias.

Entretanto, analisando a regra despida das garantias constitucionais, é, no mínimo, contraditório imaginar que o magistrado possa indeferir uma causa com base em precedentes idênticos, mas não deferir de plano uma

demanda, com base em precedentes que o magistrado tenha naquele sentido.

b) A matéria deve ser unicamente de direito. E isso porque as questões de fato, dadas as suas peculiaridades, sempre poderão ter resultados diferentes. As soluções atribuídas em um, certamente, não se “encaixarão” no outro.

Já restou definida a inexistência de matéria “unicamente de fato” ou “unicamente de direito”. O sistema trabalha no campo da preponderância. Existem casos que preponderam mais os fatos e outros que preponderam mais o direito. É a estas que o artigo se refere.

A matéria de direito pode ser tanto a mera incidência da norma no caso concreto (método subsuntivo) como também nos casos de matéria preponderantemente fática que se prove somente com prova documental.

c) Casos repetitivos. O terceiro requisito é o que demonstra a vontade do legislador em proceder a vinculação do magistrado aos precedentes judiciais. Os processos não são idênticos, pois se assim fosse haveria litispendência ou coisa julgada. As causas devem ser semelhantes. Repetidas não são as causas, mas as teses.

São bons exemplos as causas previdenciárias, tributárias, as que discutam interesses plúrimos. A tese é a mesma; modificam-se apenas as pessoas que no processo figuram.

Algumas questões devem ser enfrentadas:

- 1) A lei não estabelece um número mínimo de sentenças que possam ensejar a aplicação da regra. Dependerá muito da convicção do magistrado em constatar que a tese já está “sedimentada” naquele juízo.
- 2) Por falar em juízo, é de se perguntar se os precedentes que fundamentarão a decisão do magistrado devem ter sido proferidos por sua lavra ou basta que sejam daquele juízo. Explicando melhor: o novo juiz daquele ofício deve aplicar a regra do art. 285-A em determinado caso, utilizando os precedentes daquele juízo, quando ele, magistrado, possui entendimento diverso?

Em princípio o entendimento é do juízo (órgão), e não da pessoa do juiz.

Evidente que pode acontecer uma série de situações nas quais o entendimento do art. 285-A (melhor dizendo, sua aplicabilidade) deva ser relativizado.

Primeiro pode haver – assim como ocorre no fórum central na comarca de São Paulo – mais de um juiz na mesma vara com [possíveis] posicionamentos diferentes acerca da tese jurídica versada.

É comum ainda a troca de juízes do juízo por uma série de fatores (promoção, suspensão, aposentadoria, transferência). Nesse caso, o novo magistrado não estaria vinculado às anteriores teses.

E mais, o mesmo juiz pode modificar a sua opinião sobre aquele tema por uma série de motivos: a) melhor reflexão sobre o assunto ou b) houve modificação no entendimento doutrinário e jurisprudencial pelos tribunais superiores. Nestes casos as decisões anteriores não serão trazidas à colação, pois, a despeito de se tratar de tese idêntica, hoje esse magistrado não sabe de antemão qual será o resultado da demanda, logo deverá mandar citar o réu para apresentar defesa.

É por isso que a rejeição da inicial com base no art. 285-A não é obrigatória, mas facultativa, mesmo que tenha se enquadrado em todas as hipóteses da lei (matéria de direito e processos idênticos).

Repita-se: a lei foi criada com base numa única justificativa (a conclusão evidentemente é a efetividade): evitar o prosseguimento de processos cuja resposta já se sabe. Como nesses casos paira ainda a incerteza, por certo que não se pode permitir o julgamento liminar.

9.2.2 *Recorribilidade*

Desta decisão liminar caberá apelação (até mesmo porque a lei não admite *parcial* improcedência), com uma peculiaridade: o magistrado poderá se retratar em cinco dias ao recebê-la. Constitui regra semelhante à do art. 296, com exceção do prazo para a reconsideração.

Opera-se, portanto, o efeito regressivo caso haja a retratação. Nesse caso o réu será citado para, regularmente, responder aos termos da demanda. Na hipótese, não poderá o réu recorrer sob a suposta alegação de que o magistrado deveria ter aplicado o art. 285-A, uma vez que se trata de faculdade, e não de um dever judicial.

Se não houver a reconsideração, o réu será citado para apresentar contrarrazões. Constitui tecnicamente citação, pois é o primeiro contato do réu com o processo. E revestem-se de suma importância as contrarrazões na medida em que constitui a chance de o réu apresentar as argumentações para o Tribunal.

Capítulo 4

◆ Modalidades de Defesa

1. Introdução – teoria geral das defesas

Da mesma forma que está assegurado como preceito constitucional o direito de ação afeto ao autor, um igual preceito confere ao réu o poder de resistência a esta mesma pretensão. O art. 5º, LV, da CF prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”.

Dentre os princípios básicos informadores do processo, certamente, o da bilateralidade da audiência (contraditório) constitui um dos mais importantes.

É comum na doutrina associar o direito de ação com o direito de defesa, como faces da mesma moeda.

Importante que se diga que o réu, ao contestar, não formula nenhuma pretensão em face do autor, mas, sim, a exclusão do direito ora posto em juízo afirmando que não está sujeito àquela obrigação, ou seja, deseja uma sentença declaratória negativa.

Sob a rubrica “da resposta do réu”, a lei processual aglutinou os atos postulatórios pertencentes ao réu num mesmo capítulo: **contestação**, **reconvenção** e as **exceções**. Todavia, não se descurou em enumerar em artigos diversos, é verdade, as demais modalidades de defesa. Por uma questão de adequação prática, o legislador conferiu tratamento temporal uniforme a todas essas outras modalidades, não se cingindo apenas às acima enumeradas como também à denúncia da lide (art. 70), ao chamamento ao processo (art. 77), à nomeação à autoria (art. 62), à

impugnação ao valor da causa (art. 261), à impugnação à gratuidade da justiça (Lei n. 1.060/50), à ação declaratória incidental (arts. 5º e 325).

2. Contestação

2.1 Introdução

A contestação é a principal peça de defesa do réu, em que se concentram todos os elementos de resistência à demanda inicial.

Por conceitos puramente doutrinários, a definição e o alcance da contestação se abstraem por exclusão. Pela conotação ampla que lhe conferem os arts. 300 e 301, pode-se afirmar que a contestação concentra toda modalidade de defesa que não esteja reservada aos incidentes e às exceções (salvo no caso em que a lei dispuser de outra forma, i.é., pedido contraposto).

A contestação, de regra, não tem o condão de ampliar o objeto litigioso do processo, mas apenas opor resistência à pretensão do autor.

O prazo da contestação é de 15 dias contados da juntada aos autos do aviso de recebimento (se a citação foi procedida por um agente dos correios) ou do mandado (se a citação se realizou por oficial de justiça).

Esta regra merece flexibilização em dadas situações em que a lei processual conferiu trato distinto à pessoa que litiga ou ao número de réus que participam do processo (como nos arts. 188, 191, 241, III, do CPC e na Lei n. 1.060/50, art. 5º, § 5º).

2.2 Princípios da contestação

◆ *Regra da eventualidade (“eventualmaxime”)* – o CPC, no art. 300, dispõe que “compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

Trata-se da regra da eventualidade, pela qual toda matéria de defesa deverá ser arguida em contestação. A sua não observância acarreta preclusão consumativa. Não existe fracionamento de defesa, daí por que uma parte da doutrina chama esta regra também de princípio da concentração, pois os atos postulatórios de defesa são realizados num momento único.

Esta regra é imperiosa ainda que as proposições (*rectius*, matérias) aduzidas não sejam compatíveis umas com as outras. É a defesa *ad argumentandum*.

É clássico o exemplo esposado por Ernane Fidélis Santos: “Não devo, porque não há contrato; se há, é nulo; se existir ou não estiver nulo, já está paga a dívida; se não está paga, já ocorreu a prescrição e, de qualquer forma, a conclusão que se tira dos fatos não permite deduzir a pretensão do autor” (2007, p. 461).

Entretanto o art. 303 excepciona esta regra e aduz matérias que não se submetem ao império preclusivo da eventualidade, são elas: 1) as relativas a direito superveniente; 2) cognoscíveis de ofício (CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º); 3) expressa autorização legal – são matérias a que, não sendo de ordem pública, franqueou o legislador a possibilidade de serem apreciadas independentemente do limite preclusivo apresentado no art. 300. Dentre elas podemos citar a decadência convencional (CC, art. 211).

◆ *Ônus da impugnação específica* – não basta ao réu arguir toda matéria de defesa na contestação; é necessário que se impugne especificamente tudo, sob pena de presumirem-se aceitos os fatos alegados na inicial (CPC, art. 319 c/c o art. 334, III).

Ou seja, necessário que se especifique e contraponha fato por fato, uma vez que não é possível a defesa por negativa geral.

A defesa por negativa geral (mera negação dos fatos) por disposição legal somente é permitida ao advogado dativo, ao curador especial e ao MP, *ex vi* do art. 302, parágrafo único, pela dificuldade que se terá na produção da prova.

Entretanto a regra da impugnação específica não se aplica em três situações:

- 1) inadmissibilidade de confissão – são fatos que não se tornam incontroversos, a despeito de sobre eles haver confissão pela parte. Ex.: direitos indisponíveis;
- 2) exclusiva prova documental – nos casos em que a lei determina a apresentação em juízo de documento público para que se faça prova da consubstanciação do ato (documentos notariais, certidão de casamento, propriedade imobiliária), a sua ausência determina que o

autor faça a sua prova nos autos, ainda que não tenha o réu impugnado este ponto. Este inciso está em consonância com o ordenamento jurídico vigente (CPC, art. 366);

- 3) contradição com a defesa – constatada a contradição (que se pode dar pela via reconvenção), mesmo não havendo a impugnação por parte do réu, deverá o autor provar os fatos.

2.3 Estrutura lógica da contestação

No estudo do direito processual, é conhecida a teoria que divide a cognição do juiz em direito e processo. Neste último estão inseridos os pressupostos processuais e condições da ação. Todos formam o que se convencionou denominar trinômio de questões (Liebman).

Conforme premissa anteriormente traçada, a regra da eventualidade determina que toda matéria de defesa seja arguida em contestação, sob pena de preclusão. Essa baliza serve como parâmetro para que se possa entender a estrutura da contestação.

O autor veicula sua pretensão (o direito material controvertido de que deseja a apreciação pelo Poder Judiciário) por meio do processo. A contestação tem por finalidade principal afastar a pretensão do autor e obter do Estado uma sentença que declare a ausência de direito do autor.

Nessa esteira, e sem prejuízo da apreciação do direito apresentado, está oportunizada ao réu, outrossim, a possibilidade de atacar o próprio processo que veicula a pretensão do autor. Por raciocínio lógico, essa matéria virá antes da matéria substancial, qual seja, a matéria de mérito.

E isso porque a instauração do processo faz surgir como objeto da atividade jurisdicional duas relações distintas: a lide (matéria de mérito) e a relação jurídica de direito processual. Esta segunda poderá ser atacada pelo réu antes da matéria de defesa – pela própria função da contestação.

A estas matérias que são suscetíveis de discussão chamamos de preliminares (CPC, art. 301), que também podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, (à exceção do compromisso arbitral, art. 301, § 4º).

2.3.1 Preliminares

Assim cabe ao réu alegar preliminarmente em sua contestação:

1. Inexistência ou nulidade de citação.
2. Incompetência absoluta.
3. Inépcia da petição inicial.
4. Perempção.
5. Litispendência.
6. Coisa julgada.
7. Conexão.
8. Incapacidade de parte, defeito de representação ou falta de autorização.
9. Convenção de arbitragem.
10. Carência de ação.
11. Falta de caução ou de outra prestação.

As defesas processuais, que são chamadas pela doutrina e jurisprudência de preliminares (até mesmo pela sua localização topográfica dentro do processo), são formas de defesa indireta, pois não atingem à essência da lide, não incidem sobre o direito material controvertido.

As preliminares no sistema brasileiro poderão ser dilatórias ou peremptórias conforme os efeitos que elas incidirão no processo se acolhidas. As preliminares peremptórias incidem em via oblíqua no mérito. Isso porque ensejam a extinção do feito. O rol das preliminares peremptórias (incs. III, IV, V, VI, IX e X) não é exaustivo, pois temos hipóteses não abarcadas, como a intransmissibilidade da ação (CPC, art. 267, IX).

Já as dilatórias visam somente a corrigir algum vício endoprocessual, retardando a marcha do processo até que essa invalidade seja sanada.

São os casos dos incisos I, II, VII, VIII, XII. Todavia as preliminares dilatórias não são também exaustivas. Existem situações, como a continência, (CPC, art. 104) que têm trato de preliminar, conquanto não estejam escritas.

2.3.2 Mérito

Pela própria manifestação do princípio da eventualidade, cabe ao réu, outrossim, formular defesa sobre a matéria que o autor trouxe para o juízo. Em verdade a matéria de mérito é a própria finalidade da

contestação, pois o réu comparece em juízo para dizer no processo que ao autor não assiste o direito que postula. Desta forma, enquanto as preliminares se inserem nas defesas processuais, o mérito se insere nas defesas substanciais, que se referem ao próprio direito, lide ou objeto litigioso (expressões tomadas por sinonímia por grande parte da doutrina).

É errado pensar que a matéria de mérito se dirige contra o pedido diretamente, pois a defesa de mérito ataca a sustentação do pedido, os argumentos e fatos que dão azo à pretensão – a causa de pedir remota e próxima. É a partir dela que o réu irá trabalhar para negar os fatos ou impor outros que modifiquem as consequências jurídicas daquilo que se pede. São elas:

1) *Defesa de mérito direta* – ocorre quando o réu ataca diretamente os fatos que fundamentam o pedido, negando-os. Nesse caso o réu não apresenta um direito próprio, mas a inexistência do fato (não comprei, não contratei). A defesa de mérito se estende também quando o réu apresenta consequências jurídicas diversas daquelas pretendidas com base no mesmo fato; desta forma, como o fato se mantém controverso, cabe mesmo ao autor provar a sua existência.

Aqui o réu não traz nenhum fato novo e há duas consequências processuais práticas: i) manutenção do ônus da prova para o autor (CPC, art. 333, I), já que terá que provar que o fato existiu, e ii) desnecessidade de réplica, pois, se houve negativa, nenhum fato novo foi trazido e, portanto, não há o que o autor argumentar.

2) *Defesa de mérito indireta* – na defesa de mérito indireta o réu não nega os fatos constitutivos do direito do autor, mas impõe outros fatos; impeditivos, modificativos ou extintivos, a fim de impedir que o autor logre êxito na sua demanda.

Como essa modalidade de defesa visa a retirar a eficácia dos fatos narrados pelo autor por meio de contrafatos apresentados na defesa, a doutrina entende se tratar de exceções substanciais, são eles:

a) *Extintivos* – visam a expurgar do mundo jurídico os fatos que o autor pretende ver acolhidos. É o caso da prescrição, do pagamento, da remissão.

- b) *Modificativos* – visam a alterar as consequências jurídicas dos fatos trazidos pelo autor. Assim, se a parte alega a compensação, ela não nega o fato constitutivo – o crédito do autor –, mas impõe outro que é um crédito seu contra o mesmo que quer ver compensado (CC, art. 368). São também exemplos a novação, o parcelamento e a cessão de crédito.
- c) *Impeditivos* – o mais complexo deles; nesse caso pretende o réu, mesmo aceitando os fatos do autor, obstar a produção dos seus efeitos. É o caso da *exceptio non adimpleti contractus* (CC, art. 476), na qual, nos contratos bilaterais de vencimento simultâneo, uma das partes não pode exigir o implemento da outra se não cumprir a sua parte na avença. Essa argumentação pode ser usada pelo réu para conseguir retardar a produção dos efeitos da pretensão. É exemplo também a transação com novo prazo para cumprimento.

3. Exceções rituais (incompetência, impedimento e suspeição)

3.1 Introdução

Conforme visto, a contestação é forma de defesa do réu contra o pedido do autor, objetivando, no mais das vezes, uma sentença de improcedência.

Exceção é, portanto, um incidente destinado a afastar a incompetência relativa e a parcialidade do juiz num dado processo. É típica defesa processual indireta, pois não visa a impedir diretamente o julgamento de mérito, mas apenas a regularizar o órgão judicial que sobre aquele processo atua, ou mesmo a pessoa do próprio juiz.

São matérias de defesa processual não arguidas em contestação, mas em incidente apenso aos autos principais.

3.2 Acepções gerais

Existem características pertinentes aos três incidentes que são importantes de ressaltar:

- ◆ *Incidentalidade* – as exceções, como visto, são um incidente e, portanto, não constituem uma relação jurídico-processual autônoma, mas um processo dependente do principal. A exceção tem seu término, portanto, com uma decisão interlocutória – que desafia o recurso de agravo de instrumento (quando se fala em exceção de incompetência).

As exceções de impedimento e suspeição não comportam recurso algum, por falta de interesse. E isso porque: i) se o magistrado se declarar impedido/suspeito, não haverá razão de recorrer (nem da outra parte, pois o único direito que a parte tem é o de ser julgada por um juiz competente, e não por *determinado* juiz); ii) se não se declarar, os autos serão remetidos *automaticamente* para o Tribunal para o julgamento do incidente.

- ◆ *Suspensão processual* – nos termos dos arts. 180, 265, III, e 306 do Código de Processo Civil, a oposição da exceção acarreta a suspensão do processo principal. O termo inicial da suspensão se dá com o mero protocolo do incidente no Judiciário.

Quanto ao termo final, há de se perguntar até quando perdura o estado de sobrestamento. Há de se relativizar o conteúdo do próprio art. 306, que aduz até que seja “definitivamente julgada”.

Uma leitura menos detida do artigo em comento pode dar a impressão de que essa suspensão perduraria enquanto coubessem recursos da decisão que julgou o incidente. Mas não parece o entendimento mais adequado, pois a suspensão se prolonga até a decisão de 1º grau, já que o agravo de instrumento não é dotado, *ope legis*, de efeito suspensivo.

- ◆ *Legitimidade e prazos* – o art. 297 enumera as exceções no capítulo “Da Resposta do Réu”.

Todavia, apenas a exceção de incompetência é legitimação exclusiva do réu, legitimidade essa que não deve ser inferida no direito material, como a legitimação ordinária do art. 3º do CPC.

A legitimidade que alude à incompetência tem suas razões hospedadas no processo e, portanto, está muito mais ligada ao exercício do contraditório do que a ter a parte figurado na relação jurídica que deu ensejo ao processo.

A incompetência perde sua razão de ser para o autor, pois foi ele quem ajuizou a ação na comarca de que se quer ver alegada a incompetência, e restaria essa impossibilidade afastada por preclusão lógica e falta de interesse.

Já o impedimento e a suspeição possibilitam que tanto o autor como o réu possam alegá-los. E isso porque, nesses casos, o incidente reflete-se sobre a pessoa do juiz que poderá ser parcial para qualquer das partes. A parte poderá escolher o juízo, mas nunca o juiz que julgará sua causa, pois tal opção está fora de sua esfera de disponibilidade.

Quanto ao prazo, a lei preconiza no art. 305 que será apresentada a exceção “no prazo de 15 (quinze) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento e a suspeição”.

Há de se atentar apenas que no rito sumário a exceção deverá ser arguida em audiência, assim como nos procedimentos especiais, no prazo que a lei disciplinar caso a caso para a defesa. Como de ordinário, o prazo será em quádruplo para as Fazendas e para o Ministério Público (art. 188) e em dobro quando houver litisconsortes com advogados distintos (art. 191) ou dos beneficiários da assistência judiciária (Lei n. 1.060/50, art. 5º, § 5º).

3.3 Exceção de incompetência

É sabido que a competência é instituto criado para distribuir e organizar os órgãos do Poder Judiciário e suas funções. O sistema processual brasileiro divide a competência em absoluta e relativa.

Tem por objetivo corrigir a comarca eleita pelo autor para a propositura da demanda.

Este incidente se destina a suscitar somente a incompetência relativa (territorial), pois a absoluta (que versa sobre a matéria e a função), por ter natureza de objeção, pode ser arguida em preliminar de contestação (CPC, art. 301, II) ou a qualquer momento (CPC, art. 113).

Não poderá ser arguida de ofício pelo juízo *a quo* (Enunciado 33 da Súmula do STJ). A sua não oposição acarreta a prorrogação da competência (CPC, art. 114), já que o juízo que era relativamente incompetente para a causa passa a ser, portanto, absolutamente competente.

Contudo, a Lei Federal n. 11.280/2006 trouxe interessante preceito, permitindo o conhecimento de ofício da incompetência relativa.

Em brevíssimas linhas, a regra permite ao magistrado declarar de ofício a incompetência do seu juízo quando verificar que a cláusula de eleição de foro apostada no contrato que deu causa à ação seja abusiva. Esta cláusula deve estar inserida em contrato de adesão.

Esta regra evidentemente tem aplicabilidade nos casos em que o contratante demanda contra o contratado em manifesto prejuízo ao consumidor.

A exceção será apresentada em petição escrita com os documentos necessários para se provar a juridicidade daquilo que se alega. É necessário indicar o foro competente (CPC, art. 307), não estando o juiz, todavia, adstrito ao pedido do excipiente (v.g., pode o magistrado acolher a exceção por não ser o seu juízo o competente, mas entender se tratar o juízo competente diverso daquele que o réu indicou).

Abre-se vista ao excepto para se manifestar em 10 dias, sobrevindo decisão nos outros 10 dias.

Preconiza o novel parágrafo único do art. 305 do CPC (com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.280/2006): “Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação”.

Trata-se de regra subsidiária ao denominado “protocolo integrado”. Assim, se justamente o réu se insurge contra a competência do juízo, não seria correto fazer com que se locomovesse até a comarca por onde tramita a ação (no mais das vezes, em local longe de seu domicílio) para apresentar o incidente.

3.4 Exceção de impedimento e suspeição

Constitui incapacidade subjetiva do magistrado. A imparcialidade é o primeiro e mais importante traço caracterizador da atividade judicante.

O magistrado deve agir com isenção e imparcialidade nos seus julgamentos, pois essa é a essência da jurisdição.

Não raro, justamente por ser detentor de uma parcela de poder, é possível indevidas pressões. É por isso que as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos lhe são conferidas (CF, art. 95).

Contudo, determinados fatos ou circunstâncias, ocorridos dentro ou fora do processo, podem prejudicar a conduta do magistrado dentro do processo.

Assim, uma inimizade, um grau de parentesco ou mesmo o interesse na causa pode fazer com que o juiz decida de maneira diversa da que realmente deveria.

Atento a essas circunstâncias, o legislador enumerou em dois artigos do CPC as situações em que o juiz deve ser afastado: os mais graves, que geram presunção absoluta, denominam-se *impedimento*; os que geram presunção relativa, *suspeição*. Impedimento é uma circunstância; suspeição, uma desconfiança.

O critério não pode ser apreciado subjetivamente – o que a doutrina chama de parcialidade. Deve ser tomado, portanto, objetivamente, ou seja, se o juiz recair numa das hipóteses enumeradas pelo legislador, será proibido de julgar a causa, independentemente de se perquirir se há o interesse no litígio ou não (até mesmo porque, para que se possa atingir com sucesso tal empreitada – descobrir a parcialidade subjetiva –, seria necessária a utilização de meios metajurídicos, o que o nosso sistema veda).

Seguem os casos:

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I – de que for parte;

II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha

reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V – quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Nas exceções de impedimento e suspeição, ambas as partes têm legitimidade para ofertá-la. E isso porque o juiz poderá ser impedido ou suspeito para qualquer uma delas, não sendo possível ao autor, quando da distribuição, saber a qual juiz a causa foi apresentada e, portanto, a ele assiste, outrossim, o interesse de agir para opor o incidente. Importante que se diga que nas exceções de que estamos falando o excepto é o juiz, e não a outra parte.

A petição deve estar instruída com os documentos que comprovem as alegações deduzidas e deverá conter rol de testemunhas (CPC, art. 312).

Recebida a exceção, o juiz poderá reconhecer seu impedimento ou suspeição e remeter os autos, em decisão irrecorrível, ao seu substituto legal. *A contrario sensu* poderá, em não concordando, apresentar suas

razões em 10 dias (nos mesmos moldes do art. 312 do CPC), sendo endereçada à superior instância para julgamento. Perceba que o juiz não necessitará de advogado para as razões, pois, nesse caso, possui capacidade postulatória.

Como o juiz é parte no incidente (excepto), não poderá indeferir a exceção seja por inadequação, seja por extemporaneidade, já que esta prerrogativa está afeta ao Tribunal competente.

Em sendo procedente a exceção no Tribunal, haverá deliberação sobre quais atos do processo serão invalidados, bem como se determinarão as custas processuais a serem pagas pelo juiz substituído. Ao juiz é facultado recorrer desta decisão. Todavia caberão recursos para o STJ e o STF da decisão que julgar a exceção improcedente, desde que, evidentemente, preenchidos os pressupostos de sua admissibilidade.

Algumas questões importantes:

- a) O impedimento poderá ser arguido até o trânsito em julgado e após ele por meio de ação rescisória (CPC, art. 485, II).
- b) Nas comarcas onde houver apenas um magistrado, a parte, com o ingresso da demanda, poderá desde já arguir o impedimento/suspeição, requerendo a designação de um substituto para a condução da causa.
- c) Em julgamentos colegiados, nada impede que a parte oponha exceção para somente um de seus membros. Todavia, interessante é a questão quando se alega a suspeição/impedimento do Tribunal todo ou de sua maioria absoluta. Nesses dois casos compete ao STF julgar a exceção e a ele mesmo (caso o incidente seja acolhido) julgar o processo (CF, art. 102, I, *n*).
- d) O impedimento e a exceção também se aplicam ao MP, aos serventuários da justiça, ao perito e ao intérprete. Nesses casos: “A parte interessada deverá arguir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o arguido no prazo de 5 (cinco) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido” (CPC, art. 138, § 1º).

Apenas para fixação:

INCIDENTE	PARTE	JUIZ
Incompetência	Pode alegar em 15 dias da ciência do fato	Não pode (salvo hipótese, art. 112, parágrafo único)
Suspeição	Pode alegar em 15 dias da ciência do fato	Pode a qualquer momento
Impedimento	Pode alegar a qualquer momento, até em sede de rescisória (CPC, art. 485, II)	Pode a qualquer momento

4. Reconvenção

4.1 Introdução

Para que se possa entender a reconvenção, deve-se partir de uma premissa: a contestação é uma defesa estática.

Conforme visto, o réu poderá tomar diferentes posturas em relação à pretensão do autor dentro do processo: seja negando os fatos, seja negando as consequências jurídicas decorrentes desses fatos. Mas, em todos esses casos, o réu reage passivamente à pretensão do autor com um único e exclusivo intuito: obter do Poder Judiciário uma sentença de improcedência quanto ao pedido formulado.

Entretanto as relações de direito material que dão ensejo a um processo podem criar obrigações múltiplas entre as partes (sinalagma). Assim, por vezes o réu não só tem o direito de resistir à pretensão do autor como o de cobrar algo que entenda ser devido.

Desta forma, pode o réu transbordar os limites passivos e estáticos de defesa e partir para uma postura inversa, de verdadeira pretensão contra o autor. A esse fenômeno o sistema denomina reconvenção.

Reconvenção é, portanto, a pretensão formulada pelo réu, e sem perder essa qualidade, contra o autor dentro do mesmo processo.

A fundamentação principal para sua existência é a economia processual, a fim de se permitir a produção simultânea de provas e a resolução de ambos os processos numa única sentença (CPC, art. 318), já que essa é a regra.

A reconvenção é uma demanda dentro de um processo pendente, não podendo se falar em reconvenção e ação principal, já que aquela é autônoma e não dependente desta; todavia, o Código, em algumas oportunidades, utiliza essa nomenclatura equivocada (CPC, art. 109).

4.2 Requisitos da reconvenção

- ◆ *Legitimidade* – somente o réu poderá reconvir ao autor (CPC, art. 315), não podendo ser o autor legitimado extraordinário, já que se está demandando em nome alheio e não poderá responder aos termos da demanda do réu em nome próprio pela via reconvenicional.
- ◆ *Compatibilidade de procedimento* – a reconvenção como processo destinado à obtenção de uma sentença é instituto específico das ações cognitivas de jurisdição contenciosa. Não se admite, portanto, nos processos executivo, monitório, cautelar e de jurisdição voluntária.
- ◆ *Juízos competentes* – mais um requisito que se faz necessário é que o juiz que conhece da causa originária deve ser competente para conhecer da reconvenção, sob pena de ofensa à regra da competência funcional. Atente-se ao fato de que basta a competência relativa para fins de reconvenção, já que a conexão – pressuposto necessário para a reconvenção – é uma das causas de modificação de competência.
- ◆ *Conexidade* – talvez o requisito mais importante para a reunião dos feitos de autor e réu seja a conexão. O art. 315 do CPC prevê a possibilidade de se ofertar reconvenção sempre que esta for “conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

A conexão entre duas demandas pressupõe a identidade de pedido ou de causa de pedir. Numa ação de anulação de contrato, poderá o réu reconvir requerendo o seu cumprimento, ou, numa separação litigiosa em que um cônjuge postula o rompimento do vínculo conjugal por adultério, poderá apresentar reconvenção alegando abandono de lar.

O pedido deduzido em contestação deve inserir-se no mesmo campo jurídico daquilo que pleiteia o autor. Há de se atentar que a mera contraposição não extrapola os limites da contestação e, portanto, não seria necessária a reconvenção.

4.3 Ações dúplices

Algumas ações, pela própria estrutura de seu procedimento (e, no mais das vezes, pela celeridade que o sistema impinge a elas), não comportam o manuseio da reconvenção.

Nem por isso ficará o réu órfão da possibilidade de formular um contra-ataque à pretensão do autor.

Nesses casos, o réu oferecerá a sua pretensão dentro da própria contestação por meio do pedido contraposto. Denomina-se *dúplice*, pois a peça de contestação exerce dupla função: contesta e formula pedido.

Há necessidade de previsão expressa em lei. Portanto não existe diferença alguma entre reconvenção e pedido contraposto (além da terminologia) no sentido ontológico. A diferença reside no aspecto formal, pelo fato de ser a reconvenção formulada em peça autônoma (desencadeando uma nova demanda, portanto, com registro no distribuidor – CPC, arts. 251, 253 e 263), ou hospedada na própria peça de defesa, como é o pedido contraposto.

São casos de ações de natureza *dúplice*: a) todas que seguem o rito sumário; b) prestação de contas; c) Juizado Especial Cível (Lei n. 9.099/95); d) as ações possessórias; entre outras.

4.4 Procedimento

- 1) A reconvenção deve ser apresentada no prazo de 15 dias. Contudo deverá ser apresentada simultaneamente com a defesa (CPC, art. 299), sob pena de preclusão consumativa. Ou seja, o protocolo das duas peças deve se dar no mesmo momento, não podendo ser apresentadas em dias distintos.
- 2) Este prazo de 15 dias sofre alteração quando se referir ao MP ou às Fazendas como parte. Aqui o prazo computa-se em quádruplo. E isso porque, mesmo não havendo previsão legal no art. 188, existe preclusão consumativa que impõe a simultânea apresentação das duas peças. Trata-se de regra, portanto, para adequar o prazo especial à exigência do art. 299 do CPC.

Sofre alteração da mesma forma quando houver litisconsórcio passivo com procuradores diferentes (CPC, art. 191) e para o defensor público (Lei n. 1.060/50, art. 5º, § 5º).

3) A petição será apresentada ao próprio juiz da causa originária. Recebida a reconvenção, será o autor-reconvindo intimado na pessoa de seu advogado para apresentar defesa no prazo de 15 dias.

A lei fala em intimação, todavia o ato é citatório, já que se formula uma pretensão em nova demanda para ser, em querendo, contestada. Todavia a definição terminológica é de todo irrelevante para a realização do ato. A não defesa do autor na reconvenção não gera revelia, pois este já mostrou interesse na causa quando da propositura da ação.

4) Nada impede que a parte possa reconvir sem contestar. Esta regra decorre do princípio dispositivo. Essa aparente contumácia por parte do réu não gera revelia. E isso porque o réu opôs resistência a seu modo, de forma ofensiva. Portanto, as matérias veiculadas na reconvenção que se contrapõem àquelas deduzidas na petição inicial passam a ser questões controvertidas.

5) Conquanto a reconvenção e o processo originário devam ser julgados numa mesma sentença, sob pena de nulidade (*RT* 504/180), o art. 317 deixa clara a autonomia procedimental de que gozam as duas demandas dentro do processo.

Desta forma a extinção prematura de uma delas (reconvenção ou demanda originária) não acarreta o fim da outra. Se por exemplo a reconvenção é extinta por falta de algum requisito de admissibilidade (pressupostos processuais ou condições da ação) ou mesmo por desistência (CPC, art. 267, VIII), subsiste a causa originária no mundo jurídico.

5. Ação declaratória incidental

5.1 Noção de questão prejudicial

Antes da análise da questão principal, deve analisar o magistrado uma série de questões para viabilizar o seu conhecimento. Estas questões são denominadas questões prévias.

As questões prévias se subdividem em dois grandes grupos: as questões preliminares e as questões prejudiciais.

A diferença entre elas está na sua relação de causa e efeito com a questão principal. Enquanto a questão preliminar não influencia no

resultado da questão principal, a prejudicial está intimamente ligada a ela.

São exemplos de questões preliminares os pressupostos processuais e as condições da ação.

A grande diferença entre questões preliminares e prejudiciais é que estas podem ser objeto de ação autônoma, aquelas não. A questão do interesse de agir jamais poderia ser objeto de ação autônoma, ao passo que as questões prejudiciais guardam essa autonomia.

5.2 Ação declaratória incidental

O art. 297 não faz menção à ação declaratória incidental como forma de defesa do réu. Todavia é modalidade de resposta cuja previsão fica diferida para os arts. 5º e 325 do CPC.

Difere-se no procedimento da ação declaratória do art. 4º do CPC, já que esta não depende, em especial, de questão subordinada para que possa ser julgada em caráter prejudicial.

Importante fixar algumas premissas:

O pedido é aquilo que o autor busca em juízo. Contudo, não basta pedir. É necessário que o pedido seja motivado, o que chamamos no ordenamento jurídico de causa de pedir.

É nela que o autor narra os acontecimentos relevantes (e ensejadores) daquele pedido, adequando os fatos à incidência da norma que milita em seu favor.

Independentemente do que se busca no Estado (declaração, condenação ou constituição de determinada tutela), a fundamentação fática versa sempre sobre a existência ou não de uma relação jurídica. A partir da fixação dessa relação jurídica é que o autor retira a consequência jurídica que deseja.

Em consequência, pode se afirmar que toda sentença declara algo, seja por ser esse o seu interesse final (e tão somente esse; declarar, sentença meramente declaratória), seja como base para uma posterior constituição ou condenação.

Seguindo essa linha de raciocínio, há de se convir que o juiz, antes de proferir a tutela, deve conhecer dessa situação de maneira prejudicial.

Prejudicial, pois a declaração efetivada influenciará no resultado da questão principal. Sendo essa declaração uma questão prévia, será, à evidência, objeto de cognição *incidenter tantum*.

Consequência disso é que estas questões prévias (o juízo de declaração) não ficarão hospedadas na parte dispositiva da decisão, e sim na fundamentação. Não haverá, sobre elas, decisão, pois são premissas de julgamento e sobre elas não incide a coisa julgada (CPC, art. 469, III).

Assim, o magistrado condena o réu no pagamento de determinada obrigação desde que se verifique a existência do contrato ou a ocorrência do ato ilícito que merece indenização. A parte dispositiva não afirma “isto posto, declaro existente o contrato”, porquanto desnecessário e sequer fora pedido. Constituiu premissa do pedido.

De outro norte, conforme visto anteriormente, a defesa de mérito do réu num dado processo pode ser indireta (quando oferece situações que visam a afastar o efeito pretendido pelo autor sem, contudo, negar a sua existência) ou direta (constitui uma verdadeira negativa da existência da própria relação jurídica de direito material que alicerça o pedido do autor).

Nesse específico caso surge uma questão prejudicial, pois a existência ou não da relação jurídica é matéria *principaliter* para o deslinde dos fatos no processo.

Portanto é perfeitamente admissível que essa controvérsia surja no curso da lide, ensejando uma declaração incidente sobre a requestada situação. E é aí que o sistema oportuniza o manuseio da ação declaratória incidental.

A ação declaratória incidental tem por objetivo ampliar o objeto da lide, deslocando matéria que se encontrava na causa de pedir para o pedido, a fim de que sobre ela o juiz *decida* (agregando-a à parte dispositiva da sentença), para que possa ser imunizada pelos efeitos da coisa julgada (CPC, art. 470).

Fazendo coisa julgada, os motivos não poderão mais ser discutidos posteriormente em nova ação. Caso contrário, estes motivos poderão ser provocados em outra demanda.

Importante que se diga que a prejudicialidade a que aqui se alude é interna (questões de dentro do processo – art. 265, IV, *c*, do CPC), e não

externa (quando o resultado de um processo depender do resultado do outro que lhe é prejudicial, por exemplo, uma ação declaratória que versa acerca da validade do contrato sobre uma execução sobre esse mesmo contrato. Não se pode executar se o contrato for nulo e, portanto, a declaratória lhe é prejudicial).

Nesse caso, para o fim de se evitarem decisões conflitantes, o juiz reúne os dois feitos perante o mesmo juízo (CPC, art. 105), ou suspende-se um para aguardar o deslinde do outro (CPC, art. 265, IV, *a*).

Uma vez proposta a ação declaratória incidental, os limites da coisa julgada se estenderão também a ela. Sem a sua propositura, ela se limita a ficar na parte de fundamentação da sentença (CPC, art. 469), pois julgará somente o que foi requerido pelo autor (CPC, arts. 128 e 460).

5.3 Requisitos e procedimento

- a) *Litigiosidade* – o fato gerador da ADI é a controvérsia, o surgimento da questão que só aparece com a apresentação da contestação. Desta feita, havendo revelia, não há se falar em ação declaratória incidental na medida em que a falta de contestação não trouxe controvérsia.
- b) *Competência absoluta do juiz* – conforme visto, a declaratória incidental utiliza-se do mesmo pórtico procedimental que a reconvenção e, portanto, haverá julgamento conjunto com a causa originária (CPC, art. 318).

O juiz, portanto, deverá ser absolutamente competente para julgar as duas. Sabemos que a conexão reúne duas causas por identidade, mesmo sendo elas de competência relativa distinta (CPC, arts. 102 e 105, respectivamente).

- c) *Autonomia* – tanto constitui uma ação própria que poderia ser objeto de uma ação declaratória autônoma (RT 104/398).
- d) *Procedimento* – o art. 325 aparentemente restringe a legitimação da ADI para o autor, o que é falso e já devidamente afastado pela doutrina e jurisprudência. O art. 5º espanca essa suposta dúvida franqueando a qualquer das partes o manuseio da ação sempre que, “no curso do processo, se tornar litigiosa a relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide”. Faz eco ao mencionado artigo o art. 470 do referido diploma legal.

Desta feita, pode-se verificar que a lei confere o prazo de 10 dias para que o autor ajuíze a ação incidente após ser intimado da apresentação da defesa.

No silêncio da lei, o prazo para o ajuizamento pelo réu é de 15 dias.

Terminando ambas as demandas juntas (e, sempre que possível, far-se-á instrução em conjunto), serão julgadas na mesma sentença, respeitando, evidentemente, cada qual o seu capítulo na decisão.

Todavia, se uma terminar antes da outra, a decisão de que se fala é interlocutória, desafiando o recurso de agravo.

A ação declaratória é cabível somente nos processos de conhecimento, pois é nestes que se objetiva uma sentença. Por exclusão, não se acomoda no processo monitorio, executivo, cautelar, tampouco nos de jurisdição voluntária, bem como naqueles que a lei expressamente veda, como o rito sumário (CPC, art. 280) e o Juizado Especial Cível, art. 31.

Capítulo 5

◆ Da Revelia e da Fase Ordinatória

1. Da revelia

A contestação não pode ser considerada um dever. É, antes de tudo, um ônus, já que a sua não apresentação causará prejuízo exclusivamente ao réu.

Revelia é a falta de apresentação de defesa no prazo legal.

A revelia não ocorre simplesmente quando a parte não apresenta contestação (ou a apresenta a destempo), mas também quando não cumpre o ônus da impugnação específica (CPC, art. 302) ou não sana a falha de representação quando intimada a fazê-lo (CPC, art. 13, II).

Não se pode confundir revelia com confissão ficta. Revelia é um fato, e confissão ficta é um efeito.

Há dois principais efeitos decorrentes da revelia. Um, denominado efeito material, e outro, processual.

1) *O efeito material é a presunção de veracidade dos fatos alegados* (CPC, arts. 285 e 319). Deste efeito gera-se outro periférico: a possibilidade de julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, II). Aqui há de se destacar um ponto. Sabe-se que os fatos incontroversos – como é o caso – independem de prova (CPC, art. 334, III). Todavia o fato de prescindir de dilação probatória não pode autorizar a necessária procedência da demanda em favor do autor.

A presunção é relativa. Do contrário, seria permitido ao autor formular toda sorte de pedido e, em virtude da não resistência, fosse o réu onerado na condenação de pedido inexecutível (como uma dívida de bilhões ou mesmo exigir determinada prestação que determine certo conhecimento técnico que o réu não possui). Não se pode esquecer que o

autor possui o ônus de demonstrar os fatos constitutivos do seu direito (CPC, art. 333, I).

Há casos outros nos quais os efeitos da revelia não serão sentidos:

- a) citação ficta (edital ou hora certa), já que o curador nomeado promove a defesa do réu revel (CPC, arts. 9º, II, e 302);
- b) assistente que ingressa no processo para ajudar ao revel e será considerado gestor de negócios do assistido (CPC, art. 52, parágrafo único);
- c) se o litisconsórcio for unitário, apenas um deles apresentar defesa (CPC, arts. 320, I, e 351, e CC, art. 213);
- d) se o direito posto em juízo for indisponível (CPC, art. 320, II). Assim, a paternidade necessariamente deve ser provada, a despeito de não haver resposta (*RT* 672/199);
- e) se a inicial não estiver acompanhada de instrumento público que a lei considere indispensável para o ato (CPC, arts. 320, III, e 366). Como exemplo veja o art. 108 do CC: “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

2) *O efeito processual é não intimação dos atos para o réu revel* (CPC, art. 322). Se o réu revel comparecer nos autos pegará o processo no estado em que ele se encontra, não podendo praticar os atos já consumados (ato jurídico perfeito). Será doravante intimado dos atos, sendo-lhe facultada a produção de provas (Súmula 231, STF) desde que tenha ingressado no processo em momento oportuno; se não, poderá produzir provas apenas contrárias às alegações trazidas pelo autor.

Com a alteração da Lei n. 11.280/2006, apenas se não tiver advogado constituído nos autos poderá ser considerado revel (CPC, art. 322).

Questões processuais pertinentes:

- 1) Se a parte quiser alterar o pedido ou a causa de pedir, ou mesmo promover declaração incidente, deverá (caso o réu seja revel) providenciar nova citação (CPC, art. 321). A declaração incidente não

poderia ser formalizada, pois é a defesa do réu que gera a situação controvertida.

- 2) Para que ocorram os efeitos da revelia é indispensável que esteja mencionada no mandado a advertência de que à falta da contestação presumem-se verdadeiros os fatos (CPC, art. 285). E isso porque o mandado é entregue à parte que, no mais das vezes, não possui conhecimento técnico para discernir as consequências dos seus atos.
- 3) Não há revelia na não apresentação de rescisória. E isso porque a coisa julgada é matéria de ordem pública, enquadrando-se na categoria de direitos indisponíveis (CPC, art. 320, II), portanto não se podendo presumir verdadeiros os fatos não contestados pelo réu.
- 4) No rito sumário a revelia abrange um maior número de situações, pois se enquadrará sempre: a) quando o réu comparecer na audiência sem defesa (e o advogado não a fizer oralmente); b) se o réu não comparecer, por si ou por alguém habilitado para tanto; e c) se não houver comparecimento do advogado.

2. Da fase ordinatória

2.1 Introdução

Consoante fora estudado na teoria geral do procedimento ordinário, a fase ordinatória é a que medeia duas importantes etapas do procedimento: a fase postulatória, na qual estão compreendidas a petição inicial e as defesas do réu, e a fase instrutória, momento em que as provas protestadas naquela fase serão produzidas.

Todavia a instrução probatória é etapa processual que, além de consumir significativa parte do processo (basta pensar na prova pericial), pode não ser necessária por uma série de motivos: a) a matéria discutida é de direito; b) a matéria não depende de provas; c) houve revelia; d) há situações em que o processo deverá ser extinto, seja porque: d1) houve alguma forma de autocomposição entre as partes, d2) verificou-se a prescrição ou a decadência ou d3) há algum vício processual que impede o seu prosseguimento válido e regular.

Portanto é fundamental que, após a fase postulatória, estabeleça-se uma fase para ordenar o processo (daí o nome ordinatória), verificando as

eventuais irregularidades (que gerarão ou não a extinção do processo), sistematizando as provas que serão produzidas (com base nos pontos controvertidos) e deixando o processo pronto para a fase probatória.

A fase de saneamento compreende as *providências preliminares*, o *juízo conforme o estado do processo e o saneamento do feito*.

Apenas importante asseverar que se mostra equivocada a nomenclatura usual na doutrina “fase saneadora”. E isso porque não se pode nominar uma fase com apenas um dos elementos integrantes dela, pois a) não apenas se saneia nessa fase o processo e b) às vezes nem saneamento há, pois o magistrado pode julgar o processo no estado em que ele se encontra.

2.2 Providências preliminares

As providências preliminares vêm previstas nos arts. 323 a 327 do CPC.

Aqui o magistrado deve, na medida do possível, regularizar o processo e resolver situações pendentes, como:

- a) fixar os pontos controvertidos que serão objeto de prova e já estabelecer com as partes quais as provas que serão produzidas (CPC, art. 324). Importante asseverar que, a despeito de as provas serem requeridas na inicial e na defesa (CPC, arts. 282, IV, e 300), somente após a apresentação da defesa se verificam os pontos controvertidos para a exata produção probatória. Muitas provas não precisarão ser produzidas, pois os fatos não se controverteram, tornando inútil a sua produção (CPC, arts. 125, II, e 130);
- b) se o réu apresentou defesa de mérito direta (negativa de relação jurídica), poderá o autor apresentar ação declaratória incidental (CPC, art. 325) quando houver questão prejudicial controvertida, e o réu será ouvido nesta oportunidade. Consoante se viu no Capítulo 4, o réu pode, outrossim, apresentar ação declaratória incidental; todavia, para ele o momento oportuno é no prazo de defesa, e não na fase ordinatória;
- c) por fim, poderá o autor apresentar réplica à contestação do réu no prazo de 10 dias. Todavia a réplica não faz parte integrante de todo processo. Sua apresentação fica condicionada a dois elementos: i) se o

réu apresentou preliminares (CPC, art. 327); e ii) se o réu apresentou defesa de mérito indireta (fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor) (CPC, art. 326).

2.3 Julgamento conforme o estado do processo

Cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade de sua realização, poderá o magistrado julgar o processo no estado em que ele se encontra (CPC, art. 328). O julgamento conforme o estado do processo é gênero em que figuram como modalidades:

a) *Extinção do processo* (CPC, art. 329) – poderá o juiz verificar que o processo se encontra enquadrável em uma das hipóteses do art. 267 do CPC (extinção do processo sem resolução de mérito) pela ausência de algum requisito processual pertinente, ou poderá também ocorrer a extinção com base no art. 269, II a V, do CPC. Nestes casos a resolução se deu com mérito por autocomposição das partes no curso da lide ou constatação de prescrição/decadência.

Não se enquadra nessa etapa o inciso I do art. 269 porque aqui haveria um verdadeiro julgamento de mérito que será dado ou na etapa adiante (julgamento antecipado da lide) ou após a instrução probatória.

b) *Julgamento antecipado da lide (mérito)* (CPC, art. 330) – o julgamento antecipado da lide é um fenômeno criado no ordenamento para permitir a imediata prolação de sentença quando o processo reunir condições para tanto, ou seja, constitui decisão dada em cognição exauriente como técnica para abreviar o procedimento.

Desta feita é equívoca a expressão “julgamento antecipado”, pois se presume que haveria outro momento [ideal] para que o julgamento fosse realizado. Não é verdade. Se o magistrado constatou a desnecessidade de dilação probatória é porque esse é o momento adequado, e não outro.

É fundamental que o magistrado comunique às partes sobre o julgamento antecipado para que estas possam, antes da sentença, manifestar-se.

Não se pode julgar antecipadamente a lide sob o argumento de que o autor não fez prova de suas alegações. Para que haja julgamento

antecipado da lide, é necessário que o fato esteja provado.

Existem três situações de julgamento antecipado da lide:

- 1^a) quando a matéria discutida for unicamente de direito (a despeito de ser difícil existir matéria unicamente de direito, pois não há causa sem fatos);
- 2^a) quando a matéria discutida for de direito e de fato, mas não houver necessidade de provas em instrução;
- 3^a) quando ocorrer revelia (evidentemente nos casos em que se constatar a desnecessidade de prova).

2.4 Saneamento do processo – a audiência preliminar

Superada a etapa do julgamento conforme o estado do processo (e evidentemente não se enquadrando nela), ao magistrado compete: a) sanear o feito; b) dirigir o processo para a fase instrutória; e c) mas antes designar audiência preliminar (antiga audiência de conciliação).

Assim está redacionado o art. 331:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. *(Incluído pela Lei n. 8.952, de 13-12-1994.)*

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. *(Incluído pela Lei n. 8.952, de 13-12-1994.)*

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. *(Incluído pela Lei n. 10.444, de 7-5-2002.)*

É a audiência preliminar a antiga audiência de conciliação prevista no art. 331 do CPC, visto que houve duas alterações de suma importância neste artigo, uma de caráter formal e outra de conteúdo.

A de caráter formal indica que as partes serão intimadas a comparecer em audiência e autoriza também a representação por procuradores, com vista a facilitar a participação dos litigantes na audiência preliminar; contudo, a ausência de uma delas não gera prejuízo, apenas se dá conhecimento de que não haverá conciliação.

Outra alteração formal (mas com relevante implicância prática) foi *direitos disponíveis que admitam transação*. E isso porque há uma série de direitos indisponíveis que admitem transação (alimentos, guarda de filhos, demandas coletivas).

Poderia, nesta onda de alterações, o legislador ter optado pela palavra *conciliação* ao invés de *transação*. Aquela é gênero desta, que é espécie. Assim é possível conciliação sem transação, como nas disposições unilaterais de direito, por exemplo, a renúncia e o reconhecimento jurídico do pedido.

A alteração de conteúdo foi o acréscimo do § 3º ao art. 331, que confere ao juiz a possibilidade de afastar a audiência preliminar nos seguintes casos:

- a) direitos indisponíveis: aqueles direitos que não admitem transação, pela regra do art. 841 do Código de Processo Civil;
- b) quando, pelas circunstâncias da ação, o juiz sentir a forte impressão de que as partes não pretendem negociar um acordo e não se conciliarão de forma alguma. Há um equívoco da lei neste sentido, visto que não se pode esquecer de que o objetivo desta audiência não é tão somente a conciliação, mas também fixar os pontos controvertidos e deferir provas. A conciliação é apenas um dos pontos. Além disso, não há como o juiz saber de fato se as partes desejam ou não a conciliação, exceto se ofertar a manifestação das partes neste sentido.

Capítulo 6

◆ Provas no Processo Civil Brasileiro

1. Teoria geral das provas

1.1 Introdução

Se a finalidade do Estado é conferir a tutela jurisdicional (declaração e realização de um dado direito), e se todo direito decorre de um fato, torna-se impossível atribuir um direito a alguém sem que, correlatamente, demonstre-se a existência de um fato.

É a partir dessa premissa que deve ser entendido o vocábulo “prova”. Provar é demonstrar. Se o magistrado não conhece sobre os fatos (afinal apenas sabe do direito), é importante informá-lo sobre a sua existência para que deles possa extrair as devidas consequências jurídicas. Os fatos, compete à parte provar. A fundamentação jurídica, ao Estado cabe aduzir (*iura novit curia*).

O juiz utiliza a prova para: a) fazer a reconstrução histórica dos fatos (testemunha); b) representação de algo (documentos); e c) reprodução objetiva (perícia ou inspeção judicial).

1.2 Natureza da prova

A discussão sobre a natureza da prova chegou a tal desenvolvimento na doutrina que existem três correntes muito bem defendidas acerca da natureza jurídica das normas sobre as provas. Existe uma corrente denominada materialista (defendida por Salvatore Satta, Carnelutti e, entre nós, principalmente por Pontes de Miranda e Moacyr Amaral Santos). Outra corrente é denominada processualista (defendida por Liebman, Calamandrei, Couture e, no Brasil, por Dinamarco, Barbosa

Moreira, Bedaque, Frederico Marques, Arruda Alvim, Eduardo Cambi, dentre outros). Por fim, há uma corrente mista, defendida especialmente por Chiovenda (a despeito de muitos autores entenderem que sua posição seja processualista, não há dúvida de que o autor segue uma corrente mista).

Para os defensores da corrente materialista, as normas sobre prova são de ordem material, porque a prova tem relação com a própria substância do direito. Ademais, o direito não subsiste sem a prova.

A corrente processualista defende que o principal objetivo da prova é a convicção judicial, assim teria a prova uma função instrumental tendente a dar deslinde aos fatos. E, por fim, a teoria mista entende que as provas pertencem tanto ao direito material como ao processo.

A despeito de haver dúvida em certos segmentos da doutrina acerca da sua natureza, a prova é instituto que deve ser estudado no âmbito processual. Mesmo tendo, v.g., o Código Civil disciplinado sobre prova (CC, arts. 212 a 232), não se pode aceitar a ideia de que as provas se situam no campo material.

O direito material disciplina sobre a solenidade, constituição do documento e institutos intrinsecamente considerados como a prova propriamente dita. Já o processo (e neste ponto interessa o estudo da presente obra) discute sua forma de produção, objeto, ônus, destinatário, validade, entre outros.

Há de se ter presente que, tendo-se o juiz como o destinatário da prova, resta evidente o caráter processual desta.

1.3 Especificamente sobre as provas ilícitas (provas obtidas por meio ilícito)

Dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A palavra *meios* utilizada no dispositivo constitucional deve ser vista como “advérbio”, e não como substantivo, além de não poder ser tomada como sinônima de modalidades de prova. Constitui-se, em verdade, nos vícios que precedem a instrução probatória (forma de obtenção da prova).

Na *práxis* forense, comum é ouvir a expressão “prova ilícita”, mas não é da *prova* que fala o dispositivo de lei. A correspondência é meio de prova lícito, mas a sua violação para utilização como prova torna-a imprestável. Igualmente uma fita pode ser meio de prova, mas, se obtida por meio ilícito (gravação clandestina), torna-se vedada a sua produção.

Atualmente existem diversas correntes que interpretam o alcance do referido dispositivo constitucional, mediando aqueles que negam peremptoriamente a possibilidade de sua produção (posicionamento do STF) até aqueles que a permitem à luz da proporcionalidade (Bedaque, 1994). Aliás, o referido autor parte da premissa de que toda discussão deve ser analisada à luz do confronto entre o escopo da atividade jurisdicional e a produção da prova ilícita. E assevera a dificuldade insolúvel do magistrado que descobre que determinada prova constante dos autos foi obtida por meios inidôneos, mas que pela sua produção consegue verificar a verdade dos fatos.

Nesse passo o magistrado deveria decidir pela possibilidade de se proferir uma sentença lícita, mas injusta, ou uma decisão com base na prova obtida ilicitamente, mas justa.

O princípio da proporcionalidade devidamente aplicado, balanceando os valores que estão em jogo, é a única forma de se obter a certificação de que a prova ilícita pode ou não ser produzida.

Importante asseverar que a prevalência ou não da produção da prova obtida por meios ilícitos dependerá de uma série de fatores, tais como: i) a importância da matéria e ii) a relevância da prova para o julgamento da lide (ou seja, quando se verificar que não haveria outro modo de se demonstrar a alegação do fato).

Outro ponto a ser ressaltado diz respeito ao confronto da prova ilícita com o princípio da intimidade e privacidade (CF, art. 5º, X, XI, XII c/c art. 21 do CC). Intimidade refere-se ao direito particular da própria pessoa, e privacidade, ao direito, mas relacionado a um número maior de pessoas, como os familiares, v.g. Assim não podem ser consideradas ilícitas as imagens públicas, mesmo aquelas fotos retiradas da saída de dado hotel que comprovariam o adultério. Já as imagens de dentro do quarto violam a privacidade.

O ordenamento permite a escuta e interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96) por ordem judicial nos casos de investigação criminal ou instrução do processo penal, quebrando a regra do sigilo desses meios (CF, art. 5º, XII). Há escuta quando um dos protagonistas, sem autorização do outro, procede à gravação da conversa. Já a interceptação é efetivada por um terceiro, à revelia dos interlocutores.

A despeito de a lei falar somente em “investigação criminal ou instrução do processo penal”, nada impede que se aplique também na esfera civil, desde que o magistrado entenda pertinente fazê-lo.

Por fim, importante falar sobre as *provas ilícitas por derivação*. Entende-se por provas ilícitas por derivação aquelas que na sua essência são lícitas, mas, por terem sido produzidas por meios ilegais, contaminam-se – frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Assim a interceptação telefônica, o documento utilizado decorrente de uma invasão de domicílio. Se a prova é ilícita por derivação, será nula.

Há três situações, entretanto, nas quais a prova ilícita por derivação deve ser relativizada, permitindo a sua produção: i) para a proteção de direitos fundamentais; ii) quando o conjunto probatório não tiver relação com a prova ilícita produzida; iii) a prova que, de um jeito ou de outro, seria descoberta (*inevitable discovery exception*).

1.4 Princípios regentes das provas

1.4.1 Identidade física

O magistrado que colheu a prova é quem deve sentenciar o feito. É o que se verifica do art. 132 do CPC, que assim dispõe: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor” (*Redação dada pela Lei n. 8.637, de 31-3-1993*).

Não se pode confundir com o princípio da concentração, conquanto seja decorrente dele. A fixação de dado magistrado ao ato sentencial decorre da colheita da prova (neste sentido é o Enunciado 262 da Súmula do extinto TFR, ao dispor: “Não se vincula ao processo o juiz que não colheu a prova em audiência”).

As hipóteses excludentes que relativizam o rigor do preceito vêm previstas na parte final do artigo em situações não exaustivas (“afastado por qualquer motivo”). Por fim, o JEC (Lei n. 9.099/95, art. 40) igualmente prevê a identidade física, antes não prevista no Juizado de Pequenas Causas.

1.4.2 Imediatidade

Não há artigo específico do CPC que preveja o princípio da imediatidade. Ele decorre de uma interpretação do art. 132 do mesmo diploma legal. Imediatidade é o juiz participar diretamente da prova oral.

Se determinadas provas devem ser produzidas oralmente e delas deve ser extraído o máximo de suas forças para que o juiz possa alcançar um juízo de convicção tal para decidir, evidentemente que a produção dessa prova deve ser imediata. O magistrado afere por meio dos sentidos se o depoente alega ou não a verdade.

Daí por que existe ainda um subprincípio à imediatidade que é o da *concentração*, que exige que a produção das provas seja o mais próximo umas das outras para ficarem presas à mente do magistrado.

Desta feita exige-se que as declarações sejam judiciais (e não fora do processo, mesmo em Cartórios), bem como que se evite a colheita da prova por qualquer serventuário que não o juiz.

A imediatidade serve para uma melhor compreensão dos fatos pelo juiz. Evidentemente que há exceções à regra. Nos depoimentos por Carta, o juiz que dirige o processo não será o mesmo que ouvirá as partes, ocorrendo o mesmo nas decisões de segundo grau.

1.4.3 Princípio da aquisição da prova (ou da comunhão da prova)

A prova, quando produzida, é incorporada no processo e dele não pode ser retirada, pois agora não pertence mais à parte, e sim ao processo (salvo nas hipóteses do art. 1.215, §§ 1º e 2º, do CPC que permitem o desentranhamento de documentos quando os autos já estiverem arquivados). Não altera sua importância, tampouco sua eficácia, se a parte adversa trouxe uma prova favorável ao direito da outra parte.

Como a prova agora é propriedade do processo, todos dela podem usufruir (comunhão de prova), gerando determinados – e relevantes – ônus processuais.

A primeira questão importante é a sua incidência sobre os litisconsortes. Por força da eficácia expansiva, a prova produzida por um incide sobre os demais, pois, se a prova revela que um fato ocorreu, evidentemente que o mesmo fato não pode ter acontecido de forma diversa para os litisconsortes.

Entretanto há uma situação processual que deve ser ressaltada. O litisconsórcio pode ser classificado em simples ou unitário. Esta classificação leva em conta se a decisão deve ser ou não uniforme aos litigantes. Em decorrência dessa classificação há de se perguntar qual o grau de influência que os atos de um incidem sobre os demais litisconsortes.

Quando se fala em litisconsórcio simples (o magistrado não precisa julgar de maneira uniforme a todos os litisconsortes), cada qual é tratado isoladamente como se fosse litigante autônomo: os atos e omissões de um não ajudam nem atrapalham os demais.

Já no unitário (dever de julgamento uniforme a todos), depende da conduta do agente. Se a conduta for positiva (denominada conduta alternativa), os atos de um incidem sobre todos (defesa, recurso). Todavia, se a conduta for negativa (conduta determinante), o ato é ineficaz em relação a todos (até mesmo para aquele que o praticou), por exemplo, a confissão (CPC, art. 350).

Quando se fala no campo probatório a regra toma pequenos desvios de rota. Se o litisconsórcio for unitário, a produção de uma prova em princípio constitui conduta alternativa (pois visa a ajudar a parte a demonstrar o fato alegado). Todavia, se a prova prejudicar a parte, pois não é possível prever o seu resultado, também prejudicará os litisconsortes. Já se a parte pratica ato de conduta determinante (por exemplo, a confissão), esta não produz efeitos nem para quem confessou, nem para os litisconsortes.

Quanto ao litisconsórcio simples, os atos não se comunicam. Assim também é com as provas, salvo se o fato a ser provado for comum entre eles.

A segunda questão importante diz respeito ao direito adquirido probatório. E, pelo princípio da comunhão, o requerente pode desistir da prova? E o juiz que a trouxe *ex officio*?

Em ambos os casos, é necessária a ciência das partes interessadas para que se manifestem.

1.5 O juiz na instrução do processo (ativismo judicial)

O ativismo judicial e o seu oposto, a ampla disponibilidade das partes de produzirem as provas sobre os fatos narrados, constituem dois princípios também decorrentes do sistema probatório: o princípio inquisitório e o princípio dispositivo. Entretanto, dada a importância do tema nos dias atuais, especialmente pela nova visão esposada (paulatinamente) pela jurisprudência, é importante estabelecer um tópico próprio para o tema.

Existem dois modelos que estudam (e explicam) o sistema de *quem* exerce a atividade probatória: i) aqueles que adotam o princípio dispositivo (que confere à parte o ônus probatório); ii) e o sistema inquisitivo (confere maiores poderes ao magistrado).

O primeiro modelo é adotado no sistema *common law*, e o segundo, no *civil law*.

A despeito de nosso sistema, iluminado pela tradição canônico-romana, adotar o sistema da *civil law* (portanto prevalecendo o princípio inquisitivo), a história mostra que nem sempre o Brasil observou essa corrente, aliás, sendo regra a autonomia das partes – nos dias de hoje – na produção probatória.

É importante dizer que a adoção de um ou outro modelo é opção político-ideológica do ordenamento vigente. Os países que adotam o amplo sistema dispositivo asseveram – tal qual no período napoleônico – a liberdade e a individualidade das partes. O processo seria um jogo cuja vitória seria atribuída a quem melhor produzisse as provas sobre os fatos. Ao Estado competiria, portanto, a mera observância das regras e o cumprimento da legalidade.

Ocorre que a realidade brasileira é diferente. As desigualdades sociais e econômicas têm estreita relação com o processo. As diferenças entre os litigantes influenciam de forma contundente a produção das provas nas mais diversas ordens (custeio de meios de prova dispendiosos, contratação de advogado incapacitado, dificuldade no acesso a determinadas provas – geralmente em poder da parte adversa etc.).

Entretanto, a despeito de todas estas constatações, no processo civil clássico, ainda, compete às partes produzir as provas e ao magistrado apenas recebê-las e, ao valorar seu peso no conjunto instrutório, decidir.

Parte-se da premissa de que existe a disponibilidade do direito material em conflito, afinal, se a parte pode praticar atos de disposição (renúncia, reconhecimento, transação), também lhe é lícito dispor sobre como e quais as provas que devem ser produzidas. Ademais, a produção da prova pelo juiz comprometeria sua imparcialidade.

Entretanto, como dito, as desigualdades entre as partes, o desapego à teoria privatista do processo, com a perfeita compreensão do estudo publicista do processo, e a concepção de que a atividade judicial não mais pode ser estática (calcada no princípio da cooperação) fizeram com que se mitigasse – no sistema probatório – a regra do princípio dispositivo, para dar azo ao princípio inquisitivo.

1.6 Objeto de prova

O objeto de prova são as alegações, e não os fatos. Não se provam fatos. Os fatos ocorreram ou não, existem ou não, não podendo ser objeto de prova. As alegações sobre os fatos, sim, é que podem ser verdadeiras ou mentirosas, e estas precisam ser provadas (DINAMARCO).

Em verdade o objeto de prova é o conjunto de alegações controvertidas das partes sobre os fatos relevantes para a causa. A controvérsia gera a questão (dúvida sobre um ponto). Assim a contestação é a principal fonte geradora das questões, pois nela o réu se contrapõe ao pedido do autor apresentando fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

Tanto é verdade que, se a parte for revel, confessar, ou não cumprir o ônus da impugnação específica, os fatos que deveriam se provar ficarão fora do objeto de prova.

Há situações que, mesmo não controvertidas, ainda assim dependem (e são, portanto, objeto) de prova. Assim são aquelas em que:

- a) não for possível a confissão – todas que versarem sobre direitos indisponíveis;
- b) faltar documento público indispensável para a prova do ato;
- c) houver contradição com a defesa ou com seu conjunto.

1.6.1 Fatos que independem de prova (CPC, art. 334)

Importante estabelecer relevante diferença entre (não) ônus da prova e ônus da alegação. O fato de a lei em determinadas situações dispensar a prova de determinados fatos não exime a parte de alegá-los. Daí o ônus da alegação. Se a parte não alegou o fato, mesmo que a lei dispense sua prova, este fato será desconsiderado para o conjunto probatório na medida em que é vedado ao juiz conhecer de causa de pedir não suscitada, gerando até efeitos extraprocessuais (eficácia preclusiva, CPC, art. 474).

- a) *Notórios* (CPC, art. 334, I) – notório é o fato determinado e reconhecido por dado grupo ou por toda a coletividade. Por serem de conhecimento geral, o juiz também os conhece. Se a dúvida é o fato gerador para a necessidade probatória, uma vez inexistindo dúvida sobre o fato probando, não há necessidade de prova.

A notoriedade decorre de qualquer campo da ciência humana e pode ser universal ou setORIZADA (a determinado grupo, classe etc.), por exemplo, a colheita de um insumo agrícola em determinada região. Há duas exigências para a aceitação desta notoriedade restrita: a) que esta seja aceita pelo grupo ao qual o fato notório se apresenta; b) que o juiz tenha conhecimento dele.

Não há de se confundir fato notório com o *boato* ou a opinião pública. O boato decorre de fonte desconhecida e se alimenta de sua própria existência, que pode ou não tornar-se fato notório depois de sua apuração. Já a opinião pública reflete no juízo crítico de determinada parcela da sociedade sobre dado assunto. Sendo opinião, não se pode conferir unanimidade e, portanto, notoriedade.

b) *Afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária* (CPC, art. 334, II) – o art. 334, II, apenas deseja ressaltar aquilo que o ordenamento já estabeleceu nas provas em espécie. O Código de Processo Civil prevê a confissão como meio de prova (essa natureza é discutida, conforme se verá em momento oportuno) e o art. 334 estabelece que, dada a confissão, os fatos sobre ela versados não dependerão de prova.

Dada a força probatória da confissão, constitui um forte elemento integrativo na convicção do magistrado para decidir a favor da parte contrária. Contudo, mesmo pelo fato de nosso sistema adotar o convencimento motivado, tem o magistrado liberdade de valorar a prova da maneira que melhor lhe aprouver.

A confissão gera a incontrovérsia sobre o fato que seria provado, tornando inútil a diligência para a apuração da verdade.

Evidente que a regra somente se aplica aos casos suscetíveis de confissão (CPC, art. 351). Outra questão que pode ser extraída do artigo é que a confissão a que se alude é a *judicial*. Quando a lei fala “afirmado pela parte e confessado por outra”, certamente o ambiente que se retrata é o do processo.

A confissão extrajudicial produz seus regulares efeitos dentro do processo desde que a parte não controverta sobre ela em juízo. Sabendo que lide (pela teoria adotada por Liebman) é o conflito projetado no processo, resta irrelevante saber das questões pretéritas à propositura da demanda (mesmo porque a confissão extrajudicial pode ter sido extraída por força de um dos vícios de consentimento – motivo até por que resultou na discussão em juízo).

Assim, se a parte impugnar a confissão, a prova deverá ser produzida para o esclarecimento do juiz.

c) *Admitidos, no processo, como incontroversos* (CPC, art. 334, III) – nesta situação em especial o Código parte de uma premissa falsa: nem a Lei, nem o juiz possuem poderes para admitir ou não, no processo, fatos incontroversos (como se estes fatos, mesmo incontroversos, tivessem a possibilidade de não serem declarados como tal caso o fossem). Pois os fatos são ou não são incontroversos. Constitui uma

consequência natural do processo que independe de declaração judicial, já que a incontrovérsia se presume.

O ordenamento prevê, em pelo menos duas oportunidades, as situações que tornam os fatos incontroversos: i) nos casos de revelia (constitui seu efeito material – CPC, art. 319) e ii) no não cumprimento do ônus da impugnação específica (CPC, art. 302). Evidente que essas hipóteses são exemplificativas, não encerrando o universo de situações dessa natureza.

d) *Em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade* (CPC, art. 334, IV) – Em determinadas situações não há prova do fato direto para a solução da causa. Nestes casos, existindo um primeiro fato (denominado fato-base), pode se chegar, por raciocínio lógico, à existência de um segundo, dada a estreita proximidade que estes fatos possuam.

Este campo mental exercido pelo julgador para presumir a existência de um fato (2) tomando como premissa somente o fato (1) denomina-se presunção. O segundo fato denomina-se indício.

Entretanto, episodicamente a lei se antecipa ao juiz e já estabelece os moldes como o raciocínio judicial deve ser levado, condicionando a atividade do magistrado.

e) *Irrelevantes* (CPC, art. 130, parte final) – são irrelevantes os fatos para os quais, com ou sem eles, o resultado do processo será o mesmo. A irrelevância da prova não é intrinsecamente considerada, mas sempre em relação ao fato que se deseja provar. O art. 130 é portador de norma que assevera a desnecessidade de provar fatos irrelevantes.

Nas demandas em que se discutam títulos de créditos não causais, a controvérsia da relação jurídica subjacente se torna irrelevante dada a abstração (autonomia) do título (CC, art. 887).

A relevância do fato também depende do efeito jurídico que se deseja atribuir ao fato. Assim, numa demanda em que se discute a responsabilidade objetiva (independe da culpa) é irrelevante provar que o agente não agiu com culpa.

1.6.2 Prova de direito

Inegavelmente a existência de uma regra jurídica (lei) dentro de dado ordenamento é um fato. Pergunta-se se é necessário fazer prova desse fato, ou melhor, é necessário fazer prova de uma regra jurídica? Entre nós só é necessária a prova desse direito em quatro situações.

Preconiza o art. 337 do Código de Processo Civil que: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência se assim o determinar o juiz”. Constitui uma exceção à regra ao que a LINDB (art. 3º) assevera de presunção de conhecimento do direito.

Por mais estudiosos que sejam os magistrados, tornam-se fisicamente impossíveis o conhecimento e o acesso às diversas leis emergentes em todo país. Fisicamente porque, além do tempo a ser despendido para a apreensão de todo arcabouço legal existente, há ainda a dificuldade do *acesso*. Muitas são as normas estaduais, municipais e internacionais somente disponíveis no local onde incidem com mais frequência, ficando limitadas à sua área de abrangência.

Ademais o direito consuetudinário nem sempre possui registros divulgados para que se tomem como base no julgamento.

Evidente que a regra do art. 337 somente terá razão de ser em havendo essa necessidade por parte do juiz. Se a norma, mesmo se enquadrando no artigo, for de conhecimento do magistrado, não há se falar na prova de direito.

A prova do teor e da vigência poderá ser feita por extratos, certidões (eletrônicas ou não) ou outro meio idôneo de prova.

1.6.3 A prova de fatos negativos

Consoante se depreende do ônus da impugnação específica, compete ao réu impugnar pormenorizadamente os fatos constitutivos do direito do autor (CPC, art. 302). Contudo é possível que o réu opte pela defesa de mérito direta, negando a existência desses fatos. Nesse caso recai o ônus da prova ao autor, que deve demonstrar que eles – os fatos – existiram.

Contudo, diferente é a existência do fato negativo, pois não se está negando o fato, mas dizendo que tal fato não ocorreu, e “a inoccorrência de um fato gera um direito. Afirma-se, portanto, um fato negativo – ou seja, afirma-se que um fato não aconteceu – e, dessa inexistência é que se

busca a consequência jurídica pretendida” (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 417).

O exemplo trazido pelos autores é bem ilustrativo: O CC/2002 disciplina que a servidão pode ser cancelada pelo proprietário desde que comprove que a outra parte não utilizou a servidão por dez anos seguidos (CC, art. 1.389, III). Desta feita o fato constitutivo do autor é um fato negativo.

Parece, à primeira vista, complicado provar um fato que não ocorreu, mas esta prova é possível em todos os *atos negativos definidos* (é possível provar que o réu não saiu do imóvel mesmo tendo assinado o mandado de reintegração de posse). Mas resta impossível provar o fato negativo indefinido (provar que nunca foi à cidade de Guaxupé, ou que nunca teve um tênis daquela marca etc.). Nesse caso a impossibilidade não reside na negativa em si, mas na indefinição do fato.

Evidente que há casos em que o fato negativo indefinido (também denominado negativa absoluta) pode ser provado com base num fato positivo. Assim é possível provar que uma pessoa nunca teve uma conta corrente com base numa declaração do Banco Central nesse sentido.

1.7 Ônus da prova

1.7.1 Conceito

Ônus e obrigação se diferem pelas consequências operadas no plano do processo e fora dele. As obrigações, quando não cumpridas, geram inserção de prejuízo na esfera jurídica da parte contrária. Desse modo a intervenção estatal se torna necessária – para fazer atuar a sanção e compelir a parte no seu dever jurisdicional.

Contudo o ônus é uma permissibilidade de conduta da parte que, se não observada, gerará prejuízos na sua própria esfera jurídica. Desta feita, podendo a parte assumir seus próprios riscos e não causando prejuízos à parte adversa (muito pelo contrário), o Estado apenas pode apenar a conduta da parte com o conseqüente previsto em lei. Assim a parte tem o ônus de se defender, pois, caso não o faça, o prejuízo é exclusivamente seu (revelia, CPC, art. 319).

Desta forma o ônus probatório não é – nem pode ser – um dever, mas, sim, um ônus. O desatendimento ao preceito acarretará em fato alegado e não provado. Em suma, o ônus da prova não é a imposição para que a parte apresente a prova dos fatos que alegou, mas, sim, da assunção do risco de não fazê-la.

Ônus da prova é o encargo atribuído às partes, decorrente de lei ou por vontade judicial, para que se demonstre a existência dos fatos de seu interesse. O adágio *allegatio et non probatio quase non allegatio* (alegar sem provar é o mesmo que não alegar) demonstra o interesse das partes nas provas a serem apresentadas no processo.

Sua finalidade é estabelecer critérios objetivos de molde a orientar a decisão judicial, especialmente naqueles casos em que exista uma impossibilidade de se obter a conclusão sobre a existência do fato. Perceba que a regra do ônus da prova assume marcadamente um caráter subsidiário no sistema: apenas será utilizada se o fato não foi provado e, em decorrência da regra da inafastabilidade e da impossibilidade de o juiz decidir *non liquet*, deve o magistrado decidir.

Constitui, portanto, regra de julgamento, e não de procedimento (regras de conduta), já que traçará os caminhos que o juiz deve trilhar caso não encontre as provas sobre os fatos. Dessa feita ônus da prova importa em saber quem sofrerá as consequências caso um fato não tenha sido provado.

Evidente que essa escolha não decorre da vontade do magistrado (apenas em casos excepcionais, conforme se verificará no *ônus dinâmico da prova, infra*). Este critério (para guiar a sua atividade) não compete ao arbítrio do juiz, mas, sim, de previsão legal.

O único artigo que faz referência ao ônus da prova no CPC é o art. 333:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

- I – recair sobre direito indisponível da parte;
- II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Veja que a lei estabeleceu um método simples de distribuição deste ônus pautado no *interesse*. A despeito de a lei utilizar as expressões *autor* e *réu*, o ônus do processo atinge a todos os sujeitos parciais do processo, como litisconsortes, terceiros (as intervenções – CPC, arts. 50 a 80), MP etc.

1.7.2 Inversão do ônus da prova

Da mesma forma que as partes podem convencionar sobre o foro de eleição (CPC, art. 111), podem elas dispor sobre o ônus da prova.

Constitui-se negócio jurídico processual, cuja finalidade é a alteração das regras previstas em lei para a distribuição do ônus *probandi*. Da mesma forma que o legislador institui o ônus da prova, [ele] institui também as possibilidades de inversão.

A inversão do ônus da prova pode ser legal, convencional ou judicial.

Será **legal** (*ope legis*) quando a lei instituir a inversão decorrente da presunção relativa prevista em lei.

De raríssima incidência prática, a **convencional** (*ope judicis*) decorre da vontade das partes. Esta convenção pode ser disciplinada de forma livre – CC, art. 104, III – (instrumento público, particular, em juízo [audiência ou petição]). Conforme se verifica do parágrafo único do art. 333, a lei não prevê as hipóteses de inversão convencional, mas, sim, quando ela não pode ser realizada: i) sobre direito indisponível (*vide* também art. 51, VI, do CDC) e ii) a inversão não causar dificuldade na prova por uma das partes.

A **judicial** ocorrerá quando o magistrado sentir a necessidade (será visto oportunamente no estudo do ônus dinâmico da prova, *infra*) da inversão ou quando a própria lei o autoriza a fazê-lo. O momento adequado para se proceder a inversão será no instante de proferir a sentença. E isso porque, antes desse evento, não tem o magistrado condições de verificar se a prova será suficiente.

1.7.3 Sobre o ônus dinâmico da prova

Consoante se depreende da rápida leitura do art. 333, verifica-se que o legislador adotou a teoria do ônus estático da prova, vale dizer, o encargo *probandi* de cada um dos litigantes é prévia e abstratamente conferido por lei, não levando em consideração as partes em conflito.

Todavia, por uma série de fatores (sociais, econômicos e mesmo físicos), a parte a quem compete o ônus da prova fica impossibilitada de exercê-lo, gerando o que se convencionou denominar prova diabólica. Desta feita, aos poucos a doutrina vem aceitando a teoria do ônus dinâmico da prova. Por ônus dinâmico entenda-se a possibilidade de o magistrado, não aprioristicamente, mas à luz do caso concreto, fixar a qual das partes competirá o encargo probatório diante da impossibilidade/dificuldade da outra.

Trata-se de mais um mecanismo atípico colocado à disposição do magistrado para que confira a paridade de armas e promova a isonomia substancial das partes no processo (CPC, art. 125, I). Não existe óbice, em nenhuma esfera do ordenamento (constitucional ou infra), acerca do ônus dinâmico.

Há duas condições para a aplicação do ônus dinâmico, uma material e outra processual. Na material devem se constatar a insuficiência e a impossibilidade de aplicação do método tradicional. Já na processual deve a decisão ser motivada (declinar os motivos da inversão judicial), além de ser dada oportunidade de se poder produzir a prova.

1.8 Fontes e meios de prova

Nos dizeres de Dinamarco (2002, v. II, p. 86-87), “Fontes de Prova são pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação (...). Meios de prova são técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa. Diferentemente das fontes, eles são fenômenos internos do processo e do procedimento”.

Assim, a fonte é a prova em si, e os meios são os mecanismos para sua obtenção. A cada fonte de prova corresponde um meio de prova. Assim se analisa um documento, inquire-se uma testemunha etc. A lei não limita as fontes de prova, restringindo-se a compreender que se trata de qualquer pessoa ou coisa que possa produzir informações.

Os meios de prova estão previstos no CPC (depoimento pessoal, prova testemunhal, documental, pericial, inspeção judicial). Apesar de ser indicada como tal, a confissão não é meio de prova.

1.9 Sistemas de apreciação de provas

1.9.1 Introdução

A valoração da prova no processo é realizada pelo juiz. O sistema não confere grandes contornos para sua atividade na cognição da prova, limitando somente que sua análise se restrinja aos autos em que fora produzida (CPC, art. 131).

1.9.2 Sistema da prova legal (prova tarifada)

Nesse sistema, às provas é previamente atribuído um valor. Este valor é conferido pela lei de forma abstrata e geral; diferente dos sistemas que conhecemos, em que o magistrado atribui o valor que entende devido às provas dos autos.

Esta prévia valoração das provas decorria de conferir a possibilidade de estabelecer um valor tarifado para todas as provas de forma genérica e a confiança de que o legislador teria plena legitimidade para fazê-lo.

Assim a lei confere maior ou menor eficácia às provas de acordo com aquilo que entende correto, devendo tais premissas ser obedecidas pelos magistrados.

Evidentemente que, apesar de nosso ordenamento rechaçar a aplicação do sistema de prova legal, ainda mantém um tenuous vínculo com essa forma de valoração de prova. O ordenamento ainda prevê algumas situações em que as provas já possuem valor estabelecido, não sendo lícito ao magistrado, na subsunção da prova, valorar a seu livre critério (motivado!) as consequências jurídicas do seu resultado.

Assim o é o art. 401 do CPC ao asseverar que: “A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”. Da mesma forma o art. 145, ao impor a presença de um perito nos casos que demandem conhecimento técnico. Também o

art. 353, que atribui à confissão extrajudicial a mesma eficácia que a judicial.

1.9.3 Sistema da livre convicção

Se o sistema da prova legal cria um sistema rígido de apreciação das provas, o sistema da livre convicção não se apega a nenhuma baliza e permite ao magistrado a livre apreciação da prova tomando por base o que está dentro e fora do processo.

Nesse modelo, o magistrado tem ampla possibilidade de decidir de acordo com sua íntima convicção, sem necessidade de fundamentar suas escolhas ou mesmo sua forma de valorar as provas analisadas.

O nosso ordenamento, contudo, permite em uma única situação a possibilidade de se julgar de acordo com convicções privadas sem necessidade de se externarem os motivos. No Tribunal do Júri, o julgamento se dá em sessão secreta sem a necessidade de se motivar. A sentença prolatada pelo juiz é fundamentada e estabelecida a dosimetria da pena, mas a decisão pertence aos jurados.

1.9.4 Sistema da persuasão racional

No meio desses dois sistemas, encontra-se aquele que o nosso ordenamento adota. Constitui um equilíbrio entre as duas correntes, criando uma certa dose de proporcionalidade à apreciação da prova.

O art. 131 do CPC disciplina que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Portanto a apreciação probatória por parte do magistrado é livre, desde que se atenha àquilo que tenha sido trazido (princípio da aquisição) e produzido dentro do processo.

Esta regra está afinada com o sistema na medida em que a Constituição Federal exige fundamentação de todas as decisões (art. 93, IX) e o CPC aduz como um dos elementos da sentença a fundamentação (art. 458, II).

Há, ainda, diversos artigos do CPC que ratificam a condição da livre apreciação da prova pelo magistrado (arts. 386, 405, § 4º, 436, 439,

parágrafo único, 915, § 3º etc.).

Assim, a aplicação desse sistema impõe o preenchimento de três requisitos: a) livre convencimento racional: diz-se racional, pois a apreciação probatória decorre da análise técnica da prova, e não de mero alvitre do juiz; b) fundamentado: deve ser fundamentado na medida em que ao julgador compete explicar o porquê da valoração da prova da forma como exposta; e c) se ater às provas dos autos: se fosse permitido ao juiz analisar as circunstâncias e elementos de fora dos autos, haveria ofensa à segurança jurídica e principalmente ao contraditório, afinal a parte não teria como se manifestar sobre elementos *novos* trazidos pelo juiz no processo.

1.10 Presunções e indícios

1.10.1 Introdução

Presunção é um caminho mental desenvolvido pelo julgador no qual dado fato conhecido poderá, com certo grau de probabilidade, levar a outro (não conhecido). Assim, é clássico o exemplo de que o botão do casaco deixado próximo ao cofre provavelmente seja daquele que cometeu o delito.

De ordinário as provas são *diretas* e fornecem ao juiz a ideia objetiva do fato probando: a testemunha narra os fatos conforme viu e ouviu; o perito apresenta os cálculos; o devedor confessa a dívida; o documento representa algo. Em todos esses casos, o juiz, que é o destinatário da prova, tem a ideia dos fatos sem qualquer dedução, pois lhe são apresentados objetivamente.

Entretanto, quando não for possível a prova direta do fato principal, a parte faz prova de fatos circunstanciais que são chamados de indícios. Indício é toda circunstância de fato da qual se pode extrair a convicção da existência de um dado fato principal. São palavras comuns a se trabalhar com indício: “suspeito” ou mesmo “certo grau de probabilidade”.

A prova indireta é o resultado de um processo lógico, como causa e efeito. Dada a existência daquele fato, é certo que existiu. Mas, por si só, no estado potencial o indício não tem qualquer valor. Existe um salto

mental entre a prova do indício e a convicção do fato principal. Esta ponte, este elo é chamado de presunção.

A vivência em sociedade permite que se conjuguem (= relacionem) uns fatos a outros e que se criem verdadeiros *juízos de probabilidade*. Assim, dado o fato-matriz, há um indício de que o fato subsequente tenha ocorrido, mesmo não se tendo conhecimento direto dele.

Veja. A presunção não trabalha nunca com a certeza e sempre no campo da plausibilidade entre o fato-base e o fato presumido. A mera probabilidade já é o suficiente para a constatação do fato ocorrido.

O objetivo da técnica do trabalho com as presunções e os indícios é permitir que a prova seja mais bem produzida, sem a necessidade de um laborioso (e às vezes inútil) trabalho para a obtenção do fato que se pretende provar.

As presunções podem ser legais ou judiciais. Serão legais quando previamente estabelecidas pelo legislador, tendo incidência *erga omnes* a todos os casos similares, e serão judiciais quando o magistrado procede este caminho. Nesta hipótese a presunção se aplica somente no caso concreto analisado, podendo servir, quando muito, de precedente judicial para futuras situações análogas.

1.10.2 Presunções absolutas (“iure et de iure”) e relativas (“iuris tantum”)

A probabilidade não é valor que se mede unitariamente. A probabilidade sempre deve ser verificada mediante o cotejo entre dois fatos. Esta constatação faz com que existam situações com maior ou menor grau de probabilidade. Evidente que essas diferenças não se situam no campo meramente acadêmico. O legislador, atento a estas diferenças, instituiu dois tipos de presunção que têm como critério de diferenciação o grau de probabilidade. Se maior, será absoluta. Se menor, será relativa.

A principal diferença externa entre uma e outra – para não ficar no campo abstrato da intensidade – é a admissão da prova em contrário. Enquanto na relativa essa prova pode ser feita, na absoluta já se aceita o fato presumido sem que dele possa se impugnar.

Assim, na usucapião extraordinária (CC, art. 1.238), decorrido o prazo de 15 anos assinalado em lei, adquire-se a propriedade por prescrição aquisitiva; neste caso desconsidera-se por completo a boa-fé, como se essa existisse intrinsecamente nessa modalidade de aquisição de bem imóvel.

Na presunção absoluta, uma vez detectada sua ocorrência, despreza-se a instrução probatória. Assim o é na prova da existência da repercussão geral em recurso extraordinário (CPC, art. 543-A, § 3º).

Como nas presunções relativas se admite prova em contrário, provado um fato (que não é o principal), chega-se, por presunção, à convicção da existência de um fato principal. Se essa presunção é relativa, a parte contrária pode fazer prova contra a convicção de que o principal existe, tentando quebrar o nexo entre causa e efeito instituído pela presunção.

Não existe presunção absoluta convencional. Sempre será legal.

A presunção relativa é a linha de raciocínio que faz chegar à aquiescência de um dado fato presumido existente e que será tido como existente até que haja prova em contrário. Constitui método de inversão do ônus da prova.

Podem ser legais ou judiciais. As presunções legais “são o resultado de normas abstratas e gerais que dispõem para o futuro e impõem-se a todos os casos que se enquadrem em suas previsões” (DINAMARCO, 2002, p. 120). Assim o, v.g. são os efeitos da revelia (CPC, art. 319). As normas legais são dados da experiência comum que, por serem comprovados no mundo fático, foram alçados a verdades presumidas legalmente.

Já as presunções judiciais, também denominadas máximas de experiência, são as deduções que o juiz constata para provar a existência de determinado fato com base em outro fato já provado.

Diferentemente das presunções legais, as presunções judiciais (*hominis*) não decorrem de uma previsão abstrata da lei, mas da própria experiência do magistrado, com base em sua vivência em casos análogos (CPC, art. 335), como o trânsito na cidade de São Paulo, as lojas se encerrarem naquela cidade em determinado horário.

Assim, dispõe o art. 335 que: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum

subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

Este artigo, de redação parecida com o art. 126 do CPC (norma infraconstitucional que explica o princípio da ubiquidade), admite técnica não prevista lá: a previsão das máximas de experiência.

A *falta de normas jurídicas particulares* encerra uma norma subsidiária: somente serão aplicadas máximas de experiência caso não haja norma que regule a presunção legal. Assim não pode ser tomada como uma omissão legislativa, mas uma proposital não regulamentação do assunto. Se as presunções legais constituem exceção à regra (já que a lei não prevê abstratamente, em todas as situações, a dedução do fato presumido dado um fato originário), a judicial também deve ser assim considerada.

Para se chegar a um fato circunstancial, tendo sido provado um fato principal, nem sempre existe uma norma jurídica que prevê a presunção legal. Em não havendo presunção legal o juiz chega ao fato principal por presunção humana (judicial ou *hominis*) que resulta da experiência comum ou da experiência técnica. Essa experiência é extraída da observação que, de ordinário, ocorre em um dado grupo social (comum) ou resultando da aplicação ou atuação das leis da natureza que pode ser traduzida pelo juiz ou por perícia.

As presunções humanas são divididas em comum ou técnica. A presunção comum é analisada pelo cotidiano. Já as normas técnicas são aquelas que, vistas também do cotidiano (daí se dizer que são regras técnicas *vulgarizadas*, porque ao alcance de todos), dependem de dado conhecimento específico (lei da gravidade, *v.g.*).

Assim não se dispensa o conhecimento técnico do perito em determinadas situações. Mesmo que o juiz, *v.g.*, tenha conhecimento em cálculo financeiro, é imprescindível que se nomeie um perito para constatar a existência de anatocismo em dada relação contratual.

O conhecimento técnico a que alude o art. 335 refere-se ao conhecimento generalizado, ao alcance de todos.

Essas regras de experiência (comum ou técnica) não estão no campo dos fatos e, portanto, do ônus da prova, podendo e devendo o juiz aplicá-

las de ofício, como faria com as presunções legais. As máximas de experiência são, portanto, as presunções humanas que são juízos hipotéticos de conteúdo geral, alheios ao caso concreto, usados na observação do que comumente acontece (a gestação da mulher é de nove meses, o calor dilata os corpos metálicos). Não se confunde com o fato notório, cuja prova é dispensada porque é do conhecimento geral. Ambos são de conhecimento do juiz.

Quando o magistrado se utiliza de sua experiência pessoal, evidentemente não arranha o princípio do contraditório. O campo mental para ligar os dois fatos é uma margem de liberdade autorizada por lei.

O Código de Processo Penal em seu art. 239 define indício: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que tendo relação com o fato, autorize, por presunção, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

1.10.3 Presunção e a prova

Presunção não é meio de prova. Constitui um método de raciocínio para se conhecer de um fato desconhecido com base num fato anterior (provado) e o indício da existência desse segundo fato. Ou seja, é atividade do juiz para examinar a prova.

E é exatamente por isso – por não se tratar de meio de prova – que o legislador não pode regular a sua aplicabilidade (como disciplinar o raciocínio do juiz?), daí por que extremamente criticável a postura do legislador civil ao regular no CC/2002 a presunção como meio de prova (art. 212, IV).

1.11 Provas atípicas

Os meios de prova enumerados no Código de Processo Civil não são taxativos. E isso porque o modelo constitucional do processo não pode permitir que o sistema crie um instrumental rígido para a produção probatória sabendo que maior que o atendimento às regras do processo é a necessidade de se provar o direito em juízo. Atento a esta questão, o art. 332 do CPC permite a produção de provas atípicas desde que “moralmente legítimas” para a investigação da verdade dos fatos. Assim

o sistema é aberto para provas não previstas em lei desde que não sejam ilícitas, como as provas cibernéticas e a reconstituição de fatos.

Uma prova não prevista no CPC, mas corriqueiramente adotada na prática forense, é a prova emprestada. Constitui a possibilidade de se proceder ao traslado de documentos formalizados em outro processo. A economia processual é patente.

A prova emprestada em verdade não pode ser classificada como um meio de prova atípico. O que a difere das demais é o momento e a forma de produção.

Em princípio as provas são produzidas no processo em que foram adquiridas, perante o próprio juiz da causa (imediatidade). Todavia a possibilidade de repetição de uma mesma prova em processos diversos decorre da economia (os naturais custos com a produção) e da celeridade (a produção de um meio de prova inexoravelmente gera tempo).

É preferível que a prova emprestada seja prova documental ou pericial. E isso porque as provas tomadas oralmente (testemunhal e depoimento pessoal) o são pela imediatidade judicial. Assim, é preferível, para um melhor apuro nas suas convicções, que o magistrado proceda esta prova no próprio processo.

Evidentemente que, se a prova emprestada é realizada em outro processo, há de se observar o princípio do contraditório. É importante que no processo originário já se tenha observado este princípio. No processo a ser utilizada a prova o contraditório também deve ser oportunizado.

A prova emprestada não possui vinculação com a apreciação que o magistrado da primeira demanda lhe emprestou. Assim, poderá o juiz que determinou a importação da prova emprestada atribuir-lhe novo valor (= efeito jurídico) diverso daquele conferido pelo juiz da primeira ação.

Quanto à eficácia, as provas documentais valem como documento em qualquer processo em que forem apresentadas. A prova deve ser preconstituída (criada para o fim de prova), e não causal (fez a prova não sendo a intenção dela), desde que no processo em que seja importada se observem as regras da produção da prova documental.

Entende a doutrina que é preferível que a prova seja emprestada de processo em que as partes também tenham figurado. Caso seja uma delas

ou as duas estranhas ao primeiro processo, haverá necessidade de demonstrar concordância, pois a produção da prova, em regra, é matéria afeta às partes.

Por fim, somente será possível importar uma prova produzida em segredo de justiça em outro processo se figurarem no atual as mesmas partes, mantendo-se o sigilo tal qual fora no anterior.

2. Provas em espécie

2.1 Depoimento da parte (CPC, arts. 342 a 347)

2.1.1 Introdução

Depoimento da parte é o testemunho da parte em juízo. É impróprio nominar (como estabelece o Código) *depoimento pessoal*, pois todo depoimento é pessoal (seja das partes, seja das testemunhas); correto seria o *depoimento da parte*.

Ninguém melhor que as partes para trazer as informações precisas sobre os fatos que se discutem no processo. Até mesmo porque nem sempre os documentos representam com fidelidade o ocorrido. Os fatos chegam ao conhecimento do juiz adaptados à conveniência das partes, pelo advogado, por meio das peças processuais, e podem omitir questões relevantes para o deslinde da causa.

Daí a importância de se colher diretamente a prova de quem figurou na relação jurídica de direito material.

2.1.2 Quem pode prestar

Podem prestar depoimento todos aqueles que forem parte no processo (incluindo-se os terceiros que adquirem essa condição no seu aporte à demanda). Todos os demais, por exclusão, não podem prestar depoimento pessoal, pois nessa modalidade há uma peculiaridade restrita às partes: a possibilidade de confissão.

Nessa esteira o advogado, mesmo com poderes especiais, não pode prestar depoimento pela parte, pois o objetivo é trazer ao processo os fatos com que a parte teve contato. Trata-se, portanto, de atividade

personalíssima. Há, pelo menos, duas exceções à pessoalidade do depoimento:

- a) nos casos em que o procurador (com poderes especiais) também tenha vivenciado os fatos;
- b) preposto da pessoa jurídica. Nem sempre o diretor ou sócio tem conhecimento dos eventos que ocorreram; assim, é possível que o preposto seja aquele que tenha participado do fato que ensejou a causa.

2.1.3 Consequências

O depoimento pessoal pode gerar três consequências no processo. A primeira é o conhecimento dos fatos pelo juiz. A segunda é a possibilidade da confissão real, concedida por meio da assunção direta pela parte dos fatos. E a terceira é a confissão ficta que será extraída não do depoimento em si, mas da recusa, seja de comparecer, seja em responder às perguntas que lhe foram formuladas.

2.1.4 Modalidades

Assim como no direito italiano, nosso sistema adotou duas espécies de depoimento da parte, o interrogatório livre ou o depoimento por provocação:

- a) *Interrogatório livre* (CPC, art. 342) – este tipo é formulado pelo juiz, de ofício, e a qualquer momento do processo sempre que entender necessário (CPC, art. 130). Não pode gerar a confissão ficta.
- b) *Depoimento por provocação* (CPC, art. 343) – este é o depoimento requerido pela parte contrária para que seja ouvida a parte intimada na audiência de instrução e julgamento (somente nesse momento) com o objetivo de se extrair a confissão. Haverá pena de confissão se: i) não comparecer ou ii) comparecer, mas se recusar a depor.

Nesses dois casos os fatos serão presumidos confessados (confissão ficta (ou presumida), CPC, art. 343, §§ 1º e 2º).

Portanto, somente é possível a confissão ficta se: i) for requerido o depoimento pela parte contrária; ii) a parte tiver sido regularmente intimada (e que tenha constado do mandado a advertência do seu não

comparecimento); iii) nos autos houver outra prova que comprove aquilo que restou omitido.

Não poderá o magistrado constatar a confissão ficta pela recusa de responder a determinado questionamento se há nos autos prova do fato por outro meio. O silêncio não pode se sobrepor a uma prova.

A confissão ficta não atinge os litisconsortes (CPC, art. 350) mesmo quando for unitário, pois os atos negativos não se correspondem.

2.1.5 Forma de produção

Será efetivado do mesmo modo com que se inquiram as testemunhas. As partes serão ouvidas uma de cada vez, primeiro o autor e depois o réu, sem que um presencie o depoimento do outro.

No depoimento pessoal provocado, após as perguntas do juiz, é lícito ao advogado formular perguntas (reperguntas), mas apenas ao advogado da parte adversa, já que não é possível ao advogado da parte formular perguntas ao seu cliente. No interrogatório, fica vedada a participação dos advogados, limitando-se a presenciar o depoimento.

É vedada à parte a consulta de apontamentos ou a leitura de seu depoimento, salvo de maneira breve para rememorar alguma situação pretérita. O depoimento deve ser espontâneo, e não mecanizado, pois dele o magistrado pode extrair a verdade dos fatos e a leitura pode maquiagem o meio de prova, dificultando sua real finalidade.

2.1.6 Recusa

A parte poderá se recusar a responder (sem que com tal atitude incorra em confissão ficta) (CPC, art. 347) nas hipóteses de:

- a) fatos criminosos ou torpes que lhe tenham sido imputados;
- b) fatos resultantes de estado ou profissão que imponha à pessoa dever de sigilo. Assim, o médico, o padre, ou mesmo o filho a depor contra o pai.

Equivocado o parágrafo único ao asseverar que essas exclusões não se aplicam às causas de separação, filiação e anulação de casamento. E isso porque ninguém pode alegar crime contra si, mesmo nessas causas (se nem no direito penal isso é possível).

2.2 Confissão

2.2.1 Introdução

Preceitua José Carlos Barbosa Moreira que confissão é “a admissão, pela parte, da verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável à parte contrária” (23. ed., 2009, p. 60).

É conhecida a diferença entre confissão e reconhecimento jurídico do pedido. Aqui se reconhece o pedido, vale dizer, o fato narrado, bem como a consequência jurídica emprestada pelo autor para a procedência da demanda. Já na confissão, como meio de prova que é, a assunção atinge somente ao(s) fato(s). Pode, contudo, este fato confessado não alcançar a consequência jurídica pretendida pelo autor (v.g., o réu pode confessar a relação de comodato com o autor referente ao empréstimo de um imóvel, mas o juiz não pode deferir, justamente pela natureza gratuita deste contrato, uma contraprestação que foi requerida na inicial).

Constitui meio de prova porque admite – pela confissão – como verdadeiro determinado fato, dispensando a sua prova.

Para confessar é necessário ter capacidade. E isso porque a confissão somente pode versar sobre direitos disponíveis (CPC, art. 351) e apenas quem possui capacidade para dispor sobre direitos pode confessar. O incapaz não poderá confessar nem por representante legal.

2.2.2 Classificação

A confissão pode ser:

- a) *Judicial* – quando exercida dentro do processo; esta, por sua vez, pode ser:
 - 1) *espontânea* – quando a parte confessa, por escrito ou oralmente, sem que tenha sido arguida pelo magistrado. Com a confissão o magistrado lavrará a termo o depoimento do confitente;
 - 2) *provocada* – quando decorrente de arguição judicial. Neste caso a confissão decorre de outro meio de prova, o depoimento pessoal.
- b) *Extrajudicial* – quando a confissão se dá fora do processo, por algum documento escrito. Este documento será apresentado à parte ou a quem a represente. Possui a mesma eficácia probatória que a judicial.

Contudo, se feita para terceiros, esta prova não terá [necessariamente] o mesmo valor probatório que a judicial, podendo o magistrado apreciá-la livremente.

2.2.3 Pontos importantes

- a) Como a confissão deve ter valor probatório como um todo, de regra é indivisível (CPC, art. 354), vale dizer, a parte que deseja utilizar a confissão como prova não pode utilizar-se da parte que a favorece e relegar a parte que a prejudica.
- b) Contudo a lei permite o fracionamento “quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção” (CPC, art. 354, parte final).
- c) A confissão é, via de regra, irrevogável e irretratável. Quanto à irrevogabilidade, a parte poderá requerer a desconstituição da confissão que poderá ocorrer quando obtida por meio de vício de consentimento. Evidente que o vício macula a manifestação de vontade exarada, comprometendo a higidez da prova.
- d) A revogação se dá por meio de ação anulatória (CPC, art. 486) se antes do trânsito e, se após, rescisória (CPC, art. 485, VIII).
- e) A confissão é também irretratável, pois ela contém ínsita a vontade de confessar e constituiria uma *venire contra factum proprium* a parte confessar fato contrário ao seu interesse e posteriormente se retratar.

2.2.4 Limitações à confissão

O sistema limita a confissão em algumas hipóteses:

- a) quando a lei estabelecer o sistema de prova legal – resquício de um sistema não mais adotado pelo nosso ordenamento, o art. 366 determina que: “Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”;
- b) quando um dos litisconsortes isoladamente procedeu a confissão. Mesmo nos casos de litisconsórcio unitário, o ato de um não pode atrapalhar aos demais litisconsortes (somente ajudar);

- c) sobre direitos indisponíveis – se o direito colocado em jogo é indisponível, não há se falar em confissão. Evidente que esta regra não pode ser levada ao pé da letra, já que numa ação de investigação de paternidade poderá confessar o réu que é pai do menor.

2.3 Exibição de documento ou coisa

2.3.1 Introdução

Constitui método para a parte provar determinado fato com base em documento ou coisa que não estão em seu poder.

Há diversos modos de se requerer a exibição de documento ou coisa no ordenamento brasileiro:

- a) *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII, e Lei n. 9.507/97), quando as informações estiverem de posse de autoridade governamental ou outro ente público, sendo a medida satisfativa;
- b) documento em repartição pública. Nesses casos haverá outra demanda a ser proposta ou já em juízo (CPC, art. 399; art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 1.533/51). Aqui se trata de método de requisição de documentos, e não propriamente de exibição. Conforme art. 399 do CPC;
- c) cautelar de exibição (CPC, art. 844), que será utilizada quando a medida for preparatória e houver *periculum in mora*;
- d) exibição de documento ou coisa contra particulares em caráter incidental ao processo.

É do último que o sistema de provas cuida.

Há duas formas de exibição de documento e coisa regulada de maneiras diversas: a exibição pela parte contrária e a exibição por terceiros.

2.3.2 Acepções gerais

Há regras comuns às duas modalidades.

- a) *Poder instrutório judicial* (CPC, art. 355) – o magistrado poderá de ofício requerer a exibição do documento ou da coisa de quem esteja

em sua posse. TAL justificativa deflui do seu poder instrutório. Em relação às partes, vige a regra do art. 130.

Em relação a terceiros, decorre de todo aquele que, não sendo parte do processo, tem o dever de colaborar com a justiça (CPC, arts. 339 e 341, II). Não se instaura novo processo, portanto não ofende o princípio da inércia já que se trata de medida interina ao processo.

b) *Pedido* (CPC, art. 356) – a parte formulará um pedido que deverá necessariamente conter:

- 1) *a individuação da coisa*: tem por finalidade facilitar a parte ou terceiro que deverá exhibir o que deverá ser apresentado perante o Estado-juiz. Não pode haver dúvidas sobre o que deve ser exibido;
- 2) *finalidade*: aqui há de se verificar a pertinência da exibição em relação ao que se tenta provar em juízo;
- 3) *fato gerador*: de nada adianta demonstrar o documento/coisa, a finalidade, se não conseguir demonstrar que o documento/coisa existe e está em poder da parte contrária ou terceiro.

c) *Escusa e sua impossibilidade* (CPC, arts. 358 e 363) – a lei, no art. 363, estabelece cinco situações em que a parte ou o terceiro podem se escusar a exhibir em juízo documento ou coisa:

- 1) que se refira a negócios da vida da família;
- 2) se sua apresentação violar o dever de honra (da parte ou algum de seus parentes e consanguíneos até o terceiro grau);
- 3) se representar perigo de ação penal;
- 4) se dos fatos a serem exibidos, por estado ou profissão, a parte deva guardar segredo;
- 5) por qualquer outro motivo que o magistrado entenda justificada a recusa.

Contudo, esta recusa não poderá ser alegada em três hipóteses (CPC, art. 358):

- 1) se o requerido tiver a obrigação legal de exhibir (a Caixa Econômica Federal tem o dever de exhibir os extratos das contas vinculadas ao FGTS): (STJ, 1ª T., Ag Reg no REsp 631.993/AL, rel. Min. Denise Arruda, j. 16-11-2004);

- 2) se o próprio requerido (que deve ser parte) aludiu no processo o documento ou a coisa objetivando constituir prova;
- 3) se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

2.3.3 Exibição pela parte

Trata-se de incidente processual formalizado com o pedido previsto no art. 356 do CPC.

Neste caso o requerido será intimado para que em cinco dias se manifeste. Esta intimação será feita na pessoa do advogado e não necessita ser pessoal. É isso porque a intimação pessoal somente se justifica quando realmente for necessária (v.g., intimação para audiência, sob pena de confesso, o advogado não dá andamento ao feito).

O requerido devidamente intimado terá quatro opções:

- a) exibir o documento ou a coisa, quando então se cumpre o incidente e a prova terá sido produzida para o fim a que ela se destina;
- b) afirmar que não o possui (CPC, art. 357, parte final). Nesse caso haverá a inversão do ônus da prova e o requerente deverá provar que esta alegação não corresponde com a verdade;
- c) alegar uma das escusas previstas no art. 363 do CPC, quando o magistrado verificará se a escusa é verdadeira e pertinente ao caso;
- d) recusar-se a exibir. Neste caso o magistrado terá duas opções:
 - 1ª) admitir como verdadeiro o fato que a parte requerente pretendia provar (CPC, art. 359) se não houver justificativa à recusa no prazo de 5 dias (CPC, art. 357) ou a escusa apresentada for ilegítima;
 - 2ª) determinar a busca e apreensão do bem ou mesmo a aplicação de multas coercitivas (CPC, art. 461, §§ 4º e 5º) para compelir o cumprimento da obrigação específica.

Da decisão caberá agravo, por se tratar de decisão interlocutória (CPC, art. 162, § 2º).

2.3.4 Exibição por terceiros

Vem disciplinada nos arts. 360 a 362 do CPC.

Como o terceiro não ingressa na relação jurídica de direito processual, evidentemente não será possível o pedido de exibição incidental. Desta forma, como se dirige uma verdadeira *pretensão* contra o terceiro, esta deve ser formalizada por petição inicial, incidente ao processo principal.

Será o terceiro (réu na demanda acessória) citado para apresentar o documento em 10 dias. Ao terceiro, assim como à parte contrária, concorrem quatro possibilidades distintas:

- a) apresentar o documento ou coisa, quando então se encerra o processo incidental com a produção da prova desejada;
- b) negar a posse do documento ou da coisa;
- c) recusar a obrigação de exhibir pelos motivos do art. 363 do CPC;
- d) ficar inerte. Se não houver motivo justificado, ou não se manifestar no prazo legal, o magistrado determinará, nos termos do art. 362 do CPC, que proceda ao respectivo depósito em cartório ou outro lugar a ser designado no prazo de 5 dias, somadas as despesas inerentes ao transporte.

Caso não seja cumprido o preceito, determinará mandado de busca e apreensão (se necessário, com força policial), sem prejuízo de ser cominado em eventual crime de desobediência (CP, art. 330).

Como se trata de tutela mandamental, já que o dispositivo fala em “ordenará”, caberão todos os meios de coerção previstos nos arts. 461 e 461-A, podendo o magistrado fixar multa pecuniária por dia de não cumprimento.

É possível, ainda, a aplicação de multa de até vinte por cento sobre o valor da causa em razão de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 14, parágrafo único).

É relativamente pacífico o emprego de medidas coercitivas contra terceiro. E isso porque se trataria do único mecanismo para a efetivação do ato, já que não se pode (com a sua recusa) presumir provado o fato alegado, pois não se pode cominar o réu com encargo que não é de sua responsabilidade.

Nas hipóteses b e c, o terceiro apresentará defesa. Nas demais, por motivos óbvios, não haverá apresentação de contestação, seja pelo cumprimento, seja pela inércia.

Nas três últimas hipóteses, o magistrado designará audiência especial (CPC, art. 361), tomando os depoimentos orais necessários (depoimento pessoal ou testemunhal).

O próprio art. 361 assevera que a decisão deste processo incidental (e não poderia deixar de ser) é uma sentença e que, portanto, desafia o recurso de apelação.

2.4 Prova documental

2.4.1 Introdução

O estudo da prova documental é dividido pelo Código em três subseções distintas: I) força probante dos documentos; II) da arguição de falsidade; e III) da produção da prova documental.

Comumente costuma-se confundir documento com papel escrito. Todavia não é só. Documento é qualquer coisa capaz de representar um fato. Pode ser um pedaço de papel, uma fotografia, plástico, metal, um filme, uma gravação.

Documento é o modo pelo qual se registram os fatos ocorridos. É tradicional a diferenciação de documento e instrumento, conquanto e por vezes sejam confundidos. Instrumento é espécie de documento. A função do instrumento é servir como meio probatório de ato ou fato. A assinatura de um contrato deflagra, por meio do instrumento, os direitos e deveres dos contratantes.

Documento é qualquer prova física que constata um acontecimento. Contudo o documento, em sentido lato, não é criado para ulterior prova, mas tem essa finalidade. Desta forma, um e-mail pode provar o conhecimento de determinado fato; uma carta com uma determinação para a empregada doméstica pode demonstrar o vínculo empregatício, a despeito de não terem sido criados para esta finalidade.

2.4.2 Força probante dos documentos

Documento público

- ◆ *Presunção* – o art. 364 do CPC preconiza que “O documento público faz prova não só de sua formação, mas também dos fatos que o

escrivão, tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram na sua presença”.

Trata-se de uma constatação já adotada pelo ordenamento. Os atos públicos possuem uma presunção relativa de veracidade não só quanto à formação do documento, mas também aos fatos que tenham ocorrido na presença de um oficial público (v.g., a vontade de separação de um casal, requerida em cartório).

Contudo esta presunção apenas alcança aos atos que tenham sido presenciados pelo agente público. Se determinada pessoa assevera que vive em união estável com outra, esta prova somente pode ser levada em consideração pela declaração da parte (ato), mas nunca pela existência do ocorrido (fato).

♦ *Substitutividade* – há atos que não podem ser provados por documento particular. A lei cria uma espécie de “reserva legal” no sentido de que somente o documento público poderá fazer prova do ato. É o que preconiza o art. 366 do CPC. Aqui especificamente não se fala em prova do ato em si, mas de condição necessária para que o ato possa ser válido no plano do direito material.

A propriedade somente se prova pela matrícula; o casamento, pela certidão.

♦ *Documento público irregular* – o documento público (elaborado por oficial credenciado) sem as formalidades legais tem a mesma eficácia de um documento particular desde que seja subscrito pelas partes (CPC, art. 367).

E isso porque a assinatura das partes no documento faz presumir que as informações contidas no documento sejam verdadeiras em relação aos contratantes (CPC, art. 368, e CC, art. 219).

Documento particular

Documento particular é todo documento elaborado sem a intervenção de um agente público. O art. 368 do CPC dispõe que “As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”.

O parágrafo único do referido artigo dispõe que, se a parte declarar ciência em determinado documento, o documento prova a ciência, mas

não a ocorrência do fato ali atestado. Desta forma, se alguém toma ciência num documento de que ocorreu um acidente de carro, a prova é da declaração, e não do acontecimento do fato.

Documento particular autêntico depende de reconhecimento de firma do signatário por Tabelião Público (CPC, art. 369). Este procedimento torna o documento autêntico quanto à sua forma, mas não quanto ao que nele se contém, a não ser que o fato tenha ocorrido na presença do oficial público.

Os documentos particulares têm uma aceção mais ampla, sendo irrelevante o autor do documento. Desta forma os documentos podem ser:

- 1) escritos e assinados pelo declarante;
- 2) escritos por terceiro e assinados pelo declarante;
- 3) escritos pela parte e não assinados;
- 4) nem escritos, nem assinados pelas partes (livros comerciais, v.g.).

Quanto à autoria, o documento particular é disciplinado pelo art. 371 do CPC.

A autoria pode ser material ou ideológica. Material é perguntar quem produziu (fisicamente) o documento. Ideológica decorre de quem elaborou (conteúdo) o documento.

Qualquer reprodução mecânica (fotográfica, cinematográfica, fonográfica, entre outras) tem aptidão de fazer prova se a parte contrária admitir a veracidade (CPC, art. 383). Caso contrário o magistrado determinará a produção de prova pericial.

Nos termos do art. 385, a cópia do documento particular tem o mesmo valor probante que o original, devendo esta conferência ser procedida pelo escrivão.

Por fim, o magistrado apreciará livremente a prova, atribuindo-lhe a fé que deva merecer o documento se este, em ponto substancial, contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento (CPC, art. 386).

2.4.3 Arguição de falsidade documental

A segunda parte da Seção V (prova documental) refere-se à arguição da falsidade do documento. Um documento deixa de ter fé quando for

contestada (e declarada) sua autenticidade em juízo. É o que se verifica a partir dos arts. 387 e 388 do CPC:

Art. 387. Cessa a fé do documento, público ou particular, sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade.

Parágrafo único. A falsidade consiste:

I – em formar documento não verdadeiro;

II – em alterar documento verdadeiro.

Art. 388. Cessa a fé do documento particular quando:

I – lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade;

II – assinado em branco, for abusivamente preenchido.

Parágrafo único. Dar-se-á abuso quando aquele, que recebeu documento assinado, com texto não escrito no todo ou em parte, o formar ou o completar, por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário.

É importante estabelecer algumas considerações sobre o tema:

- a) *Natureza jurídica* – a falsidade documental tanto poderá ser arguida por ação autônoma (com esta precípua finalidade) como por meio de incidente no curso do processo. Seriam, portanto, duas formas: como processo incidental/autônomo (dependendo de haver ou não demanda principal em curso) (CPC, art. 4º, II) ou como incidente processual (CPC, art. 325).

Quando se tratar de ação autônoma não há grandes diferenças em relação a uma demanda comum, seguindo todos os requisitos do art. 282 do CPC. A sentença será meramente declaratória com eficácia *ex tunc*, tornando ineficazes os atos *que já foram praticados* com o documento [agora] declarado falso.

Quando se tratar de incidente, a forma de apresentação será por ação declaratória incidental. Como toda ação declaratória incidental, a matéria que seria objeto de cognição incidente (*incidenter tantum*) passa a ser objeto de julgamento (*thema decidendum*), sendo afetada pela coisa julgada, já que, uma vez inserida no dispositivo, é alcançada pelos limites objetivos da *res iudicata* (CPC, art. 469).

Portanto e por hipótese, uma vez não arguida a falsidade, esta poderia ser alegada em outra demanda, já que confinada apenas na fundamentação não estaria imunizada.

A arguição de falsidade igualmente poderá ser requerida perante a justiça penal para que a decisão seja utilizada na esfera cível (CPC, art. 110).

b) *Alcance* – não há dúvidas de que os documentos particulares, assim como os públicos, podem ser colocados em prova por meio da arguição (incidente ou autônoma). Dúvidas há sobre o *tipo* de falsidade.

Há dois tipos de falsidade: a ideológica e a material. A falsidade ideológica refere-se ao documento em seu conteúdo (v.g., vício de consentimento). A falsidade é do que *está inserido no documento*. Já a falsidade material é o vício intrínseco do documento. É vício na sua constituição, formação (atesta afirmação não feita ou alterado o seu conteúdo).

É cabível o incidente na falsidade material. Quanto à ideológica, somente de documento narrativo (STJ, 4ª T., REsp 19.920/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15-6-1993). Por documento narrativo, entende-se aquele em que o autor do documento somente descreve um fato.

Difere-se do documento constitutivo, que “é aquele em que o seu autor manifesta vontade, objetivando modificar situação preexistente”. A falsidade ideológica não pode ser arguida neste tipo de documento.

c) *Prazo* – o art. 390 do CPC disciplina que a arguição poderá ser feita a qualquer tempo e grau de jurisdição. Contudo, apesar de não haver preclusão quanto ao momento, há quanto à oportunidade. E isso porque, uma vez juntado aos autos, a parte tem o prazo de 10 dias para arguir o incidente (ou no prazo para contestação, se a primeira oportunidade for no momento da defesa), contado da intimação de sua juntada aos autos.

Fala-se em prazo para contestação, e não na contestação, porque a parte poderá ingressar com incidente, sem contestar (o que na prática é raro).

O fato de haver preclusão para a parte não significa que haverá para o juiz. Se o magistrado, com base em outros elementos de prova, entender que o documento é falso, poderá afastar sua eficácia probatória e decidir com os demais documentos.

- d) *Legitimidade* – serão legitimados as partes e o Ministério Público quando agir como fiscal da lei.
- e) *Suspensão do processo* – preconiza o art. 394 do CPC: “Logo que for suscitado o incidente, o juiz suspenderá o processo principal”. Contudo, sob pena de tornar contraproducente o incidente e dar margem a arguição indevida, a suspensão não atinge todo o processo; apenas o documento que ficará *sub judice*. Desta forma, o magistrado não poderá proferir sentença sem antes verificar se o documento é de fato falso.

Seria uma espécie de suspensão imprópria, como assevera a doutrina, pois atinge somente alguns atos processuais (neste sentido DINAMARCO, 2002, v. III, p. 581), sem prejuízo de outros atos que poderão ser praticados normalmente.

- f) *Autuação* – como visto, a arguição pode ser feita por meio de uma ação com esta finalidade ou de um incidente processual. Se se tratar de ação autônoma, não vincula nenhum futuro juízo (prevenção, CPC, art. 253) para posterior demanda que venha a ser proposta. Se estiver em curso ação declaratória e processo cuja base seja o documento, o magistrado determinará a reunião dos feitos (conexão por prejudicialidade) para julgamento conjunto.

Se se tratar de incidente processual, sua autuação será feita de acordo com o momento de sua apresentação no processo:

- 1) *antes do término da instrução* (CPC, art. 391) – será a petição autuada nos mesmos autos para julgamento em conjunto. Para parte da doutrina, a decisão seria interlocutória e desafiaria o recurso de agravo;
 - 2) *após o término da instrução* (CPC, art. 393) – será autuada em autos apensos, mas haverá julgamento conjunto. Para parte da doutrina, a decisão seria uma sentença que desafia o recurso de apelação.
- g) *Processamento* – a parte que produziu a prova será intimada para se manifestar no prazo de 10 dias, podendo haver produção de prova

para constatar a veracidade do documento. O Código (CPC, art. 392) assevera apenas a possibilidade de prova pericial, que é o meio adequado para constatar a veracidade da prova.

Se a parte que produziu a prova desejar desentranhar o documento e a parte contrária não se opuser, não será necessária a produção da prova (CPC, art. 392, parágrafo único).

O ônus da prova compete a quem arguiu a falsidade: i) do documento (CPC, art. 389, I) ou ii) da assinatura (CPC, art. 389, II).

h) *Natureza da decisão e recurso* – não há dúvidas quanto à ação autônoma que objetiva a falsidade. Da sentença caberá apelação.

A doutrina, contudo, controverte quando se trata de incidente processual.

Se o incidente de falsidade for julgado conjuntamente com a demanda principal, evidentemente que a decisão será emanada de uma sentença que desafia, portanto, o recurso de apelação. O problema está no julgamento em momentos diferentes. Se o incidente for decidido antes da ação principal, trata-se de decisão interlocutória (com conteúdo de sentença), mas que desafia recurso de agravo de instrumento.

Portanto, discorda da doutrina que defende que o momento procedimental do incidente determina a natureza da decisão e conseqüentemente o recurso cabível (*vide* item f, *supra*).

i) A arguição de falsidade não cabe por expressa vedação legal no rito sumário (CPC, art. 280) e tampouco na execução (autônoma ou sincrética), bem como nas demandas cautelares. E isso porque nas cautelares a sumariedade da cognição é incompatível com o procedimento do incidente, que tem natureza definitiva, e não acautelatória.

Quanto à execução, está vedada, pois seu objetivo é diverso: satisfação do título. Arguir incidente depende de amplo procedimento incompatível com a execução.

2.4.4 Produção da prova documental

O art. 396 do CPC disciplina que compete ao autor produzir a prova documental constitutiva de seu direito na petição inicial e ao réu, na

defesa, a sua prova impeditiva, extintiva ou modificativa do direito do autor.

A regra vem sublinhada no art. 283, que preconiza que os documentos indispensáveis à propositura da ação sejam trazidos com a inicial. Esta regra também se aplica ao réu, conforme se depreende do art. 300, que determina que toda matéria de defesa seja trazida na contestação (leia-se, devidamente provada).

Contudo, a imperiosidade da norma tem seus temperamentos no artigo seguinte. O art. 397 autoriza a produção da prova documental após seu momento natural quando destinada a: i) fazer prova de fatos ocorridos no curso do processo; ii) fazer prova para contrapor prova documental trazida pela parte contrária.

O STJ, contudo, tem entendimento flexível autorizando que a prova possa ser juntada a qualquer momento do processo, desde que: a) seja comprovada a boa-fé (sem a intenção de surpreender a parte contrária); b) seja garantido o devido contraditório (CPC, art. 398).

Importante frisar que a produção de provas fica vedada, mesmo atendidos os requisitos anteriormente mencionados, em sede de recurso especial e/ou extraordinário. E isso porque estes tribunais não se prestam à análise de matéria de fato.

Os recursos extraordinário e especial se limitam à adequação do julgado aos parâmetros constitucionais ou de direito federal, respectivamente (Súmulas 279 do STF e 7 do STJ).

Uma vez produzido o documento, a parte contrária será intimada para se manifestar em cinco dias.

2.5 Prova testemunhal

2.5.1 Introdução

Prova testemunhal é meio de prova em que terceiro estranho à causa deponha em juízo sobre fatos que presenciou e sejam pertinentes ao deslinde do processo.

Tem o condão de oferecer ao juízo a versão de como se passaram determinados fatos relevantes e pertinentes para a causa.

A visão é o sentido humano mais importante para a testemunha, pois se verifica por meio dela a ocorrência do fato. Contudo nada impede que terceiro possa testemunhar com base em outros sentidos, como a audição daquele que ouviu o disparo, o olfato daquele que sentiu cheiro de fogo, ou o paladar daquele que ingeriu alimentos estragados.

Há três tipos de testemunhas:

- a) *presenciais* – são aquelas que participaram diretamente do fato trazido ao processo e que por meio de seus sentidos testemunharão aquilo que presenciaram;
- b) *referenciais* – trata-se de indício. A testemunha não participou do fato, mas tomou ciência de sua ocorrência por meio de outra pessoa que havia presenciado o ocorrido. Esta testemunha nada prova sobre o fato, mas apenas sobre o relato da outra testemunha;
- c) *referida* – trata-se de uma testemunha ulterior. Não é uma testemunha originariamente trazida ao processo, mas que, em virtude de ter sido mencionada (referida) por outra testemunha em seu depoimento, foi trazida para que preste esclarecimento.

Seu regramento está compreendido nos arts. 400 a 419 do CPC e tem grande aplicação prática, a despeito de ser a prova de menor confiabilidade.

E isso porque entre a ocorrência do fato e seu transporte para o processo pode a testemunha distorcer – por vezes inadvertidamente – a realidade do ocorrido. É possível que não se recorde corretamente dos fatos, que seja traída pelos sentidos ou mesmo que o decurso do tempo faça com que altere a ordem dos acontecimentos, gerando, evidentemente, consequências diversas para o processo.

2.5.2 Cabimento

De maneira geral, a prova testemunhal é cabível em todas as situações, desde que não haja impedimento previsto em lei.

Há, contudo, três situações em que a prova testemunhal não poderá ser utilizada:

- 1ª) quando o fato já foi provado por documento ou confissão da parte (CPC, art. 401, I). Sendo o documento prova de maior confiabilidade

(a despeito de não se adotar mais o sistema de prova legal), prefere-se este à testemunha, até mesmo por desnecessidade. No segundo caso, a confissão torna o fato independente de prova (CPC, art. 334, II);

- 2^a) quando só puder ser provado por documento ou por prova pericial (CPC, art. 401, II). Como exemplo tem-se o art. 366, que preconiza que, quando o documento público é a substância do ato, nenhuma outra pode suprir sua falta. Não se trata de prova, mas condição de validade do ato. No caso da perícia, a prova se faz por conhecimentos técnicos, e não pode testemunha (leigo) suprir esta forma;
- 3^a) quando o valor do contrato a ser provado sobrepuser dez vezes o salário mínimo vigente no país (CPC, art. 401, e CC, art. 227). A prova testemunhal, quando muito, pode ser considerada subsidiária da prova por escrito (CC, art. 227, parágrafo único). A doutrina e a jurisprudência asseveram que, dependendo da qualidade das partes e da natureza do contrato, poder-se-á admitir a testemunha para a prova da sua existência.

Contudo a 3^a situação comporta temperamentos. Neste caso específico haverá uma flexibilização prevista nos arts. 402 e 404:

Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando:

I – houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova;

II – o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel.

Art. 404. É lícito à parte inocente provar com testemunhas:

I – nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada;

II – nos contratos em geral, os vícios do consentimento.

Algumas considerações sobre os artigos transcritos. Por começo de prova escrita (CPC, art. 402, I), deve-se entender prova escrita *não suficiente* para a prova do fato. Como não se trata de fato provado

plenamente, consistirá num juízo de probabilidade (verossimilhança). Há situações de impossibilidade moral e/ou material para não haver contrato escrito (CPC, art. 402, II). Assim não seria adequado um documento escrito quando dois parentes contrataram em razão de sua proximidade.

2.5.3 Sujeitos que podem testemunhar

Em princípio qualquer pessoa pode ser testemunha e, portanto, prestar depoimento. Contudo a lei estabelece três restrições para os casos de testemunhas incapazes, impedidas ou suspeitas (CPC, art. 405).

a) incapazes (§ 1º):

I – o interdito por demência;

II – o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III – o menor de 16 (dezesesseis) anos;

IV – o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

Estabelece o art. 228, parágrafo único, do CC que os sujeitos incapazes poderão ser ouvidos como informantes.

b) impedidos (§ 2º):

I – o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II – o que é parte na causa;

III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

No caso de o juiz ser arrolado como testemunha (CPC, arts. 405, § 2º, III, e 409), deve este verificar se o seu conhecimento sobre os fatos da causa realmente terão relevância ao deslinde do processo. Se sim, deverá declinar de sua competência judicante determinando a remessa dos autos ao seu substituto legal. Caso contrário, não aceitará o encargo de testemunha, prosseguindo na condução do feito.

c) suspeitos (§ 3º):

I – o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;

II – o que, por seus costumes, não for digno de fé;

III – o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;

IV – o que tiver interesse no litígio.

Conforme se depreende do § 4º do referido dispositivo legal: “Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer”.

2.5.4 Prerrogativas das testemunhas. Deveres das testemunhas

Os terceiros, assim como as partes, têm o dever de colaborar com a justiça (CPC, art. 339). Desta forma o terceiro-testemunha tem três obrigações no plano do processo: 1) comparecer em juízo para prestar depoimento; 2) prestar depoimento; e 3) dizer a verdade.

No primeiro caso o seu não comparecimento poderá demover condução coercitiva, caso tenha sido devidamente intimado para tanto.

No segundo caso, de nada adianta seu comparecimento se não trará informações para o caso. Quer dizer, de que adiantaria trazer a testemunha, até mesmo por condução coercitiva, se esta tivesse o *direito* de ficar em silêncio?

Contudo, a testemunha, a despeito do seu já sabido dever de colaborar com a justiça, não é obrigada a depor sobre todos os fatos. A lei conferiu

ao terceiro a prerrogativa de silenciar sobre situações que possam lhe causar manifesto prejuízo.

Desta forma, o art. 406 do CPC e o art. 229 do CC, em algumas situações, desobrigam o depoimento da parte:

- a) fatos que acarretam graves danos a si ou a sua família (consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o 2º grau). Esta regra possui um desdobramento no art. 229, II, do CC, que especifica um tipo de dano: a desonra da testemunha ou de pessoa próxima (cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo);
- b) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Como nas situações religiosas (questão de estado) ou o médico, o advogado, o padre, o psicólogo (questão de profissão);
- c) que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente (item a), a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato (CC, art. 229, III). Trata-se de situação que deve ser muito bem provada para que evite mera escusa de depor.

Importante ressaltar que, mesmo havendo essa desoneração, não há um impedimento. Portanto, poderá a testemunha, por sua livre vontade, prestar depoimento.

As testemunhas também devem ser tratadas com urbanidade, não podendo ser submetidas a perguntas capciosas, impertinentes ou vexatórias (CPC, art. 416, § 1º).

A testemunha tem o direito de ser reembolsada das despesas que efetuou para o comparecimento em audiência (CPC, art. 419). Assim que arbitrado o valor, a parte deverá pagá-lo em até três dias em cartório.

Por fim, a testemunha tem o direito de não sofrer perda salarial ou desconto de tempo de serviço, na medida em que o comparecimento para o testemunho é serviço público (CPC, art. 419, parágrafo único).

2.5.5 Local

Conforme se verifica do art. 410 do CPC, as testemunhas prestarão depoimento em audiência a ser designada pelo juízo, perante o próprio juiz da causa. Trata-se de regra que dá vigência ao princípio da imediação

(contato direto do juiz com a prova) e da identidade física do juiz (aquele que colhe a prova oral e profere julgamento).

Contudo há situações em que, dadas as circunstâncias fáticas (CPC, art. 410, parte final) ou pela sua condição (CPC, art. 411), a testemunha será ouvida em local diverso.

Quanto às circunstâncias fáticas o art. 410 enumera três situações:

- a) as que prestam depoimento antecipadamente (produção antecipada de provas, CPC, art. 846);
- b) as que são inquiridas por carta (precatória, rogatória);
- c) as que por doença ou outro motivo relevante estão impossibilitadas de comparecer em juízo (CPC, art. 336, parágrafo único).

Quanto à condição, todas vêm previstas no art. 411 do CPC. São casos em que, dada a deferência do cargo que exercem, têm direito a ser inquiridas no local onde exercem a sua função ou na sua residência.

2.5.6 Produção da prova testemunhal

Atos preparatórios

Atos preparatórios são aqueles que antecedem a audiência.

Dispõe o art. 407 do CPC: “Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência”.

Algumas considerações devem ser feitas sobre os atos preparatórios:

- a) *Protocolo em cartório* – como situação excepcional o protocolo do rol deve ser obrigatoriamente em cartório. Há dois motivos para isso: a) permitir maior agilidade ao cartório para proceder a intimação das testemunhas; b) oportunizar o contraditório. A burocracia do Judiciário deve ser levada em consideração. Se a parte pudesse juntar o rol de testemunhas em protocolo integrado, certamente a parte contrária não teria oportunidade antes da audiência de verificar quem elas são, para preparar as perguntas e eventualmente contraditá-las.

- b) *Legitimidade na indicação* – como manifestação do princípio da aquisição (as provas pertencem ao processo, e não às partes), as testemunhas podem ser trazidas pelas partes, pelo Ministério Público (como fiscal), pelo juiz (CPC, art. 130) ou pelo assistente simples.
- c) *Limitação* – as partes podem indicar até dez testemunhas, três para cada fato, no máximo, sob pena de autorizar ao juiz a dispensa das demais (CPC, art. 407, parágrafo único).
- d) *Prazo regressivo* – o prazo para a apresentação do rol será de escolha do juiz. Caso não indique o prazo, segue-se o prazo legal de até 10 dias antes da audiência. O prazo começa a correr no primeiro dia útil anterior à audiência e termina no primeiro dia útil após os 10 dias.
- e) *Modo* – o rol deve ser apresentado apenas uma vez, sem possibilidade de emenda. A intimação poderá ser feita pelo serventuário (carta ou mandado, conforme item h), ou poderão vir as testemunhas independentemente de intimação (CPC, art. 412, § 1º). Neste caso o seu não comparecimento presume que a parte desistiu de ouvi-la. Em qualquer situação, o rol deve ser apresentado (mesmo nesta última hipótese) em atendimento ao contraditório.
- f) *Forma* – o requerente deve indicar a testemunha com nome, profissão, residência e o local de trabalho. Estas informações são importantes para ajudar na localização do terceiro. Não gera nulidade a falta de uma dessas informações, pois têm por finalidade ajudar na busca da testemunha.
- g) *Substituição* – é vedada a substituição de testemunha após a apresentação do rol; até para evitar surpresas para a parte contrária. Contudo, o art. 408 autoriza em três situações que a testemunha seja substituída: i) nos casos de óbito; ii) nos casos de enfermidade; e iii) se não encontrada pelo oficial de justiça, uma vez que mudou de endereço. Fora destes casos, perde-se o direito de ouvir a testemunha que simplesmente não compareceu por outra impossibilidade.
- h) *Intimação* (CPC, art. 412) – a testemunha será intimada para comparecer na audiência com todas as informações da causa no mandado (dia, hora, local, natureza da causa e partes). O não comparecimento justificado, como dito, gerará condução coercitiva e o custeio das despesas pelo adiamento. A intimação pode ser feita

tanto pelo correio como por mandado, quando a testemunha tiver endereço certo (§ 3º).

Dinâmica da audiência

Dentro da audiência há algumas etapas que devem ser seguidas:

- a) *Qualificação* – a testemunha, ao comparecer à audiência e no momento de sua oitiva, será qualificada, informando ao escrevente seus dados pessoais (nome completo, endereço, profissão e estado civil) e o vínculo de parentesco com a parte ou mesmo o interesse no processo (CPC, art. 414). É nesse momento que a testemunha pode se escusar de depor com base nas hipóteses do art. 406 do CPC (CPC, art. 414, § 2º).
- b) *Inquirição* – conforme o art. 413 do CPC, o juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu. É importante que uma não ouça o depoimento da outra para evitar que as suas declarações sejam influenciadas. A testemunha deve ser isenta e narrar exatamente o que viu ou ouviu. A ordem da oitiva segue de acordo com o ônus da prova (CPC, art. 333), vale dizer, a testemunha do autor narra o fato constitutivo, e as do réu, os fatos impeditivos, extintivos e modificativos.

Caso haja a inversão do ônus da prova, por consequência inverte-se o ônus da inquirição das testemunhas em audiência.

Nessa oportunidade a testemunha prestará compromisso de dizer a verdade e será advertida de, caso assim não proceda, sofrer as sanções penais cabíveis (CPC, art. 415).

Após o interrogatório do juiz, as perguntas serão feitas pela parte que arrolou a testemunha e, após, pela parte contrária (CPC, art. 416).

- c) *Contradita* (CPC, art. 414, § 1º) – é a impugnação da oitiva da testemunha. A contradita somente pode ser realizada no ínfimo lapso de tempo entre o término da qualificação e o início das perguntas. A contradita tem por objetivo arguir a incapacidade, suspeição ou impedimento do depoente (CPC, art. 405).

Havendo negativa sobre os fatos imputados à testemunha, poderá o requerente provar por documentos ou testemunhas no limite máximo de

três. Caso procedente, o magistrado dispensará a testemunha, podendo ouvi-la, se entender necessário, como informante (CPC, art. 405, § 4º).

d) *Atos instrutórios posteriores* – após o depoimento das testemunhas, podem ocorrer ao juiz três situações distintas:

- 1ª) dar-se por satisfeito: quando não haverá nenhuma atividade instrutória complementar no tocante às testemunhas;
- 2ª) inquirição das testemunhas referidas (CPC, art. 418, I). Sempre que pelo depoimento das partes ou das demais testemunhas se fizer referência a alguém que também tenha conhecimento da causa, este terceiro poderá ser trazido pelo juiz para melhor esclarecimento dos fatos;
- 3ª) acareação (CPC, art. 418, II). O magistrado procederá a acareação de duas ou mais testemunhas sempre que entre elas houver discrepância sobre a análise dos fatos. Nesse caso o magistrado determinará o comparecimento destas testemunhas para que prestem novamente as suas declarações. Tanto as partes como o magistrado *ex officio* podem requerer a acareação.

2.6 Prova pericial

2.6.1 Definição

A função do juiz é interpretar os fatos trazidos pelas partes, conferindo-lhes juridicidade para a apuração da verdade no caso concreto.

Ocorre, todavia, que nem sempre o magistrado detém o conhecimento necessário sobre determinado fato para dele extrair as consequências jurídicas adequadas.

Diante dessa impossibilidade deve o magistrado socorrer-se da perícia. A perícia atua sobre os fatos complexos.

Para entendê-lo, necessário fazer o devido cotejo deste grupo de fatos com os fatos simples. Fatos simples são aqueles que agem imediatamente no mundo do direito. A morte gera a sucessão hereditária, sem necessariamente verificar o motivo do evento morte.

Já o fato complexo é aquele que para sua prova é necessária uma busca técnica nem sempre encontrada de plano. Assim o fato de o carro

não ter conseguido frear antes do acidente não quer dizer que o problema no automóvel era com o freio.

Perícia é o exame, vistoria ou avaliação de pessoas e coisas (fontes), que dependam de conhecimento técnico para a apuração do que deles se pretenda provar.

Assim se provam por perícia os danos causados em incêndio culposo (engenheiro); por meio de um matemático financeiro, o anatocismo praticado pelo banco no contrato de conta corrente; e, por médico, a gravidez.

2.6.2 Perícia e máximas de experiência

Não raro, possui o juiz conhecimento técnico em outra área da ciência, área esta cujo conhecimento seja necessário para a elucidação do fato probando. Assim é possível que o juiz tenha outra formação acadêmica, engenheiro, por exemplo. Pergunta-se se seria possível dispensar a perícia e ele mesmo – magistrado – proceder ao exame pericial. A resposta é negativa. Mesmo que o juiz detenha o conhecimento, é necessário que essa função seja realizada por outra pessoa, sob pena de se prejudicar toda a instrução probatória e a fase de participação das partes na realização da perícia.

Se o juiz não pode ser testemunha, igualmente não poderá ser perito.

Contudo, se por meio de seu conhecimento comum o juiz puder elucidar o fato, nesse caso poderá o magistrado adentrar no campo probatório (não na condição de perito), por força das máximas de experiência, o que o ordenamento expressamente autoriza (CPC, art. 335).

Desta forma somente fica autorizada a dispensa da perícia quando o conhecimento particular do juiz alcançar o fato que se deseja provar. É comum que o juiz tenha conhecimento de fórmulas consagradas no campo da química, física ou biologia. A água ferver a 100 graus ou dois corpos não ocuparem o mesmo espaço na matéria são dogmas já presentes no conhecimento do homem médio.

2.6.3 Espécies de perícia

O art. 420 do CPC determina que a perícia pode consistir em exame, vistoria ou avaliação.

- a) exame é ato de inspeção de pessoas e coisas móveis;
- b) vistoria é ato de inspeção de coisas imóveis. Veja que nesses dois casos a atividade é idêntica, variando apenas o seu objeto;
- c) avaliação é a atribuição de valor para determinado bem ou direito;
- d) arbitramento. Há ainda, de acordo com a doutrina, uma quarta modalidade de perícia denominada arbitramento. Nesse caso, difere-se da avaliação, pois aqui não há valor de mercado, fixando-se por critérios de prudente arbítrio. Na avaliação, existem valores de mercado em que o perito deve se pautar.

É possível que locador e locatário estabeleçam no início do contrato a realização de uma perícia no imóvel para certificar seu estado no início da relação locatícia.

2.6.4 Perito e assistente técnico

Perito é um detentor de conhecimento de determinada área científica que o juiz desconheça, e este conhecimento é necessário à elucidação dos fatos trazidos à lide, por isso é nomeado.

A doutrina utiliza o termo conhecimento técnico ou científico com acerto. Nem sempre o fato a ser provado depende de prévio conhecimento acadêmico. Por vezes o conhecimento técnico, mas sem estudo formal ou diploma universitário, pode lhe conferir a categoria de perito.

Preconiza o art. 145, § 1º, do CPC que o perito será escolhido dentre as pessoas de nível superior com inscrição no competente órgão de classe. Contudo, por interpretação extensiva ao § 3º, é possível nomear qualquer pessoa, desde que detenha o conhecimento técnico necessário (não haja no local perito de nível superior).

O perito pode ser pessoa física ou jurídica.

Sua função é mais abrangente que o de uma testemunha. À testemunha basta narrar fielmente o que viu ou ouviu. O perito, além de ter esse contato direto com a prova, deve ir adiante, expondo, tecnicamente, um juízo sobre aquilo que concluiu.

Há algumas diferenças que devem ser ressaltadas:

TESTEMUNHA	PERITO
Narra o que presenciou	Narra o que presenciou e emite laudo técnico sobre o fato
Teve conhecimento casual dos fatos	Foi instado pelo juiz para verificá-los
Infungível. Somente ela pode narrar os fatos	Fungível. É possível que se nomeie qualquer perito detentor de tal conhecimento técnico
Via de regra a testemunha narra fatos pretéritos	Via de regra o perito analisa questões presentes

Há algumas questões importantes sobre o perito a explicar:

- a) O perito deve cumprir a sua função independentemente de termo de compromisso (CPC, arts. 146 e 422) e agir com correção e lealdade na confecção do laudo. O não cumprimento dessas exigências pode acarretar ao perito consequências no campo cível (responde por perdas e danos às partes pelos prejuízos que causar (CPC, art. 147), bem como fica inabilitado de periciar por dois anos), no campo criminal (crime de falsa perícia – CP, art. 342) e administrativo (sanções em sua área profissional).
- b) De acordo com o art. 434 do CPC: “Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento”.

2.6.5 Perícia complexa

Novidade trazida pela Lei n. 10.358/2001 permite que, se numa dada demanda houver necessidade de perícia em mais de uma área do conhecimento humano, seja possível a realização de duas perícias (CPC, art. 431-B). Via de consequência, a parte poderá nomear mais de um assistente técnico.

Imagine a situação de um incêndio numa fábrica. Além da apuração dos danos materiais (do edifício) haverá a apuração contábil de todos os balanços da empresa. Será necessário, portanto, um engenheiro e um contador (auditor).

2.6.6 Escusa e substituição do perito

O art. 146 do CPC permite ao perito escusar-se alegando motivo justificado no prazo de 5 dias contados “da intimação ou do impedimento [e suspeição] superveniente sob pena de se reputar renunciado o direito de alegá-la (art. 423)”.

Os motivos são os mais diversos: a) o impedimento e a suspeição (CPC, art. 138, III); b) excesso de trabalho; c) desconhecimento da matéria a ser periciada (CPC, art. 424); d) quando deva guardar (pelo estado ou profissão) sigilo sobre a matéria a ser periciada.

Quanto à substituição a lei a determina em dois casos (CPC, art. 424):

- 1) carecer de conhecimento técnico;
- 2) não entregar o laudo no prazo fixado pelo juiz.

Todavia estes motivos não são exaustivos, podendo o perito ser substituído por qualquer justo motivo, bem como nos casos em que a escusa formulada é aceita.

2.6.7 Assistente técnico

Assistente técnico é auxiliar da parte cujo objetivo é fiscalizar o trabalho do perito (verificando se este está utilizando os meios adequados para a obtenção do resultado), formular quesitos e auxiliar a parte. Justamente por ser auxiliar da parte, não necessita prestar compromisso, tampouco se sujeita às regras de impedimento e suspeição, afinal é, por essência, sujeito parcial (CPC, art. 422).

O quadro abaixo esclarece bem as diferenças entre o perito e o assistente técnico:

PERITO	ASSISTENTE TÉCNICO
É auxiliar da justiça	É auxiliar das partes
Nomeado pelo juiz com base em formalidades legais	Indicação livre das partes
Deve ser imparcial	É parcial
Sua participação é obrigatória	Sua participação é facultativa
Emite laudo pericial	Emite parecer técnico
Procede à perícia	Fiscaliza a perícia

2.6.8 Procedimento

- a) O requerimento da prova pericial será feito pelo autor ou pelo réu na petição inicial ou defesa, respectivamente. Nada impede que a perícia seja requerida de ofício pelo magistrado. Duas questões importantes:
 - 1ª) no rito sumário, conforme exposto, a prova pericial deve ser requerida na petição inicial e na contestação, sob pena de preclusão (CPC, art. 276);
 - 2ª) é possível requerer perícia em outra oportunidade desde que seja para arguir a falsidade de documento (CPC, art. 392).
- b) Com o deferimento da prova, o juiz nomeará um perito e fixará um prazo para a entrega do laudo (CPC, art. 421). Contudo este prazo poderá ser de no máximo 20 dias antes da audiência (CPC, art. 433).
- c) Com a nomeação do perito (ou dos peritos se se tratar de perícia complexa), as partes serão intimadas para que em cinco dias indiquem assistente técnico e formulem quesitos. É facultado ao juiz, outrossim, formular quesitos que entenda pertinentes.
- d) Enquanto a perícia estiver tramitando, é possível ao juiz e às partes formularem quesitos suplementares referentes à perícia para melhor esclarecimento de determinados pontos (CPC, art. 425).
- e) As partes devem ser intimadas do local e da data onde a perícia será realizada (CPC, art. 431-A), para assegurar o contraditório e a ampla defesa.

- f) Com a apresentação do laudo os assistentes técnicos terão prazo comum de 10 dias para oferecer pareceres técnicos (CPC, art. 433, parágrafo único). O prazo é comum e não incide aqui o art. 191 do CPC.
- g) É possível que o perito ainda compareça, a requerimento das partes, em audiência para que preste esclarecimento (CPC, art. 435). Este requerimento será feito por escrito, e o perito (bem como o assistente técnico, se necessário) será intimado das [novas] perguntas até cinco dias antes da audiência (CPC, arts. 426 e 435), sob pena de não ser obrigado a respondê-las.
- h) É possível ainda, assim como no direito norte-americano, a modalidade de perícia simplificada (CPC, art. 421, § 1º). A perícia simplificada será utilizada sempre que o direito a ser submetido à perícia decorrer de fatos sem grande complexidade. Este tipo de perícia dispensa a apresentação de laudo, permitindo que o perito compareça em audiência e testemunhe (assim como o assistente técnico) sobre o que tenham examinado ou avaliado. Esta regra, aliás, é expressa no art. 35 da Lei n. 9.099/95.
- i) É possível a realização de uma segunda perícia (CPC, art. 437) sempre que a primeira não trouxer elementos suficientes por não ter analisado com profundidade ou completude os fatos carecedores de perícia. Esta nova perícia, que obrigatoriamente versará sobre os mesmos fatos, pode ser requerida pela parte, pelo MP ou pelo próprio magistrado. Algumas questões são importantes:
- 1) deve ser nomeado novo perito, pois, se a primeira não foi satisfatória, certamente o perito, independentemente do motivo, é inapto para o cargo;
 - 2) não se desconstitui a primeira perícia pela segunda; antes de se substituírem, elas se complementam, e devem ser analisadas em conjunto no momento da decisão.
- j) Preconiza o art. 33 do CPC: “Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz”. Em qualquer

caso, o perito receberá antecipadamente, já que seus trabalhos começarão com o depósito prévio de seus honorários.

2.6.9 Valoração

O art. 436 preconiza que “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

Esta regra é desnecessária na medida em que vige no nosso ordenamento o princípio do livre convencimento motivado (CPC, art. 131), afastando o tarifamento das provas (sistema de provas legal), permitindo ao juiz atribuir o valor que entenda pertinente às provas trazidas no processo.

2.7 Inspeção judicial

2.7.1 Definição

De ordinário o magistrado, na colheita das provas, toma conhecimento dos fatos de forma indireta: ouve o depoimento da testemunha, lê o laudo do perito, verifica o documento trazido ao processo. Este tipo de aquisição de prova vem, por vezes, maculado na medida em que a informação não foi tomada diretamente pelo juiz, o que pode gerar distorções.

Assim é que, em determinados momentos, somente o contato direto do juiz com a prova pode retirar-lhe o espírito de dúvida oriunda da prova produzida.

Este meio de prova denomina-se inspeção judicial.

A despeito de a forma mais comum ser a inspeção ocular, o magistrado poderá fazer valer-se de outras percepções sensoriais (audição, olfato, paladar, tato) para a apuração do fato.

2.7.2 Objeto

A inspeção judicial poderá recair em:

- 1) *Pessoas* – aqui se inserem as partes e terceiros. Quanto à obrigatoriedade, as partes devem se submeter a inspeção judicial quando requerida por força do art. 340, II, do CPC. Já os terceiros

devem colaborar com o Poder Judiciário, a despeito de não serem obrigados a ser inspecionados.

Há autores, contudo, que flexibilizam a regra no sentido de as partes não serem obrigadas a se manifestar nas hipóteses dos arts. 347 do CPC e 229 do CC. Evidentemente que a parte não pode ser obrigada fisicamente a proceder a inspeção, mas a sua recusa gerará presunção de veracidade do fato alegado, bem como litigância de má-fé (CPC, art. 17, IV).

- 2) *Coisas* – móveis, semoventes e documentos. Por força dos arts. 283 e 300 do CPC, os documentos devem acompanhar as alegações das partes. Aqui, a inspeção age como fonte supletiva naqueles casos em que o transporte da documentação não possa ser deslocado (documentos históricos, v.g.).
- 3) *Lugares* – imóvel, para se constatar o local do fato, bem como, em algumas situações, as condições de trabalho ali existentes.
- 4) *Fenômenos naturais ou de atividade humana* – por exemplo, a erosão, a maré ou um ruído. A despeito da sua não previsão na lei, pode ser enquadrada como prova atípica. A única exigência para a inspeção é que seja perceptível pelos sentidos humanos.

2.7.3 *Processamento*

- a) Não há momento próprio para a realização da inspeção, que pode ocorrer a qualquer instante no processo, desde que seja antes da sentença. Parte da doutrina, contudo, entende a possibilidade de inspeção em fase recursal (Pontes de Miranda e Luiz Guilherme Marinoni).
- b) Quando for realizada a inspeção, em atenção ao princípio do contraditório, as partes e seus procuradores devem ser intimados para a data de realização. As partes poderão manifestar-se com esclarecimentos, podendo designar, se necessário for, assistente técnico.
- c) Este será trazido sempre que o magistrado, para a melhor verificação dos fatos, necessitar de perito para a elucidação de questões técnicas que fogem de seu conhecimento.
- d) Por interpretação ao art. 442 do CPC, a regra é que a pessoa ou a coisa sejam trazidas em audiência para a inspeção pelo magistrado.

Todavia, o próprio artigo excepciona a regra permitindo que se proceda a inspeção no local da coisa/pessoa em três situações:

- 1) *melhor verificação dos fatos* – quando se verificam bens imóveis. Aliás, é oportuno o exemplo de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2008, p. 465): “Em causas versando acidentes de trânsito, é valiosa a observação do juiz no local do acidente, pois poderá ele perceber detalhes que dificilmente lhe serão transmitidos de outro modo, como, por exemplo, a inclinação da via, o estado de conservação do asfalto, a extensão da vegetação (se encobre ou não a visão) etc.”;
- 2) *impossibilidade do transporte* – há casos em que o transporte pode gerar perecimento no bem (uma obra de arte que dependa de cuidados especiais) ou mesmo pela impossibilidade (uma máquina de proporções certamente inviáveis para ser trazida na audiência);
- 3) *reconstituição dos fatos* – a reconstituição do fato pretérito deve ser realizada no local do fato para apreender, quanto possível, a fidelidade do ocorrido.

Importante apenas frisar que a inspeção judicial se dará sempre respeitando a competência territorial.

- e) A inspeção judicial pode ser determinada de ofício ou por requerimento da parte.
- f) Será lavrado um auto circunstanciado relatando a vistoria (CPC, art. 443). Sem o auto reputa-se inexistente a inspeção judicial, pois constitui parte integrante desse meio de prova. Será auto quando realizado fora da sede do juízo, mas em audiência (que é a regra) dispensa-se o auto e será lavrado em ata.

2.8 Audiência de instrução e julgamento

2.8.1 Introdução

Em sentido lato, audiência é todo ato processual em que o juiz convoca as partes para comparecerem em juízo para a prática de determinados atos constantes do procedimento.

Nosso ordenamento prevê diversas audiências: i) de instrução e julgamento (CPC, art. 444); ii) preliminar (CPC, art. 331); justificação prévia (v.g., CPC, art. 928); interrogatório (CPC, art. 342); inspeção judicial (CPC, art. 440), dentre outras.

Todavia, a audiência de instrução e julgamento é, certamente, a mais importante do ponto de vista probatório. E isso porque nela se confina toda atividade oral, bem como a discussão sobre os demais meios de prova do processo.

A audiência de instrução e julgamento dá vigência aos princípios da oralidade (os depoimentos das partes e testemunhas serão tomados oralmente) e da imediatidade (o juiz tem contato direto com a prova).

2.8.2 Características

1) *Facultatividade* – a designação da audiência de instrução não é obrigatória. É possível que a matéria seja de direito, que a matéria seja de direito e de fato, mas os documentos trazidos já elucidam a questão ou mesmo que tenha havido revelia (CPC, art. 330). É ainda possível a extinção do processo sem resolução de mérito quando faltar requisito processual (CPC, art. 267), ou extinção com mérito nos casos de composição (CPC, art. 269, II, III e V) ou por prescrição e decadência (CPC, art. 269, IV). Em todas essas situações haverá o julgamento conforme o estado do processo.

Nesses casos não haverá instrução e o procedimento será desenvolvido em apenas três fases (postulatória, ordinatória e decisória).

2) *Publicidade* – consoante se depreende do art. 155 do Código de Processo Civil, os atos do processo (e neles se insere a audiência) são públicos, salvo nos casos em que houver segredo de justiça. Qualquer pessoa poderá assistir à audiência, mesmo que não tenha interesse na causa, desde que se comporte de acordo com a ocasião.

3) *Condução judicial* – o magistrado preside a audiência (CPC, arts. 445 e 446). A ele compete: a) manter a ordem no recinto (art. 445) e b) dirigir os trabalhos da audiência.

4) *Identidade física do juiz* – preconiza o art. 132 do CPC: o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou

aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Desta forma, o juiz que colhe a prova é aquele que deve proferir a sentença. O motivo é evidente: por se tratar do destinatário da prova, colhendo e presenciando toda a instrução probatória, ninguém melhor que ele para decidir. Evidentemente que esta regra cede passo nas hipóteses do próprio art. 132, parte final.

2.8.3 Atos preparatórios

É necessária a intimação das partes e de seus advogados para a audiência. Pergunta-se se seria necessária a intimação das partes mesmo o advogado tendo sido intimado. A resposta é positiva. E isso porque sem a intimação da parte não há se falar em confissão ficta caso não compareça.

Com a intimação abre-se a possibilidade de manifestação para requerimento de esclarecimentos do perito e dos assistentes técnicos.

Se houver a necessidade de se produzir prova testemunhal, a parte deve entregar o rol de testemunhas – no cartório – no prazo que o juiz tenha fixado ou, no seu silêncio, em 10 dias (CPC, art. 407).

A testemunha poderá ser intimada pelo juízo ou comparecer independentemente de intimação (CPC, art. 412, § 1º). Se vier independentemente de intimação, não haverá condução coercitiva. No silêncio, com a juntada do rol, presume-se sempre a intimação.

Os peritos e assistentes técnicos, igualmente, serão intimados da audiência.

2.8.4 Fases da audiência

A audiência se divide em cinco fases distintas:

- 1) *Abertura* – o art. 450 preconiza que “No dia e hora designados, o juiz declarará aberta a audiência, mandando apregoar as partes e seus respectivos advogados”. A audiência deve correr em dia útil e no horário forense. Pode o magistrado, caso a audiência esteja em curso após o expediente, determinar que esta prossiga no dia útil próximo. Trata-se de exceção à regra da indivisibilidade da audiência.

A audiência deve ocorrer na sede do juízo. Contudo há situações em que se pode estabelecer outro local (CPC, art. 176), por exemplo, o local

onde a parte, acometida de alguma enfermidade, possa se encontrar.

Quem apregoa as partes é o oficial de justiça, que também auxilia para que se mantenha a ordem caso necessário.

2) *Tentativa de conciliação* – o magistrado tentará proceder a conciliação das partes. Esta tentativa já foi feita quando da realização da [eventual] audiência preliminar (CPC, art. 331). Todavia o magistrado tem liberdade para tentar conciliar as partes a qualquer momento (CPC, art. 125, IV).

Conforme corretamente assevera a doutrina, o art. 450 deveria preceder ao art. 447, pois dá a impressão de que o magistrado somente apregoa as partes após a tentativa de conciliação, quando na verdade é o contrário, pois a eventual conciliação se dará *dentro* da audiência.

A conciliação somente pode ser efetivada nos casos que admitam transação.

O parágrafo único do referido art. 447 estabelece ser possível a conciliação: “Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação”.

Será dispensável o comparecimento da parte se o procurador tiver poderes especiais para transigir (CPC, art. 38).

Caso haja acordo o juiz deve reduzir a termo e homologar por sentença, nos termos dos arts. 448 e 449 do CPC.

3) *Fase de instrução* – sem a conciliação, parte-se para a produção de provas. Consoante se depreende do art. 451 do CPC, “o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova”.

Grassa na doutrina dúvida sobre uma revogação tácita do referido artigo na medida em que o art. 331, que é lei posterior (Lei n. 8.952/94, referente à audiência preliminar), já prevê a fixação dos pontos controvertidos: seriam dois artigos versando sobre a mesma matéria.

Todavia, mantém-se incólume o art. 451, e há dois bons argumentos para tanto: a) a audiência do art. 331 nem sempre é designada e, portanto, pode não haver a fixação prévia dos pontos controvertidos; b) mesmo com a audiência preliminar, é possível a fixação de novos pontos controvertidos com base em novas alegações apresentadas em audiência ou mesmo uma melhor análise sobre os fatos.

Existe uma ordem estabelecida para a produção probatória em audiência (CPC, art. 452):

- a) Esclarecimentos do perito e dos assistentes técnicos aos quesitos formulados. Esses quesitos são formulados para que o perito fale sobre dúvidas e eventuais equívocos no seu laudo (ou parecer, quando for o assistente técnico). É necessário: a1) requerimento expresso para tanto e a2) que o perito e os assistentes sejam intimados pelo menos cinco dias antes da audiência.

É possível ainda a modalidade de perícia simplificada (CPC, art. 421, § 1º). A perícia simplificada será utilizada sempre que o direito a ser submetido à perícia decorrer de fatos sem grande complexidade. Este tipo de perícia dispensa a apresentação de laudo, permitindo que o perito compareça em audiência e testemunhe (assim como o assistente técnico) sobre o que tenham examinado ou avaliado (conforme visto no capítulo da prova pericial).

- b) Depoimento pessoal, primeiro do autor e depois do réu. Um não pode presenciar o depoimento do outro. Caso haja litisconsórcio, segue a ordem do constante na petição inicial. O juiz pergunta de forma direta, e o advogado, sempre de forma indireta, ou seja, pelo juiz, que pode verificar se a pergunta é ou não pertinente.

As partes devem ser intimadas pessoalmente cinco dias antes da audiência (CPC, art. 343, § 1º, c/c art. 185).

- c) Testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

Importante frisar que a prova oral é subsidiária e somente será produzida quando as provas [já] constantes do processo não forem claras ou suficientes para o esclarecimento dos fatos.

- 4) *Fase dos debates* – com o fim da instrução, inicia-se a fase dos debates. Esta é a fase das razões finais. Constitui – tanto para o autor como para o réu – a oportunidade de fazer um breve resumo, não apenas das questões de fato e de direito (que, aliás, já fora apresentado na fase postulatória), como também da condução probatória. É aqui que se procede a um inventário dos eventos ocorridos no processo, bem como a constatação se as provas trazidas, de fato, demonstraram a elucidação do fato probando.

Em atenção ao princípio da oralidade, o debate é realizado preferencialmente em audiência (CPC, art. 454) para que se manifestem.

- a) O prazo é de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez minutos, tanto para as partes (sucessivamente) como para o MP.
- b) Havendo litisconsorte ou terceiro, o prazo para todos é uniforme de trinta minutos (§ 1º).
- c) Havendo oposição, o oponente falará antes das partes no mesmo prazo de vinte minutos (§ 2º).
- d) Se a demanda for complexa e exigir por parte do advogado um estudo mais cuidadoso para a apresentação das razões finais, estas podem vir na forma de memoriais, por escrito, no prazo assinalado pelo juiz em audiência (§ 3º).

Não há prazo fixado em lei e, na prática, deve ser prazo sucessivo, primeiro para o autor e depois para o réu.

Na prática, mesmo em causas de pequena complexidade, os juízes vêm optando pela entrega escrita de memoriais.

Compete ao juiz verificar se o caso é de memoriais, mesmo que as partes desejem as alegações finais oralmente. A matéria é de interesse público.

- 5) *Fase decisória* – é a fase em que o juiz profere a sentença. Quando o magistrado proferir a sentença em audiência, o prazo para o eventual recurso a ser interposto começa a correr desta data (CPC, art. 506, I), sem que haja intimação das partes.

Todavia, poderá o magistrado chamar os autos à conclusão e proferir sentença no prazo de 10 dias (CPC, art. 456). Evidente que a sentença somente poderá ser proferida se as razões finais forem apresentadas em audiência, pois, caso contrário, deverá aguardá-las para prolatar a decisão.

2.8.5 Adiamento da audiência

Deve o magistrado agir com cautela para a designação de audiência. E isso porque há de se tomar cuidado com o tempo da realização da perícia, exibição de eventuais documentos, inspeção judicial, bem como a localização de testemunhas que residem em local incerto.

De ordinário a audiência não pode ser adiada. Contudo, o art. 453 admite hipóteses excepcionais em que o adiamento será possível:

a) *Por convenção das partes* – as partes podem pedir a designação da audiência para outra oportunidade em manifestação do princípio dispositivo. Os motivos vão desde a impossibilidade recíproca de comparecimento até a concessão de um tempo maior para melhorar o conjunto probatório a ser apresentado.

O adiamento só poderá ser concedido uma vez.

b) *Por impossibilidade de comparecimento* – a impossibilidade atinge não somente as partes, como o perito, as testemunhas ou seus procuradores. O pedido deve ser justificado e antecipado (para que o juiz tenha tempo hábil a decidir sobre o assunto).

O não comparecimento justificado poderá acarretar consequências processuais diversas, dependendo de qual sujeito tenha se ausentado.

Capítulo 7

◆ Sentença e Coisa Julgada

1. Conceito de sentença

Até 2005 a sentença era definida no nosso ordenamento como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Com essa definição o Código optou em conceituar a sentença pelos efeitos que ela produz (extinção do processo), e não pelo seu conteúdo.

A finalidade da definição era facilitar a interposição dos recursos, máxime quando havia dúvidas sobre qual provimento se estava enfrentando. Todavia, esta definição padecia de dois grandes problemas: i) não definia sentença, pois definir *topologicamente* um instituto não extrai todas as informações necessárias ao intérprete como a definição pelo conteúdo, e ii) mesmo essa definição restou imprecisa, pois a sentença não põe termo ao processo, já que a parte tem a possibilidade de se socorrer dos recursos.

Contudo a nova lei de execução (Lei Federal n. 11.282/2005) trouxe algumas mudanças ao ordenamento, dentre elas no conceito de sentença. Dispõe a nova redação do referido artigo: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Contudo esta definição não está imune a críticas. Se se disser que sentença é o ato do juiz que tem previsão em uma das hipóteses dos arts. 267 e 269, os operadores do direito seriam obrigados a inserir no conceito de sentença um sem-número de decisões interlocutórias que, por possuírem conteúdo de art. 267 ou de art. 269, teriam que alterar a sua natureza.

Assim: a) a decisão que indefere liminarmente a reconvenção tem conteúdo do art. 267, mas é interlocutória; b) o mesmo se diz para a decisão que exclui um dos litisconsortes da lide; c) e se aplica também à decisão que rejeita liminarmente a denunciação da lide. Tem conteúdo de art. 269, mas não é sentença a) a decisão que concede ou nega a antecipação de tutela, b) a decisão que homologa desistência parcial da ação ou renúncia parcial do pedido pelo autor, c) a decisão que decreta a prescrição de um dos pedidos e d) a decisão que julga parcialmente a lide, em face de incontroversibilidade de um dos pedidos do autor (CPC, art. 273, § 6º).

Vê-se, pois, que o conceito de sentença elaborado pelo legislador, e tão reclamado pela doutrina no decorrer dos tempos, não passou no teste de consistência. Todavia, é possível estabelecer um critério seguro de sentença desde que se faça a junção das duas definições (a anterior e a nova), evidentemente com as devidas adaptações ao novo sistema. É como estabelecer uma “represtinação parcial” trazendo o conceito antigo com o novo.

Desta forma pode-se definir sentença pelo seu conteúdo somado a sua finalidade. *De lege ferenda*, a definição de sentença poderia ser *o ato do juiz que se insere em uma das hipóteses do art. 267 ou 269 e também o ato que encerra a fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição*.

2. Classificação (sentenças com e sem resolução de mérito)

A despeito de não possuir regulamentação no direito posto, é pacífico na doutrina o entendimento de que a sentença pode ser classificada em terminativa e definitiva.

2.1 Sentenças terminativas

Terminativas são as sentenças previstas no art. 267, que procedem ao encerramento da fase de conhecimento sem resolução de mérito.

Constitui situação indesejada, tendo em vista que o autor não espera que o processo se encerre calcado em uma pendência processual.

A reforma empreendida pela Lei n. 11.232/2005 alterou a palavra “julgamento” para “resolução”. A alteração foi coerente. Se o processo foi extinto porque não se pode decidir o mérito, certamente não houve julgamento. A análise (= constatação) de que o processo é inapto a chegar ao seu fim típico, por falta de algum pressuposto processual ou condição da ação, não se trata propriamente de julgamento.

Justamente por não haver análise do direito material, a jurisdição não cumpriu sua finalidade típica e, portanto, não pode ficar imunizada pela coisa julgada material. Assim, nada impede que, uma vez encerrado o processo por uma das hipóteses do art. 267, a parte possa, à luz do art. 269 do CPC, repropor a demanda.

Contudo, doutrina e jurisprudência estendem a vedação do art. 268 a outras sentenças cujo óbice da repositura seja o mesmo do inciso V.

E isso porque as situações ali previstas demonstram que a parte não terá condições de *sanar* o defeito processual numa segunda ação (o que, portanto, geraria uma nova extinção sem mérito).

Desta forma a demanda perempta (proposta pela quarta vez) será sempre perempta, pois adquiriu essa condição; a litispendência também, pois, havendo uma demanda em curso, a segunda proposta com os mesmos elementos será sempre vedada. Nem se diga da coisa julgada, já que não se pode trazer a juízo matéria já discutida em processo anterior.

Com base nessa premissa de insanabilidade do ato, portanto, outros casos podem ser enquadrados: i) a convenção de arbitragem (inc. VII), ii) nas ações intransmissíveis (inc. IX) e iii) nos casos de confusão (inc. X), que é modo de extinção da própria relação jurídica trazida em juízo (CC, art. 381).

Nesta situação, a extinção do processo se dará sem resolução do mérito, mas, como que por *extensão*, adquirem imutabilidade de coisa julgada material (CPC, art. 269).

São os casos de extinção do processo sem resolução de mérito:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

I – quando o juiz indeferir a petição inicial;

II – quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

- III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
- VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
- VII – pela convenção de arbitragem;
- VIII – quando o autor desistir da ação;
- IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
- X – quando ocorrer confusão entre autor e réu;
- XI – nos demais casos prescritos neste Código.

2.2 Sentenças definitivas

Já as sentenças definitivas (CPC, art. 269) são aquelas que, além de terminarem a fase de conhecimento – toda sentença definitiva é, também, terminativa –, resolvem o mérito. São denominadas definitivas, pois definem o direito das partes, outorgando a tutela jurisdicional a quem de direito.

Aqui o legislador também se preocupou em alterar a nomenclatura de *julgamento* para *resolução*. E isto porque julgamento é uma atividade intelectual do magistrado em analisar e sopesar os fatos e provas do processo em relação ao ordenamento jurídico. Procedendo ao devido enquadramento dos fatos à norma (método de subsunção), o juiz efetiva a norma individual e concreta para as partes.

Contudo, todo esse *itinerário* só ocorre efetivamente no inciso I do art. 269 “quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor”, pois nos demais haverá meios atípicos de resolução do mérito, e não julgamento.

Nos demais, portanto, não há julgamento, pois de alguma forma as partes dispuseram do seu direito e chegaram a um acordo (reconhecimento do pedido, renúncia do direito e transação) ou escoou o

lapso oportuno para o ajuizamento da ação (prescrição e decadência). Em todos esses casos não há se falar propriamente em *juízo*.

Por produzirem o mesmo efeito que uma decisão de mérito, estas decisões são a ela equiparadas, criando-se um *juízo por ficção*.

Nos casos previstos no art. 269, o Estado cumpre sua finalidade jurisdicional resolvendo o conflito. A imperatividade (característica da atividade jurisdicional) somente pode ter vigência se se perpetuar no tempo; é necessário que esta decisão se revista de imutabilidade.

Desta forma, a extinção do processo com resolução de mérito impede a propositura de nova demanda contendo os mesmos elementos (função negativa da coisa julgada).

Art. 269. Haverá resolução de mérito:

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.

3. Elementos integrantes da sentença

A sentença, como ato processual (e formal) que é, deve ser constituída de alguns elementos.

Na Seção I do Capítulo VIII, sob a rubrica “Dos requisitos e os efeitos da sentença”, o art. 458 estabelece quais são “os requisitos essenciais da sentença”. A terminologia é equívoca. Requisito designa algo preexistente, anterior, como um pressuposto da sentença. Ocorre que os elementos que a lei refere estão inseridos na sentença (*rectius*, decisão). Por isso é mais correto denominarem-se elementos. São eles o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

3.1 Relatório

Relatório é a síntese do processo. É no relatório que o magistrado procederá a um inventário do processo, registrando os principais eventos

e incidentes. A existência do relatório é garantia de que o magistrado leu e conhece o processo que está decidindo.

No Juizado Especial Cível, não é necessário o relatório (art. 38, Lei n. 9.099/95).

A ausência de relatório gera a nulidade da decisão, pois se presume que o juiz não leu o processo.

Contudo esta nulidade pode ser elidida quando o magistrado elaborou o relatório *per relationem*. Esta forma de formulação de relatório pode ocorrer: a) quando o juiz refere-se ao relatório de outra decisão do mesmo processo; b) quando o juiz refere-se ao relatório de outra decisão de outro processo, mas que seja com ele conexo; c) quando o acórdão utiliza o relatório da sentença.

3.2 Fundamentação

Certamente a fundamentação é o elemento mais complexo da sentença; seja pela sua importância (alçada a *status* constitucional como uma garantia, CF, art. 93, IX), seja pelos problemas que dela decorrem.

Denomina-se também motivação, pois é aqui que o magistrado estabelece suas premissas e aduz sua razão de decidir. São os porquês da decisão.

Dois são os motivos da exigência da fundamentação nas decisões: um interno e outro externo. O motivo interno é permitir que as partes saibam dos *porquês* de tal ou qual conclusão, podendo, desta forma, dirigir seus esforços no recurso (se necessário), tentando quebrar as premissas fixadas pelo julgador. Inegavelmente uma decisão fundamentada facilita a parte sucumbente na hora do recurso.

A fundamentação ajuda também ao órgão *ad quem*, destinatário do recurso, a verificar se os critérios adotados pelo julgador inferior estavam corretos (controle vertical da atuação do juiz).

O motivo externo decorre do devido processo legal. Trata-se do controle externo da atividade judicial.

Importante que se entenda que não há julgamento na fase da fundamentação. Resolver questões não é julgamento. Julgamento é decisão e isso apenas ocorre na parte dispositiva.

Na fundamentação apenas se decidem as questões prévias (preliminares e prejudiciais) que, por não serem *decididas*, não fazem coisa julgada (salvo na situação do art. 470 do CPC).

Há uma consequência prática relevante: como a fundamentação não faz coisa julgada material, todas as premissas de decidir do magistrado poderão ser discutidas em futuro processo que não vinculará o novo juiz da causa à razão de decidir anterior. Contudo a fundamentação é importante para delimitar os contornos e o alcance da *res iudicata*.

Primeiro o magistrado analisa as: a) questões processuais. Não havendo questões processuais a serem enfrentadas, deve o magistrado analisar as b) questões de fato. Por questões de fato deve se constatar a existência ou não de um fato com base nas provas trazidas pelas partes. Por fim o magistrado deve proceder ao exame das c) questões de direito. Por questões de direito compete ao julgador enquadrar a norma jurídica (lei, doutrina, jurisprudência) na questão *fattispecie*. Pelo fato de nosso sistema adotar a teoria da substanciação, torna-se menos relevante a análise dos fundamentos jurídicos. Isso quer dizer que a parte deve se preocupar agudamente com os fatos, podendo errar ou não mencionar as consequências jurídicas, que o magistrado aplicará, de ofício, a que entenda correta (*iura novit curia*).

A falta de fundamentação gera nulidade absoluta. Após o trânsito, será cabível, no prazo de 2 anos, a ação rescisória. Há, contudo, duas situações em que a fundamentação é feita de maneira diversa da tradicional. Questiona-se sua validade como elemento constitutivo da decisão:

a) Fundamentação *aliunde* – quando o magistrado se utiliza de precedentes judiciais próprios ou de terceiros para dar base à sua decisão. A mera menção de outra decisão sem nenhum argumento a mais ou de *como* aquela decisão se insere no contexto desta gera a nulidade da decisão.

Nem nas hipóteses em que a menção está autorizada por lei fica o magistrado desobrigado a proceder à fundamentação da decisão. Assim, nas hipóteses do: a) art. 285-A deverá o magistrado fundamentar a aplicação do precedente de seu juízo para o caso concreto; bem como nos casos de: b) súmula vinculante (CF, art. 103-A) deverá demonstrar a

hipótese de incidência da súmula sobre o caso concreto e em que circunstâncias.

b) Fundamentação *per relationem* – quando o magistrado se reporta à fundamentação de outra decisão do mesmo ou de outro processo. Desta forma, “o juiz deixa de dizer, com suas palavras, os fundamentos jurídicos do *decisum*. Arrima-se ou se reporta a outros atos processuais praticados no processo. São na verdade fundamentos indiretos” (OLIVEIRA, 2004, p. 225).

Excepcionalmente poderá ser adotado este expediente, por exemplo, no Juizado Especial (art. 46, Lei n. 9.099/95), em que a súmula da sentença, se confirmada, servirá de fundamentação do acórdão.

Contudo, sem elementos essenciais, não há se falar em decisão fundamentada. É necessário analisar as peculiaridades e vicissitudes da causa que se examina.

3.3 Dispositivo

A parte apresenta as suas argumentações formulando um pedido com base em uma causa de pedir. A conjunção destes dois elementos consiste no objeto litigioso do processo. A análise deste objeto litigioso, contudo, depende da verificação de ausência ou não das matérias prévias (preliminares e prejudiciais) que consistem nas matérias processuais.

Ademais há a defesa de mérito apresentada pelo réu (direta ou indireta), bem como a fase probatória, momento em que se verificará a veracidade dos atos postulatórios apresentados.

Pois bem. Todo esse conjunto (objeto litigioso + questões processuais + matérias de defesa + fase instrutória) consiste no **objeto do processo**. Ao cabo dessa análise o magistrado dará uma resposta ao objeto litigioso. Esta resposta é apresentada na parte dispositiva da decisão.

Desta forma, dispositivo é a parte da sentença (decisão) em que o magistrado decide. É nesta oportunidade que o magistrado, após verificar o resumo do processo (relatório) e as premissas fixadas (fundamento), dá a sua conclusão e confere a tutela jurisdicional a uma das partes. É o elemento-chave e nuclear do pronunciamento judicial.

É a decisão que opera efeitos práticos na sociedade.

Para o mundo do direito a parte dispositiva (ou o *comando*) constitui o elemento mais importante. Tanto que a falta de relatório ou motivação, de acordo com majoritária doutrina, importa em nulidade da sentença. Já a falta da parte dispositiva acarreta a inexistência da sentença, uma vez que, se não há decisão, nada se decidiu, então não pode ser denominada sentença.

O juiz pode elaborar dispositivo direto ou indireto. No primeiro, o magistrado expressamente indica o bem a que o vencedor da demanda terá direito. Já no outro, dará a vitória sem indicar expressamente qual o bem ao qual a parte tem o direito. Assim, se a sentença condena o réu a pagar ao autor R\$ 2.000.00 (dois mil reais), consiste em dispositivo direto. Contudo, se apenas dá procedência conforme pedido do autor na inicial, fala-se em dispositivo indireto.

4. Publicação da sentença e o “princípio da invariabilidade”

A regra é encontrada no art. 463 do CPC, que assim dispõe:

Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

- I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
- II – por meio de embargos de declaração.

Com a publicação da sentença (tornar pública), a decisão adquire existência jurídica e não pode ser alterada, mesmo que as partes assim desejem.

Vê-se que o Código de Processo Civil adotou a teoria da irretratabilidade da sentença, já que a lei apenas permite a sua alteração para correção de erros materiais, erros de cálculo e por embargos de declaração.

Este assunto será retomado em breve. É importante apenas fazer uma rápida consideração acerca da alteração legislativa empreendida neste artigo.

A redação anterior do art. 463 previa que o magistrado, ao proferir a sentença de mérito, exauriria o seu ofício jurisdicional. Conforme pôde se

verificar acima, com a definitiva inserção do sincretismo no nosso ordenamento, o magistrado, ao proferir a sentença de mérito, não mais encerra sua atividade, já que deverá praticar atos materiais para a satisfação daquilo que restou declarado em sentença dentro desse mesmo processo (cumprimento de sentença).

Contudo o referido dispositivo não quer dizer que o magistrado se desliga do processo, mas, sim, que não pode alterar a sentença. Até mesmo porque é ele quem: a) procede ao juízo de admissibilidade e aos efeitos de eventual recurso interposto; b) conduzirá a execução provisória do julgado quando a apelação for recebida somente no seu efeito devolutivo (CPC, art. 475-O); c) cumprirá a sentença das obrigações específicas com atos executivos ou mandamentais.

Conforme havia sido exposto, a sentença, via de regra, não pode ser alterada. Entretanto o ordenamento prevê três exceções:

- 1) *no indeferimento da petição inicial* (CPC, art. 296) – se a sentença indeferir a petição inicial caberá apelação, podendo o magistrado se retratar em quarenta e oito horas;
- 2) *no julgamento de processos repetitivos* (CPC, art. 285-A) – havendo diversos processos com base em idêntica controvérsia, poderá o magistrado não citar o réu e proferir sentença com resolução do mérito contra o autor. Neste caso caberá apelação, sendo facultado ao magistrado se retratar em cinco dias;
- 3) *na apelação interposta contra sentenças no procedimento do ECA* (art. 198, VII, da Lei n. 8.069/90), em que o magistrado pode se retratar em cinco dias ao receber o recurso.

É importante que se diga que o termo *publicada* que se lê no art. 463 é equívoco. E isso porque publicar é tornar público, e a publicidade se dá quando os autos estão à disposição em cartório para apreciação. Tradicionalmente, contudo, chama-se de publicação o ato do *Diário Oficial* em cientificar as partes. Ocorre que esse ato denomina-se intimação.

5. Especificamente a classificação das sentenças de procedência (conteúdo da

decisão)

Aqui se fala em sentença de procedência (v.g., que acolhe o pedido do autor no mérito), pois as sentenças de improcedência são sempre declaratórias negativas, isto é, atestam que o autor não possui o direito postulado. A doutrina é dividida entre a classificação ternária (que contém as sentenças meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias) e a quinária (que, junto a estas, agrega as sentenças executiva e mandamental).

Defendendo a classificação quinária, têm-se na doutrina Pontes de Miranda, Ovídio Baptista, Luiz Guilherme Marinoni, e a ternária, José Carlos Barbosa Moreira, Arruda Alvim, Cândido Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque.

Estabelecerá a distinção entre as diferentes sentenças e se verificará se as sentenças executivas e mandamentais possuem envergadura para figurar como categorias autônomas ou apenas como uma subclassificação das sentenças condenatórias.

Uma última ressalva: a distinção que aqui se estabelece para fins de classificação leva em conta o conteúdo da sentença, e não a sua eficácia (= aptidão para produzir efeitos). O conteúdo são marcas inerentes a determinado ato que o identificam dos demais. Eficácia é a produção de efeitos daquele ato decorrente do seu conteúdo. Assim o conteúdo tem estreita correspondência com os efeitos (essa relação é realizada por imputação, conforme autorizada doutrina); estes se produzem fora, enquanto aquele é verificado internamente.

5.1 Tutela declaratória

A sentença declaratória *apenas* declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou o modo de ser de uma relação. O objetivo dessa sentença é eliminar uma situação de incerteza que paira sobre determinada relação jurídica e é fonte de dúvidas, incertezas e insegurança. Esta será a tutela outorgada ao autor e acobertada pela coisa julgada material.

Em todas as sentenças, mesmo as com pedido constitutivo ou condenatório, o juiz declara quem tem razão. Desta forma toda sentença

declara algo, isso já se sabe. A diferença é que, nas sentenças com outras tutelas, o juiz não apenas declara, pois há a preponderância de outros efeitos (assim como a famosa classificação de Pontes de Miranda em seu *Tratado das ações*).

A sentença declaratória não impõe nenhuma obrigação às partes, por isso não constitui título executivo, mas torna certa aquela relação que, embora já existisse, não era reconhecida. É por isso que sua eficácia é *ex tunc*, já que seus efeitos retroagem à data do início da relação jurídica cuja existência foi discutida. A sentença tem essa eficácia, pois apenas confirma judicialmente aquilo que já existia.

Assim, numa ação de investigação de paternidade, a sentença declaratória positiva irá constatar que o pai sempre foi pai desde a concepção do filho, mas apenas agora não há mais dúvidas acerca do vínculo de filiação.

O art. 4º do CPC preconiza que o interesse do autor pode limitar-se à declaração: i) da existência ou inexistência da relação jurídica e ii) da autenticidade ou falsidade de documento.

5.2 Tutela constitutiva

As sentenças constitutivas, além de declarar (pois toda sentença declara algo), formam, modificam ou extinguem uma relação jurídica.

Assim como as sentenças declaratórias, as sentenças constitutivas bastam por si para atender ao direito substancial afirmado. Não se forma título executivo, e não prescinde de *atos posteriores* para que o direito material seja efetivamente realizado.

Duas situações podem ensejar o seu ajuizamento: i) a existência de um litígio a respeito de relação jurídica que uma das partes quer constituir ou desfazer sem o consentimento da outra ou ii) a exigência legal de ingresso no Judiciário para que determinada relação jurídica possa ser modificada, mesmo com o consenso dos envolvidos. No primeiro caso, a constituição é voluntária; no segundo, é necessária.

O que caracteriza a sentença constitutiva é a criação de um estado jurídico distinto do anterior. Por isso a eficácia dessas sentenças é *ex nunc* e não produzem seus efeitos para antes da sentença transitada em

julgado (ex.: divórcio). A exceção a essa regra é a anulação de negócio jurídico (CC, art. 182), que retroage à data de formalização do negócio.

É típica sentença que se relaciona aos direitos potestativos, que se efetiva no mundo jurídico das normas, e não dos fatos. Dá-se pelo verbo, e não pelo ato concreto, material.

5.3 Tutela condenatória

Sentenças condenatórias são as que não se limitam apenas a declarar a existência do direito em favor do autor, mas concedem a ele a possibilidade de valer-se da sanção executiva, tornando realidade concreta aquilo que lhe foi concedido. Portanto, forma-se com ela um título executivo judicial.

São sentenças, do ponto de vista prático, portadoras de alto grau de ineficácia, pois são insuficientes para tutelar efetivamente o direito do credor.

E isso porque, se não houver o cumprimento espontâneo do devedor, dará ensejo a que o credor promova um processo de execução (ou ao menos, conforme a nova lei, novo procedimento ou nova fase), requerendo que o Estado pratique atos materiais a fim de converter o patrimônio do devedor em renda ao credor.

As sentenças condenatórias têm eficácia *ex tunc*, pois seus efeitos retroagem à data da propositura da demanda. Como regra, elas só produzem efeitos a partir do trânsito em julgado, salvo se o recurso contra ela interposto não for dotado de eficácia suspensiva.

A sentença prepara a execução. Ela é só a causa, não o efeito. Como dito, ela é a mais ineficiente de todas as tutelas jurisdicionais. Se o grau de eficácia de uma tutela se mede pelos efeitos concretos que está apta a produzir, a sentença condenatória produz pouquíssimos efeitos para fora do processo.

5.4 Tutela mandamental

Qualifica-se ordem não pelo seu conteúdo em si, mas pela consequência de sua violação, até mesmo porque todo descumprimento é afronta ao Poder Judiciário. Constitui um *plus* em relação às sentenças condenatórias.

É assim que se pode divisar a sentença condenatória, pois nela o descumprimento não acarreta a aplicação de crime de desobediência, já que a técnica empregada nestes tipos de medida dispensa o emprego de outras medidas de coerção que não os da sub-rogação.

Assim, podem-se identificar dois elementos na ação mandamental: 1) coercitividade, vale dizer, sem que haja a imposição de uma obrigação, tornar-se-ia inócua a tutela mandamental; 2) sincretismo, pois não há a necessidade de instauração de dois processos (conhecimento e execução, na medida em que a sentença mandamental, por conter em si o comando e a determinação dos meios de coerção, não prescinde da propositura de processo executivo, já que a hipótese de conduta (F) gera sempre um consequente (C) em caráter impositivo).

É de se verificar que os meios utilizados para se aplicar a técnica mandamental relacionam as prestações de natureza infungível (a utilidade que ele proporciona está condicionada à participação do réu).

Por sentença mandamental, portanto, deve-se entender a técnica que pretende extrair do devedor o cumprimento voluntário. Dirige-se diretamente contra a pessoa do obrigado, aguardando dele o acatamento e o cumprimento de uma ordem, sob pena de responder pelas consequências desse descumprimento.

5.5 Tutela executiva

A sentença executiva é técnica sub-rogatória que se realiza independentemente da vontade do devedor, mas que não atua mediante expropriação de bens (predicativo das execuções por quantia certa, como a penhora, avaliação e alienação). Ao contrário da condenatória, esta não se dirige ao devedor da obrigação, mas se concretiza independentemente de sua vontade. Por ser, como dito, técnica sub-rogatória típica, neste ponto – e basicamente neste ponto – se afina com a tradicional tutela condenatória.

Talvez a grande diferença das tutelas executivas (e se verá que tal diferença não é suficiente para proclamar a sua autonomia) em relação às demais – máxime a condenatória – refira-se aos meios executórios e ao momento de sua aplicação.

As sentenças executivas são de natureza condenatória, mas prescindem de uma fase de execução que lhes sobrevenha para que seu comando seja cumprido. Pois as condenatórias exortam o devedor a cumprir; a executiva já efetiva a tutela.

A sentença executiva parte da premissa de que ela, por si só, altera a denominada linha discriminativa das esferas jurídicas, o que não ocorre com a execução, que precisa de outra medida para que se possa cruzar essa linha.

6. Capítulos da sentença

6.1 Introdução

Estudar os capítulos da sentença é entender que uma sentença, a despeito de ser formalmente una, pode produzir várias decisões que espraíam efeitos diversos no mundo do processo até mesmo quanto a sua recorribilidade.

Aliás, seria difícil imaginar uma sentença que contenha apenas um capítulo.

A simples condenação em honorários já altera a estrutura mínima da decisão, autorizando que esta seja fracionada em capítulos: um sobre o objeto litigioso e outro sobre o custo a ser despendido com o advogado da parte contrária.

E é importante que várias são as sentenças que podem projetar inúmeros capítulos: a) na cumulação objetiva de pedidos, b) no litisconsórcio cujo regime seja simples (decisão pode ser diversa para cada parte), c) na conexão entre demandas, d) na análise de questão processual e questão de mérito.

O ordenamento brasileiro não trata expressamente desta regra, mas na análise de alguns artigos é possível inferir que o sistema autoriza a adoção desta teoria. Assim é de fácil constatação nos arts. 475-I, § 2º, 475-O, § 1º, e 498, todos do CPC.

Originariamente foi tratada por Chiovenda. E no Brasil por Cândido Dinamarco, quem melhor tratou sobre o assunto, adotando a teoria desenvolvida por Liebman sobre o *capi di sentenza*.

Como exemplo, pode-se afirmar o seguinte caso: trata-se de uma ação de reparação de danos. O réu se defendeu, arguiu preliminar e reconheceu o dano emergente, tendo impugnado todo o resto.

Na sentença o magistrado rejeitou a preliminar arguida pelo réu de ilegitimidade passiva e no mérito condenou-o a pagar ao autor apenas os danos morais. Quanto aos danos materiais julgou improcedente a pretensão.

Ainda, dado o reconhecimento jurídico parcial do pedido, condenou o réu ao pagamento dos lucros cessantes. E condenou o réu, ainda, nos ônus da sucumbência.

Esta sentença terá ao menos cinco capítulos distintos: um que rejeita a preliminar arguida, outro que homologa os lucros cessantes, outro que condena o réu no pagamento do dano material, um quarto que dispõe que o réu não deve pagar os danos materiais e um quinto sobre os honorários de sucumbência.

A teoria dos capítulos tem suma importância na teoria da sentença, no campo recursal, na execução e na coisa julgada.

- 1) Imagine que dois capítulos de mérito tenham sido proferidos. A parte recorreu de apenas um. O que não foi recorrido transitará em julgado, podendo ser executado desde já definitivamente. E mais, este capítulo, uma vez formada a coisa julgada, já conta autonomamente prazo para apresentação de ação rescisória no prazo de 2 anos, independentemente do trânsito da parte recorrida.
- 2) No campo dos recursos, se um acórdão contiver capítulo com julgamento unânime e outro por maioria de votos, caberão respectivamente recurso especial/extraordinário no primeiro e embargos infringentes no segundo.
- 3) Da mesma forma que o magistrado ao julgar demandas conexas de que cabem recursos com efeitos distintos (v.g., cautelar e demanda principal, despejo e cobrança de alugueres, alimentos e investigação de paternidade). Como desta sentença (formalmente uma) caberá apenas um recurso em atenção ao princípio da unirrecorribilidade, cada capítulo será recebido em seu efeito típico. Desta forma a demanda principal ficará sobrestada por força do duplo efeito, e a

demanda cautelar poderá produzir efeitos desde já (via execução provisória), *ex vi* do art. 520, IV, do CPC.

- 4) Se uma decisão for *ultra petita*, não será preciso que o Tribunal anule toda a sentença, bastando eliminar o capítulo que excedeu aos limites da demanda, mantendo aquele que se limitou ao que foi pedido.
- 5) Se uma sentença tiver uma parte líquida e outra ilíquida, poderá o magistrado proceder a liquidação da parte ilíquida, iniciando desde já a execução da parte líquida.
- 6) Na teoria dos capítulos das decisões, é possível se verificar que uma sentença (v.g.) é portadora de diversos capítulos que podem: a) possuir eficácias condenatórias diversas (podendo ser decorrentes até de prestações diferentes – um fazer e um pagar) e b) possuir outras eficácias (como declaratória ou constitutiva).

6.2 Aplicabilidade

Existem três situações que permitem a aplicação da teoria dos capítulos da sentença:

- 1ª) quando houver pluralidade de pretensões: a) na cumulação de demandas; b) com a apresentação de incidentes processuais (ação declaratória incidental, oposição, denúncia da lide); c) na conexão de causas (CPC, art. 105); d) quando houver litisconsórcio simples;
- 2ª) quando houver uma pretensão que pode ser decomponível, ou seja, “versa sobre coisas suscetíveis de contagem, medição, pesagem ou qualquer outra ordem de quantificação (como o dinheiro), caso em que também a decisão poderá ser decomposta” (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2010, p. 277-278);
- 3ª) quando analisa questão processual e questão de mérito (capítulos heterogêneos).

7. Princípio da congruência

O princípio da congruência ou da adstrição ou da correlação determina que o magistrado decida de acordo com aquilo que está estabelecido na petição inicial qualitativa e quantitativamente, nem mais, nem menos, nem diferente.

O princípio da adstrição trabalha com diversos princípios que orbitam sua aplicação. Assim vige o *princípio da inércia* (o Judiciário não pode agir senão quando provocado), o *princípio dispositivo* (a parte projeta ao Judiciário aquilo que deseja que seja decidido) e o *princípio do contraditório* (se o magistrado julgar diversamente do que foi requerido pelo autor, certamente ofenderá o contraditório, pois o réu se defendeu nos precisos limites daquilo que foi requerido).

É assim que dispõe o art. 460 do CPC: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”, e o art. 128 também do CPC: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Contudo os dispositivos disseram menos do que a norma deve alcançar. Os limites da lide não devem ser tidos somente pelo *pedido*, mas também pela *causa de pedir* e pelas *partes*. O princípio da congruência atinge todos os elementos da demanda. Assim o magistrado deve julgar somente nos limites do que foi pedido, com base nas causas de pedir narradas, atingindo somente as partes do processo (CPC, art. 472).

Em alguns casos, a própria lei autoriza uma relativização no princípio da congruência, autorizando que o magistrado conceda o bem acima ou independentemente do que foi requerido. Assim se opera:

- 1) na aplicação do princípio da fungibilidade, em que se autoriza ao magistrado conceder tutela diversa daquela que fora requerida, como nos casos de recurso, possessórias ou medidas de urgência;
- 2) nos casos de pedidos implícitos, como juro, honorários advocatícios, ou pedido de prestações periódicas. É modalidade de pedido não requerida, mas concedida *ex vi legis* (CPC, art. 293);
- 3) nas tutelas específicas (CPC, arts. 461 e 461-A e Lei n. 8.078/90, art. 84), em que o magistrado poderá conceder a tutela específica ou “resultado prático equivalente ao do adimplemento”;
- 4) nos direitos supervenientes (CPC, art. 462).

7.1 Congruência

Como visto, o magistrado deve julgar nos limites do pedido. O pedido vem delineado no art. 286, que dispõe ser este certo e determinado. Em contraposição, o magistrado deve julgar de acordo com este pedido, em sua certeza e sua determinação. Contudo, nem sempre isso ocorre, dando passo aos *vícios de congruência da sentença*.

7.1.1 Sentença “*extra petita*”

Sentença *extra petita* é aquela em que o magistrado concede algo fora daquilo que foi requerido. Este vício está atrelado à certeza do pedido.

Ocorre sempre que o magistrado conceder algo diverso daquilo que foi pedido, seja porque a) concedeu bem da vida diverso ou b) prestou tutela jurisdicional diversa.

Por diverso, há de se presumir que o magistrado *não decidiu* aquilo que foi requerido pelo autor. Desta forma, se o magistrado inseriu na condenação algo *a mais* do que foi requerido, mesmo que seja de gênero diferente, a decisão será *ultra*, e não *extra petita*.

Se numa separação litigiosa fundada em adultério o magistrado concede o adultério e também leva em consideração o abandono de lar, nesse caso está se falando em decisão *ultra petita*.

Da mesma forma que o pedido, será *extra petita* a sentença que se funda em causa de pedir não suscitada pelo autor. Aqui o vício não é do pedido, pois o juiz concedeu a tutela com base no pedido do autor, mas com diversa causa de pedir.

Da sentença *extra petita* caberá apelação. Este pedido será rescisório, para que seja proferida uma nova sentença. Nada impede que, com o trânsito, seja ajuizada ação rescisória com fundamento em literal violação de dispositivo legal (CPC, art. 485, V), no caso os arts. 128 e 460 do CPC.

7.1.2 Sentença “*ultra petita*”

Na sentença *ultra petita* o magistrado julga a mais do que foi pedido. Aqui a problemática não reside na certeza do pedido (pois foi dado exatamente aquilo que se requereu), mas na determinação. O magistrado concedeu mais do que havia sido requerido pelo autor e, portanto, a sentença está viciada.

Desta forma, sempre que o magistrado proferir sentença em quantidade maior do que a requerida (dentro do mesmo gênero) pelo autor haverá esta modalidade de sentença.

Difere-se da decisão *extra petita*. No julgamento *ultra petita* o magistrado analisa o pedido, mas **exagera** e concede mais do que foi requerido. Já na decisão *extra petita*, o magistrado não analisa aquilo que foi requerido e concede algo fora do pedido, portanto **inventa** matéria não suscitada.

Evidentemente que nas demandas de pedido genérico (*vide* capítulo da petição inicial) o autor não está obrigado a fixar o valor da condenação e, portanto, o magistrado não tem parâmetros para a concessão do valor. Desta forma, nos casos de reparação de dano sem valor certo, o magistrado não profere sentença *ultra petita*, pois apenas deve estar adstrito ao *an debeat* (certeza) do pedido, e não ao *quantum debeat*, então sua fixação é livre nessas demandas.

Questão interessante é respeitante à causa de pedir. Como não é possível mensurar a causa de pedir pela sua *quantidade*, mas sempre por sua *qualidade*, pode-se dizer que não existe sentença *ultra petita* no tocante à causa de pedir (*ultra causa petendi*). E isso porque uma causa de pedir não pode ser dada *mais* que outra, somente *diversa*.

Subjetivamente, decisão *ultra petita* é aquela que insere na decisão sujeito que não integrou o processo.

Da decisão caberá apelação. Aqui, ao contrário da sentença *extra petita*, que será toda anulada, é possível que o magistrado apenas invalide a parte a mais. Desta forma não será necessária a aplicação do efeito rescindente, na medida em que basta ao Tribunal retirar a *gordura*, mantendo-se incólume aquilo que foi decidido nos limites do pedido.

Também com o trânsito caberá rescisória pelo mesmo motivo (ofensa literal a dispositivo de lei – CPC, art. 485, V), mas somente da parte que sobejar os limites da decisão.

7.1.3 Sentença “*infra petita*” (“*citra petita*”)

O terceiro vício (e mais comum, diga-se) é a sentença que julga aquém do que foi pedido, denominada sentença *infra* ou *citra petita*.

Evidente que este terreno somente terá aplicabilidade no campo da cumulação de pedidos, quando o magistrado deixa de analisar um dos pedidos formulados. Não seria crível imaginar que diante da formulação de um único pedido deixe o magistrado de julgá-lo, pois não haveria sentença.

A cumulação pode ser própria ou imprópria, verificando-se as peculiaridades de análise de cada uma das regras. Desta forma, na sucessiva somente analisará o segundo pedido se rejeitado o primeiro (se imprópria) ou somente analisará o segundo se acolhido o primeiro (se própria). Não se aplica esta regra nos pedidos alternativos, pois, como somente um será analisado, não se imagina que o magistrado deixe de verificar.

Sobre a causa de pedir não há se falar, via de regra, de sentença *infra petita*. E isso porque o magistrado não é obrigado a analisar todas as causas de pedir e todos os fundamentos de defesa apresentados pelas partes. Até mesmo porque, por vezes, com base em uma causa de pedir/fundamento de defesa o magistrado já tem condições de resolver o conflito.

Para assegurar que todas estas argumentações que foram discutidas, mas não decididas, sejam analisadas, a lei conferiu a elas possibilidade de serem analisadas de ofício pelo Tribunal mesmo quando a interposição da apelação se limitou, obviamente, na fundamentação que gerou a sucumbência.

Estas matérias sobem para o Tribunal por força do efeito translativo (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º). Desta forma faltaria interesse em impugnar a decisão neste tocante, na medida em que o Tribunal, *ex vi legis*, tem a possibilidade de verificar as causas de pedir/fundamentos de defesa, discutidos, mas omitidos da decisão.

Geralmente a sentença *citra petita*, no campo subjetivo, opera quando há litisconsórcio, deixando de analisar a situação jurídica de um deles.

O recurso cabível são os embargos de declaração com base na omissão (CPC, art. 535, II). Acredita-se no não cabimento de plano de apelação, pois, se a decisão foi omissa, como se inferir a sucumbência? O vício do juízo reside em outro plano: negativa de prestação de tutela jurisdicional, e não a derrota da parte.

Com o trânsito em julgado desta decisão não caberá ação rescisória, pois se não houve decisão sobre o que se requereu não há *o que* ficar imutável e, portanto, autoriza-se nova demanda. Este, aliás, é o entendimento preciso de Daniel Amorim Assumpção Neves (2010, p. 455): “Na ausência de decisão sobre pedido expressamente formulado pelo autor, cria-se uma ficção jurídica de que o autor nunca fez tal pedido, de forma que será lícita a propositura de nova demanda vinculando o pedido não analisado. Como somente o dispositivo faz coisa julgada material e o pedido não resolvido naturalmente não estará no dispositivo, nada obsta a propositura de nova demanda”.

8. Fatos supervenientes (CPC, art. 462)

8.1 Introdução

O Código de Processo Civil brasileiro leva em consideração, quando da prolação da decisão, o exato momento de fato e de direito em que a causa se encontra, e não quando esta foi proposta. Afinal, se a sentença deve refletir o estado atual dos litigantes, resolvendo e dirimindo o conflito, uma eventual inserção de *novo fato* deve ser levada em consideração no momento de decidir.

Até mesmo porque, entre a propositura da demanda e a entrega da prestação jurisdicional, transcorre razoável lapso de tempo, que pode fazer com que as circunstâncias de fato (ou de direito) que motivaram a propositura da demanda sejam alteradas.

Daí por que assevera o art. 462 do CPC que: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

A superveniência dos fatos guarda estreita referibilidade com o juízo de admissibilidade da demanda. Desta forma, se uma das condições da ação somente foi preenchida no curso da demanda, não haverá carência de ação, pois se encontrava preenchida no momento do julgamento.

Assim também se a parte ajuíza a ação rescisória antes do trânsito, mas no curso do julgamento da demanda, o trânsito da demanda a ser

rescindida se opera. E, pode-se requerer, no curso da demanda civil, a sua improcedência se, na esfera penal, sobreveio decisão absolutória (ação civil *ex delicto*).

8.2 Sistematização

Há alguns pontos que devem ser ressaltados para a esmerada aplicação do dispositivo:

- a) *Fatos relevantes* – os fatos que podem ser levados à apreciação judicial após a propositura da demanda devem ser relevantes ao deslinde do processo, sob pena de criar uma situação inócua (se o fato não terá importância ao resultado do processo, se sua verificação não trará mudança no destino da causa, por que analisá-lo?).
- b) *Fatos novos* – para que estes fatos sejam apreciados, é imperioso que sua ocorrência tenha sido *após* o início do processo. Se fosse possível alegar questões *esquecidas*, comprometer-se-ia de forma significativa o sistema de preclusões e da eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474).
- c) *Atuação de ofício* – é o que consta do artigo. Contudo apenas os fatos cogentes, as questões que sejam dadas ao magistrado conhecer de ofício. É necessária autorização legal.
- d) *Contraditório* – como já ressaltado nesta obra, os modernos estudos do contraditório exigem-no efetivo, com a manifesta participação das partes, para poder influenciar no resultado do processo. Desta forma, é imprescindível que a análise dos fatos supervenientes seja precedida de adequado contraditório, sob pena de comprometer a segurança jurídica.
- e) *Princípio da congruência* – poder-se-ia pensar se estaria o magistrado, ao levar em consideração novos fatos não alegados, ofendendo o princípio da congruência ao proceder a julgamento *extra petita*. Contudo a apresentação destes fatos novos constitui uma autorização legal que exclui a incidência de qualquer invalidade.
- f) “*Ius superveniens*” – o direito também está abonado pela regra do art. 462. Desta forma, não somente os fatos, mas também a nova norma jurídica (regra, melhor dizendo) que possa influenciar no resultado do

conflito. Como *iura novit curia*, esta regra pode ser conhecida sem provocação.

- g) *Legitimidade* – tanto o autor quanto o réu poderão ampliar o objeto litigioso com o incremento de fatos novos.
 - g1) O autor poderá trazer novos elementos constitutivos de seu direito como uma exceção à regra da estabilização da demanda (CPC, art. 264). E isso porque o dispositivo comentado deve ceder passo à efetividade (decidir *todo* o conflito numa única oportunidade), sob pena de se permitir a propositura de nova demanda com estes novos fatos.
 - g2) O réu, igualmente, poderá trazer novos fatos depois da apresentação da defesa, e, aqui, excepcionando o princípio da eventualidade. Há autorização não apenas no art. 462 como também no art. 303, I, todos do CPC. A doutrina costuma afirmar que os fatos que podem ser trazidos são os modificativos e os extintivos, já que os impeditivos sempre surgirão antes ou no momento da formação do negócio jurídico submetido ao Judiciário.
- h) *Limite temporal* – os fatos novos podem surgir em segundo grau. Contudo, esta regra não se aplica nos recursos excepcionais, na medida em que estes dependem de prequestionamento para análise do material recorrido.

9. Efeitos da sentença (principais, anexos e reflexos)

9.1 Introdução e efeito principal

A sentença, como ato jurídico, tem aptidão de produzir uma série de efeitos dentro e fora do processo. Estes efeitos podem ser escalonados como efeitos principais, anexos e reflexos.

Os efeitos principais são todos aqueles decorrentes da própria decisão. Assim, a declaração de falsidade do cheque, o novo estado civil do separando, a possibilidade de execução nas demandas condenatórias.

9.2 Efeito anexo

Os efeitos anexos (também denominados secundários) decorrem de lei. Sua peculiaridade é não decorrer da decisão em si, mas de uma opção legislativa. Não necessitam de autorização judicial, tampouco de requerimento pela parte.

Desta forma, pode-se exemplificar: a) a preempção, no caso de abandono da causa por mais de três vezes; b) a separação de corpos, após a sentença da separação judicial; c) a fixação da responsabilidade daquele que se beneficiou da tutela antecipada ou execução provisória; d) a incidência de juros moratórios e correção monetária; e) a hipoteca judicial.

Sobre esta última, há de se tecer alguns comentários. Hipoteca é direito real de garantia em que um bem imóvel do devedor (que continua na sua posse) assegura o pagamento de uma dívida para com o credor.

Há três tipos de hipoteca: i) convencional, quando estabelecida entre as partes; ii) legal, quando prevista em lei (CC, art. 1.489); e iii) judiciária, quando decorrer de uma sentença judicial.

O art. 466 do CPC determina que: “A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária:

I – embora a condenação seja genérica;

II – pendente arresto de bens do devedor;

III – ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

Como se vê, o instituto, de relevante utilidade prática, visa a garantir ao vencedor da demanda que haverá bem (bens) para satisfazer o crédito exequendo. Desta forma, este bem será destacado com gravame real para que possa recair sobre ele, oportunamente, a atividade jurisdicional. Sua finalidade é evitar a fraude à execução.

Constitui efeito anexo da sentença, contudo a hipoteca judiciária não garante ao credor o direito de preferência, mas, sim, o direito de sequela.

Infelizmente, a hipoteca judiciária, a despeito de sua notória utilidade, é de raríssima incidência prática.

Alguns pontos devem ser ressaltados para a melhor compreensão do instituto:

- a) Sendo hipoteca, será necessário o registro para que tenha eficácia perante terceiros (CPC, art. 466, e Lei n. 6.015/73, art. 167, I, n. 2).
- b) Não constitui pressuposto da hipoteca que a sentença seja líquida (CPC, art. 466, I). Basta que esta tenha fixado a existência da obrigação (o que é devido).
- c) Consoante se depreende do inciso II do parágrafo único do art. 466, a hipoteca judiciária incide mesmo quando a execução já está garantida com outro meio, o arresto (CPC, art. 813), por exemplo.
- d) Da mesma forma, o inciso III do referido artigo autoriza a hipoteca judiciária quando o credor puder promover a execução provisória, ou seja, quando a apelação for recebida somente no seu efeito devolutivo. Contudo, entende-se que, mesmo recebida no seu duplo efeito, a hipoteca judiciária poderá ser requerida. E isso porque, se o objetivo é evitar fraude, a suspensividade (que é a regra) não impediria o vencido de má-fé de dilapidar seu patrimônio. Até mesmo porque a suspensividade *ope legis* da apelação apenas suspende os efeitos principais, e não anexos.
- e) De acordo com a lei, seu campo de incidência seriam as obrigações em dinheiro ou de entrega de coisa, deixando fora de sua incidência as obrigações de fazer e não fazer.

Ao contrário de parte da doutrina que defende uma interpretação mais extensiva (abarcando os três tipos de obrigações), entende-se que a interpretação a ser dada deve ser restritiva. E isso porque, nas obrigações específicas, adota-se a técnica executiva ou mandamental para satisfação da prestação.

Como a hipoteca somente pode ser utilizada em obrigações em dinheiro (pois do contrário a obrigação é uma *realização* do devedor), haveria de se esperar a obrigação específica converter-se em perdas e danos (CPC, art. 461, § 1º) para a incidência da hipoteca legal. Seria *um efeito anexo da sentença sob condição suspensiva*. Esta conversão

somente se daria por: a) vontade do credor; b) impossibilidade material do cumprimento específico.

Desta forma, aguardar a incidência da hipoteca legal a uma eventual e futura conversão seria desnaturar o instituto. E mais. Hoje, as técnicas para realização prática dos direitos específicos são muito mais eficazes do que a hipoteca judicial.

f) Apesar de a lei falar em “sentença que condenar o réu”, dando legitimidade para instituir a hipoteca somente ao autor, nada impede que o réu, vencedor da demanda, utilize-se deste expediente para resguardar futuro pagamento de custas e honorários. Melhor seria se a lei tivesse utilizado o vocábulo *vencido*.

g) A doutrina, igualmente, costuma afirmar que, por se tratar de uma permissibilidade legal, não seria necessário nem requerimento do vencedor antes da sentença, tampouco é necessária a inclusão deste tópico na sentença. Bastaria, após a sua publicação, o requerimento para a expedição de mandado para registrar a hipoteca no Registro de Imóveis competente.

h) Não é necessária a oitiva da parte contrária.

9.3 Efeitos reflexos

Por vezes, a sentença produz efeitos não somente em relação àqueles que estão dentro do processo, mas também em relação jurídica estranha à demanda. São os denominados efeitos reflexos da decisão.

Numa demanda de despejo julgada procedente, automaticamente se rompe o contrato de sublocação porventura agregado a ele.

10. Sentenças determinativas (dispositivas)

Apesar de haver diversos sentidos para as sentenças determinativas, sua função principal dentro do processo é a de regular, por meio de decisão, as relações de trato sucessivo (prestações periódicas).

Portanto, as relações jurídicas continuativas, aquelas que perduram no tempo até mesmo após o trânsito em julgado, têm o regime das sentenças determinativas.

Se alterar a situação de fato, alterará o conteúdo da sentença. Daí por que parte da doutrina assevera que as relações jurídicas continuativas, sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus*, não fazem coisa julgada. Não é caso, contudo, de não haver coisa julgada.

A lei autoriza a revisão da sentença (mesmo com o trânsito), pois ocorreu a modificação do estado de fato ou de direito. Ocorre que, a despeito da redação do art. 471, I, a decisão forma coisa julgada.

O que ocorre é uma adaptação da nova realidade fático-jurídica. A sentença apenas é sujeita a uma integração decorrente da nova situação superveniente.

Na ação de alimentos, pode ocorrer posterior alteração no quadro fático, como a impossibilidade de se prestarem alimentos (pela perda de emprego do alimentante) ou a majoração destes (pelas novas necessidades do alimentando).

Alguns autores inserem também as sentenças da jurisdição voluntária como classe dessas sentenças.

Capítulo 8

◆ Coisa Julgada

1. Introdução

Dá-se o nome de trânsito em julgado da decisão, quando a sentença não for mais passível de recurso, seja porque se esgotaram as possibilidades de interposição de recursos, seja porque o prazo recursal transcorreu *in albis*. Com a efetivação do trânsito em julgado, opera-se o fenômeno jurídico chamado “coisa julgada”.

Entende-se por coisa julgada a qualidade existente numa sentença que torna seus efeitos imutáveis. Não se pode mais atacar essa sentença, exceto nos casos impugnáveis por rescisória ou de ação declaratória de inexistência.

A coisa julgada é, assim, uma consequência eventual do trânsito em julgado. E isso porque toda sentença transita em julgado (*rectius*, torna-se inatacável), mas nem toda sentença faz coisa julgada material.

Dessa vez, a relação que pode ser feita é que o trânsito produz efeitos internos na medida em que estabelece o esgotamento de mecanismos para atacar a decisão; já a coisa julgada produz efeitos [principalmente] externos na medida em que estabelece a impossibilidade de nova propositura de ação com base nos mesmos elementos (*treā eadem*) que se tornaram imutáveis.

2. Coisa julgada formal e material

A coisa julgada formal tem eficácia circunscrita ao processo em que se efetivou. A extensão dos efeitos da sentença não pode transbordar os limites do processo. Sua eficácia é, portanto, endoprocessual (para dentro

do processo). Sua diferença em relação à coisa julgada material reside apenas na área abrangida pela sua incidência.

É importante a observação de Cândido Dinamarco (2002) ao afirmar que não existem duas coisas julgadas (material e formal), mas, sim, dois aspectos do mesmo fenômeno, sendo que ambos versam sobre o mesmo objeto: segurança jurídica. Até mesmo porque toda coisa julgada material é, também, formal.

Já a coisa julgada material produz efeitos panprocessuais (para fora do processo), assim seus efeitos projetam-se para fora do processo que a produziu, atingindo não só o processo como também todos os (eventuais) processos que veiculem a mesma questão sobre as partes que decidida e sedimentada foi pelo processo originário.

Em virtude de a coisa julgada material tornar imutável a decisão para fora do processo, os requisitos para que adquiram esta imutabilidade são maiores.

Pois, além de analisar o mérito da causa (objeto litigioso), ter feito coisa julgada (formal), é necessário que a análise desse objeto seja dada em cognição exauriente.

O legislador pátrio no art. 468 circunscreveu que somente as sentenças de mérito têm aptidão para se tornarem imutáveis fora do processo: “A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

A coisa julgada formal é uma etapa para a formação da coisa julgada material. É necessário que a decisão transite em julgado (preclusão máxima). Tendo ocorrido tal fenômeno, há de se verificar se houve análise aprofundada do direito discutido (lide). Se sim, houve coisa julgada material.

Ademais a análise do objeto litigioso deve ter sido dada em cognição exauriente.

Não é necessário que seja sentença. Qualquer decisão que preencha os requisitos listados acima tem aptidão para fazer coisa julgada material.

Desta forma a decisão que julga pedidos incontroversos (CPC, art. 273, § 6º) ou o acórdão pode formar imunidade para fora do processo em que foram produzidos.

3. Função positiva e negativa da coisa julgada

Função negativa da coisa julgada consiste na proibição de ajuizar a mesma *causa em outro processo* já julgado. Por repetição de causas, entendam-se duas demandas com as mesmas partes, pedido e causa de pedir. A função negativa da coisa julgada é alimentada pela teoria da tríplice identidade (Pothier). Além da economia processual de se evitar o ajuizamento de duas demandas, tem essa função o mérito de evitar decisões conflitantes.

Mesmo que a segunda confirme a decisão da primeira, não é desejável duas ações analisando a mesma causa. O efeito negativo não incide com a alteração de alguns dos elementos da demanda (ainda que parcial, por exemplo, a modificação apenas dos fatos jurídicos, mantendo-se a mesma fundamentação).

Há uma questão que há muito atormenta a doutrina: trata-se do conflito de coisas julgadas.

Se uma demanda que já foi julgada foi proposta novamente e se esta segunda também formou coisa julgada, qual das duas prevalece?

Parte da doutrina defende que a segunda coisa julgada não pode prevalecer, sendo esta segunda juridicamente inexistente (Nelson Nery, Cássio Scarpinella Bueno).

Já para outra parte, a segunda coisa julgada prevalece em relação à primeira (desde que decorrido o prazo hábil para o ajuizamento da rescisória). Portanto, haveria uma substituição da primeira para a segunda (Barbosa Moreira, Cândido Dinamarco e Luiz Guilherme Marinoni).

A função positiva da coisa julgada é uma decorrência da função negativa.

Desta forma, enquanto na primeira impede-se o magistrado de visitar causa já julgada, a segunda ressalta que o magistrado não está proibido de julgar o mérito, mas fica vinculado ao que foi decidido na primeira demanda.

Não se trata de mesma causa em processos diferentes, o que é proibido por força da função negativa da coisa julgada, mas, sim, de uma mesma relação jurídica. Desta forma a teoria da tríplice identidade não

consegue explicar esta problemática, devendo ser iluminada pela teoria da identidade da relação jurídica (Savigny).

Desta forma o julgamento poderá ser feito desde que baseado na fundamentação esposada na primeira demanda. Constitui, portanto, um imperativo para o segundo julgamento.

4. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada à luz do sistema vigente

Falar sobre limites (no caso subjetivo e objetivo da coisa julgada) é trazer ínsita a ideia de extensão, pois não se pode falar em limite sem delimitar a sua esfera de abrangência. É fazer a interpretação, respectivamente, dos arts. 468 e 472 do CPC.

4.1 Limites subjetivos

A coisa julgada só atinge as partes do processo; partes e terceiros que ingressaram no processo (com a ressalva do assistente simples que sofre a eficácia da decisão, CPC, art. 55). Há uma justificativa: as partes e aos terceiros intervenientes participaram do processo, exerceram o contraditório e puderam influenciar no resultado da decisão. Não poderá atingir a coisa julgada a quem não tenha tido esse poder de influência.

Contudo as relações jurídicas não incidem somente para autor e réu. As causas submetidas em juízo formam ligações com outras pessoas, ensejando o alcance da coisa julgada a um perímetro maior. Assim a coisa julgada poderá atingir de maneira mais ou menos intensa os terceiros que não figuraram no processo. Mas há outros terceiros que, a despeito de não sofrerem os efeitos da coisa julgada, sofrerão os efeitos da decisão.

Desta forma, pode-se sumular que as partes e os terceiros inseridos no processo sofrem os efeitos da coisa julgada. O assistente simples sofre a eficácia da decisão; sobre os terceiros interessados incidirão os efeitos jurídicos da decisão, e sobre os desinteressados, os efeitos naturais da decisão.

Esta é a regra do art. 472, como princípio geral trazido pela doutrina romana (*res inter alios, allis no praeiudicare*), não afasta os efeitos

reflexos da coisa julgada para terceiros estranhos à lide.

Contudo existem terceiros que sofrem os efeitos da coisa julgada material, mesmo não estando no processo. E isso porque estes terceiros são titulares da relação jurídica de direito material submetida em juízo e, portanto, não haveria razão de não sofrerem os efeitos da decisão. Em verdade a coisa julgada não se opera *inter partes*, como normalmente ocorre. Aqui a coisa julgada é *ultra partes*, pois podem influenciar na esfera jurídica do terceiro:

- a) *Os substituídos* – são pessoas que não estão em juízo, pois alguém tutela por eles o direito controvertido. Trata-se da regra da legitimação extraordinária. Alguém em nome próprio tutela direito alheio. Contudo o terceiro que está fora do processo, o substituído, é o titular da relação jurídica e quem sofrerá os efeitos da coisa julgada.
- b) *Os sucessores* – a sucessão é fenômeno processual que autoriza que um terceiro ingresse no processo para buscar, em nome próprio, direito próprio (CPC, art. 43). Se o terceiro assume o lugar da parte originária, certamente os efeitos da decisão também serão transferidos.
- c) *Legitimação concorrente* (solidariedade, CC, art. 274). A extensão dos limites subjetivos da coisa julgada também repercute de forma diversa aos credores solidários. E isso porque, se um dos credores buscar em juízo o crédito comum, todos os demais, que não demandaram, terão legitimidade para executar. Contudo, se a demanda for julgada improcedente, apenas aquele que cobrou sofrerá os efeitos, e isso porque as partes não participaram do contraditório e a decisão lhes causou prejuízo. Trata-se da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*.

No tocante à segunda parte do art. 472, haveria mais uma exceção à regra na medida em que as ações de estado a coisa julgada produziria efeitos em relação a terceiros. Contudo o artigo só faz sublinhar a regra. E isso porque se todos, de acordo com o dispositivo, devem ser chamados em litisconsórcio necessário, a coisa julgada incidirá sobre todos, porque serão estes, partes.

Entretanto a coisa julgada em relação às ações coletivas enfrenta uma nova realidade. O art. 103 do Código de Defesa do Consumidor

disciplina a questão, e a coisa julgada variará conforme o tipo de direito coletivo que se submete em juízo.

Portanto o limite subjetivo vai depender da natureza do direito colocado em causa. Assim, se o direito for individual heterogêneo, apenas as partes serão atingidas (e, quando muito, o cessionário, o sucessor e o substituído processualmente); sendo o direito individual homogêneo, a autoridade da coisa julgada será – evidente que se procedente o pedido – *erga omnes*; sendo coletivo, a coisa julgada será *ultra partes* e, sendo difuso, também será *erga omnes*, salvo nos casos de improcedência por ausência de provas.

4.2 Limites objetivos

Nem tudo que é decidido se torna imutável. Dentro da sentença somente a parte dispositiva tem esse condão. Desta forma nem o relatório tampouco os fundamentos ficam acobertados pela coisa julgada. É possível que os fundamentos de uma demanda sejam rediscutidos em outra, podendo o magistrado chegar, até, a conclusões diferentes.

A preocupação da coisa julgada não seria em encontrar contradições lógicas entre duas decisões, mas, sim, contradições práticas (duas decisões cujos dispositivos seguissem caminhos opostos).

O art. 469 do CPC disciplina a regra dos limites objetivos observando o seguinte:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Perceba que o artigo se desenvolve por negação: explicita o que não faz coisa julgada.

É corrente na doutrina que o art. 469 escreveu mais do que era necessário. E isso porque os três incisos se inserem no campo da

fundamentação. Poderia a lei ter estabelecido que somente o dispositivo faz coisa julgada ou a fundamentação não faz coisa julgada.

Há uma ressalva. A fundamentação poderá fazer coisa julgada se for interposta ação declaratória incidental (CPC, art. 470). Nesse caso a matéria que era objeto de *ratio decidendi*, em virtude de sua prejudicialidade, torna-se objeto do *decisum* e amplia a área da coisa julgada, tendo em vista que o objeto litigioso da causa se tornou maior.

5. Produção da coisa julgada

Há três formas de produção da coisa julgada no ordenamento brasileiro:

- a) Produção *pro et contra* – é o meio típico de produção. A formação da coisa julgada se dá independentemente do resultado do processo.
- b) Produção *secundum eventum litis* – existem algumas demandas em que o resultado da causa será fator determinante para a produção da coisa julgada material. Desta forma, somente a demanda procedente terá a possibilidade de adquirir imunização.

Há diversos casos de coisa julgada de acordo com o resultado da lide: a) nos casos de solidariedade; b) ou da demanda penal que pode ser sempre revista pelo réu.

- c) Produção *secundum eventum probationis* – a coisa julgada fica condicionada ao exaurimento de provas. Desta forma, se a demanda utilizou todas as provas possíveis ao deslinde do processo, haverá coisa julgada. Caso contrário ficará aberta para novas e ulteriores discussões em nova demanda. Dessa maneira, a extinção do processo por falta de provas não gerará a coisa julgada. Assim ocorre nas ações coletivas (CDC, art. 103), no mandado de segurança (art. 16, Lei n. 1.533/51) e na ação popular (art. 18, Lei n. 4.717/65).

6. Aspectos temporais da coisa julgada

O aspecto temporal da coisa julgada é instituto que analisa o *momento* em que a coisa julgada se opera. É dizer quando daquela específica decisão, à luz das questões apresentadas, não será suscetível de discussão.

Não se pode negar que se trata de um desdobramento dos limites objetivos da coisa julgada. Esta regra vem disciplinada nos arts. 471 e 473 do Código de Processo Civil brasileiro.

A expressão “questões” inserida nos dois artigos é matéria que será resolvida antes do julgamento, integrando a *ratio decidendi* do magistrado, ou seja, as questões prévias.

No ordenamento brasileiro vige a regra da preclusão *pro judicato*, no sentido de que as matérias já analisadas pelo magistrado não poderão ser revistas. Mesmo aquelas que podem ser conhecidas de ofício (questões cogentes) dependem de um desses dois fatores: i) ou alteração da situação fática que possibilita novo juízo de valor sobre a matéria (cláusula *rebus*); ou ii) que esta questão ainda não tenha sido analisada pelo órgão julgante. Neste caso a “ferida ainda está aberta” e não operou, portanto, a preclusão.

O art. 471 determina que “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas a mesma lide (...)”. Esta é a regra.

Contudo há situações nas quais o sistema autoriza a decidir novamente o que foi objeto de julgamento, a despeito da coisa julgada material. Veja que as exceções não são aplicáveis ao mesmo processo, mas, sim, a outro:

a) *Relação jurídica continuativa*: são as relações que perduram no tempo até mesmo após a formação da coisa julgada. Assim, numa dívida alimentar, dado ser relação de trato sucessivo, o pedido formulado tem por base prestações periódicas (CPC, art. 290) que protraem no tempo. É possível que após o trânsito ocorra uma alteração na situação fática subjacente que enseje uma alteração no resultado prático do processo (v.g., um acréscimo no patrimônio do alimentante, o aumento da necessidade do alimentando).

Estes fatos que ocorreram no plano do direito material projetam efeitos para dentro do processo.

Discute-se na doutrina se nesse caso haveria coisa julgada, máxime pela leitura do art. 15 da Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos), que assevera que esta sentença “não transita em julgado”. Há parte da doutrina que defende a sua não ocorrência (Vicente Greco Filho).

Contudo majoritária doutrina (Barbosa Moreira; Scarpinella Bueno) entende que haverá coisa julgada. O fundamento é simples: a alteração da situação de fato enseja a propositura de ação (exoneratória ou revisional) que terá nova causa de pedir e novo pedido e, portanto, modificaria um dos elementos da demanda, o que afastaria a função negativa da coisa julgada.

Não se trata de a nova decisão desconsiderar a anterior. É, em verdade, uma nova sentença decorrente de uma nova circunstância. São duas sentenças que disciplinam situações diversas no tempo e no espaço.

b) “Nos demais casos prescritos em lei” o legislador admite que não ofende a coisa julgada algumas questões. É o que se dá nas demandas coletivas quando houver *prova nova*; mesmo havendo coisa julgada material, a matéria poderá ser rediscutida (LAP, art. 18; ACP, art. 17; CDC, art. 103, I e II).

Assim como na Súmula 239 do STF: “Decisão que declara indevida a cobrança de imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

7. Eficácia preclusiva da coisa julgada

Com o trânsito em julgado a sentença de mérito fica imunizada pela coisa julgada material. Contudo a análise do mérito, máxime quando se tratar da decisão típica (CPC, art. 269, I), em que o magistrado acolhe ou rejeita o pedido do autor, não se faz em uma operação instantânea.

O Judiciário para o cumprimento de sua função deverá perpassar por uma série de questões trazidas pelas partes ou mesmo de ofício (quando possível).

Entretanto, estas questões (e que são relevantes para o deslinde do processo) nem sempre são trazidas em sua completude ao processo. E isto decorre de dois fatores: ou i) as partes não as levantaram ou, ii) a despeito de terem sido arguidas, não foram apreciadas pelo magistrado.

Por força do efeito negativo da coisa julgada, se as questões foram analisadas integralmente, fica vedado o seu reexame em outra demanda, sob pena de ofender a garantia da coisa julgada e da segurança jurídica.

Ocorre que, por vezes, determinados pontos não foram alegados no primeiro processo e agora se deseja sua análise no segundo. Podem estes argumentos, omitidos na primeira demanda, ser deduzidos na segunda, mesmo com sua existência quando da propositura da primeira?

Este é o estudo que se deve fazer para analisar a eficácia preclusiva da coisa julgada.

No Brasil existem três correntes sobre o alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada:

a) *Corrente restritiva* – seguida por majoritária doutrina (José Rogério Cruz e Tucci, Cassio Scarpinella Bueno, Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni). Esta corrente assevera que a eficácia preclusiva atinge as alegações nas causas de pedir que foram julgadas na primeira demanda.

Desta forma, nada impede que se apresente, em *outra* demanda, *nova* causa de pedir. O que fica precluso é a possibilidade de, em *nova* demanda, trazer *novos* argumentos sobre a *mesma* causa de pedir já enfrentada.

b) *Corrente ampliativa* – esta corrente é defendida por Araken de Assis e Ovídio Baptista. A eficácia preclusiva da coisa julgada tem um perímetro maior. Uma vez julgada a demanda, as causas de pedir que se tomaram como base na primeira causa ficam preclusas, assim como quaisquer outras causas de pedir suscetíveis de acolhimento ou rejeição do pedido do autor.

c) *Corrente híbrida* – há ainda uma terceira corrente, defendida por José Maria Tesheiner. Para o autor, o art. 474 alcança todos os fatos de mesma natureza, de mesma essência, que poderiam embasar o pedido do autor, ainda que constem de causas de pedir diversas.

Assim, se se pede despejo com base em danos nas paredes, não se pode ingressar com outra ação com base em dano nas portas (mesma natureza), mas nada impede que se ingresse com despejo por locação não consentida, pois se trata de argumentação de natureza diversa.

Defende-se nesta sede a corrente majoritária.

Se numa ação de cobrança o réu alegar a prescrição, rejeitada a matéria de defesa e com o trânsito em julgado, não poderá alegar

prescrição em outra causa. Contudo nada o impede de ingressar com outra ação alegando o pagamento (mesmo que este fato tenha ocorrido antes da propositura da primeira demanda), pois constitui outra causa de pedir e, portanto, alterou um dos elementos da demanda (CPC, art. 301, § 2º).

É importante asseverar que estas correntes aludem a argumentação do autor, pois o réu, em atenção à regra da eventualidade, deve alegar toda matéria de defesa (que tinha à sua disposição) na contestação, sob pena de preclusão (CPC, art. 300).

Não se trata de ofender os lindes da coisa julgada. Mas, afinal, para a manutenção da segurança jurídica, quando se pode ter como certo que as matérias foram exaustivamente alegadas na demanda? Qual a garantia de que a parte contrária não será surpreendida com nova causa?

Contudo o legislador brasileiro opta (*opta*, pois a coisa julgada é opção política) pela segurança jurídica da coisa julgada em detrimento da onda de “relativização”. Assim, em linha de princípio, aquilo que não foi alegado se torna irrelevante e se mistura com o objeto litigioso que formou a coisa julgada.

Alhures os autores chamavam de coisa julgada implícita. Evidentemente que o vocábulo “implícito” é mal empregado. Pois ao falar que as questões que não foram apreciadas teriam julgamento implícito, dar-se-ia a falsa impressão de que a resolução dessas questões ficaria acobertada pela coisa julgada e, portanto, impossibilitada de nova discussão em processo distinto.

É importante frisar que nem mesmo as questões expressamente resolvidas pelo Poder Judiciário como premissa do raciocínio para o julgamento estão acobertadas pela coisa julgada.

Assim tanto as questões de fato como as questões de direito estão fora do espectro de abrangência da *res iudicata*. Se não estão abrangidas pela coisa julgada as questões efetivamente decididas, o que dizer então daquelas que sequer o foram?

Contudo a eficácia preclusiva apenas se manifestará se estiver em jogo a coisa julgada adquirida em processo anterior. Fora disso, estão autorizadas a argumentação e a apreciação, independentemente de tê-las

apreciado ou não o magistrado, como premissas da decisão, no processo anterior.

Para que haja a eficácia preclusiva, basta que o fato tenha ocorrido, sendo irrelevante se o fato era ou não conhecido da parte. A eficácia preclusiva não atinge fatos supervenientes.



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

E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

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

BAHIA/SERGIPE

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

BAURU (SÃO PAULO)

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

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

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

DISTRITO FEDERAL

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

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:
(62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

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

MINAS GERAIS

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

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)
3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

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

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

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

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

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

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)
2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

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

SÃO PAULO

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

◆ Referências

- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: RT, 2009.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 2.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Gen/Método, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. v. II.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Do cumprimento de sentença conforme a Lei 11.232/05. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de direito processual civil*. Servanda, 1999. v. III.
- DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. v. 5.
- DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. v. 3.
- DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. IV
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil para concursos*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Gen/Método. 2009. v. II: Processo de execução de título executivo extrajudicial.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.
- LIEBMAN, Enrico. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- LUCON, Paulo Henrique. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2001.
- LUCON, Paulo Henrique. *Embargos à execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Francisco. *Código de Processo Civil*. RT, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008. v. 3.
- MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *CPC comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NERY, Rosa Maria Andrade; Nelson NERY. *CPC comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Gen/Método, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. XIII.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.
- SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. São Paulo: Gen/Método, 2009. v. II.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil. Liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006. v. 2.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luis Rodrigues ; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006. v. 2.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luis Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

◆ Sumário

Capítulo 1 Procedimento

[1. Estrutura do procedimento](#)

[2. Procedimento ordinário](#)

Capítulo 2 Procedimento Sumário

[1. Introdução](#)

[1.1 Hipóteses de cabimento](#)

[2. Hipóteses](#)

[3. Procedimento](#)

Capítulo 3 Petição Inicial

[1. Introdução](#)

[2. Requisitos \(elementos\) da petição inicial](#)

[3. Formalização do pedido](#)

[4. Espécies de pedido](#)

[5. Demais formas de pedido](#)

[6. Estabilização da demanda](#)

[7. Critérios fixadores do valor da causa](#)

[8. Controle de admissibilidade da petição inicial](#)

[9. Especificamente sobre o art. 285-A, CPC](#)

[9.1 Introdução – julgamento liminar do mérito](#)

[9.2 Julgamento dos processos repetitivos \(Lei Federal n. 11.277/2005\)](#)

[9.2.1 É importante verificar os requisitos](#)

[9.2.2 Recorribilidade](#)

Capítulo 4 Modalidades de Defesa

- [1. Introdução – teoria geral das defesas](#)
- [2. Contestação](#)
 - [2.1 Introdução](#)
 - [2.2 Princípios da contestação](#)
 - [2.3 Estrutura lógica da contestação](#)
 - [2.3.1 Preliminares](#)
 - [2.3.2 Mérito](#)
- [3. Exceções rituais \(incompetência, impedimento e suspeição\)](#)
 - [3.1 Introdução](#)
 - [3.2 Acepções gerais](#)
 - [3.3 Exceção de incompetência](#)
 - [3.4 Exceção de impedimento e suspeição](#)
- [4. Reconvenção](#)
 - [4.1 Introdução](#)
 - [4.2 Requisitos da reconvenção](#)
 - [4.3 Ações dúplices](#)
 - [4.4 Procedimento](#)
- [5. Ação declaratória incidental](#)
 - [5.1 Noção de questão prejudicial](#)
 - [5.2 Ação declaratória incidental](#)
 - [5.3 Requisitos e procedimento](#)

Capítulo 5 Da Revelia e da Fase Ordinatória

- [1. Da revelia](#)
- [2. Da fase ordinatória](#)
 - [2.1 Introdução](#)
 - [2.2 Providências preliminares](#)
 - [2.3 Julgamento conforme o estado do processo](#)
 - [2.4 Saneamento do processo – a audiência preliminar](#)

Capítulo 6 Provas no Processo Civil Brasileiro

1. Teoria geral das provas

1.1 Introdução

1.2 Natureza da prova

1.3 Especificamente sobre as provas ilícitas (provas obtidas por meio ilícito)

1.4 Princípios regentes das provas

1.4.1 Identidade física

1.4.2 Imediatidade

1.4.3 Princípio da aquisição da prova (ou da comunhão da prova)

1.5 O juiz na instrução do processo (ativismo judicial)

1.6 Objeto de prova

1.6.1 Fatos que independem de prova (CPC, art. 334)

1.6.2 Prova de direito

1.6.3 A prova de fatos negativos

1.7 Ônus da prova

1.7.1 Conceito

1.7.2 Inversão do ônus da prova

1.7.3 Sobre o ônus dinâmico da prova

1.8 Fontes e meios de prova

1.9 Sistemas de apreciação de provas

1.9.1 Introdução

1.9.2 Sistema da prova legal (prova tarifada)

1.9.3 Sistema da livre convicção

1.9.4 Sistema da persuasão racional

1.10 Presunções e indícios

1.10.1 Introdução

1.10.2 Presunções absolutas (*iure et de iure*) e relativas (*iuris tantum*)

1.10.3 Presunção e a prova

1.11 Provas atípicas

2. Provas em espécie

2.1 Depoimento da parte (CPC, arts. 342 a 347)

2.1.1 Introdução

2.1.2 Quem pode prestar

2.1.3 Consequências

2.1.4 Modalidades

2.1.5 Forma de produção

2.1.6 Recusa

2.2 Confissão

2.2.1 Introdução

2.2.2 Classificação

2.2.3 Pontos importantes

2.2.4 Limitações à confissão

2.3 Exibição de documento ou coisa

2.3.1 Introdução

2.3.2 Acepções gerais

2.3.3 Exibição pela parte

2.3.4 Exibição por terceiros

2.4 Prova documental

2.4.1 Introdução

2.4.2 Força probante dos documentos

2.4.3 Arguição de falsidade documental

2.4.4 Produção da prova documental

2.5 Prova testemunhal

2.5.1 Introdução

2.5.2 Cabimento

2.5.3 Sujeitos que podem testemunhar

2.5.4 Prerrogativas das testemunhas. Deveres das testemunhas

2.5.5 Local

[2.5.6 Produção da prova testemunhal](#)

[2.6 Prova pericial](#)

[2.6.1 Definição](#)

[2.6.2 Perícia e máximas de experiência](#)

[2.6.3 Espécies de perícia](#)

[2.6.4 Perito e assistente técnico](#)

[2.6.5 Perícia complexa](#)

[2.6.6 Escusa e substituição do perito](#)

[2.6.7 Assistente técnico](#)

[2.6.8 Procedimento](#)

[2.6.9 Valoração](#)

[2.7 Inspeção judicial](#)

[2.7.1 Definição](#)

[2.7.2 Objeto](#)

[2.7.3 Processamento](#)

[2.8 Audiência de instrução e julgamento](#)

[2.8.1 Introdução](#)

[2.8.2 Características](#)

[2.8.3 Atos preparatórios](#)

[2.8.4 Fases da audiência](#)

[2.8.5 Adiamento da audiência](#)

Capítulo 7 Sentença e Coisa Julgada

[1. Conceito de sentença](#)

[2. Classificação \(sentenças com e sem resolução de mérito\)](#)

[2.1 Sentenças terminativas](#)

[2.2 Sentenças definitivas](#)

[3. Elementos integrantes da sentença](#)

[3.1 Relatório](#)

[3.2 Fundamentação](#)

3.3 Dispositivo

4. Publicação da sentença e o “princípio da invariabilidade”

5. Especificamente a classificação das sentenças de procedência (conteúdo da decisão).

5.1 Tutela declaratória

5.2 Tutela constitutiva

5.3 Tutela condenatória

5.4 Tutela mandamental

5.5 Tutela executiva

6. Capítulos da sentença

6.1 Introdução

6.2 Aplicabilidade

7. Princípio da congruência

7.1 Congruência

7.1.1 Sentença *extra petita*

7.1.2 Sentença *ultra petita*

7.1.3 Sentença *infra petita (citra petita)*

8. Fatos supervenientes (CPC, art. 462)

8.1 Introdução

8.2 Sistematização

9. Efeitos da sentença (principais, anexos e reflexos)

9.1 Introdução e efeito principal

9.2 Efeito anexo

9.3 Efeitos reflexos

10. Sentenças determinativas (dispositivas)

Capítulo 8 Coisa Julgada

1. Introdução

2. Coisa julgada formal e material

3. Função positiva e negativa da coisa julgada

4. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada à luz do sistema vigente

4.1 Limites subjetivos

4.2 Limites objetivos

5. Produção da coisa julgada

6. Aspectos temporais da coisa julgada

7. Eficácia preclusiva da coisa julgada

Referências