



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 3

PROCESSO CIVIL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 3

Cassio Scarpinella Bueno

Olavo de Oliveira Neto

Editora PUCSP

São Paulo

2021

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
PROCESSO CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE PROCESSO CIVIL | ISBN 978-65-990464-8-3

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico)

: processo civil / coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CONTESTAÇÃO

Swarai Cervone de Oliveira

INTRODUÇÃO

A contestação constitui a peça fundamental de defesa do réu, momento em que, de forma concentrada, ele deve apresentar todas as alegações, de fato e de direito, em contraposição à ação ajuizada pelo autor. Pretende-se, aqui, localizá-la no esquema do estudo do direito processual civil brasileiro, conceituá-la, apontar suas principais características e, em seguida, examiná-la no âmbito do Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Conceito	3
2. Interesse processual.....	Erro! Indicador não definido.
2.1. Embargos preventivos	Erro! Indicador não definido.
2.2. Prazo.....	Erro! Indicador não definido.
2.2.1. Declaração de fraude à execução e prazo para os embargos....	Erro!
Indicador não definido.	
2.2.2. Ciência do terceiro e fluência do prazo	Erro! Indicador não
definido.	
3. Legitimidade	Erro! Indicador não definido.
3.1. Legitimidade ativa.....	Erro! Indicador não definido.
3.1.1. Promissória comprador.....	Erro! Indicador não definido.
3.1.2. Cônjuge ou companheiro para defesa de bem próprio ou de sua meação.....	Erro! Indicador não definido.

- 3.1.3. O adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução..... **Erro! Indicador não definido.**
- 3.1.4. Quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte **Erro! Indicador não definido.**
- 3.1.5. O credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos **Erro! Indicador não definido.**
- 3.2. Direito tutelável nos embargos de terceiro e legitimidade ativa **Erro! Indicador não definido.**
- 3.3. Legitimidade passiva..... **Erro! Indicador não definido.**
4. Competência..... **Erro! Indicador não definido.**
- 4.1. Competência do tribunal **Erro! Indicador não definido.**
5. Procedimento..... **Erro! Indicador não definido.**
- 5.1. Petição inicial. Rol de testemunhas..... **Erro! Indicador não definido.**
- 5.2. Audiência de justificação. Citação do embargado **Erro! Indicador não definido.**
- 5.3. Embargo liminar. Tutela provisória **Erro! Indicador não definido.**
- 5.4. Citação do embargado. Prazo para contestação **Erro! Indicador não definido.**
- 5.5. Embargos oferecidos por credor com garantia real e contestação **Erro! Indicador não definido.**
- 5.6. Limitações na cognição **Erro! Indicador não definido.**
- 5.7. Sentença e coisa julgada..... **Erro! Indicador não definido.**
- Referências 19

1. CONCEITO

1. Institutos fundamentais do processo civil

O estudo do processo civil assenta-se, tradicionalmente, em quatro institutos essenciais: jurisdição, processo, ação e defesa.¹ Pode-se conceituar a jurisdição como expressão do poder estatal – decidir imperativamente e impor decisões - atividade que tem por fim a pacificação social. Para o seu exercício, é necessária a instauração do processo, instrumento do qual se vale o Estado para fazer atuar a vontade concreta da lei e impor a referida paz. Contudo, a instauração do processo, via de regra, não se dá senão por iniciativa da parte. Cuida-se do exercício do direito de ação. E, em contraposição ao exercício da ação, dado que o processo se desenvolve em contraditório, está o exercício da defesa.²

Os institutos estão voltados, sob o ângulo publicista, para a atuação do direito, com vistas à manutenção da paz social.³ Abandona-se, assim, a mera concepção do processo como instrumento para obtenção do direito subjetivo que a parte afirma ter, para vê-lo, também e primordialmente, como meio pelo qual o Estado impõe a obediência ao ordenamento. A jurisdição,⁴ notadamente quando analisada sob a perspectiva do exercício do poder, implica a existência de um estado de sujeição, que surge por conta da solução de conflitos, obtida por meio da substituição da vontade dos envolvidos⁵ pela decisão do Estado-Juiz. Contudo, para que se dê essa substituição, solucionando-se os conflitos, é necessário que haja um instrumento, vale dizer, uma forma de atuação da jurisdição. Trata-se do processo, que nada mais é, portanto, do que a face palpável da jurisdição, constituindo-se numa somatória entre a relação jurídica processual (relação que une os integrantes do processo e não se confunde com a relação jurídica de direito material que está à sua base) e o procedimento (sequencia lógica de atos processuais). O processo é o método predisposto ao exercício da jurisdição. É o poder – jurisdição – visto em seu ângulo dinâmico. Por essa razão, quando se verifica a regulação do processo, o que está sendo disciplinado é o exercício do poder, vale dizer, o exercício da jurisdição em seu sentido dinâmico. É correto dizer, por conseguinte, que “o próprio direito processual é, afinal, disciplina jurídica da jurisdição. Só em segundo plano e na medida em que em torno dela gravitam os demais institutos fundamentais do direito processual, é que vemos no direito processual também a disciplina da ação, da defesa e do processo”.

Como visto, no entanto, a jurisdição é inerte. Para que ela saia de sua inércia, transmutando-se na figura dinâmica do processo, é necessário que haja provocação. Essa provocação, via de regra, advém daquele que possui uma determinada pretensão e a vê insatisfeita. Para satisfazê-la, o titular da pretensão necessita buscar a tutela jurisdicional e o faz por meio de um instrumento voltado a esse desiderato: a ação. Trata-se, dessa maneira, do direito – ou poder – público subjetivo de retirar o Estado-Juiz de sua inércia, com vistas à obtenção de uma tutela que não se pode obter fora do processo, em razão da resistência da parte contrária.

E é justamente a resistência à pretensão – no âmbito extraprocessual ela dá nascimento a uma lide – que, no processo, dará ensejo ao fenômeno contrário à ação: a defesa. O Estado-Juiz, ao ser retirado de sua inércia por intermédio da ação, uma vez atendidas determinadas condições – as condições da ação – terá de analisar o mérito da pretensão do autor. Mas não poderá fazê-lo senão após dar oportunidade à parte contrária de expor suas razões, em uma palavra, de exercer o contraditório. A tutela jurisdicional não está predisposta a ser concedida apenas ao autor, mas, também, ao réu. Embora o processo se inicie por conta do ajuizamento da ação, é somente após a oferta ao exercício do contraditório que ele se traduz como instrumento legítimo de exercício da jurisdição.

2. O contraditório como fator de legitimidade do processo

O processo, como instrumento ético, cujo escopo é a pacificação social, a distribuição de justiça através do exercício da jurisdição, deve pautar-se pela legitimidade. Daí a ideia de legitimidade pelo procedimento, na linha das lições de Niklas Luhmann.⁶ Com efeito, é por meio do procedimento, com ampla participação das partes em contraditório, que o instrumento estatal de exercício da jurisdição obtém legitimidade.

Aliás, o contraditório também tem sido apontado como traço característico do processo. É o que preceitua Fazzalari, quando afirma que o “processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.⁷ O processo, portanto, seria espécie do gênero procedimento, cuja característica distintiva adviria do desenvolvimento em contraditório. O processo pode ser conceituado, para Fazzalari, como o procedimento em contraditório. E isso é natural se se compreender que a norma de decisão – a sentença – terá de ser o resultado de uma construção coletiva, derivada da somatória de atos decorrentes da

sequência de situações jurídicas processuais. É extremamente útil, nesse passo, ressaltar, ao lado da concepção do processo como relação jurídica, aquela que o aponta como um feixe de situações jurídicas. Trata-se da noção de situação jurídica processual, cujo expoente foi Goldschmidt.⁸

Ao ajuizar a ação, seu autor tem uma determinada expectativa. Espera que, à vista da narrativa dos fatos e de seu enquadramento jurídico, o juiz se convença de suas razões e lhe preste tutela jurisdicional positiva. No início, portanto, o autor está numa situação de vantagem processual. Tal situação, porém, é equilibrada a partir do momento em que o réu exerce o contraditório. Ao exercê-lo, oferecendo fatos e fundamentos contrários aos do autor, o réu equilibra o jogo processual, possibilitando ao juiz o amplo conhecimento da matéria debatida. O processo desenvolve-se, dessa maneira, por conta da busca de situações de vantagem. Para obtê-las, as partes devem cumprir ônus. Daí porque o ônus pode ser conceituado como a necessidade de atuação, em prol de um provável favorecimento. Cumprem-se ônus com vistas à obtenção de situações de vantagem, para que, ao final, a sentença seja favorável a quem os cumpriu.

Se o processo pudesse ser visto como um rolo de filme, numa sequência de atos, a cada novo cumprimento de ônus, a cada novo exercício do contraditório, estar-se-ia à frente de uma nova possibilidade de final. Contudo, não obstante o desenrolar do processo possa se dar mediante diversas situações de vantagem, há dois ônus que, de parte a parte, são essenciais: ao autor, cabe o ônus de ajuizar a ação, mediante petição inicial apta, o que implica a existência de todos os pressupostos processuais e as condições da ação; ao réu, cabe o ônus de se defender. Por qual meio? Por meio da contestação.

É essa peça que, como se verá agora, depois de traçados, em linhas gerais, o panorama do processo civil e o âmbito em que ela se encaixa, concentra toda a defesa inicial do réu. Passemos à sua análise.

3. Conceito, alcance e conteúdo da Contestação

Como dito na introdução, a contestação constituiu a peça fundamental de defesa do réu, momento em que, de forma concentrada, ele deve apresentar todas as alegações, de fato e de direito, em contraposição à ação ajuizada pelo autor.

Por isso, dispõe o art. 336, NCPC, que cabe ao réu, na contestação, alegar toda a matéria de defesa. Trata-se da concentração dos atos de defesa, que, no NCPC, ao contrário do que acontecia no Código de 1973, alcança sua expressão máxima.

Com efeito, no CPC/73, não obstante fosse consagrado, também, o princípio da concentração dos atos de defesa na contestação, previa-se que a reconvenção (o contra-ataque do réu) e as exceções, de incompetência relativa, impedimento e suspeição, fossem apresentadas por meio de peças autônomas. Tal característica fazia com que, na verdade, a defesa indireta – as exceções dilatórias, por exemplo – fosse trazida não na contestação, mas em apartado, o que tornava o princípio da concentração da defesa menos exato.

Já no NCPC, o princípio da concentração da defesa na contestação é amplo. É mesmo na contestação que, além da defesa direta de mérito, o réu apresentará reconvenção, assim como as exceções que houver, notadamente a exceção de incompetência, relativa ou absoluta – no CPC/73, a incompetência absoluta poderia ser discutida em preliminar de contestação, mas a relativa, apenas por meio de exceção.

Caberá ao réu, portanto, alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, direta ou indireta, de cunho processual, que entender pertinente. No que respeita à direta, de mérito, é de se ressaltar o princípio da eventualidade, que permite ao réu expor, de forma sucessiva, mais de uma linha de defesa, ainda que as linhas não sejam compatíveis entre si. Cuida-se de emanção do princípio da ampla defesa, que, contudo, não pode esbarrar na má-fé processual. Não se admite, por exemplo, que, ao mesmo tempo, o réu afirme e negue determinado fato. Isso implicaria alteração da verdade dos fatos.

A regra da eventualidade toca, no fundo, à extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada. Na medida em que a coisa julgada, para além de tornar imutável o conteúdo decisório da sentença, impede o ajuizamento de nova ação cujo resultado possa ser contrário àquilo que já foi discutido e decidido – cobre o deduzido e o dedutível -, é ônus das partes deduzir todas as razões passíveis de lhe propiciar um resultado favorável.

É também ônus do réu impugnar *especificamente* os fatos e fundamentos expostos pelo autor. Não se admite, salvo em casos excepcionais - como a defesa apresentada por curador especial – contestação genérica, por negativa geral. Dessa forma, é ônus do réu transmutar os pontos trazidos pelo autor em questões processuais.

Pontos são as alegações, de fato ou de direito, que o autor traz em sua inicial. A seu respeito, o réu pode adotar três diferentes posições: concordar com eles ou parte deles; silenciar a seu respeito; impugná-los. Nas duas primeiras hipóteses, o ponto torna-se incontroverso. Na terceira, porém, a impugnação específica do réu transforma o ponto em questão processual. Logo, questão processual é o ponto, de fato ou de direito,

controvertido pela parte contrária. E, como visto, é ônus do réu controverter os pontos, especificamente, a fim de torná-los questões processuais. Descumprido esse ônus, os pontos restam incontroversos, e o réu deixa de obter uma situação de vantagem, que passa, então, a ser do autor.

A conduta do réu está intimamente ligada, ademais, à regra do art. 489, §1º, IV, NCPC, que reputa não fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrentar todos os argumentos capazes, em tese, de infirmar a conclusão do julgador. Ora, na medida em que algum ponto deixa de ser impugnado especificamente, tornando-se incontroverso, afasta-se a necessidade de que o julgador se manifeste sobre eventual argumento que pudesse ser contrário a ele – a conclusão não vale, evidentemente, para argumentos jurídicos, matéria de direito, em face da regra *iura novit curia*, ou para matérias cognoscíveis de ofício, independentemente de provocação da parte.

Aliás, o art. 341 aborda a extensão da presunção de veracidade que decorre da não impugnação dos fatos. Presumem-se verdadeiras as alegações de fato não impugnadas, salvo se: i) não se admitir, a seu respeito, a confissão; ii) a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; iii) estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

A não impugnação de fatos, ao implicar a presunção de sua veracidade, significa nada mais do que uma espécie de revelia parcial. Como se sabe, a revelia decorre da não apresentação de defesa, tendo como consequência, em regra, a presunção de veracidade dos fatos alegados. Num grau menor, a não impugnação de fatos, não obstante apresentada a contestação, equivale à revelia parcial, valendo ressaltar que uma contestação redigida de maneira genérica – o que, no dia a dia forense, não é raro de ocorrer – pode, também, levar à mesma consequência.

Relevante apontar, por seu turno, que a contestação – salvo quando acompanhada de reconvenção, em seu próprio corpo - não traduz o exercício de pretensão por parte do réu. Não obstante o réu pretenda, ele também, a obtenção de tutela jurídica, trata-se, aí, da tutela contrária àquela querida pelo autor. Em termos bastante simples, ao mesmo tempo em que o autor pretende a procedência de seus pedidos – tutela positiva –, o réu, com a contestação, desacompanhada de reconvenção, pretende a improcedência (ou a extinção sem julgamento de mérito, ou, ainda, a extinção pelo mérito indireto, decadência e prescrição) desses pedidos. Não se alarga, portanto, o objeto do processo, que é

composto pelo(s) pedido(s) do autor, iluminado por determinada(s) causa(s) de pedir. A contestação não tem o condão de alargá-lo. Por mais amplo que seja o âmbito da defesa apresentada, o juiz permanecerá adstrito a julgar aquele(s) pedido(s), conforme aquela(s) causa(s) de pedir. A contestação, na verdade, alargará o âmbito de cognição do juiz, o objeto de seu conhecimento.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

“Como ato puramente defensivo que é, a contestação não alarga o objeto do processo. Limita-se a opor resistências à pretensão do autor, seja com o objetivo de proporcionar ao réu a tutela jurisdicional oposta à pedida por aquele (improcedência da demanda), seja para pleitear a extinção do processo sem julgamento do mérito, seja para imprimir-lhe rumos diferentes (defesas dilatórias, que retardam o procedimento mas não conduzem à extinção processual: incompetência absoluta, impedimento do juiz). A contestação não interfere no objeto do processo (Streitgegenstand), o qual continua dimensionado pelo pedido contido na petição inicial; mas pode alargar o objeto de conhecimento do juiz, i.é., trazer ao exame deste os fatos ou razões jurídicas novos que o réu vier a alegar, não contidos na petição inicial, como o pagamento, a prescrição, a compensação ou mesmo uma nova versão dos fatos alegados na petição inicial. Sequer isso acontece, quando o réu se limitar a negar o que o autor afirmara, situação em que a instrução processual girará em torno dessas afirmações, a serem confirmadas ou desmentidas pela prova; quando o réu traz algum fato novo, a instrução incluirá as que o autor havia afirmado, mais estes. Sempre, contudo, sem aumentar as possibilidades de julgamento de meritis: como resultado do acolhimento da contestação, o juiz poderá julgar o mérito a favor do réu (improcedência da demanda), negar ao autor o julgamento de mérito (extinção do processo) ou desviar o processo para outros rumos (incompetência absoluta, impedimento do juiz). Jamais, conceder ao réu um provimento de mérito estranho ao que fora pedido pelo autor, o que só se admite quando é feita reconvenção (...) ou denunciação da lide”.⁹

4. Aspectos formais da Contestação

No que diz respeito a aspectos formais, a contestação, via de regra, é apresentada por meio de petição escrita, salvo casos excepcionais, como nos Juizados Especiais Cíveis, quando pode ser apresentada, oralmente, em audiência. A peça escrita, tal como a petição inicial, será composta de maneira sequencial, cabendo ao réu, como se verá, antes de tratar do mérito (art. 337, NCPC), alegar as matérias preliminares que houver.

Pensando-se num modelo padrão, a contestação pode ser assim redigida: a confirmação da qualificação do réu (essa qualificação já foi feita, pelo autor, na petição inicial), lembrando-se que a contestação deve vir acompanhada de procuração ao advogado que a subscreve; um breve resumo sobre a matéria de fato e de direito apresentada pelo autor; um sumário, optativo – conquanto bastante útil para a boa compreensão da defesa –, sobre os pontos que serão abordados; a apresentação das preliminares a que se refere o art. 337, NCPC (apenas se houver, de fato, preliminares, pois tem se verificado, no dia a dia forense, que, muitas vezes, são levantadas, a título de matérias preliminares, algumas que tocam, na verdade, ao mérito); a defesa de mérito indireta; a defesa de mérito direta; eventual necessidade de intervenção de terceiros, apontando-se hipóteses de litisconsórcio necessário, chamamento ao processo ou denunciação da lide; reconvenção (se o caso).

No que diz respeito ao prazo, o art. 335, NCPC, aponta algumas hipóteses, que precisam ser examinadas individualmente. Antes de mais nada, contudo, é necessário ressaltar que, qualquer que seja a hipótese, a regra¹⁰ é de que o prazo seja de quinze dias úteis (no CPC/73 o prazo era contado em dias corridos).

O inciso I, do art. 337, diz que o prazo se conta da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição. No CPC/73, após ajuizada a ação, sendo apta a petição inicial, o juiz determinava a citação do réu, para defender-se, no prazo de quinze dias corridos. O NCPC, no entanto, estipulou, como regra, que o primeiro ato do processo ordinário se constitua de uma audiência de mediação ou conciliação, para a qual são intimados autor e réu.

Nos termos do § 4º, incisos I e II, do art. 334, a audiência só não se realizará se ambos, autor e réu, manifestarem expresso desinteresse na autocomposição ou se o direito material não a admitir. Portanto, cuidando-se de direito que admita autocomposição, a audiência, pela letra do NCPC, só não terá lugar se, já na petição inicial, o autor manifestar expresso desinteresse na solução consensual e, ainda, se, até dez dias antes da audiência (que terá de ser designada, independentemente da vontade do autor), de acordo com o § 5º, o réu também o fizer. Salvo essas hipóteses, realiza-se a audiência e o não comparecimento injustificado implica o apenamento por ato atentatório à dignidade da justiça (§ 8º).

Pois bem. Comparecendo ambos e obtida a autocomposição, o processo encerra-se. No entanto, deixando de haver acordo ou não comparecendo uma das partes, o termo inicial para apresentação de contestação é a data da própria audiência, lembrando-se, mais uma vez, de que se trata de prazo contado em dias úteis e cuja contagem efetiva, de acordo com a regra processual, começa a ser feita no dia útil seguinte ao da audiência.

Na hipótese em que o autor manifestar expresso desinteresse pela autocomposição (pois, se não o fizer, expressamente, haverá audiência) e o réu também o fizer, na forma e prazo previstos no § 5º do art. 334, o termo inicial será o do protocolo do pedido de cancelamento da audiência apresentado pelo réu (art. 335, II).

No entanto, pode ocorrer o caso de litisconsórcio passivo. O § 6º do art. 334 determina que, havendo litisconsórcio passivo, o desinteresse na audiência deve ser manifestado, expressamente, por todos os litisconsortes. Vale dizer, se apenas um deles deixar de fazê-lo, realiza-se a audiência. Contudo, o art. 335, §1º, dispõe que, nos casos em que os litisconsortes manifestarem expresso desinteresse, o prazo para a apresentação conta-se individualmente e será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.

Surge, aí, uma dúvida: basta que um dos litisconsortes deixe de manifestar expresso desinteresse pela audiência e ela terá de ocorrer. Se ela terá de ocorrer, o prazo, para esse litisconsorte, só começará a correr da data da audiência. Vale dizer, não teria se encerrado, ainda, o prazo final para os litisconsortes apresentarem contestação, pois esse prazo só se encerraria, pela regra geral, quando do último termo. Pergunta-se, assim, se caberá aos litisconsortes, de fato, apresentarem suas contestações em quinze dias da data do protocolo do pedido de cancelamento ou se podem aguardar o prazo final, contado da data da audiência? Parece que, ao menos por prudência, e conforme a regra especial, devem apresentar suas defesas individualmente, à medida em que manifestarem expresso desinteresse, uma vez que não podem prever o comportamento do outro litisconsorte. Não há como saber, com segurança, se os demais litisconsortes – no caso de serem representados por advogados diversos – terão interesse na audiência ou se manifestarão expresso desinteresse. Logo, é mesmo mais seguro que, à medida em que cada um protocolar sua petição, com manifestação de desinteresse, comece a contar seu prazo individual e apresente a defesa. Evidentemente, isso frustrará, em grande medida, a busca pela conciliação, caso a audiência se realize.

O inciso III do art. 335 mantém a regra já conhecida do CPC/73, dispondo que o início do prazo para a defesa, nas hipóteses em que não se designar audiência, segue o que dispõe o art. 231:

“Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;

IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;

V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;

VI - a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;

VII - a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico;

VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria”.

Por fim, nos casos em que não se admitir autocomposição – logo, nos casos em que não se designar audiência –, havendo litisconsórcio passivo o § 2º do art. 335 determina que, desistindo o autor da ação em relação a algum litisconsorte ainda não citado, o prazo para a defesa se conta da data da publicação da decisão que homologar a desistência. Está correta a regra, pois, até então, pendendo a citação de um dos litisconsortes, o prazo ainda não havia se iniciado. Se o autor desiste da ação em face do litisconsorte não citado, é necessário que, homologada a desistência, dê-se ciência aos demais litisconsortes, para que saibam que o prazo, aí sim, passa a correr.

No que respeita ao conteúdo, a contestação abordará o mérito conforme a causa de pedir e os pedidos feitos pelo autor. Dessa forma, a defesa de mérito dependerá do caso concreto, cujos elementos são oriundos do direito material controvertido.

5. As matérias preliminares ao mérito

Porém, na esteira do que dispõe o art. 337, NCPC, antes de discutir o mérito, incumbe ao réu alegar determinadas matérias. Trata-se das chamadas preliminares ao mérito. O rol não é exaustivo, pois o réu poderá alegar qualquer questão que, no caso concreto, implique a impossibilidade de conhecimento do mérito. Vamos, no entanto, aos incisos do art. 337.

O inciso I cuida da alegação de inexistência ou nulidade da citação. Para que haja processo válido, é necessário que o réu seja regularmente citado, a fim de que se instaure o contraditório. A ausência de regular citação leva à invalidade do processo. Trata-se de um vício tão grave que pode dar azo, mesmo após o formal trânsito em julgado, à *querela nullitatis*, uma ação visando à nulidade do processo invalidamente julgado.

Embora inexistente ou nula a citação, é perfeitamente possível que o réu venha a tomar conhecimento da ação. No entanto, tendo em vista que a citação é o ato formal pelo qual se dá inteira ciência ao réu sobre o conteúdo da petição inicial e sobre a forma e o prazo de defesa, não há processo válido se o réu apenas tomou ciência de sua instauração (por notícias na imprensa, por exemplo, ou por qualquer outro meio), mas não de seu conteúdo. Ao alegar a inexistência ou nulidade de citação, no entanto, o réu, automaticamente, ingressa nos autos, tomando ciência, a partir daí, de seu conteúdo. O art. 239, §1º, dispõe que o comparecimento espontâneo do réu supre a falta ou nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação (no CPC/73, o prazo só começava a fluir da data da intimação da decisão que decretasse a nulidade). Se for alegada, apenas, a nulidade da citação e se essa alegação for rejeitada, o réu será considerado revel, de acordo com o §2º. Por isso, ao réu abrem-se duas possibilidades: a) na mesma oportunidade em que comparece espontaneamente, para alegar a nulidade ou inexistência da citação, já apresenta defesa de mérito, na medida do possível; b) apresenta a defesa de mérito nos quinze dias subsequentes ao seu comparecimento espontâneo.

O fato, contudo, é que se for rejeitada a alegação de nulidade e já tiver se escoado o prazo para apresentação de defesa, aplicar-se-á o § 2º: o réu será considerado revel, quer adote a primeira ou a segunda alternativa.

O inciso II cuida da incompetência, absoluta ou relativa. A primeira concerne, em regra, à matéria e à pessoa e, em alguns casos, ao valor da causa. A segunda diz respeito ao território. A incompetência absoluta não admite prorrogação e pode ser conhecida de

ofício, ao passo que a incompetência relativa precisa ser alegada, de acordo com o § 5º do art. 337.

Por conta dessas diferenças, o CPC/73 dispunha que a incompetência absoluta deveria ser alegada em preliminar de contestação, enquanto a relativa deveria ser trazida por meio de exceção, em apartado. Com efeito, não se justificava a distinção de tratamento, uma vez que o resultado da verificação da incompetência, relativa ou absoluta, será o mesmo: a remessa dos autos ao juiz competente.

O inciso III aborda a questão da incorreção do valor da causa. Novamente, há uma abordagem diferente do NCPC em relação ao CPC/73. Antes, a impugnação ao valor da causa era feita em apartado, por meio de expediente próprio, salvo nos antigos processos sumários. Agora, outra vez de maneira acertada, a impugnação é elaborada na conta de preliminar da contestação, e o juiz a decidirá, incidentalmente, por meio de decisão interlocutória.

O inciso IV cuida da alegação de inépcia da inicial. O art. 319 contém os requisitos da petição inicial e o art. 330, § 1º, trata das hipóteses em que ela é considerada inepta, com uma regra específica, no § 2º, para as ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação de bens.

É certo que o primeiro a controlar a aptidão da petição inicial é o próprio juiz. Deverá fazê-lo já na decisão inicial, determinando a emenda, em conformidade com o art. 321, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Contudo, o controle de ofício não impede que o réu, na contestação, aponte eventuais falhas, aptas a ensejar a extinção sem julgamento do mérito.

Os incisos V, VI e VII tratam, respectivamente, da preempção, litispendência e coisa julgada. A preempção está prevista no art. 486, § 3º, NCPC, e verifica-se quando o autor der causa, por três vezes, à extinção da ação em razão de seu abandono. A litispendência e a coisa julgada, por sua vez, examinam-se à vista dos elementos da ação. Quando idênticos as partes, a causa de pedir e o pedido, impede-se a propositura de uma segunda ação, que nada mais representaria senão a reprodução da ação anterior. Caso essa ação anterior já houver sido julgada definitivamente, haverá o óbice da coisa julgada. Caso ainda não haja solução definitiva, estaremos à frente de litispendência. Cuida-se de pressupostos negativos de constituição válida da relação jurídica processual.

O inciso VIII aborda a conexão. De acordo com o art. 55, reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. Trata-se de fator de deslocamento da competência, dado que o § 1º do mencionado artigo, determina que os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

A regra da reunião por conexão justifica-se na medida em que o sistema preza pela harmonia entre os julgados, o que acarreta segurança jurídica. Não é saudável ao sistema que duas ações conexas sejam julgadas por juízos diferentes, podendo ter soluções distintas, em evidente contradição. Exatamente por isso, o § 3º do art. 55, deu um passo adiante na busca de segurança jurídica, ao dispor que *serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias casos decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles*.

O inciso IX trata de incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização. Cuida-se de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, à falta dos quais ele deve ser extinto, sem julgamento do mérito. A análise será casuística, de acordo com a ação proposta.

O inciso X prevê a possibilidade da existência de convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem implica impedimento ao exercício da jurisdição estatal. Presente a cláusula e alegada pelo réu, o juiz deverá extinguir o processo e não o remeter ao juízo arbitral. Não é possível a remessa, como se dá nas hipóteses de incompetência absoluta ou relativa, uma vez que se trata de jurisdições diferentes, com requisitos próprios. É por isso que o art. 485, inciso VII, NCPC, prescreve que, havendo convenção de arbitragem e sendo alegada pelo réu, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito.

Relembre-se de que o art. 337, § 5º, impede o reconhecimento da convenção de arbitragem de ofício, pelo juiz, e o § 6º prevê a prorrogação da competência estatal e a renúncia ao juízo arbitral, em face da ausência de alegação. Isso porque, nesse caso, entende-se que ambos, autor e réu, abriram mão do juízo arbitral: o autor, ao ajuizar a ação perante a justiça comum; o réu, ao não alegar a convenção de arbitragem. E podem fazê-lo, uma vez que se trata de direito disponível. Não cabe ao juiz extinguir o processo diante dessa postura das partes. De outro lado, aceita a jurisdição estatal pelas partes, isso implicará a renúncia ao juízo arbitral. Vale dizer, a cláusula de arbitragem já não poderá ser alegada, em nenhuma outra fase do processo.

O inciso XI dispõe sobre a ausência de legitimidade ou interesse processual. As condições da ação, no NCPC, resumem-se à legitimidade de parte e ao interesse de agir. A primeira traduz-se pela pertinência subjetiva para compor um dos polos da relação jurídica processual. O segundo resolve-se pela somatória entre adequação, necessidade e utilidade do provimento jurisdicional buscado. A *possibilidade jurídica do pedido*, de há muito vista, pela doutrina, como ligada ao exame do próprio mérito do processo, deixou de ser prevista como condição da ação, ressaltando-se, ainda, que o NCPC não mais utiliza a expressão *carência da ação*.

O exame das condições da ação deve ser feito *in status assertionis*, isso é, de forma abstrata, mediante a análise da narrativa feita na inicial, notadamente em face da causa de pedir e do pedido feito. O nível de cognição encerra-se nessa análise. Se houver necessidade de aprofundamento da cognição, então não será mais sobre condição da ação que versará a decisão, mas sobre o próprio mérito.

O inciso XII cuida da falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar. Trata-se, da mesma maneira que no inciso IX, de ausência de pressuposto processual, que se liga a determinados casos concretos, como, por exemplo, ao da prestação de caução em ação ajuizada por brasileiro ou estrangeiro, que resida fora do Brasil.

Por fim, o inciso XIII refere-se à indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça. Embora sem alterações substanciais, o tema da gratuidade da justiça passou a ser quase que completamente regido pelos arts. 98 a 102 do NCPC, remanescendo em vigor parte mínima da antiga Lei 1.060/1950.

Sob a égide da referida lei, a impugnação à gratuidade fazia-se em apartado, por meio de expediente próprio, que era decidido por sentença. Agora, a impugnação faz-se em preliminar de contestação e é examinada por meio de decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento, com expressa previsão no art. 1.015, inciso V, NCPC.

6. Uma nova regra de "nomeação à autoria"

Outra alteração digna de nota no NCPC diz respeito à alteração do antigo regime da nomeação à autoria. Embora essa figura de intervenção de terceiros tenha, formalmente, desaparecido no NCPC, os arts. 338 e 339 substituíram-na, com negáveis avanços. Os arts. 62 e seguintes do CPC/73 tinham âmbito mais restrito e não permitiam a agilidade que o atual procedimento adota.

De acordo com o novo regime, quando o réu, na contestação, alegar ser parte ilegítima, ou mesmo quando afirmar não ser o responsável pelo prejuízo invocado, faculta-se ao autor a alteração da petição inicial, para a substituição do réu.

É claro que essa faculdade só poderá ser utilizada nas hipóteses em que o autor souber quem, então, é a parte legítima ou o responsável pelo prejuízo invocado. É por essa razão que o art. 339 prescreve que, sempre que tiver conhecimento, cabe ao réu indicar aquele que é o sujeito passivo, ou responsável pelo ressarcimento do prejuízo, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

Isso é natural, pois, via de regra, ao alegar sua ilegitimidade ou falta de responsabilidade pelo prejuízo, o réu terá condições de apontar o sujeito passivo correto ou o responsável. Uma hipótese é clara para demonstrar o alcance do dispositivo. Pense-se numa ação de ressarcimento, por conta da colisão de veículos, ajuizada em face daquele que, no órgão de trânsito, consta como proprietário do automóvel. Citado, ele demonstra que, não obstante a ausência de regular transferência perante o órgão de trânsito, ele, de fato, já alienou o carro. Tratando-se de bem móvel, sabe-se, a alienação dá-se com a tradição. A transferência de propriedade, no órgão de trânsito, é mera providência administrativa. Nesse caso, ao apresentar a contestação, alegando não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o réu saberá, desde já, indicar quem o é, ou seja, aquele para quem alienou o bem.

Após fazê-lo, poderá o autor, na forma dos arts. 338 e 339, § 1º, NCPC, proceder à alteração da petição inicial, para substituição do réu, reembolsando, de acordo com o art. 338, parágrafo único, as despesas do excluído e pagando honorários advocatícios de seu advogado, fixados entre 3% e 5% do valor da causa, ou, sendo esse irrisório, por equidade. Pode ocorrer, contudo, que, não obstante a indicação do réu originário, o autor não se sinta seguro, juridicamente, a respeito de sua exclusão e inclusão de novo réu. Nesse caso, de acordo com o art. 339, § 2º, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

Um exemplo ilustra essa possibilidade. Imagine-se uma ação de cobrança de débito condominial ajuizada pelo condomínio em face do proprietário que, em contestação, alega que o imóvel já foi alienado, por meio de instrumento particular, que, no entanto, não foi levado a registro, não se transmitindo, dessa forma, a propriedade. Tratando-se de

obrigação *propter rem*, cujo cumprimento é garantido pelo próprio bem, pode-se entender que, em que pese a alienação, uma vez não registrado o compromisso e não sendo ele de conhecimento do condomínio, a responsabilidade permanece sendo do proprietário. Inseguro sobre o entendimento do juiz a respeito do tema, é perfeitamente possível que o autor, ao menos nesse momento, opte pela inclusão do sujeito indicado pelo réu, sem, no entanto, excluí-lo.

7. Outras alterações pontuais

O art. 340, NCPC, muito embora traga uma regra que visa a facilitar a situação do réu que alega incompetência, absoluta ou relativa, despreza a realidade do procedimento eletrônico (o que é compreensível, uma vez o Brasil é um país continental, com realidades econômico-sociais bastante distintas).

O artigo dispõe que, alegando-se a incompetência, absoluta ou relativa, a contestação poderá ser protocolada no domicílio do réu, com imediata comunicação ao juiz da causa. A peça será livremente distribuída, salvo se o réu houver sido citado por carta precatória, hipótese em que a contestação será juntada aos autos dessa carta, com imediata remessa ao juiz da causa. Se reconhecida a competência indicada pelo réu, será prevento o juízo para onde distribuída a contestação ou a carta precatória.

Como dito acima, mencionado art. 340 é despiciendo em face do processo eletrônico, na medida em que, nesse caso, a contestação também é protocolada eletronicamente, sendo indiferente o local de onde o réu o faça. Pode ocorrer, porém, que, sem embargo de se tratar de processo eletrônico, não haja condições concretas de o réu protocolar eletronicamente sua contestação. Nesse caso pode ser útil a regra, mesclando-se o processo físico e o eletrônico, o que é uma mera questão procedimental. O importante, evidentemente, é que se garanta a ampla defesa do réu.

Por fim, dado que já se falou sobre o art. 341 – ônus da impugnação específica – resta abordar o art. 342, que trata da dedução de novas alegações em momento posterior à contestação.

Os incisos I e II cuidam do direito ou do fato superveniente, cujo conhecimento pode se dar por provocação de qualquer das partes ou de ofício, pelo juiz.

Trata-se de fatos ocorridos posteriormente ao ajuizamento da ação ou que chegaram ao conhecimento das partes em momento posterior. É salutar a regra, por conta do princípio

da efetividade, a exigir que a decisão reflita a realidade do momento em que proferida, solucionando corretamente o conflito.

Por exemplo, se, no curso de uma ação de cobrança contra Espólio, um dos herdeiros vem a ter conhecimento de termo de quitação dado pelo pretense credor ao falecido ascendente, é evidente que, não obstante já tenha sido apresentada contestação, o fato novo – ou de que se teve ciência, apenas, posteriormente – deve ser apreciado. Se o devedor vem a obter um crédito em face do credor, já no curso da ação de cobrança, o direito à compensação poderá ser alegado de forma superveniente.

O fato superveniente pode ser conhecido ou alegado em qualquer grau de jurisdição, cabendo ao juiz ou tribunal verificar os requisitos para sua admissibilidade. Evidentemente que a alegação de fatos supervenientes é apta à indicação de novas situações jurídicas, cujo exame, até então, não havia sido levado ao juiz. Daí a menção não apenas a fatos, mas a direito superveniente.

O inciso III, por sua vez, é consequência da regra geral de que determinadas matérias não precluem e podem ser alegadas a qualquer tempo. Aliás, isso também decorre da possibilidade de o juiz poder conhecer delas, de acordo com o inciso II do art. 342. Como exemplo, podem ser citadas as nulidades, as matérias processuais, relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação e, no mérito, a alegação de prescrição ou decadência.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Túlio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
PROCESSO CIVIL

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Volume III.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006.

GOLDSCHIMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.