A DEFESA DO RÉU NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – ALGUNS ASPECTOS.

Sandra Aparecida Sá dos Santos[1]

[1] Mestre em Direito pela UNIMES/SP, especialista em Direito Processual Civil pela UNISANTOS/SP, professora titular da disciplina de direito processual civil da UNISANTA/SP, especialista em educação à distância pelo SENAC, advogada e autora do livro "A inversão do ônus da prova - como garantia constitucional do devido legal", 2ª ed. , Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Resumo:O presente artigo tem como objetivo traçar um panorama sobre as eventuais defesas do réu no novo Código de Processo Civil, destacando-se as formas de seu oferecimento e as questões relacionadas às singularidades "*iter procedimental"* de cada uma. Ao analisarmos as defesas, em particular, buscamos preencher algumas lacunas, inclusive com relação às decisões e os respectivos recursos, lançando idéias, ora com base em princípios, ora com base em analogia.As inovações são muitas e serão necessários diversos ajustes, para que a máquina judiciária e o sistema processual alcancem a celeridade desejada, sem deixar de lado a finalidade precípua da jurisdição: Justiça.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. Defesa do réu.

Resumé: Le présent article a pour but tracer un panorama sur les éventuelles défenses du défendeur dans le nouveau Code de Procédure Civile, en insistant sur les formes de son offre et les questions liées aux singularités du développement procédural de chacune. En analysant les défenses en particulier, on cherche à remplir quelques lacunes, y compris par rapport aux décisions et leurs ressources, tout en lançant des idées basées sur les principes ou sur l'analogie. Les innovations sont nombreuses et il faudra plusieurs ajustements pour que la machine judiciaire et le système de procédure atteignent la célérité désirée, sans oublier la finalité essentielle de la juridiction: la Justice.

Mots-clé: Code de procédure civile 2015. La défense de l'accusé.

INTRODUÇÃO

O novo CPC está dividido em "*parte geral*" que contém "seis" livros, "*parte especial*" composta de " três livros" e "*livro complementar*" , com as disposições gerais, tratando de temas como o direito intertemporal.

Os seis livros que integram a "*parte geral"* são : das normas processuais civis; da função jurisdicional; dos sujeitos do processo; dos atos processuais; da tutela provisória , além da formação, suspensão e extinção do processo.

Na "*parte especial"* temos o processo de conhecimento e o cumprimento de sentença; o processo de execução e os processos de competência dos Tribunais, e também a matéria recursal, denominada "dos processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais".

Neste artigo, traçaremos breves considerações sobre algumas defesas do réu, no procedimento comum, que, aliás, é o único adotado no processo de conhecimento, previsto no novo diploma legal.

I - NO CÓDIGO DE 1973.

Atualmente, o demandado pode apresentar as seguintes defesas no processo, de rito ordinário: contestação, reconvenção, exceções de impedimento e suspeição, exceção de incompetência absoluta (alegável em preliminar de contestação) e relativa, impugnação ao valor da causa e impugnação aos benefícios da Justiça Gratuita, em regra, no prazo comum de 15 dias, a contar da juntada do mandado citatório.

Com relação ao procedimento, contestação e reconvenção, nos mesmos autos e ofertadas em petições distintas, mas no mesmo ato, ou seja, simultaneamente (art. 299), e as exceções, também em diferentes petições, cujas autuações são feitas em apenso, nos termos da Lei.

II - NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

A peça contestatória ganha extrema relevância, uma vez que a reconvenção (art. 343); a alegação de incompetência relativa (art. 337, inciso II), o inconformismo com relação ao valor atribuído à causa (art. 293) e a impugnação à gratuidade (art. 100), serão propostas dentro da contestação, em matéria preliminar, excetuando-se a reconvenção que deverá ser oferecida, após as alegações relativas ao mérito, obedecendo, desta forma, a lógica jurídica.

As exceções de impedimento e de suspeição, que podem ser oferecidas pelos litigantes, sofreram algumas alterações, mas mantiveram o procedimento.

a) DA RECONVENÇÃO.

Vem tratada no art. 343, que contém 6 parágrafos.

A primeira importante alteração diz respeito ao modo pelo qual é feito seu oferecimento: na própria contestação.

Por outro lado, embora o texto legal seja omisso, parece-nos que por uma questão de lógica, a matéria reconvencional deve ser deduzida, depois das defesas diretas e indiretas de mérito, apresentadas na peça contestatória.

Frise-se, ainda, que o réu poderá propor reconvenção, independente de oferecer contestação, com base no parágrafo 6º, do art. 343. Cuida-se da autonomia da reconvenção com relação à ação principal, também caracterizada no parágrafo 2º, do mesmo artigo.

Tanto é que, havendo pedido de desistência ou a extinção do processo sem resolução do mérito, em relação à ação principal, a reconvenção prosseguirá até o julgamento do mérito, se presentes as condições da ação, bem como os pressupostos processuais específicos, quais sejam: conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

É evidente que, neste caso, para afastar eventual revelia, por falta da contestação, a reconvenção deverá estar fundada nos mesmos fatos ou o conjunto de alegações por si só, modifique, impeça ou extinga o suposto direito do autor, alinhavado na petição inicial.

De outra forma, em regra, forçoso reconhecer, com relação à ação principal, a ocorrência da revelia e seus efeitos, salvo nas hipóteses em que, embora decretada, seus efeitos não incidem (art. 345), como, por exemplo, quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

Outra alteração relevante refere-se à possibilidade de o réu promover a reconvenção em litisconsórcio ativo ou passivo, ou seja, ao lado de ou contra um terceiro (parágrafos 3º e 4º, do art. 343).

Ainda tratando-se de legitimidade, quando o autor for substituto processual, o reconvinte afirmando ser titular de direito em face do substituído, poderá propor a reconvenção, contra o demandante, também na qualidade de substituto processual.

No que tange ao recurso que impugna as decisões de indeferimento liminar ou de rejeição da reconvenção, considerando-se o novo sistema, que prima pela economia e pela celeridade, é de se admitir a interposição do agravo de instrumento, embora não haja expressa previsão legal.

Para Scarpinella também é possível "*entender que a decisão liminar relativa à reconvenção é recorrível nos termos do parágrafo 1º do art. 1.009 (como preliminar de apelo ou de contrarrazões)* [1].

b) DA ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA.

Deverá ser feita em preliminar de contestação (arts. 64 c/c art. 337, inciso II), ou seja, foi suprimida a "exceção de incompetência", no entanto, se o réu deixar de alegar, ocorre a preclusão temporal e, por conseqüência, prorroga-se a competência (parágrafo 4º do art. 64 c/c o art. 65).

Continua em vigor a Súmula de nº 33, do STJ, que proíbe ao juiz declarar a incompetência relativa de ofício.

Com relação à possibilidade de o magistrado, antes da citação, analisando o contrato, determinar a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu (parágrafo 3º, do art. 63), pode, à primeira vista, parecer uma exceção à mencionada Súmula, mas, na verdade, tal ato decorre da declaração de ineficácia da cláusula abusiva, comumente inserida nos pactos decorrentes, em regra, das relações de consumo (art. 51, do CD do Consumidor).

Vale dizer, a ordem de remessa dos autos ocorre para dar efetividade à declaração de nulidade, uma vez que o controle das cláusulas abusivas, nos contratos de consumo e de adesão, são de ordem pública (art. 1º, do estatuto consumerista).

Destaque-se, por oportuno, que o Magistrado, pelo novo estatuto processual, poderá aplicar tal medida também em contratos fundados em relação jurídica civil, desde que a fixação da cláusula de eleição de foro seja abusiva, impossibilitando à parte seu acesso à Justiça.

De qualquer modo, alegada a incompetência, quer absoluta, quer relativa, o juiz tem que decidir, imediatamente, por força do parágrafo 2º, do art. 64.

Convém salientar que, antes de qualquer decisão, seja provocada pelo litigante , seja de ofício, o magistrado tem que dar oportunidade à parte de exercer o contraditório e a ampla defesa, com fulcro nos arts. 9º e 10º, do CPC de 2015.

c) DAS EXCEÇÕES DE IMPEDIMENTO E DE SUSPEIÇÃO.

O rol de motivos, que provocam o impedimento, vem estabelecido no art. 144 e o da suspeição no art. 145.

As mencionadas exceções, que tanto podem ser oferecidas pelo autor, quanto pelo réu, trazem, em seus conteúdos, alegações que visam afastar o magistrado do processo, uma vez que, se verdadeiras, podem caracterizar violação ao princípio da imparcialidade do juiz

[1] Scarpinella, Cássio Bueno. Novo Código de Processo Civil, Saraiva 2015, p. 259.

e, em última análise, do princípio do devido processo legal, a que todos os jurisdicionados têm direito.

Ressalte-se que há acréscimo de importante motivo de suspeição, qual seja, quando o julgador for amigo íntimo ou inimigo dos advogados das partes, constantes dos Instrumentos de Mandatos (art. 145, inciso I).

No que tange ao procedimento (art. 146), manteve-se o prazo de 15 dias, para o oferecimento da exceção, a contar do conhecimento do fato.

Na hipótese de o juiz não reconhecer os mencionados impedimento ou suspeição, determinará a autuação em apartado, no entanto, ocorreu modificação com relação ao prazo, no qual o magistrado apresentará suas razões, que passou de 10 para 15 dias (parágrafo 1º, do art. 146), ordenando, depois, a remessa do incidente ao Tribunal.

Também continua em vigor a norma que equipara o juiz *excepto* à parte, uma vez que ele é o réu da exceção, quando o Tribunal, acolhendo a alegação, condena-o nas custas do incidente, no caso de impedimento ou de manifesta suspeição, nos termos do parágrafo 5º, do art. 146 (a palavra '*manifesta*' foi acrescentada, antes bastava o acolhimento da exceção).

Sem correspondência com o Código atual, os parágrafos 6º e 7º, do art. 146, cuidam da decretação, pelo Tribunal, e da extensão da nulidade dos atos praticados pelo juiz, considerado suspeito ou impedido.

d) DO INCONFORMISMO COM O VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA.

O valor dado à causa é requisito da petição inicial. Tem relevância porque é parâmetro, entre outras funções, para

1. o recolhimento de custas (1% sobre o valor atribuído à demanda);

2. o arbitramento de honorários advocatícios (parágrafo 2º, do art. 85);

3. no caso de propositura de ação rescisória (art. 968, inciso II), determinar a caução (5% sobre o valor dado à causa);

4. limitar a competência dos Juizados Especiais Cíveis Estadual e Federal (art. 3º, inciso I, Lei 9.099/95 e art. 3º da Lei 10.259/01);

5. a fixação de multas, de natureza diversas, entre elas, podemos mencionar a do parágrafo único do art.774, que estabelece sanção processual quando o executado intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora.

O valor da causa pode ser legal (art. 292) ou voluntário. Esta última espécie ocorre quando a causa não tenha um valor econômico, entretanto, mesmo assim, o autor, por

estimativa, deve atribuir algum valor (art. 291), o que, em regra, ocorre, por exemplo, nos Mandados de Segurança.

Tratando-se de valor legal (art. 292), se o autor desobedecer ao que está determinado em lei, o juiz corrigirá de ofício e por arbitramento, adequando o valor de modo a corresponder ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico que o demandante quer obter, com base no parágrafo 3º, do art. 292.

Tal dispositivo veio dar celeridade ao processo, uma vez que, atualmente, na falta de observância do valor legal pelo demandante, o magistrado determina a emenda da inicial, visando à correção do mencionado valor, causando morosidade ao feito, de modo que, bastante salutar a nova regra, com a possibilidade de correção de ofício pelo juiz, que ordenará, no mesmo ato, o recolhimento das custas.

Com relação ao recurso que o demandante tem para impugnar a decisão que corrige o valor da causa de ofício, parece-nos que é cabível o agravo de instrumento:

Art. 1.015: cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

inciso II - mérito do processo.

É que, sendo o valor da causa legal, corresponde ao pedido mediato, o bem pelo qual se exerce a pretensão em Juízo, ou seja, o valor faz parte do mérito da demanda.

Exemplificamos: se a ação é de cobrança e há cumulação de pedidos, o valor da causa deve corresponder à soma de todos eles, ou seja, o objeto da causa é a quantia que se pretende obter com o pronunciamento jurisdicional de condenação do réu, pedido imediato.

Conforme menciona Rodrigo da Cunha Lima Freire, em seu artigo "**Preliminares, prejudiciais e mérito da causa"** [2]**:**

Liebman ensina que "*o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é, portanto, o conflito existente entre as partes fora do processo, e sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito*".

E ainda, no mesmo artigo: "*O pedido fixa o principal ponto duvidoso do processo, também conhecido como objeto litigioso do processo, thema decidendum, questão de fundo, fundo do litígio, res in judicium deducta, pretensão (pretensão processual ou afirmação de direito material), lide de mérito, lide, questão de mérito, meritum rei, meritum causae, mérito da causa ou, simplesmente, mérito*".

Vale dizer, o valor legal dado à causa é o valor do pedido que está relacionado diretamente com o mérito da demanda, especificamente, com o pedido mediato, motivo pelo qual cabível o agravo de instrumento, em que pese ao entendimento diverso apontando para a apelação, como sendo o recurso adequado [3].

[2] http://jus.com.br/artigos/4145/preliminares-prejudiciais-e-mérito-da-causa.
[3] Scarpinella, Cássio Bueno. Novo Código de Processo Civil, Saraiva 2015, p. 212.

De qualquer modo, no inovador sistema processual, além de o juiz poder corrigir de ofício o valor dado à causa, se não o fizer, o demandado poderá impugnar aquele valor, em preliminar de contestação (art. 293), sendo o agravo de instrumento o recurso cabível da decisão, pelas razões já expostas.

e) IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA.

Os arts. 98 ao 102, do novo estatuto, regulam a matéria referente à gratuidade da justiça, mas a Lei 1.060/50 que teve alguns de seus artigos revogados expressamente, conforme estabelece o inciso III, do art. 1.072, continua vigorando, parcialmente, no que se harmonizar com a nova sistemática processual[4].

Percebe-se que inúmeros dispositivos do Código em referência, refletem as reiteradas decisões dos Tribunais sobre determinados temas.

Neste sentido, o art. 98 estabelece que tem direito à gratuidade a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira com insuficiência de recursos; e o parágrafo 4º impõe ao beneficiário o dever de, ao final, pagar as multas processuais que lhe sejam impostas.

Finalmente, para o nobre e livre exercício da advocacia, o parágrafo 4º, do art. 99, deixa claro que o fato de o requerente da gratuidade ter a assistência de advogado particular não é impedimento para a concessão do benefício, afastando de vez, as injustas decisões que provocavam, além da perda de tempo do causídico com a interposição do agravo de instrumento, a morosidade do processo, sendo certo que, em regra, o Tribunal reformava as referidas decisões, com a afirmação agora expressa no mencionado artigo.

Sobre o instituto propriamente dito, o art. 100, do CPC de 2015, estabelece em que peças processuais a parte contrária poderá oferecer impugnação ao deferimento do pedido de justiça gratuita.

Para o réu, na contestação; para o autor, na réplica; para o vencedor, na contrarrazões da apelação, se há pedido feito pelo vencido em suas razões recursais.

Frise-se que, seja qual for a peça, a matéria deve ser alegada em preliminar, considerando-se sua natureza processual.

Quando o pedido for superveniente, isto é, durante a tramitação do feito ou formulado por terceiro, a parte contrária poderá impugnar, por simples petição, nos mesmos autos e sem suspensão do processo, observando-se o prazo de 15 dias, a contar da intimação da decisão que deferiu o pedido de Justiça Gratuita.

O recurso cabível para atacar a decisão, que indefere ou acolhe o pedido de sua revogação, é o agravo de instrumento (art. 101). Percebe-se que o legislador possibilitou ao

[4] Néri Júnior, Nelson e Andrade Néri, Rosa Maria. Comentários ao Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais, p. 469.

suposto beneficiário que teve negado o seu pedido, a imediata revisão, pelo Tribunal, da decisão que lhe negou ou lhe retirou o benefício.

Em contrapartida, para impugnar a decisão que defere ou mantém a gratuidade, a parte poderá valer-se, dependendo do caso, das razões ou contrarrazões de apelação, por força do parágrafo 1º, do art. 1.009, uma vez que não há previsão específica sobre o tema.

Quando a análise do pedido de concessão do benefício for feita na sentença, seja para deferir ou indeferir, a apelação é o recurso adequado.

Nesta hipótese, o recorrente estará dispensado do recolhimento de custas, inclusive do preparo, até a decisão do relator sobre a questão, que deverá ser proferida, antes do julgamento do recurso (parágrafo 1º, do art. 101).

Se o apelante não fizer jus ao benefício, deverá recolher as custas processuais, por determinação do relator ou do órgão colegiado, no prazo de 5 dias, sob pena de não conhecimento do recurso (parágrafo 2º, do art. 101).

Ocorrendo a imutabilidade da decisão que revoga a gratuidade, a parte é obrigada a recolher todas as despesas, no prazo fixado pelo magistrado (art. 102).

Não havendo o recolhimento, culminará com a extinção do processo sem resolução do mérito, caso seja o autor que descumpriu a determinação ou, nos demais casos, enquanto não for comprovado o depósito, vedada a prática de qualquer ato ou diligência requerida pela parte devedora (parágrafo único do art. 102).

Parece-nos que esta sanção processual beira à inconstitucionalidade, pelos seguintes motivos:

a) violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, art. 5º, inciso XXXV; da C.F., também conhecido como o do acesso à justiça;

b) violação ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, art. 5º, inciso LXXVII, da Carta Magna.

A título de argumentação, pode o autor provocar a extinção do feito, propositadamente, deixando de recolher as custas.

Ocorre que o réu tem direito à prestação jurisdicional de mérito, ao decreto de improcedência do pedido, com a conseqüente formação da coisa julgada material.

A solução que poderia ser adotada é converter o valor em dívida fiscal, com a propositura da respectiva execução, igual ocorre em outras hipóteses do Código de Processo Civil, quer atual (parágrafo único do art.14), quer novo (parágrafo 3º, inciso VI, art. 77).

Com esta última ponderação, encerramos este artigo, na certeza de que muitos temas gerarão controvérsias e só o tempo, com o pronunciamento dos Tribunais, provocado pelos recursos, consolidará a aplicação da inovadora sistemática processual.

BIBLIOGRAFIA

CÓDIGOS de Processo Civil Comparados 1973/2015. Saraiva, 2015.

LIMA FREIRE, Rodrigo da Cunha. *Preliminares, prejudiciais e mérito da causa*, http://jus.com.br/artigos/4145.

NÉRI JÚNIOR, Nelson e Andrade Néri, Rosa Maria. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais, 2015.

SCARPINELLA, Cássio Bueno. *Novo Código de Processo Civil*, Saraiva 2015.