

as jurídicas públicas sujeitas a seu regime um tributo moderado, em favor das necessidades da diocese.

O cânon 1276, § 2 determina que os Ordinários devem providenciar a organização geral da administração dos bens eclesiásticos por meio de instruções especiais, dentro dos limites do direito universal e particular.

O cânon 1303, §§ 1 e 3 determina a competência da autoridade eclesiástica a respeito das fundações pias.

O cânon 1304, § 2 determina que sejam estabelecidas pelo direito particular outras condições para a constituição e aceitação de fundações.

Há uma ampla aplicação do princípio de subsidiariedade nos institutos religiosos nos seguintes cânones:

O cânon 634, § 1 determina que os institutos, províncias, e casas, como pelo próprio direito são pessoas jurídicas, têm a capacidade de adquirir, possuir, administrar e alienar bens temporais, a não ser que essa capacidade seja excluída ou limitada nas constituições.

O cânon 635, § 2 estabelece que todos os institutos devem estabelecer normas adequadas sobre uso e administração dos bens, pelas quais seja promovida, defendida e expressa a pobreza que lhes é própria.

O cânon 638, § 1 determina que compete ao direito próprio, dentro do âmbito do direito universal, determinar os atos que excedem os limites e o modo da administração ordinária e estabelecer o que é necessário para praticar validamente um ato de administração extraordinária.

Para concluir diria que a incidência do princípio de subsidiariedade como um dos critérios inspiradores na elaboração do Código de Direito Canônico não se deve confundir simplesmente com a descentralização de poderes e competências.

A subsidiariedade se ajusta muito bem à idéia de serviço, da dimensão ministerial das funções públicas na sociedade dos batizados.

Pe. João Carlos Orsi é doutor em Direito Canônico.
Leciona no Instituto de Direito Canônico, do Centro Universitário Assunção.

A ORIGEM DA RECONVENÇÃO NO PROCESSO CANÔNICO

Prof. José de Ávila Cruz

I. DEFINIÇÃO DO INSTITUTO

O cânon 1494, § 1 do Código de Direito Canônico prescreve: "A parte demandada pode, diante do mesmo juiz e no mesmo juízo, mover ação de reconvenção contra o autor, em razão de conexão de causa com a ação principal, ou para repelir ou enfraquecer a petição do autor".

Por esse dispositivo, pode-se concluir que o atual legislador canônico obedeceu à nova técnica, evitando definições e expondo, de modo prático, em que consiste o instituto.

Neste particular o legislador foi mais feliz do que o legislador de 1917, que deu uma definição incompleta do instituto, dizendo que "chama-se reconvenção aquela ação que ante o mesmo juiz e no mesmo juízo age o demandado contra o autor a fim de neutralizar ou atenuar a sua demanda".

Foi por essa razão que o jurista Amaral Santos, ao comentar a definição do instituto dada pelo Código de Processo Civil de 1939, observou: "Teria o legislador, ao redigir o texto legal, se valido do cânon 1690, § 1 do Código de Direito Canônico (Código de 1917)", ou seja reconvenção para fins de compensação. Fê-lo, entretanto, prossegue o jurista, olvidando que nesse texto se regula a *reconventio* própria tão-somente, permitindo-se, todavia, no direito canônico a chamada "*reconventio* imprópria pela qual o réu pode também reconvir quando tiver contra o autor ação conexa à que este lhe move".

Vê-se, portanto, que o legislador canônico atual preferiu inserir um dispositivo esclarecendo a finalidade do instituto, possibilitando a dedução de que reconvenção é ação. É peça de ataque e não de defesa.

No próprio vocábulo sente-se o seu caráter de ação. Reconvenção vem de *reconventio*, vocábulo formado de *conventio*, “ação” mais o prefixo *re*, “contra”, ou provavelmente, com a raiz de *reus*, “réu”.

O Código de Direito Canônico contempla esse instituto nos cânones 1463, 1494, §§ 1 e 2; e 1495.

Entretanto, o nosso propósito ao apresentar este trabalho é demonstrar que o instituto da reconvenção tem sua origem no direito canônico, ou no processo canônico para ser mais preciso.

II. CONTESTAÇÃO E RECONVENÇÃO

Para melhor entendimento do instituto em apreço há necessidade de estabelecer a diferença entre a peça de defesa denominada “contestação” e a peça de ataque denominada reconvenção.

“O réu, ao contestar o pedido, necessita deduzir as razões e os fundamentos de sua resistência à pretensão do autor, indicando os fatos e as bases jurídicas de sua defesa”.

O réu, uma vez chamado para responder em juízo, tem o direito de defesa; é a contestação, ou seja, o direito de negar os fatos afirmados pelo autor, negando-lhe os efeitos jurídicos atribuídos ao réu, pelo autor, permanecendo, portanto, o contestante na posição de quem assiste passivamente ao ataque.

Cada uma das arguições exaradas na contestação dá origem a questões e controvérsias sobre matéria de fato ou sobre temas jurídicos em relação ao pedido do autor. E como as questões de fato exigem provas, deve o réu apontar quais os meios instrutórios de que pretende lançar mão para demonstrar a verdade do alegado. Por outro lado, a contestação deve ser acompanhada dos documentos em que o réu fundar a defesa.

“Dentro do quadro desse sistema de defesa, não tem o demandado outro propósito senão o de obter uma sentença favorável, que rejeite ou afaste a pretensão do autor. Nesse intento, os atos do réu, quaisquer que sejam as

suas deduções, versam exclusivamente sobre o ‘*thema decidendum*’, nada além deste”.

O atual Código de Direito Canônico contempla o instituto nos cânones 1463, §§ 1 e 2; 1494, §§ 1 e 2; e 1495.

A discussão doutrinária sobre tal instituto gira em torno da semelhança com a exceção da compensação cuja origem está no direito romano.

Procuraremos demonstrar que não se trata de uma exceção, mas sim de uma nova ação, ou seja um peça de ataque do demandado contra o autor da ação.

A exceção ou defesa por via “*exceptionis*” é a defesa contra o processo, restrita à arguição das exceções de suspeição, incompetência, litispendência e coisa julgada. Todas as demais defesas, contra o processo ou contra o mérito, formula-as o réu na contestação. É a resposta do demandado à ação proposta pelo demandante.

No sistema brasileiro, e também no processo canônico, a contestação é o instrumento formal, normal da defesa do réu, pois toda a defesa do réu, a não ser as referentes às exceções e às defesas incidentes, deverá ser alegada na contestação.

Há quem considere a reconvenção uma espécie de compensação, que é, como sabemos, uma exceção substancial. A seguir essa orientação, chegar-se-ia à conclusão de que a reconvenção é defesa.

Conquanto a reconvenção possa visar, e freqüentemente visa, à compensação, entre os dois institutos há caracteres diferenciais que impedem qualquer confusão, quais sejam: a) A compensação é instituto de direito privado, correspondente a um dos meios extintivos e liberatórios das obrigações. Os institutos que mais se lhe aproximam são, precisamente, o pagamento e a retenção. Diversamente, a reconvenção é instituto exclusivamente processual, que regula a ação do réu contra o autor, no mesmo processo e juízo em que é demandado. b) No processo, a compensação, quando dela queira valer-se o devedor, constituirá matéria de defesa e como defesa deverá ser alegada, como podem ser alegados o pagamento e a prescrição. A reconvenção, po-

rém, não é meio de defesa, é ação. É ação do réu contra o autor e da qual também poderá valer-se o réu para forçar a compensação, quando o seu crédito for superior ao do autor e pretende tê-lo condenado no saldo. c) Exatamente porque a compensação se faz valer como defesa, como exceção não tem a virtude de ampliar o tema decidendo, que se encerra dentro dos limites em que o circunscreve a ação do autor. Por isso mesmo, o devedor só pode compensar com o credor o que este lhe dever.

Pela ação reconvençional, entretanto, amplia-se o tema decidendo originário, instando se decida quanto às pretensões da ação e da reconvenção, bem podendo ambas serem acolhidas, para, afinal, operar-se a compensação, com a condenação do autor no saldo verificado em favor do réu.

“Exceção é qualquer meio de defesa que o demandado opõe diretamente à ação, a fim de impedi-la ou demorá-la. Isso se pode fazer ou negando o próprio fato em que se basearia o direito reclamado (assim, por exemplo, negando a existência do próprio contrato), ou admitindo o fato, mas negando o direito que dele se derivaria (por exemplo, por ter sido cumprido o contrato, mediante o pagamento do estipulado), ou admitindo o fato e o direito, mas negando a ação (por exemplo, por ter prescrito, por ter sido proposta perante tribunal incompetente etc.)”.

“As exceções são: a) dilatórias, ou seja, de eficácia suspensiva, de tal sorte que a ação é negada temporariamente, por exemplo, quando a obrigação tenha sido cumprida; b) peremptórias, que fulmina a ação, trancando-a para sempre, por exemplo, se o acusado apossou-se de alguma coisa empregando a força. A exceção peremptória é, portanto, perpétua por sua natureza”.

Cumpra observar, ainda, que o legislador canônico estabelece o seguinte: “Toda a ação se extingue por prescrição, de acordo com o direito, ou por outro modo legítimo, exceto ações relativas ao estado de pessoas os quais nunca se extinguem, e que compete sempre exceção, salva a prescrição do cânon 1462, assim redigido: as exceções de coisa julgada, de composição e outras peremptórias denominadas “*litis finitae*” devem ser propostas e conhecidas antes da contestação da lide; quem as propuser mais tarde não deve ser

rejeitado, mas seja condenado às despesas, salvo se provar que não diferiu maliciosamente a oposição. §2 Outras peremptórias sejam propostas na litiscontestação e devem ser tratadas a seu tempo, segundo as regras relativas às questões incidentes”.

Falamos também das causas incidentais. De fato, por exceção do demandado surge uma causa incidental em que são invertidos os papéis de autor e acusado, ou seja, o réu passa a ser autor, causa essa que será decidida no tribunal por uma sentença denominada interlocutória.

III. CABIMENTO DA RECONVENÇÃO

A reconvenção é admissível em todas as causas civis e não é necessário que se exija uma conexão ou enlace entre a ação e a reconvenção, excetuando-se as causas de espólios. Não há reconvenção contra ação de espólio principalmente quando o reconvinido tem a possibilidade de fazer valer contra ele a “*exceptio spoli*”.

Cumpra observar ainda que não se admite reconvenção nas causas criminais, eis que não seria viável uma ação criminal do demandado contra o promotor de justiça que o acusa de ofício.

Entretanto poder-se-ia indagar: caberia ação criminal quando se trata de processo crime por injúria, ou seja, aquela figura delituosa prevista pelo legislador penal no artigo 140 do Código Penal: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”?

Ao menos doutrinariamente pode-se responder afirmativamente, pois como afirma Eichmann “as ofensas mutuas se compensam”.

O foro competente para a reconvenção é o mesmo que decide a questão principal. O tribunal, no caso da reconvenção, só será incompetente no caso de incompetência absoluta conforme teor do cânon 1405.

IV. A ORIGEM DO INSTITUTO

A. Direito Romano

Alguns juristas entendem que a sua origem está no direito romano: “Surgiu a reconvenção, como lembra Manuel Aureliano de Gusmão, no direito romano, ao tempo do processo formulário como um produto da ‘equitas’, e como um meio não só de economia de tempo e de despesas para as partes, mas também de tornar mais fácil e mais ampla a defesa do réu”.

Entretanto, somos obrigados a reconhecer que, embora seja possível ver nos meios de defesa surgidos com a atuação pretoriana denominado “exceptio”, como por exemplo a compensação que já mencionamos, o certo é que a estrutura do instituto da reconvenção é canônica. Tanto é verdade que o mesmo jurista que citou o texto de Gusmão para abonar a sua tese diz textualmente na mesma página: “Certo é, no entanto, que coube ao direito canônico difundir, ulteriormente com largueza, o emprego da reconvenção”.

Dissemos no início deste trabalho que a disposição canônica que definiu o instituto estava atrelada ao instituto da compensação, que de fato vem do direito romano: “Compentatio est debiti et crediti inter se contributio”. É a definição do jurista romano Modestino cuja tradução livre é a seguinte: “Compensação é um balanço entre o débito e o crédito”.

“Antes de Marco Aurélio, ensina-nos Alexandre Correia, eram admitidos três casos de compensação independente da vontade das partes: a compensação do “argentarius”, ou seja, compensação dos banqueiros, a compensação do “emptor bonorum”, ou seja, do comprador dos bens do devedor insolvente, e a compensação nos contratos de boa fé. À parte os dois primeiros casos que Gaio ilustra, nos contratos de boa fé o juiz podia entrar em apreciações do quanto deveria ser pago pelo réu no caso de sua condenação. Se o réu tivesse um crédito contra o autor, poderia defender-se mediante uma “exceptio”, que decorria das palavras “ex fide bona” da fórmula da ação, exigindo a compensação. O crédito devia ter causa igual à do débito (“ex pari causa”). Assim, por exemplo, se o vendedor propusesse ação contra o comprador para obrigá-lo a pagar o preço da coisa comprada, o comprador não

podia alegar que o vendedor lhe devia a quantia, por exemplo, a título de mútuo, pois a causa dos dois contratos — venda e mútuo — é diferente”.

Vê-se, portanto, que é procedente a observação de Amaral Santos, quando diz que a definição contida no cânon 1690 do Código revogado não é satisfatória, uma vez que está atrelada somente aos casos de compensação, e o instituto da reconvenção mais abrangente admitindo reconvenção numa causa de nulidade matrimonial, por exemplo, em que as alegações não se prendem à compensação de débito e crédito.

Nesse aspecto situou melhor o instituto da reconvenção o Código atual no cânon 1491, pelo qual se nota que tal instituto não se limita simplesmente à compensação. O cânon 1690 foi sem dúvida um passo largo para o aperfeiçoamento do instituto, porquanto situou melhor o instituto denominado exceção estabelecendo momentos para a sua apresentação. No processo anterior, no sistema das decretais, não havia tal estipulação; por isso, quando interessava ao réu deixar de enfrentar o mérito, apresentava uma exceção dilatória e após o seu julgamento apresentava outra e assim sucessivamente, sem nenhum limite determinado. O Código de 1917 fixou o princípio da eventualidade das exceções dilatórias, pelo qual todas as dilatórias deveriam ser apresentadas juntas. É bastante louvável, portanto, essa providência do legislador de 1917, confirmada pelo código atual.

Já com referência às peremptórias, não houve tanto problema, porquanto esse tipo de exceção não obstava a contestação, uma vez que no caso de exceção peremptória a ação era tida como contestada. Inocêncio IV determinou em uma de suas decretais que três exceções peremptórias teriam o condão de impedir que se reconhecesse a lide como contestada. Eram os casos de exceção de “litis-finitae”, “res-judicatae” e “de transaciones”.

A exceção compete ao réu, porém quando se trata de superior interesse da Igreja pode o juiz proceder de ofício.

B. Uma exceção do Direito Romano

Havia uma exceção privativa do direito canônico, que existiu também no direito antigo do Brasil, durante a união entre Igreja e Estado, exceção essa

que podia ser oposta no processo civil, também. Era a exceção de excomunhão. Essa exceção de excomunhão e a exceção de incompetência absoluta podiam ser apresentadas em qualquer tempo, na conformidade do cânon 628, §§ 2 e 3 do Código revogado, antes da sentença, em primeira e segunda instância.

Os excomungados vitandos ou tolerados (diferença que não mais vigora) deveriam ser excluídos de ofício do processo, conforme os cânones 1654 e 2258. Esses excomungados podiam ser autores apenas para discutir a justiça da própria excomunhão ou para evitar dano espiritual, através de procurador. A excomunhão era equiparada à morte civil.

O procedimento no direito canônico realmente seguiu, por muito tempo, o sistema do direito romano clássico, vendo a exceção como uma ação do réu, invertendo-se, portanto, o ônus da prova no que tange ao alegado em exceção. Sobre o procedimento na ação do espólio, basta verificar o cânon 1699, §§ 1 e 2, pois fica esclarecido que o réu não precisa responder à ação movida pelo autor enquanto não for ele restabelecido na posse, desde que prove que foi esbulhado. O parágrafo terceiro desse cânon refere-se à posse do estado conjugal, caso em que, se houver temor de que a restauração de vida conjugal possa conduzir à violência, o juiz determina que a entregue a um depositário, até o julgamento.

Tal como no direito romano clássico, apresentada a exceção pelo réu podia o autor replicar, podendo, ainda, treplicar, sempre com as conseqüentes inversões do ônus da prova. Essa inversão do ônus da prova foi uma das causas que deram origem à reconvenção.

V. O Período de Justiniano

A reconvenção está relacionada com as exceções do direito romano surgidas com a atuação do pretor, mas coube ao direito canônico a sua estrutura e divulgação. A litiscontestação, da forma como existe atualmente, guardou todas as características do período do Direito de Justiniano, podendo-se dizer que se trata de traslado daquele instituto da forma como lá era encontrado. Todavia, no que se refere à reconvenção não se pode dizer o mesmo,

porque da exceção surgiu a inversão do ônus da prova, mas o instituto estruturado apareceu com a cristianização do direito, partindo de Constantino e consolidado no período de Justiniano.

Por meio dessa evolução do direito concluiu-se que o objeto da ação é constituído pela apresentação da “litis-contestatio”, com o ânimo de litigar, iniciando assim a instância. Ficou consolidado um princípio adotado pelo atual Código de Processo Civil, no qual o juiz pode, de ofício, ou a requerimento das partes, entendendo que há dúvidas no processo, determinar às partes que compareçam para fixar os pontos de controvérsias, sanando as dúvidas. A contestação como momento de fixação da instância tem reflexos profundos no que diz respeito às exceções, à sua oportunidade de apresentação. O réu quando apresenta sua defesa pode contestar o direito alegado pelo autor, defesa essa que tem o nome de “per defensiones” ou “contradictiones”. Poderá, ainda, contestar o mérito, estabelecendo, assim, o ponto controvertido sobre o qual deverá manifestar-se a sentença de mérito. Pois bem, aquela defesa indireta, fora do mérito, constitui-se em exceção que tem a natureza jurídica de proteção ao direito do demandado e, tal como a ação, tem natureza de meio jurídico de proteção ao direito do demandante. Ação e exceção têm a mesma natureza jurídica, tanto é assim que o cânon 1667 do Código de 1917 coloca ambas no mesmo plano, e o atual Código seguiu o mesmo princípio, deduzindo-se, então, que a reconvenção, instituto que dá ao demandado o direito de atacar o autor, sendo, portanto, peça de ataque e não de defesa, conclui-se que reconvenção é ação, portanto é da mesma natureza que a contestação e a exceção.

VI. A ação de Estado

Quando o autor ingressa com ação de estado, é a natureza do pedido que impede a reconvenção. As ações de estado não admitem reconvenção porque são ações constitutivas, que não visam a cumprimento de obrigações, tendo por objetivo apenas definir a situação das pessoas na sociedade.

Entretanto, poderia surgir uma indagação: se a ação de estado visa definir a situação das pessoas na sociedade, poderia haver reconvenção quan-

do se trata de nulidade matrimonial, por exemplo? Neste caso a resposta é afirmativa, porquanto o autor, ao acusar o seu matrimônio, poderá fazer alegações cuja parte contrária não só não concorde, mas também poderá entender que realmente o matrimônio em questão é nulo, porém não pelos fundamentos apresentados pelo autor, mas sim por outros fundamentos. Assim, o demandado poderá entender, numa ação de nulidade, que realmente é nulo o matrimônio, porém não pelos fundamentos apresentados pelo autor, mas sim pelos fundamentos dele demandados. Por exemplo: "A" propõe ação de declaração de nulidade matrimonial contra "B", invocando o cânon 1095-3, alegando que a parte demandada é portadora de doença psíquica. A parte demandada, inconformada com esse fundamento, porque não sofre de doença psíquica, mas sabe que é a parte autora que padece desse mal. Nesse caso, a parte demandada contestará a ação alegando que não padece de doença psíquica e ingressará com a reconvenção, alegando que o matrimônio é nulo por ser a parte demandante portadora de doença psíquica, ficando, assim, trocadas as posições, o autor passa a ser acionado. É a inversão do ônus da prova. Ademais, é preciso lembrar que o cânon 1494 prescreve em sua parte final que a reconvenção serve também para repelir ou enfraquecer a petição do autor.

Na esfera civil, também as ações de estado não admitem reconvenção. Todavia, o legislador abriu exceção, admitindo reconvenção na ação de nulidade de casamento.

Não cabe, assim, continua o jurista, a reconvenção nas ações de estado e capacidade de pessoas, nas ações de alimentos, nas ações de depósito, nas ações que versem sobre imóveis ou a eles relativos.

Cumpra observar que o atual Código de Direito Canônico canonizou o direito civil ao prescrever: "Quanto à natureza e à força da ação possessória, observem-se as prescrições do direito civil do lugar onde se encontra a coisa de cuja posse se trata".

VII. Reconvenção no Processo Civil

O artigo 315 do atual Código de Processo Civil prescreve: "O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa".

Portanto, o legislador seguiu o sistema amplamente divulgado pela doutrina canônica, admitindo que o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

Tal como dissemos ao mencionar as disposições canônicas, devemos salientar, ainda, que o Código de Processo Civil engloba, sob a denominação genérica de resposta do réu, duas modalidades de defesa: a contestação e a exceção; e, ainda mais a reconvenção, que já não é propriamente uma defesa e sim um contra-ataque do réu, uma nova ação proposta nos mesmos autos pelo réu contra o autor. Há um prazo único para oferecimento de qualquer dessas modalidades de resposta, prazo esse que o Código de Processo Civil fixa em quinze dias.

O legislador civil deu uma redação idêntica à redação do legislador canônico, pois o cânon 1494, §1 prescreve: "A parte demandada pode, diante do mesmo juiz e no mesmo juízo, mover ação de reconvenção contra o autor, em razão da conexão da causa com a ação principal, ou para repelir ou enfraquecer a petição do autor". É verdade que o Código de Direito Canônico (1983) foi elaborado depois do Código de Processo Civil (1973), mas a redação do Código de Direito Canônico de 1917 também não difere dessa redação; portanto, prevalece a afirmação de que o legislador pátrio seguiu a doutrina canônica em relação a esse instituto.

Quanto às exceções, institutos processuais, oriundas do direito romano, já tivemos ocasião de dissertar sobre elas nos itens anteriores. Resta agora falar sobre as causas incidentais, mencionadas resumidamente nos itens anteriores, porque tais ações estão ligadas ao instituto em apreço.

O Código de Processo Civil prevê uma série de providências a que chama preliminares, embora a denominação possa, nesse caso, provocar polêmicas, porque na verdade já não estamos mais na fase inaugural, mas sim na segunda fase do procedimento; essas providências podem consistir na abertura da oportunidade ao autor para especificar as provas que pretende produzir em audiência; para falar sobre as preliminares suscitadas pelo réu;

para falar sobre fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, quando os tenha suscitado o réu, na sua contestação; e poderão consistir ainda no pedido de pronunciamento sobre a relação jurídica prejudicial, quando o réu conteste o direito que constitui o fundamento do pedido do autor, sendo lícito a este, então, requerer que o juiz, desde logo, se possível, profira, sobre essa relação jurídica prejudicial, "sentença incidente", como prescreve o artigo 325. "É o instituto da chamada ação declaratória incidental, cuja finalidade é permitir um pronunciamento, com força de coisa julgada, sobre relações jurídicas que, não tendo constituído o objeto do pedido inicial, representem, contudo, pressuposto lógico da decisão sobre a lide. Nelas esta, também, a determinação do suprimento de irregularidades ou nulidades sanáveis que o juiz verificar existir no processo; e é justamente essa atividade que caracteriza a fase como sendo de saneamento".

O legislador civil, da mesma forma que o legislador canônico, quer que o processo prossiga depois das providências preliminares, quando isso seja útil e quando seja necessário. Pode-se dizer que é útil o prosseguimento do processo quando ainda não for possível, desde logo, julgar a lide; porém fique patente que num momento posterior poder-se-á, efetivamente, chegar a esse julgamento. Então duas coisas podem acontecer: que se verifique neste instante que é inútil prosseguir no processo porque jamais se poderá chegar à apreciação do mérito (por exemplo, quando se verifica que falta uma das condições exigidas para o exercício da ação; nesse caso seria inútil o prosseguimento); e que se verifique que tal prosseguimento seria, não inútil, porém desnecessário, porque já estão presentes todos os elementos que habilitam o juiz, desde logo, a julgar o mérito. Creio que assim se pode resumir esta matéria. O processo só prossegue quando não for nem inútil, nem desnecessário prosseguir.

Quando a questão de mérito for unicamente de direito, isto é, quando não houver nenhuma controvérsia quanto aos fatos, seria evidentemente supérfluo, constituiria desperdício de tempo, de energias, de dinheiro, fazer prosseguir o processo em direção à audiência, quando nenhuma prova é necessária, já que a prova se refere aos fatos, pois o direito é conhecido do órgão

judicial. Assim, se a controvérsia gira exclusivamente em torno da questão de direito, é perfeitamente natural e louvável que o Código de Processo Civil tenha previsto a antecipação do julgamento da causa para esse momento. Ou ainda quando, existindo, embora controvérsia quanto a fatos, não haja necessidade de produzir provas em audiência, isto é, não haja necessidade de perícia, de ouvir testemunhas, de tomar-se o depoimento pessoal da parte.

Abramos, aqui, um parêntese para comentar a providência do legislador canônico nesse particular, ou seja, a economia processual quando não houver necessidade de produzir provas em audiência. O legislador canônico estabeleceu que, "recebida a petição proposta de acordo com o cânon 1677, o vigário judicial ou o juiz por ele designado, omitindo as formalidades do processo ordinário, mas citando as partes e com a participação do defensor do vínculo, pode declarar, por sentença, a nulidade do matrimônio se, por documento não-suscetível de nenhuma contradição ou exceção, constar com certeza a existência de um impedimento dirimente ou a falta da forma legítima, contanto que com a mesma certeza se evidencie que não foi dada a dispensa, ou então que faltava mandato válido ao procurador".

Portanto, mesmo no processo especial que envolve sacramento, o legislador canônico dispensa produção de provas em audiência, desde que a documentação forneça elementos de convicção ao juiz sobre a declaração de nulidade matrimonial. O legislador civil adotou o mesmo sistema estabelecendo o julgamento antecipado da lide estabelecendo no artigo 330 do Código de Processo Civil: "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo a sentença quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".

A jurisprudência é farta consolidando o princípio de que tal disposição é cogente, ou seja, é dispositivo de ordem pública; eis que o legislador diz: "Conhecerá diretamente o pedido" e não poderá conhecer diretamente o pedido, logo se a questão for exclusivamente de direito, o julgamento antecipado da lide é obrigatório. Não pode o juiz, por sua mera conveniência, relegar para fase ulterior a prolação da sentença, se houver absoluta desnecessidade de ser produzida prova em audiência.

É óbvio que em matéria de julgamento antecipado da lide, tanto no processo canônico como no processo civil, predomina a prudente discricção do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório, princípio esse existente tanto no processo canônico como no processo civil.

A doutrina ensina, também, que deverá ser tomada a devida cautela diante da omissão do réu, pois deixar de apresentar defesa nem sempre se pode imputar à suposta inexistência de argumentos com que ele se opusesse à postulação do autor. É público e notório que muitos outros fatores influem e concorrem para que a revelia se configure: distâncias muito grandes, nível de instrução baixo, dificuldade de procurar advogado, problemas de ordem financeira, e outras causas semelhantes, muitas vezes levam o réu, sobretudo nas classes menos favorecidas, a ficar revel. Por isso, antes de decretar a revelia, o juiz, seja civil, seja canônico, deverá insistir na citação, diligenciando na busca do réu, e em não o encontrando citá-lo por edital. Aliás, há vários civilistas afirmando o seguinte: “Creio que os nossos juízes deverão aplicar com extrema cautela esses dispositivos concernentes à revelia, a fim de evitar que se agravem possíveis injustiças na matéria (20).

VIII. Reconvenção e intervenção de terceiro

O Código de Direito Canônico não contempla a figura do litisconsórcio tal como faz o legislador brasileiro, mas vislumbra-se essa intenção do legislador canônico de não ignorar tal figura quando se lê o cânnon 1597 no Capítulo II do Código sob o título: Da Intevenção de Terceiro na Causa: “Ouvidas as partes, o juiz deve chamar a juízo um terceiro, cuja intervenção pareça necessária”.

Os processualistas civis costumam afirmar que a teoria da reconvenção se entrelaça com o litisconsórcio, pois em mais de uma situação questiona-se a admissibilidade deste ou mesmo se cogita da sua necessidade, ao reconvir.

Entretanto, “poucos autores pátrios ou alienígenas têm tocado nessa problemática, não se podendo dizer que haja chegado ela a um ponto de

maduro desenvolvimento doutrinário, talvez até em decorrência da escassa casuística de que se tem conhecimento. Na doutrina brasileira, existe um dispositivo contido na esdrúxula redação do § 1º do artigo 317 do Estatuto Processual, do qual se costuma extrair a máxima de que “não cabe a reconvenção quando nela não se verificar a identidade de pessoas”.

Podemos afirmar, sem medo de errar, que essa máxima vale também para o processo canônico, pois a identidade de partes é requisito essencial para reconvir, pois como já foi dito contestação, reconvenção, exceção e causa incidente se entrelaçam.

Os princípios que regem esses institutos são aplicáveis tanto em matéria processual canônica como em matéria processual civil, embora a ótica do legislador canônico seja diferente do legislador civil; o primeiro visa à salvação das almas, mas nada impede que as técnicas processuais, principalmente as oriundas do direito romano, muitas delas cristianizadas por meio de Constantino e Justiniano, sejam adotadas em ambos os sistemas processuais.

É certo também que a ampliação subjetiva da relação processual, mediante reconvenção que lhe traga sujeitos antes estranhos a ela, enfrenta alguns óbices, que se minimizam, todavia, diante das vantagens somadas, inerentes à reconvenção e ao próprio litisconsórcio. Tanto uma como outra cultivam a economia dos juízos, evitando a pluralidade de processos, de instruções, atos processuais em geral, procedimentos recursais, barateando a prestação jurisdicional.

Tratando-se de ação declaratória proposta pelo réu, teremos algo semelhante a uma reconvenção. O direito alemão costuma chamar a ação declaratória incidental proposta pelo réu de “reconvenção incidental”.

IX. Ação declaratória incidental e reconvenção

A ação declaratória incidental proposta pelo réu nada mais é do que uma forma especial de reconvenção, subordinada a certos requisitos de admissibilidade.

Naturalmente, como se trata de uma verdadeira ação, é necessário que aquele que a propõe, o autor da ação declaratória incidental, que tanto pode ser o autor da ação primitiva quanto o réu da ação primitiva, promova a citação da parte contrária. Mesmo o autor primitivo, que se tenha visto diante de um réu revel, precisa promover nova citação desse réu, de acordo com o disposto no artigo 321, para poder pretender uma declaração com força de coisa julgada sobre a relação processual. O mencionado dispositivo prescreve: “Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze (15) dias”. Esse dispositivo não deixa de causar certa estranheza, diz Barbosa Moreira, porque normalmente o interesse de pedir a declaração da relação prejudicial só surgirá para o autor quando o réu a tenha negado na contestação”.

Suponhamos que, naquela ação em que eram pleiteados juros, o réu, sem propor ação declaratória incidental, mas simplesmente contestando, houvesse negado a existência da obrigação principal. Seria um caso típico em que surgiria para o autor, diante dessa impugnação, o interesse em ver definitivamente assentada, pelo órgão judicial, a questão subordinante; e seria, portanto, um caso típico em que ele poderia recorrer ao instrumento da declaratória incidental. Já é menos fácil imaginar que esse interesse possa surgir para o autor no caso de permanecer revel o réu, porque nesse caso nenhuma controvérsia houve no processo, nem sequer a respeito da questão principal, e menos ainda da questão prejudicial.

O efeito principal, o efeito mais importante, entretanto, é que a ação declaratória incidental conduz a um julgamento da relação jurídica subordinante, da relação jurídica prejudicial, com força de coisa julgada. Isso significa que, no caso, por exemplo, da ação em que primitivamente se cobravam os juros, se alguma das partes pedir a declaração por este meio, da própria obrigação principal, uma vez que o juiz julgue procedente o pedido e declare que a obrigação principal efetivamente existe, daí por diante já não se poderá pôr em dúvida, não apenas a dívida dos juros, senão também a obrigação principal, o que não ocorrerá se a parte, ao invés de propor ação declaratória incidental, se limitar a contestar a obrigação principal.

A esse respeito, o festejado jurista Barbosa Moreira observa o seguinte: “A parte não é obrigada a propor a ação declaratória incidental. Ela o fará se quiser, se for de seu interesse obter a declaração com força de coisa julgada sobre a relação subordinante. Se não o fizer, a coisa julgada somente se formará sobre a relação subordinada. Então, exemplifica o mesmo jurista, suponhamos que o juiz, acolhendo, na fundamentação da sentença, o argumento de que a obrigação principal não existia, por esse motivo julgue improcedente o pedido de juros. O autor não ficará impedido de, em processo futuro, reclamar outros juros, aqueles não, não obviamente: aqueles constituem a questão desde início posta como objeto do litígio; porém juros posteriores, o autor, se não tiver havido a declaração incidental, estará livre de cobrá-los, e o juiz, no segundo processo, também ficará livre para resolver a questão prejudicial conforme lhe pareça, sem nenhum vínculo decorrente da coisa julgada. Essa é a diferença prática e esse é, portanto, o ponto cardeal do instituto da ação declaratória incidente. É para isso que ela existe, e não deve, nem pode ser usada fora desses limites”.

Mas façamos agora uma análise da expressão “sentença incidente”. Pela redação do artigo 162 do Código de Processo Civil, sentença é o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. Ora, nesse caso teria o legislador civil caído em contradição? Não. Ocorre que, no caso vertente, há necessidade de distinguir entre a relação processual primitiva e a relação processual referente à ação declaratória incidental. São, a rigor, duas relações materiais, ou melhor são dois processos nos mesmos autos. Portanto, fica esclarecido que esse ato é, ao mesmo tempo, final em relação a um deles e incidente em relação ao outro.

X. A ação incidental no processo canônico

Essa questão tormentosa é difícil de ser resolvida também entre os processualistas canônicos e foi suscitada a dúvida: diante do tema discricionariedade do juiz, qual via seria escolhida para resolver a causa incidente? Administrativa ou judiciária?

O festejado jurista professor doutor Martin Segú Girona tratou magistralmente dessa matéria e depois de esclarecer que o juiz, diante desse tipo de ação, deve decidir se tem fundamento, se tem nexos com a ação principal, assim se expressou: “A discricionariedade do juiz autoriza-o a escolher, a optar por uma via ou por outra. Se optar pela via judiciária, o decreto será interlocutório. Se optar pela via administrativa, o decreto será decisório”.

De fato, cabe ao juiz optar, eis que múltiplos e variados são os poderes atribuídos ao julgador. Para se aquilatar a variedade e multiplicidade desses poderes, basta considerar que ele participa ativamente da formação e desenvolvimento da relação processual, não só provendo quanto à regularidade daquela e deste, como também assegurando-lhe as condições necessárias à conclusão da lide ou para a decisão prática dessa decisão. A multiplicidade de poderes torna difícil a harmonia entre os processualistas na tentativa de uma classificação.

Uma primeira distinção pode fazer-se segundo se trate de poderes que exerce como sujeito da relação processual, no processo, ou como autoridade, mas visando ao normal e respeitoso desenvolvimento deste. E aí está uma primeira classificação: poderes jurisdicionais e poderes de polícia.

Por poderes jurisdicionais se entendem os que o juiz exerce no processo, no exercício da função jurisdicional, como sujeito da relação processual, desde o instante em que é provocada a sua formação até a sua extinção.

Poderes de polícia, exerce-os o juiz, não como sujeito da relação processual, mas como autoridade judiciária, assegurando a ordem dos trabalhos no tribunal, quando perturbada ou ameaçada por pessoas estranhas ao processo.

A polícia das audiências e das sessões compete aos respectivos juizes ou ao presidente do Tribunal, podendo, assim, determinar o que for conveniente para a manutenção da ordem. Os espectadores das audiências ou das sessões não poderão manifestar-se. O juiz ou presidente fará retirar da sala os desobedientes. Aliás, se verificarmos as disposições civis a esse respeito, constataremos que há punição severa para quem se manifestar nas audiências, sem autorização do magistrado. O Código de Processo Civil de 1939 dizia expressamente: “Os espectadores das audiências ou das sessões não poderão

manifestar-se. Parágrafo único — O juiz ou o presidente fará retirar da sala os desobedientes, que, em caso de resistência, serão presos e autuados”.

Os poderes jurisdicionais consistem na tomada de providências destinadas ao desenvolvimento do processo, qualquer que seja o seu tipo, seja de caráter principal, seja de caráter incidental, executivo. Consistem, ainda, na colheita de prova dos fatos, da formação material de convicção em que há de fundamentar-se a decisão.

Está explicado, assim, o poder que possui o juiz para optar pela via judiciária ou pela via administrativa, como bem asseverou o preclaro jurista Martin Segú Girona.

Dessa forma, deve o juiz, no caso da ação incidental, verificar se a sua propositura é legítima; verificar se foram observadas as leis, se têm fundamento, se há nexos da causa incidental com a causa principal, além de decidir de que maneira deverá proceder, ou pela via judiciária no contraditório, ou pela via administrativa, decisão essa que deverá ficar clara no decreto.

Enfim, a conexão com a causa principal deve ser provada; é requisito necessário, e essa conexão deverá ser provada pela parte que interpõe o incidente. O foro da causa principal é competente em virtude dessa conexão. O incidente pode ser interposto por via oral ou por escrito, e deverão ser observadas, na medida do possível, as disposições sobre a demanda e a citação. O juiz deverá decidir sobre a admissão da causa incidental depois de ouvir as partes, ou conforme o caso, nas causas de ofício, o promotor de justiça e o defensor do vínculo.

A causa incidental deverá ser refutada, quando visa, apenas, tumultuar o processo, ou não exista a mencionada conexão com a causa principal. É competência do juiz determinar segundo a natureza e importância da causa, se o incidente seguirá um procedimento judicial normal e mediante uma sentença interlocutória ou por via sumária, mediante uma simples decisão por decreto, que deverá ser acompanhado dos fundamentos jurídicos e reais expostos brevemente.

A sentença interlocutória poderá ser modificada pelo juiz, por causas justas, ou por iniciativa própria, depois de ouvir as partes, ou a iniciativa de uma delas, depois de ouvir a outra.

Nas causas de ofício deverá ouvir o promotor de justiça ou o defensor do vínculo.

Depois de prolatada a sentença, é admissível a apelação contra a sentença incidental ou contra a decisão por decreto, porém não de forma separada, mas sim em união com a apelação sobre a causa principal, e não deverá tumultuar a resolução desta última.

Existem, entretanto, sentenças interlocutórias com importância de sentenças definitivas, como por exemplo a caducidade de instância, a não-admissão da demanda, decisão sobre o ponto prejudicial, assim como a validade de um contrato. Contra essas sentenças incidentais a apelação deverá ser independente.

Colocados esses principais pontos dos institutos até agora estudados, passaremos a relacionar as conclusões extraídas desse pequeno estudo.

XI. Conclusão

Pelos exposto, podemos concluir que:

1. A defesa contra o processo pode ser direta ou indireta, sendo a primeira uma defesa processual, para estender ou trancar o processo e são divididas em duas espécies: dilatórias, que estendem o curso da ação, como suspeição, incompetência, e peremptórias, que encerram o processo, como a coisa julgada, a litispendência. Essas defesas são chamadas exceções e são oriundas do direito romano.

2. Contestação é a defesa formal do réu contra o processo e contra o mérito.

3. Na ação incidente o juiz deverá determinar, segundo a natureza e importância da causa, se o incidente será tramitado por um procedimento judicial normal, mediante sentença interlocutória, ou por via sumária mediante um simples decreto administrativo acompanhado dos fundamentos jurídicos.

4. A reconvenção é um contra-ataque do réu, portanto é peça de ataque e não de defesa. A estrutura do instituto é de origem canônica.

José de Ávila Cruz é mestre em direito canônico e mestre em direito civil. Leciona no Instituto de Direito Canônico do Centro Universitário Assunção.

Endereços Paulinas

▶ 49010-190 **ARACAJU** – SE
Rua Itabaianinha, 155-A – Centro
Tel.: (79) 3041-0379 – Fax: (79) 213-1270

▶ 66010-090 **BELÉM** – PA
Rua Santo Antônio, 278 – Comércio
Tels.: (91) 241-3607/241-4845 – Fax: (91) 224-3482

▶ 30130-007 **BELO HORIZONTE** – MG
Rua Afonso Pena, 2142 – Funcionários
Tel.: (31) 3269-3700 – Fax: (31) 3269-3730

▶ 30170-120 **BELO HORIZONTE** – MG
Rua Curitiba, 870 – Centro
Tel.: (31) 3224-2832 – Fax: (31) 3224-2208

▶ 70305-910 **BRASÍLIA** – DF
SCS – Q. 05 – Bl. C – Lojas 18/22
Tel.: (61) 225-9595 – Fax: (61) 225-9219

▶ 80020-000 **CURITIBA** – PR
Rua Voluntários da Pátria, 225 – Centro
Tel.: (41) 224-8550 – Fax: (41) 223-1450

▶ 60025-100 **FORTALEZA** – CE
Rua Major Facundo, 332 – Centro
Tels.: (85) 226-7544/226-7398 – Fax: (85) 226-9930

▶ 74010-010 **GOIÂNIA** – GO
Av. Goiás, 636 – Centro
Tels.: (62) 224-2329/224-2585 – Fax: (62) 224-2247

▶ 58010-821 **JOÃO PESSOA** – PB
Rua Duque de Caxias, 597 – Centro
Tel.: (83) 241-5591 – Fax: (83) 241-6979

▶ 57020-320 **MACEIÓ** – AL
Rua da Alegria, 71 – Centro
Tel.: (82) 326-2575 – Fax: (82) 326-6561

▶ 69005-140 **MANAUS** – AM
Av. 7 de Setembro, 665 – Centro
Tels.: (92) 233-5130/633-4251 – Fax: (92) 633-4017

▶ 87013-130 **MARINGÁ** – PR
Av. Getúlio Vargas, 276 – Centro
Tel.: (44) 226-3536 – Fax: (44) 226-4250

▶ 59025-500 **NATAL** – RN
Rua João Pessoa, 224 – Centro
Tel.: (84) 212-2184 – Fax: (84) 212-1846

▶ 24020-320 **NITERÓI** – RJ
Rua Dr. Borman, 33 – Rink
Tel.: (21) 2622-1219 – Fax: (21) 2622-9940

▶ 90020-008 **PORTO ALEGRE** – RS
Rua dos Andradas, 1212 – Centro
Tel.: (51) 3221-0422 – Fax: (51) 3224-4354

▶ 78900-010 **PORTO VELHO** – RO
Rua Dom Pedro II, 864 – Centro
Tel.: (69) 224-4522 – Fax: (69) 224-1361

▶ 50010-120 **RECIFE** – PE
Rua Frei Caneca, 59 – Loja 1 – Santo Antônio
Tels.: (81) 3224-5812/3224-6609 – Fax: (81) 3224-9028

▶ 20050-005 **RIO DE JANEIRO** – RJ
Rua 7 de Setembro, 81-A – Centro
Tel.: (21) 2232-5486 – Fax: (21) 2224-1889

▶ 21351-040 **RIO DE JANEIRO** – RJ
Rua Dagmar da Fonseca, 45-A/B – Madureira
Tels.: (21) 3355-5189/3355-5931 – Fax: (21) 3355-5929

▶ 40060-001 **SALVADOR** – BA
Av. 7 de Setembro, 680 – São Pedro
Tels.: (71) 329-2477/329-3668 – Fax: (71) 329-2546

▶ 65015-440 **SÃO LUÍS** – MA
Rua de Santana, 499 – Centro
Tels.: (98) 232-3068/232-3072 – Fax: (98) 232-2692

▶ 04010-100 **SÃO PAULO** – SP
Rua Domingos de Moraes, 660 – Vila Mariana
Tel.: (11) 5081-9330 – Fax: (11) 5081-9366

▶ 01013-001 **SÃO PAULO** – SP
Rua XV de Novembro, 71 – Centro
Tels.: (11) 3106-4418/3106-0602 – Fax: (11) 3106-3535

▶ 05577-300 **SÃO PAULO** – SP
Via Raposo Tavares, Km 19,145 – Jardim Monte Alegre
Tel.: (11) 3782-0096 – Fax: (11) 3782-0972

▶ 08010-090 **SÃO PAULO** – SP
Av. Marechal Tito, 981 – São Miguel Paulista
Tel.: (11) 6297-5756 – Tel./Fax: (11) 6956-0162

▶ 29010-060 **VITÓRIA** – ES
Rua Barão de Itapemirim, 216 – Centro
Tel.: (27) 3223-1318 – Fax: (27) 3222-3532

▶ Telemarketing e SAC: **0800-7010081**
Rua Domingos de Moraes, 678 – Térreo
04010-100 – São Paulo – SP
Tel.: (11) **5081-9333**
Fax: (11) **5081-9421**
www.paulinas.org.br
E-mail: marketing@paulinas.org.br