

CUMULAÇÃO DE AÇÕES, RECONVENÇÃO E LITISPENDÊNCIA (*)

Arruda Alvim (**)

Prezados colegas. Vou dividir esta palestra de acordo com a própria divisão do tema a mim proposto — “Cumulação de Ações, Reconvenção e Litispendência”. E vou adotar uma forma de exposição visando, é evidente, a não trazer quaisquer informações de caráter primário porque todos as possuem, mas tentar apresentar as distinções e as similitudes que me parecem existir a respeito de quaisquer destes institutos, tendo em vista a disciplina que deu o legislador de 1939 e o do novo Código.

CUMULAÇÃO DE AÇÕES

De maneira que, o primeiro ponto, que me incumbe cuidar, é o da Cumulação de Ações no regime do Código de 1939, com vistas ao Código de 1973.

A primeira observação a ser feita é a de que a cumulação de ações, tanto quanto o litisconsórcio, quanto, ainda, a chamada concorrência de ações, não são propriamente fenômenos anormais do processo, mas poderíamos dizer, com maior exatidão, que são fenômenos pouco rotineiros, porquanto na realidade processual o que se observa é um autor demandar contra um réu, tendo em vista um único objeto litigioso. No entanto, baseado em uma série de razões, economia processual, harmonia de várias decisões, admite-se, desde há muito tempo, na história do Direito e no Direito Comparado, a Cumulação de Ações, o Litisconsórcio e a Concorrência de Ações.

* Conferência proferida em 9.10.1973, no Instituto dos Advogados de São Paulo.

** Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Procurador da Fazenda Nacional.

A **Cumulação de Ações** constitui-se, desde que obedecidos determinados requisitos, na soma de várias ações propostas por um autor contra o mesmo réu, num mesmo processo. Poderíamos dizer, para tentar graficamente identificar o fenômeno, que ela se constitui numa hipertrofia do objeto litigioso, em uma soma de mais de um objeto litigioso.

O litisconsórcio, de sua parte, é um fenômeno similar, mas que se constitui na hipertrofia ou num aumento dos sujeitos passivos, ou ativos, ou ativos e passivos (litisconsórcio misto). Evidentemente, no litisconsórcio temos vários sujeitos e, também, vários objetos litigiosos, de maneira que se distingue o litisconsórcio da cumulação de ações, dado que, na cumulação de ações, há normalmente, um autor contra um réu e vários objetos litigiosos, condensados em um único processo. É fácil, portanto, a distinção que existe entre cumulação de ações e litisconsórcio.

Um outro instituto que me incumbe distinguir, e que se colocaria mais próximo da cumulação de ações, seria o da concorrência de ações, ou, a meu ver, e com melhor técnica, mais corretamente denominável de concorrência de pretensões.

A concorrência de ações, como é o nome tradicional, se constitui na circunstância do sistema jurídico ofertar a alguém diversos caminhos para a satisfação de uma mesma lesão jurídica, dando a esse alguém o direito de escolha.

Um exemplo clássico é o do artigo 1.136 do Código Civil, em que um indivíduo adquire um imóvel faltando determinada área. Deste fato lesivo de seu direito, podem emergir pretensões diversas: ou pede diminuição do preço, ou complemento de área ou, ainda, a própria rescisão do negócio.

Essas três possíveis conseqüências jurídicas, que concorrem para uma mesma finalidade, importam necessariamente em que uma exclui a outra. Eleito um caminho, o outro estará automaticamente vedado, e a sentença que se proferirá, quando transitada em julgado, opera coisa julgada também para as demais pretensões. Esta distinção é feita, não só com a finalidade de caracterizar a concorrência de ações, o que seria talvez desnecessário, porém, mais especificamente, pelos seus reflexos na teoria da litispendência, que é a terceira parte de nossas considerações.

No entanto, devemos observar, neste ensejo, que a concorrência de ações, na realidade, é emergida de uma única lesão de direito, compreendendo a restauração daquela única lesão, todavia, pelos sistemas várias soluções, duas ou três, ou, eventualmente, até mais. Já relativamente à cumulação de ações, devemos considerar que tantas pretensões existem quantas serão as ações cumuladas. Por exemplo: se cumulo uma ação possessória com a de perdas e danos, é porque ambiciono retomar a coisa

e, ademais, obter perdas e danos. Então, teria havido esbulho e danos. Há duas pretensões, existencialmente autônomas, que serão feitas valer por duas ações, igualmente autônomas.

Na cumulação de ações há tantos pressupostos antecedentes ao ingresso em juízo (tantas lesões), quantas sejam as conseqüências jurídicas sancionatórias objetivadas. O mesmo ocorre com as ações-sentenças constitutiva e declaratória. O fundamento da cumulação de ações, bem como, de modo geral, do litisconsórcio, é o da economia processual, que, segundo a regra geralmente aceita, se constitui em que, com um mínimo de atividade, se deve obter um máximo de rendimento.

No entanto, tanto o sistema de 1939, como o de 1973, impõem uma limitação à cumulação de ações, que se constitui, no Código de 1939, no artigo 157, e, no de 1973, no 294, que rezam ambos, o seguinte:

“Quando um autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo”.

Trata-se de uma **preclusão temporal** decorrente do ajuizamento (propositura) da ação. Proposta a ação, *ipso facto*, não mais poderá deduzir, nesse processo, a pretensão e respectiva ação, o que, se o tivesse feito a tempo, poderia tê-lo feito.

A inspiração que marcou o legislador, ao admitir a cumulação de ações, conforme já nos referimos, é a da economia processual. No entanto, esta economia processual é informada também, no princípio dispositivo, no sentido de que é lícito ao litigante cumular ou deixar de cumular. Dá-se liberdade, portanto, ao autor. Essa disponibilidade, porém, que existe para o litigante, existe só até um determinado momento, que é o da propositura da ação. A partir dele, se não cumulou não pode mais cumular no mesmo processo. Tem que demandar, em processo separado. É a regra do artigo 294, do Código de 1973, e do artigo 157, do de 1939.

Poderia haver aí um problema de conexidade. Movendo-se separadamente a ação que não foi cumulada à anterior, em havendo conexidade, as ações seriam juntas. É um problema que se aproximaria da cumulação ordenada ulteriormente, pelo juiz, de ações conexas, na forma do artigo 116 da lei vigente e dos artigos 102 e 103 da nova lei, mas não é, tecnicamente, um problema de cumulação de ações, propriamente dito.

A cumulação de ações é um instituto calcado na economia processual, ligado ao princípio dispositivo, e em que se impõe como limite cronológico ao mesmo o instante da propositura da ação: E, neste particular, a solução de ambas as leis é igual.

O que podemos notar, todavia, em a nova lei, é que ela foi inspirada numa política de liberalidade, facilitando aquilo que poderíamos — *lato sensu*, e com alguma transigência de terminologia — chamar de favorecimento de formação de processo coletivo, ou processo plural, dentro do processo de conhecimento. É mais fácil reconvir no sistema de 1973, do que no de 1939. É mais fácil, outrossim, o litisconsórcio, dado que, em rigor, pelo artigo 46, do novo Código, foi abolido o chamado litisconsórcio facultativo próprio, ou seja, aquele litisconsórcio baseado na afinidade por um ponto comum de direito ou ponto de fato, em que era lícito ao réu repudiar a formação. Para a formação deste litiseonsórcio, deveria haver conjunção (bilateral) de vontades; no novo Código, uma vez proposto o litisconsórcio, pelo autor o réu não poderá contra o mesmo insurgir-se.

Subsistiu, no sistema de 73, o litisconsórcio necessário e o facultativo impróprio, ou seja, sendo este último aquele que, desde que escolhido pelo autor, é, por esse fato, *ex lege*, inexoravelmente, imposto ao réu. Existe liberdade de opção, portanto, só para o autor.

De outra parte, voltando à cumulação de ações, propriamente dita, verificaremos que, na estrutura do referido instituto, encontra-se, também, essa maior liberalidade do legislador, com a finalidade de aumentar o rendimento do processo. Acentuou-se o princípio da economia processual nesta nova lei, dado que maior número de cumulações poderão se verificar, pela maior facilidade de ocorrência de fenômeno, diante de menos óbices para a concretização respectiva.

Se atentarmos para o artigo 292 do Código de 1973, que dispõe ser “permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”, veremos inicialmente a identidade de autor e réu, que deve existir.

Se compararem este artigo 292, “caput”, com o artigo 155 do Código de 1939, verificarão que se suprimiu o requisito da conexão que existia neste último. Por outras palavras, no Código de 39, para ser possível a cumulação de ações, era necessário que houvesse conexão de causas, fosse pelo objeto, fosse pela causa *petendi*. Pela nova lei, esse requisito, que era um óbice a mais, foi eliminado. Podemos dizer que se tornou mais flexível a cumulação, o que significa que, ao que tudo indica, haverá maior número de cumulações de ações no Código de 1973 do que no de 1939.

O “caput” do artigo 155, do Código de 1939, falava “pedidos conexos e conseqüentes”. Alterou-se um pouco este “conseqüentes”, dado que o § 1.º do art. 292 fala em pedidos compatíveis,

e por isso não há necessidade de que um seja conseqüência do outro. Basta que o indivíduo não solicite duas providências que sejam, em suas relações recíprocas, antagônicas.

Também adotou o sistema de 1973, segundo as regras do de 1939, que, em havendo discrepância de procedimentos, poder-se-á cumular da mesma forma, desde que se empregue o rito ordinário. É a regra que está no art. 155, parágrafo único, do Código de 1939, e no § 2.º do art. 292, da nova lei.

No entanto, aqui se segue uma observação que merece destaque. No Código de 1939 falou-se que é possível cumular o procedimento especial com o ordinário desde que o autor abdicasse da especialidade do procedimento especial e preferisse a do ordinário. Há, então, inexoravelmente, nesse tipo de cumulações, que se desembocar com ambos os procedimentos no mesmo rito ordinário.

Já no Código de 1973, fala-se em adequação para todos os pedidos do mesmo tipo de procedimento. Isso sugere variante ou idéia um pouco diferente da do Código de 1939, que é a viabilidade de cumulação, mesmo de procedimentos especiais, coisa absolutamente impossível em face da letra da lei do Código de 1939, porque a exigência do art. 292 é que haja adequação das ações cumuladas, do mesmo tipo de procedimento, seja o ordinário — como em 1939 — seja, eventualmente, o mesmo procedimento especial, ou, ainda, cumulação de ações, em um único procedimento sumaríssimo.

Desde que existam dois procedimentos especiais, que tenham o mesmo rito, nada impede que sejam cumuladas as ações respectivas. É o que me parece. Isso é, realmente, uma grande novidade, e, a meu ver, um avanço, comparativamente com o Código de 1939, que exigia sempre o procedimento ordinário.

Um outro aspecto que poderemos considerar agora, tendo em vista, digamos, essas distinções que nos parecem mais importantes, é ver quais sejam as implicações do instituto da cumulação de ações com a ação declaratória incidental, que não existe, segundo o consenso quase unânime, no Código de 1939 e que está prevista, expressamente, no Código de 1973 (artigos 5, 325 e 470).

Como vimos, pela regra do art. 157 do Código de 1939 e 294 do Código de 1973, a cumulação tem que se concretizar até o momento da propositura da ação; se não, não é possível uma cumulação posterior. No entanto, surge agora um problema consistente em que o Código de 1973, como tivemos rapidamente oportunidade de abordar na palestra passada, instituiu nos artigos 5.º, 325 e 470, a chamada ação declaratória incidental, que tem por finalidade específica a extensão dos limites objetivos da coisa julgada, no sentido de que aquilo que normalmente se

coloca como fundamento, de caráter prejudicial da decisão, propriamente dita, desde que tenha sido solicitada ação declaratória incidental, fique também revestido pela autoridade da coisa julgada. Assim, por exemplo, o caso da petição de herança onde o réu contesta a filiação, que é invocada como fundamento do pedido pelo autor e, o mesmo autor, à luz da contestação do réu, também sobre a relação de filiação, solicita a ação declaratória incidental, o que implicará em que a própria relação de filiação fique recoberta pela autoridade de coisa julgada. O juiz, supnhamos, dará pela procedência de tudo, colocando a decisão dessa ação declaratória incidental não mais na parte da fundamentação da sua sentença, mas na parte dispositiva e, então, ficará ela, também, recoberta com a autoridade da coisa julgada.

O que nos parece é que com a ação declaratória incidental, de certa maneira, admite-se uma cumulação ulterior, quer dizer, o indivíduo move só uma ação de petição de herança, originariamente, pois, se desejasse discutir tanto a petição de herança quanto a relação de filiação, proporia uma ação de filiação e uma ação de petição de herança originariamente cumuladas. Essa cumulação seria perfeitamente admitida, dado que o rito procedimental seria o mesmo para ambas.

Normalmente, como sabemos, fosse no regime anterior, seja no da nova lei, em não havendo declaratória incidental, o fundamento prejudicial da ação não ficava e não ficará revestido pela autoridade de coisa julgada (v. art. 469, III).

Mas, acontece que não se propõe a ação calcada nesses dois pedidos cumulados, mas se propõe só a ação de petição de herança. Contestada que seja a relação de filiação, solicita-se a ação declaratória incidental. Então a ação declaratória incidental dá ensejo, nesta nova sistemática, a uma cumulação posterior. O que nos parece, todavia, que se coloca como requisito fundamental à cumulação posterior é que seja **contraditado** o direito objeto da cumulação. Então, por exemplo, um indivíduo move uma ação de petição de herança e o réu não contesta a relação de filiação. É claro que, apesar de não contestada, o juiz tem sempre que conhecer dessa relação porque não pode chegar à conclusão sobre a ação de petição de herança sem estabelecer, previamente, se há ou não relação de filiação. Mas, então, pergunta-se: sem haver contraditório, é possível, assim mesmo, que o autor ingresse com um pedido solicitando a ação declaratória incidental, o que seria redutível a uma cumulação? Parece-nos que não. De maneira que se coloca como um dos pressupostos práticos da ação declaratória incidental que seja contraditada a relação que serve de base ao objeto litigioso principal, que, no exemplo fo-

cado, seria a ação de petição de herança. Caso contrário, estaria-se ignorando o texto do art. 294, que inadmite qualquer cumulação, a não ser na inicial.

Parece-me, então, pelo sistema da lei, ser um requisito fundamental o da contradição à relação prejudicial, mesmo porque, se assim não se entendesse, o art. 294 dessa nova lei, que corresponde ao 157 da antiga, que diz que, quando o autor deixar de fazer o pedido, só em processo separado pode fazê-lo, ficaria sem sentido prático.

Então, para que se possa compatibilizar a ação declaratória incidental com o art. 294 da nova lei, que corresponde ao 157 da ainda vigente, coloca-se como pressuposto da ação declaratória incidental, e, portanto, dessa cumulação posterior, que tenha havido contradição ao fundamento do pedido.

Basicamente, a cumulação acarreta, porque responde a uma exigência prática da economia processual, a consequência fundamental de haver unidade procedimental e conseqüente unidade decisória formal. Há uma marcha processual, um rito procedimental, onde se produzem as provas necessárias às duas ações, desembocando tudo isso numa sentença que, conquanto do ponto-de-vista substancial possa ser considerada como contendo várias decisões, de ponto-de-vista formal se constitui uma única sentença, porque resolve todas as lides cumuladas. Prejudicialmente, há sempre de ser resolvida a declaratória incidental, isto é, antes da lide prejudicada.

Há, todavia, alguns problemas que poderão dar margem a grande discussão nesta nova lei. Seriam talvez um e outro caso especial de cumulação fora da disciplina geral que se encontra no art. 292.

O primeiro diz respeito à exegese do art. 923. Se não existisse a ação declaratória incidental, não demandaria grande problema a exegese do 923 porque, se formos — então façamos um rapidíssimo retrospecto — examinar toda a doutrina e a legislação brasileiras, inclusive a atual, verificaremos que é absolutamente pacífica a distinção entre aquilo que se entende ser o **juízo possessório** e o **juízo dominial**. E todos sabemos disso. O Código de Processo Paulista, por exemplo, era expresso, e vários outros, como o Pernambucano, o de Santa Catarina, etc., no sentido de que, proposta a ação possessória pelo autor, por exemplo, produzia-se litispendência, para a reivindicatória, e vice-versa.

Poderíamos dizer que, entre a ação possessória e a reivindicatória, haveria uma **concorrência de ações "imperfeita"**, porque a concorrência de ações perfeita, é aquela do 1.136 do Código Civil, em que a sentença proferida, transitada em julgado, vale-

rá também, revestida pela coisa julgada, para a outra pretensão. Então, se o indivíduo, que recebeu uma área a menos, pede a rescisão contratual e ganha, isso produz coisa julgada para a ação de diminuição do preço, já, é evidente, por outro lado, que, na ação possessória, na concorrência imperfeita da ação possessória e da ação dominial, conquanto se possa falar numa concorrência, diríamos que é imperfeita. E, isso, particularmente, tendo em vista a relação da possessória para a dominial, porque aquele que perde a ação possessória não fica inibido, ulteriormente, de mover a ação reivindicatória.

Mas, o que interessa, realmente, no momento, é ter presente essa profunda distinção que houve sempre entre o juízo dominial e o juízo possessório. Isso vem desde o art. 818 da Consolidação de Teixeira de Freitas, que informou o art. 505 do nosso Código Civil, cuja segunda parte só admite a querela da propriedade no juízo possessório, em dois únicos casos: a) quando ambos os contendores discutam a posse a título de domínio; e b) quando a posse seja duvidosa. Então, sendo duvidosa a posse, e o juiz não podendo decidir com base na prova da posse, examinará os títulos de domínio, de ambos os contendores, se houver, e dará a posse àquele cujo título responda melhor às exigências legais.

Vem esse art. 923, que nos interessa, e, cristalizando toda essa tendência do direito brasileiro, diz:

“Na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento de domínio”.

Então, nada mais fez, ou teria feito, senão cristalizar toda a tendência do direito brasileiro. Entretanto, há um problema que já tem recebido alguma solução no Código de 39, que é saber se numa ação possessória em que se discutiu precipuamente com base no domínio, e assim se decidiu, ou seja, se tendo em vista essa circunstância, produz-se ou não coisa julgada para a ação dominial, que, em caso de solução positiva, não mais poderia ser proposta. Na realidade, argumenta-se — há um parecer, por exemplo, do Prof. José Afonso da Silva, na Revista dos Tribunais, vol. 417, onde se sustenta isso, porque, em última análise, ter-se-ia decidido o domínio — pois que a posse teria sido discutida exclusivamente em função e por causa do domínio, como, ainda, foi por causa deste que se decidiu a posse.

Pessoalmente, achamos que, apesar disso, não faz coisa julgada, porque, na realidade, o objeto do processo é só a posse; o domínio seria um mero fundamento.

Sem discutir, todavia, esse problema mais a fundo, surge agora o ponto realmente que nos interessa. A exegese desse art. 923 indica que é defeso ao autor ou ao réu intentar uma ação

dominial autônoma. Teria também o sentido e extensão o art. 923 — e aqui reside o ponto crucial — de impedir a ação declaratória incidental? Então, autor e réu demandando ambos a título de domínio, pergunta-se se é possível, tendo sido contraditado o domínio, ser solicitada a ação declaratória incidental. A minha sincera impressão é de que é possível. Então isso alteraria, à primeira vista, as regras tradicionais do nosso direito. Mas essa alteração seria menos um desrespeito à tradição, porque a tradição está respeitada no art. 923, mas sim consistiria em interpretar-se a ação declaratória incidental como uma exceção ao 923, dentro do sistema do Código, com o objetivo de se dar à ação declaratória incidental um rendimento mais amplo.

Assim, pendente a possessória, não é possível a dominial, salvo a ação declaratória incidental, no juízo possessório. É evidente que, para se suscitar a questão de domínio no juízo possessório, seria “conditio sine qua non” que isso fosse feito nos exclusivos casos admitidos pelo Código Civil: 1.º) discussão a título de domínio por ambos os litigantes ou 2.º) posse duvidosa, por parte de ambos. Fora disso, é evidente que o problema não se colocaria corretamente, pois, se se pudesse discutir fora daquelas hipóteses do art. 505, da vigente lei civil, estar-se-ia desnaturando o juízo possessório em juízo dominial, como uma regra geral, o que, efetivamente, é inadmissível.

Nesse sentido podemos dizer que o problema do art. 923 resvala para cumulação de ações, porque, em última análise, estar-se-á cumulado a posse com o domínio em virtude da ulterior propositura da ação declaratória incidental. A isso, segundo minha interpretação, não seriam óbice os dizeres do 923.

Ainda, alguns aspectos dignos de referência brevíssima para terminar este problema da cumulação de ações; é que se admite expressamente, na fase de execução, a cumulação de execução contra o mesmo devedor, desde que, é evidente, sejam obedecidos os requisitos gerais do 292 (identidade de ritos).

Mais ainda: esta lei, na parte da ação possessória, digamos, recolhendo a experiência cristalizada da jurisprudência, admite a cumulação do pedido possessório com perdas e danos, bem como, ainda, admite a sua cumulação com a de cominação de pena, para os casos de nova turbação ou esbulho; e, ainda, com o pedido de desfazimento de construção e plantação feitas em detrimento de sua posse.

Apenas seria conveniente inserir esses aspectos como expressão prática daquela lembrança inicial que lhes fiz, que é a grande liberalidade do legislador, no que tange à cumulação de ações.

Ainda no art. 922, disciplinando aquilo que se denomina de caráter dúplice da ação possessória, ou seja, o fato de o réu, na

contestação, fazer emergir uma proteção própria, tal como se a contestação fora uma reconvenção, lemos o seguinte — “É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido na sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor”. Então, não só regulou expressamente aquilo que a doutrina admite como caráter duplice das ações possessórias, como também, em regulando esse caráter duplice, admitiu que o réu também possa cumular o pedido de proteção possessória com a indenização pelos prejuízos sofridos, em decorrência da injusta propositura da ação pelo autor.

Temos a impressão de que, no que tange à cumulação de ações, seriam essas as principais novidades comparando a lei antiga com a nova. De maneira que vamos passar, agora, ao problema da reconvenção, sempre nesta perspectiva de não lhes trazer quaisquer noções que pudessem ser reputadas primárias.

RECONVENÇÃO

O problema relacionado com a reconvenção, atualmente, se insere também, basicamente, tendo em vista o contexto do princípio da economia processual, bem como os quadrantes da harmonia das decisões; quer dizer, num mesmo processo não se resolve, não só a ação do autor contra o réu, como, também, desde que preenchidos determinados requisitos, a ação autônoma e contraposta pelo réu ao autor. Há uma conexão por contradição entre a ação e a reconvenção.

Se examinarmos, desde logo, a redação dada pelo art. 190 do Código anterior, comparativamente à redação dada pelo art. 155 da nova lei, verificaremos que a nova disciplina é vantajosa. Na lei antiga liamos que “o réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise a modificar ou excluir o pedido”. O denominador comum da reconvenção, no sistema de 1939, era, segundo a análise do texto, necessariamente, a infringência, o prejuízo ao pedido do autor. Conquanto isso ocorra na maioria das vezes, nem sempre isso é “*conditio sine qua non*” da reconvenção.

Numa ação de desquite, por exemplo, é perfeitamente possível que um cônjuge confesse que deu ensejo ao desquite, mas entenda que o outro também o ensejou. Então poderá o réu até mesmo deixar de contestar, mas poderá reconvir, porque ache que o outro também deu margem ao pedido de desquite. Não é necessário que haja uma modificação ou exclusão do pedido. Não há necessidade intrínseca disso no instituto da reconvenção, embora possa isso se verificar.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 13-32, 1974

A redação do art. 315 é:

“O réu poderá reconvir ao autor, no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

É manifestamente vantajosa esta redação, porque é claro que, embora a reconvenção repouse na economia processual, não seria possível enxertar num processo outra ação, que nada tivesse a ver com o mesmo processo, pois o que seria a expressão prática de uma economia processual, viria em prejuízo do autor, porque o réu poderia entrar em quaisquer outras ações no mesmo processo, o que prejudicaria a ação do autor.

Há, realmente, que se opor certo limite, que, na realidade, se constitui no conjunto de requisitos que a doutrina denomina de pressupostos processuais específicos da reconvenção, porque, sendo a reconvenção uma ação, tem que atender aos pressupostos processuais gerais, como, ainda, tem que ter as suas condições de ação e, ainda, o que se denomina de pressupostos processuais específicos, isto é, pertinentes a ela, reconvenção, que, pela nova lei são a conexão com o objeto ou com o fundamento da ação principal.

Verifica-se que é bastante liberal o sistema da lei, principalmente em se atentando que a lei deu uma definição à conexão, que é a mais simples possível. Basta, para haver conexão, que ocorra identidade de objeto ou de causa petendi. É a mais tênue conexão pensável pela doutrina.

Há, na reconvenção e na ação, duplicidade de relações jurídicas processuais, ao contrário do que mais de um doutrinador vem dizendo. Isso se explica claramente pelo art. 317 da nova lei e, pelo art. 194 da lei passada, no sentido de que a preempção da ação, a desistência da ação, a absolvição da instância ou, na nova lei, a extinção do processo (principal) não prejudicam a reconvenção, que encontra na sua relação jurídica processual o seu campo de sobrevivência.

Nesse sentido, são relações jurídicas processuais independentes. Se perecer a ação, poderá continuar a reconvenção. Os objetivos da lei, ao regular a reconvenção, tendo em vista que foi inspirada na economia processual, exige unidade procedimental, a comunhão da prova (daí se exigir conexão para não se fazer prova dispersa, mas prova mais ou menos dirigida no mesmo caminho, porque, em caso contrário, se estaria desobedecendo ao requisito prático de economia processual), como também se exige a unidade decisória (a sentença formalmente é uma).

Segundo a lição de Pontes de Miranda, da mesma forma no caso da cumulação de ações, a unidade decisória é meramente

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 13-32, 1974

formal, porque na ação e na reconvenção, o que se tem, substancialmente, são duas sentenças: uma que julga a ação e outra que julga a reconvenção, examinando-se os pressupostos processuais de cada uma, as condições de ação de cada uma, a prova de cada uma, etc.

Quais seriam, agora, as distinções mais importantes entre o sistema da nova lei e o da lei passada? Basicamente, inserindo-se a disciplina da reconvenção no lineamento geral da liberalidade do legislador de admitir um maior número possível de processos conjuntos sob suas várias modalidades, da cumulação de ações, do litisconsórcio e da reconvenção, vemos o seguinte:

a) No § 1.º do art. 315, que não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor quando este demanda em nome de outrem. É obrigado a demandar na própria qualidade em que é demandado. A meu ver, esta regra seria desnecessária diante do que está escrito no artigo 6.º: "Ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Parece um desdobramento desnecessário. Esse § 1.º do art. 315, no entanto, é cópia literal do art. 191 da lei passada. Terá sido devido menos a uma exigência específica do artigo a mais a uma tradição, cópia do que existia no passado.

Onde, porém, parece-me que as diferenças são sensíveis, é naquelas causas em que, no regime passado, não se admitia a reconvenção, e que agora passou a se admitir.

b) O § 2.º do art. 315 diz: "Não se admite a reconvenção nas causas de procedimento sumaríssimo". Entendeu o legislador que as causas de procedimento sumaríssimo devem ser categorizadas por dois critérios: 1.º) do valor; e 2.º) material. Essas causas devem ter uma solução rápida. Daí o procedimento sumaríssimo. Se devem ter uma solução rápida, a regra será não admitir reconvenção, que evidentemente prejudicaria a possibilidade dessa solução rápida.

c) Se, todavia, examinarmos as várias causas em que não se admite reconvenção pelo art. 192, do Código de 1939, verificaremos que essas causas e respectivos óbices não subsistem na nova lei. E há alguns casos em que pela sua própria natureza não teria sentido uma reconvenção. Seria intrínseco à própria problemática e até desnecessário proibir, que houvesse reconvenção em ações relativas ao estado e capacidade das pessoas, por exemplo.

Sabemos que a coisa julgada é "erga omnes", regra geral, porque o indivíduo ou é casado ou não, não sendo possível uma terceira solução. Não é pensável, não é lógico, que se cogite de uma reconvenção. A própria lei antiga fazia exceção a casos de

desquite e anulação de casamento, em que era possível e rotineira uma ação reconvenção.

Nas ações de alimento, pela nova lei, parece que poderá haver reconvenção, dado que não existe a proibição que existia na antiga, que, evidentemente, partia do pressuposto de que aquele que é miserável, no sentido jurídico, não deveria sofrer reconvenção do que imputava ser rico. O mínimo que poderia sofrer seria a contestação de que não era miserável. É menos um problema jurídico, porém, mais de política legislativa.

Quanto ao depósito, parece que poderá haver reconvenção, porque não há proibição, embora mesmo na legislação de 1939 Pontes de Miranda entendesse possível a reconvenção, se calçada em outro depósito. É opinião isolada, todavia, ao que me parece.

Um ponto que entendo mais importante é não se vedar a reconvenção — e aqui acho que realmente houve progresso, pela sua expressão prática — nas ações que versarem sobre imóveis ou direitos a eles relativos.

Todos nós sabemos que há uma teoria, que é exata e muito preponderante em Direito Civil, que considera direito sobre imóvel como direito absoluto, dado que só admite um titular. Acredito que, influenciando sobre o processo, levou o legislador a pensar que, sendo os direitos reais e a propriedade a expressão prática de direitos absolutos, seriam insuscetíveis de comportar uma reconvenção, porque só um pode ser titular. Essa inferência, todavia, para o campo processual é inexata e inconveniente.

A doutrina alemã, no entanto, é de clareza meridiana, ao demonstrar que o fato de um direito ser definido como absoluto, no direito civil, no campo do Processo, enseja pretensões, pois que dois indivíduos podem disputar o mesmo bem jurídico.

O fato de se admitir que só um indivíduo seja o titular de um direito, não elide que um segundo possa **pretender** o mesmo direito. Há duas pretensões contrapostas, que se constituem precisamente na base prática, para poder haver reconvenção.

Há um autor já clássico, com a mais recente monografia alemã, sobre litispendência, que é da autoria de BETTMANN, onde observa que, em uma demanda sobre a propriedade de um bem, entre A e B, se de um lado há pretensão à propriedade por A, na reconvenção há pretensão à propriedade por B. A contestação de B só nega a de A. Se B, entretanto, além de negar a propriedade de A, entender que é o proprietário, essa é outra realidade jurídica. Além de o outro não ser proprietário, ele o é.

E, no Direito Brasileiro, a meu ver, temos um exemplo prático muito interessante, em vários sentidos. É o caso do indivíduo que move ação de usucapião e é obrigado a citar todos os confinantes; o que podem fazer eles? Podiam, exclusivamente, contestar a ação de usucapião, segundo jurisprudência que seja de nosso conhecimento, na sistemática anterior.

Caso algum dos réus, além de contestar, intente reconvenção visando à posse do bem, como decorrência não só da improcedência da ação, porém, especificamente da procedência da reconvenção, os Tribunais entendiam que há litispendência, por serem idênticas as causas, por isso, inadmitiam a reconvenção. Julgo que o fundamento está errado. Absolutamente, não há litispendência. Num caso é a pretensão daquele que pretende usucapir e, no outro, é a pretensão daquele que pretende haver o seu imóvel, que, indevidamente, está na posse do usucapiente. Não há, absolutamente, a meu ver, litispendência.

O que é curioso é que, se examinarmos a nossa jurisprudência, verificaremos que toda ela diagnostica a inviabilidade da reivindicatória nesta hipótese, configurando-se como um caso de litispendência. No entanto, concordamos com a inviabilidade da reivindicatória, não pelo diagnóstico da nossa jurisprudência — que se nos afigura errado, mas pelo preceito que proibia, bem ou mal, mas era uma lei — a reconvenção nos casos de ações que versassem sobre imóveis ou direitos a eles relativos. E a usucapião é uma ação que versa sobre imóveis.

Então, por uma disposição indesejável do legislador, parece-me que ficava vedada a reconvenção em ação reivindicatória. Esse inconveniente ou óbice não haverá com a nova lei, que não consigna esse caso de impedimento de se reconvir a uma ação reivindicatória.

Basicamente, as conseqüências mais importantes, vamos dizer, emergidas da reconvenção, são a unidade procedimental, o material probatório comum, o que se acentua e se evidencia claramente com o requisito da conexão entre a ação e a reconvenção, e a unidade decisória, de um ponto-de-vista formal.

Como observação menos de fundo, é mais de filigrana, a nossa nova lei considera a reconvenção espécie de um gênero que ela denomina resposta. O réu se defende respondendo com exceção, com contestação e com reconvenção.

Essas as observações mais importantes nesse contraste do instituto da reconvenção, na nova lei, com a lei de 1939. Com isso, vamos passar agora à terceira parte das nossas considerações, que diz respeito ao problema relacionado com a litispendência.

LITISPENDÊNCIA

O primeiro ponto que cumpre esclarecer e ter presente, é que a palavra litispendência é tomada na mais moderna doutrina, especialmente na doutrina alemã e na italiana, em dois sentidos: no primeiro sentido, que é conhecidíssimo, por litispendência se entende a pendência simultânea de dois processos que tenham os mesmos elementos, identidade de pessoas, causa petendi e objeto e, geralmente, o segundo deve ser extinto sem julgamento de mérito (artigo 267, V), sendo este o sistema de nossa Lei; num segundo sentido, todavia, e é o sentido da lei alemã, que já é de quase um século, litispendência é considerada também como um processo em ato. Há litispendência quando temos um processo onde houver citação produzindo a plenitude dos seus efeitos (art. 219; art. 166, do Código anterior).

É claro que não tem o mesmo sentido que aquela litispendência considerada como sendo a impropriamente chamada “exceção” de litispendência.

Começando pela palavra litispendência, com o sentido de “exceção” de litispendência, poderemos verificar que indiscutivelmente esta lei incorporou uma conquista já de uns 40 ou 50 anos da doutrina estrangeira, na categorização jurídica da litispendência, o que não fora feito e deveria já tê-lo sido pelo Código de 1939.

No Código de 1339, a litispendência e a coisa julgada são categorizadas como exceções (art. 182). E todos nós sabemos que a marca que realmente imprime caráter à exceção, seja ela processual, seja ela substancial, é a disponibilidade do excipiente sobre a sua exceção; quer dizer, ele a deduz, se o quiser, inexistindo atividade oficiosa a respeito. Se perder o prazo, forma-se preclusão: Isso é que é realmente a exceção. Exemplo típico é o da exceção de incompetência relativa, que a lei vigente considera como tal.

Ora, a doutrina, trabalhando sobre os requisitos da existência e da validade do processo, considerou duas grandes categorias: a primeira, dos chamados pressupostos processuais positivos, ou pressupostos processuais intrínsecos, e que comporta uma subdivisão entre pressupostos da existência e os da validade, que são todos aqueles requisitos que devem estar presentes para que, juridicamente, se repute um processo como existente e válido.

É claro que não nos interessa ingressar nessa temática agora, porque estaríamos saindo completamente do nosso rumo. Mas, por contraposição de sentido, essa mesma doutrina, digamos assim, considerou uma outra categoria de pressupostos processuais a que deu o nome de negativos ou extrínsecos. Há, realmente,

que se ter alguma transigência com o termo. Apenas o utilizo porque é de consagração universal. Na realidade, pressuposto é justamente aquilo que se pressupõe para existir alguma coisa. No caso, a idéia final é exatamente a inversa, no caso da existência de pressuposto negativo, pois desde que exista, *ipso facto* prejudica a eficácia do processo.

Então, entendeu-se de designar como pressupostos processuais negativos aqueles elementos extrínsecos ao processo. Pressupostos processuais negativos que, constatada a respectiva existência, impedem a eficácia do processo onde haja deduzido. Típico caso disso é a objeção de litispendência e a objeção de coisa julgada. Se, tendo em vista um processo "A", verifico que existe também um processo "B", idêntico em seus elementos ao "A", deduzo a objeção de litispendência e devo trancar o processo que começou em segundo lugar. Da mesma forma ocorre com a coisa julgada.

Ora, a lei antiga chamava a litispendência e a coisa julgada como exceção, mas não lhes dava um tratamento de exceção. Em primeiro lugar, a coisa julgada pode ser deduzida a qualquer tempo, e o juiz pode e deve resolver "ex-officio". São característicos de um pressuposto processual negativo ou segundo uma outra terminologia, de objeção, para distinguir de exceção em que não existe oficiosidade. O mesmo se dá com a litispendência.

A nossa antiga lei rotulava erradamente os institutos da litispendência e da coisa julgada. Se formos a esta nova lei, verificaremos que, no art. 301, inclusive com o requinte útil de hierarquizar os tipos de defesa, que o réu deva apresentar antes do mérito e a ordem em que deva fazê-lo, consigna nos n.ºs 4 e 5 a litispendência e a coisa julgada. E, no § 4.º do 301, lemos: "Com exceção do compromisso arbitral", que é uma verdadeira exceção — "o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo".

De maneira que fica fora de dúvida que a litispendência passou a ser tratada nesta lei como um pressuposto processual negativo. Se não bastasse isso, encontramos a mesma regra, dando poderes ao juiz, para conhecer de ofício da litispendência, no § 3.º do art. 267, que diz: "O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos n.ºs IV, V e VI", sendo que, no § 5, do art. 267, se encontra a litispendência.

De maneira que, pelos dois dispositivos a que aludimos, a litispendência assumiu a sua verdadeira categoria de pressuposto processual negativo.

Um outro problema, todavia, que se coloca e esse que, a meu ver, neste particular o legislador não foi dos mais felizes,

é o problema de considerar o início da litispendência. Então aqui já saímos daquele sentido de considerar litispendência como dois processos simultâneos, mas consideramos litispendência no sentido de indagar e estabelecer quando começa a litispendência de um processo.

Se formos examinar a lei, verificaremos que o art. 263 pode dar e certamente dará margem a discussão — e toda lei dá margem a muita discussão. Tal artigo é cópia do Código de Processo Civil Português, sem que, todavia, nenhum jurista português consiga esclarecer, com clareza, qual é o sentido prático das distinções feitas.

O problema é o seguinte: Esse art. 263 prescreve: "Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída..." Então, o primeiro contato com o distribuidor ou, com o juiz, através do despacho, significa que a ação está proposta. Se tomarmos esse termo "propositura da ação" e formos procurar o seu significado no Código de 1939, verificaremos que era bem mais claro, porque então a propositura da ação, pelo art. 292, decorria do ato da citação. Uma vez citado o réu, considerava-se, *ipso facto*, proposta a ação, correndo da devolução do mandato ao cartório o prazo para a defesa. A doutrina identificava aí dois momentos: primeiro, o da propositura da ação; e, segundo, o do início do prazo para defesa. Evidentemente, algumas vezes, poderiam coincidir. Consideremos agora um outro problema, o da "perpetuatio jurisdictionis", isto é, saber quando se fixa definitivamente a competência. No Código de 1939 não há dúvida: é a partir da citação. Então, o art. 292 regulava a propositura da ação e usava do termo "proposta", e o 151, que regulava a "perpetuatio jurisdictionis", falava em ação proposta. Ora, esse 263 diz: A ação é proposta quando é despachada pelo juiz. No entanto, a segunda parte do art. 263 diz: "A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no 219, depois que fôr validamente citado". A prevenção só ocorre depois que o réu foi citado. Então, qual é a primeira idéia que surge? Para o autor haveria prevenção quando do contato com o juiz e para o réu haveria uma prevenção quando fosse citado. Mas suponha-se que a ação seja despachada hoje e o réu mude daqui para Jundiá e seja citado lá dentro de dez dias. A prevenção é aqui ou é em Jundiá? Acontece que justamente o artigo que regula o problema da "perpetuatio" é de uma infelicidade grande, porque diz o seguinte: "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta". Mas acontece que a ação, para o autor, é proposta num momento e, para o réu, é noutro momento, porque não produz efeitos em relação ao mesmo senão depois de citado.

Deixo este problema à meditação dos senhores. A meu ver, para adiantar um esboço de solução, se não iríamos muito longe, e isso foi largamente discutido no Curso de Especialização da Pontifícia Universidade Católica, acho que vale o momento em que o réu seja citado.

Por uma série de razões que não vamos repetir aqui, porque extravasaríamos os limites de tempo de que dispomos, e como é relevantíssimo para o tema da litispendência saber em que momento a ação é proposta, pensamos que aí a situação terá que ser a mais favorável para o réu.

Diante desse conflito dos textos da própria lei, pelo menos aparentemente quer-nos parecer que a ação deve ser tida como proposta, depois que o réu seja citado.

Um outro problema, a meu ver interessante, é o relacionamento da litispendência, tomada aqui em seus dois sentidos, com os demais pressupostos processuais, ou seja, saber se há um outro pressuposto processual de que a litispendência, para ser produzida, dependa. E existe.

O pressuposto de que ela depende é o pressuposto da competência. Os senhores, lendo o art. 166, § 1.º, do Código de 1939, verificam que, quando a citação é ordenada por juiz incompetente, produzirá somente os efeitos materiais previstos.

Significa isso, que, desde que o juiz incompetente ordene uma citação, e seja ela feita, só se produzem os chamados efeitos civis oriundos da propositura da ação. E essa consequência se encontra, também, no art. 219 da nova lei, embora a redação não seja tão clara, quanto o era na lei antiga.

A consequência prática é a seguinte e pode ser observada de um exemplo: um indivíduo move uma ação em São Paulo e cita o réu perante juiz incompetente, nesse momento. O réu dessa ação, move a sua ação em Campinas, depois de dez dias, e cita o autor já agora, perante o juiz competente. Qual ação produz litispendência? É a de Campinas. Deve ser trancada a ação que começou em São Paulo, apesar de ter começado em primeiro lugar, pois o juiz não é competente para a mesma, e, por isso, não nasce o direito à objeção de litispendência.

Sabemos que a grande regra da litispendência é trancar a ação que começou em segundo lugar, mas nesse caso, por disposição expressa da lei, tendo sido ordenada a citação na primeira causa por juiz incompetente, não se produz o efeito da litispendência (isto é o direito à "objeção de litispendência").

Podemos dizer que fizemos pesquisa muito ampla e isso é de doutrina universal. O único país que refoge a isso é a Alemanha. Toda doutrina italiana, francesa, sul-americana é absolutamente nesse sentido. Parece-me que o legislador seguiu a

tradição do Código de 1939 e se afinou com o Direito Comparado europeu e latino.

Um outro problema digno de consideração no tema da litispendência, mudando um pouco o enfoque, é observar que a legislação de 1939 era omissa no que tange ao chamado problema da litispendência internacional. A Lei da Introdução do Código Civil, onde deveria estar essa disciplina, também é omissa; nos seus artigos 11 e 12 apenas regula a competência internacional absoluta e relativa.

Este Código de Processo Civil trouxe para seu bojo a disciplina da competência internacional, o que implica em que, em matéria de processo civil a lei de introdução está revogada, na medida em que seja incompatível com a nova disciplina. Propondeu o Código pela opinião que me parece exata, a irrelevância da litispendência internacional, dispondo, no art. 90: "A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas".

Esse preceito, em nosso ver, somado à própria homologação de sentença, como vinha disciplinada no Anteprojeto — porque hoje vem regulamentada em Regimento Interno do Supremo, por delegação constitucional — insere-se num lineamento de maior prestígio da autoridade judiciária brasileira. A doutrina antiga já era nesse sentido.

O indivíduo está ajuizando demanda na França, mas se vier ao Brasil e intentar ação aqui, e formar-se antes a coisa julgada aqui, esta é que prevalece. Não vale a coisa julgada posterior ou a litispendência que se produza no estrangeiro.

Devo dizer que, de um modo geral, é a orientação, tanto no direito sul-americano, francês, italiano, e, em parte, mesmo do direito alemão e austríaco. O Código Alemão dispõe no mesmo sentido, no seu art. 328, apenas ressalvando que, se houver reciprocidade, então se reconhecerá a litispendência internacional.

É claro que surge aqui um problema prático importante, que é o de saber do eventual conflito de tratado internacional com a regra interna. Os grandes internacionalistas, ensinam que no caso prevalece o tratado internacional. Naqueles casos em que o Brasil seja signatário do tratado internacional, não valerá o art. 90.

É o caso, por exemplo, do Tratado de Bustamante, do qual o Brasil é signatário, abrangendo a América Espanhola e o Brasil. Quando a litispendência se formar nesses países, não valerá a regra do art. 90, colhendo eficazmente a exceção de litispen-

dência, pois no campo do direito internacional é exceção e na objeção (não há oficiosidade).

E, quando mais não fosse, a lição dos internacionalistas, temos hoje uma regra que logicamente por analogia levaria a essa conclusão, que é dispositivo do Código Tributário Nacional, o qual prescreve que, entre lei tributária interna e lei de tratado tributário internacional, prevalece a regra do tratado internacional.

Com isso, meus senhores, dou por encerradas minhas considerações sobre o tema.

Muito obrigado.