

A NOVA SISTEMÁTICA DAS EXCEÇÕES

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA

Catedrático de Direito Processual Civil da
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, RS.

SUMÁRIO

- I — Conceito de exceção
- II — Espécies
- III — O Código de Processo Civil de 1939
- IV — O Código de Processo Civil de 1973
- V — A Exceção de Incompetência
- VI — A Exceção de Impedimento e a de Suspeição
- VII — Considerações Finais

I — CONCEITO DE EXCEÇÃO

1. A exceção, seja qual for sua modalidade e sua espécie, é variante do direito de defesa do réu. É um meio de o réu elidir o ataque do autor. O direito de ação e o direito de defesa mantêm estreita paridade. O mesmo direito subjetivo, que ao autor é conferido para impetrar o exercício da atividade jurisdicional, também é outorgado ao réu para se opor à pretensão do autor. O fato de o autor haver provocado a atividade jurisdicional, por via da propositura da ação, não lhe assegura qualquer direito ao reconhecimento de sua pretensão, que, apenas, será concedida à parte que o mereça. Será **positivo** o reconhecimento, se a favor do autor; será **negativo**, se a favor do réu, pela rejeição do pedido do autor. Por conseguinte, com o ajuizamento da ação pelo autor, o réu igualmente adquire o direito de ter o litígio ou conflitos de interesses solvido pelo juiz, por via da prestação jurisdicional garantida.

2. A defesa do réu tem o nome amplo de **exceção**, que seria usado, assim, como sinônimo daquele termo. É a resistência que o réu opõe ao ataque do autor. Em face da iniciativa do autor, uma das três atitudes o réu pode tomar: **a)** inércia (decorrente da revelia); **b)** resistência (defesa em suas várias modalidades); **c)** reação ou contra-ataque (reconvenção). A exceção enquadra-se na hipótese **b**. Neste sentido, segundo EDUARDO COUTURE, a exceção pode ser definida como "el poder jurídico del demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los

órganos de la jurisdicción". (1) PAULA BAPTISTA já sustentava a mesma idéia, em perfeita síntese: "Exceção, pois, em teoria, é a ação do réu contraposta à do autor". (2) Glosando o ensinamento do mestre de Recife, ALFREDO BUZAID assim se expressa: "Aí se formula um conceito abstrato de exceção coerente com o conceito de ação. É curioso observar que, sendo a exceção uma ação, aquela como esta tem a sua direção voltada para o órgão jurisdicional. Isto quer significar que, no processo, se formam duas relações jurídicas: uma do autor ao juiz, denominada simplesmente ação; e outra do réu ao juiz, denominada simplesmente de exceção. Ambas são ações: uma, de pretensão do autor; outra, de defesa do réu". (3)

Nesse conceito, portanto, aglutinam-se as várias gamas de defesa, abrangendo as formas mais amplas e as mais restritas, conforme o caso, se bem que, tecnicamente, se diferenciem nos pressupostos, objetivos e procedimento. Até mesmo na terminologia, os vários meios de defesa se distinguem, embora, no fundo, todos visem a obstar que o autor logre êxito em sua investida, quer transitoriamente, quer de modo definitivo.

II — ESPÉCIES

3. O direito de defesa, no seu sentido lato, como meio de o réu opor-se à pretensão do autor, pode ser dividido, classicamente, do seguinte modo:

Contra o processo	{	defesa direta
		defesa indireta — exceções processuais
Contra o mérito	{	direta (contestação)
		indireta (objeção) — exceção substancial

Ao formular sua defesa, o réu pode aduzir motivos que visem ao processo propriamente dito, com o fim de invalidá-lo. Deixa incólume o conflito de interesses suscitado. Mas evita que se profira sentença sobre o mérito. Quando a defesa é contra o processo, sendo direta, o réu se dirige contra os pressupostos processuais (v.g. capacidade de parte; autorização uxória etc.) ou contra as condições de ação (v.g. ilegitimidade de parte ad causam etc.).

E, sendo indireta, visa aos fatos que configuram as exceções expressamente acolhidas como tais pelo Código de Processo Civil e que mantêm nomenclatura especial e específica: de incompetência, de impedimento e de suspeição (arts. 304, 307 e 317). Houve, assim, alteração quanto ao regime do Código de 1939, que admitia as exceções de suspeição (abrangendo os impedimentos), incompetência, litispendência e coisa julgada (arts. 182, I e II, e §§, 185 e anteriores).

Com referência ao mérito, será direta a relativa à contestação, ou seja, o conjunto de fatos e motivos que se relacionam expressamente com a pretensão do autor, procurando negá-la para propiciar a desesti-

(1) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3.ª ed., pág. 96, n.º 62.

(2) "Teoria e Prática do Processo Civil", 8.ª ed., pág. 31, § 35.

(3) Paula Baptista — "Atualidades de um Velho Processualista", pág. 25, n.º 15.

mação do pedido. E será *indireta*, quando articula fatos pertinentes ao mérito (ou preliminar de mérito como sustentam alguns), com força para tornar inoperante, ineficaz ou inócua a pretensão do autor (v.g. prescrição, compensação etc.).

4. A divisão acima pode ser resumida do seguinte modo, em teoria:

EXCEÇÕES	{	processuais ou de rito	{	dilatórias
		substanciais ou de mérito		peremptórias

As dilatórias são as que protelam o andamento do processo, sem que tragam maior vantagem ao excipiente, que, em regra, é o réu, pois o conflito de interesses permanecerá íntegro. São as de *incompetência* (relativa ou absoluta), a de *impedimento* e a de *suspeição*. As *peremptórias* são as que, por circunstâncias especiais fora dos casos das chamadas exceções substanciais ou de mérito, impedem que seja conhecido e solvido o conflito de interesses propriamente dito, nos próprios autos da ação movida pelo autor, ou porque já existe sobre a matéria outra ação idêntica pendente (*litispêndência*) ou porque já houve decisão anterior sobre a matéria que transitou em *julgado* (*coisa julgada*). Em qualquer dessas hipóteses, não cabe ao autor provocar novo pronunciamento jurisdicional, perturbando a liberdade do réu ou tumultuando o serviço judiciário. O interesse, portanto, no acolhimento da defesa do réu, por via de uma outra exceção, conforme o caso, não é só do demandado, mas, outrossim, do próprio Estado, para evitar, sobretudo se já ocorreu a coisa julgada, duplicidade de soluções, ainda que idênticas ou, o que é mais grave, díspares, gerando a balbúrdia e abalando o prestígio da autoridade do Poder Judiciário.

Verifica-se, assim, que o oferecimento de exceções se reveste de grande importância pelos reflexos que possa ter no andamento da causa, ainda que não afastando, por completo, o futuro julgamento do mérito, quando suscitada, no mínimo, apenas uma das dilatórias. É um meio de cercear o ataque do autor, pela ação, amenizando-o ou, até, extinguindo-o, mas sempre dentro do próprio processo. Ou será a ação julgada por via de juiz competente ou imparcial (situação alcançada pela exceção de incompetência, ou pela de impedimento ou de suspeição), ou será julgada noutros autos em andamento (*litispêndência*), ou já fora julgada em outros anteriores, já findos (*coisa julgada*).

O esquema acima, baseado em fórmula teórica e clássica, não se ajusta, porém, rigorosamente, à técnica do Código de Processo Civil de 1973.

III — O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

5. O revogado diploma tratou sem grande precisão a matéria referente às exceções. Afastou-se igualmente dos Códigos estaduais que, por sua vez, se filiavam, em suas linhas gerais, como em quase tudo mais,

ao vetusto Regulamento nº 737, de 1850. Nesse velho ordenamento brasileiro do século XIX, as exceções cabíveis eram *ex vi* do seu art. 74: § 1º — de incompetência e de suspeição; § 2º — de ilegitimidade das partes; § 3º — de litispendência; § 4º — de coisa julgada. Salvo a de ilegitimidade das partes, as demais foram contempladas, no Código de 1939, também como “exceções”. Embaralhavam-se, assim, as exceções dilatórias (incompetência e suspeição, essa abrangendo os casos de impedimento) e mais as exceções peremptórias (litispendência e coisa julgada). A de ilegitimidade de partes, no Código de 1939, era matéria de preliminar da contestação, perdendo o caráter de exceção, como figura autônoma. Nas Ordenações do Reino, a área das exceções era muito mais ampla do que nos nossos antigos ordenamentos e, outrossim, do atual.

6. A falta de aprumo do Código de 1939 já se revelava pela ausência de dispositivo que relacionasse as exceções, pois o seu art. 182 já se referia, de imediato, ao procedimento desses meios de defesa, para, nos incisos I e II, alinhar as quatro permitidas: a) suspeição e incompetência; e b) litispendência e coisa julgada (aquelas com suspensão da causa e as últimas não). A ordem de serem deduzidas as exceções deixou de ser consignada, como, presentemente, também não consta. É evidente, porém, que, tanto antes como agora, por uma razão lógica, deve ser seguido o regime do art. 76 do Regulamento nº 737 (acompanhado, aliás, pelo Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul, de 1908, no art. 165), isto é, as exceções referentes ao juiz (como pessoa física) devem ser opostas em primeiro lugar, antes, mesmo, da relativa ao juízo (órgão): de suspeição ou de impedimento antes da incompetência (relativa ou absoluta).

O anteprojeto de PEDRO BAPTISTA MARTINS pretendeu inovar a matéria. Pelo seu art. 203, combinado com o art. 212, as exceções e as nulidades até então ocorridas deveriam ser articuladas como preliminares da contestação. O texto foi louvado por PEDRO PALMEIRA, em tese de concurso à cátedra. (4) Mas, na redação definitiva do Código, a novidade não prevaleceu, pois o próprio principal autor do diploma, “depois de amadurecida reflexão”, como confessou, entendeu que seria melhor separar as duas fases da defesa, pois “poderia, ao contrário, constituir obstáculo a que se evitasse, em certos casos, a constituição de uma relação processual inviável”. (5) Daí porque o Código de 1939 terminou por constituir as exceções processuais em procedimento autônomo ante a contestação: eram processadas com antecedência, em regra, embora, por motivos supervenientes, pudessem sê-lo posteriormente, em situação rara, aliás.

7. O Código de 1939, que não primava pela terminologia, no próprio título relativo às “exceções”, englobava as dilatórias e as peremptórias no referido art. 182, incisos I e II, quando, tecnicamente, diferem em seus objetivos e em seus efeitos. Além disso, no seu art. 4º, mencionava

(4) “A Exceção no Projeto e no Código de Processo Civil Brasileiro”, 70 e 71.

(5) “Comentários”, vol. III, tomo I, pág. 18, n.º 6.

a palavra “exceção”, como sinônimo de *defesa*, na acepção ampla. Não se tratava, porém, das “exceções” indicadas no citado art. 182, que tinham cunho restrito. Como “defesa”, o termo abrangia as exceções contra o mérito, quer substanciais, quer a matéria de contestação. O juiz, em qualquer caso, não podia pronunciar-se de ofício, aguardando a arguição do réu (v.g. pagamento, novação etc.), assim como as processuais (salvo a incompetência absoluta, por sua relevância política e jurídica, sendo de ordem pública). A existência de litispendência e de coisa julgada, por não serem evidentemente processuais, igualmente podiam ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Já na época, a doutrina tendia a chamar de “objeções” quando o juiz pudesse conhecer da matéria por iniciativa própria, sem aguardar que fosse levantada pelo interessado; e de “exceções” as demais, isto é, que dependiam de provocação da parte. (6)

Além das exceções especificadas, o Código de 1939 acolhia, implicitamente, uma de ordem processual: quando o autor desse lugar ao que se denominava, então, de “absolvição de instância” por três vezes (art. 204), nova ação somente podia ser proposta se fossem pagas as custas e os honorários devidos ao réu. Mas o assunto era matéria de preliminar da contestação, não se sujeitando às regras das exceções propriamente ditas. Entretanto, tinha caráter de exceção processual e, não, de mérito, por sua índole.

IV — O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

8. De um modo geral, o texto definitivo do atual Código não difere do Anteprojeto de ALFREDO BUZAID. A estrutura é praticamente a mesma, embora aperfeiçoada presentemente. Afastou-se do regime tão censurado do Código de 1939.

O art. 297, que corresponde ao art. 326 do Anteprojeto, assim dispõe entre os casos “Da Resposta do Réu”: “O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.”

A epígrafe indica o verdadeiro sentido do comportamento do réu ante a ação movida pelo autor: “resposta”. Não podia ser usado o termo “defesa”, pois o mesmo abrangeria apenas a contestação e a exceção, deixando de fora a reconvenção que, no mesmo, não se enquadra, por ser um contra-ataque do réu ao autor nos mesmos autos do processo intentado por esse contra aquele. Daí a palavra de acepção genérica.

9. A “exceção”, mencionada no art. 297, tem seu significado estrito, configurando apenas, rigorosamente, as de ordem processual, de

(6) ADOLFO SCHONKE — “Derecho Procesal Civil”, pág. 181, § 51, n.º 2; LEO ROSENBERG — “Derecho Procesal Civil”, vol. II, pág. 147, § 130, I, 1; JOSÉ FREDERICO MARQUES — “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. III, pág. 157, n.º 634; MOACYR AMARAL SANTOS — “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, vol. II, pág. 136, n.º 404. O mesmo conceito se nota entre os autores nacionais, referente ao Código atual: ARAUJO CINTRA, ADA GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO — “Teoria Geral do Processo”, pág. 236, n.º 143; LUIS ANTONIO DE ANDRADE — “Aspectos e Inovações”, pág. 145, n.º 177; PONTES DE MIRANDA — “Comentários”, vol. IV, pág. 129, n.º 2; WELLINGTON PIMENTEL — “Comentários”; CALMON DE PASSOS — “Comentários”, pág. 245, n.º 137.

acordo com o teor do art. 304 (igual ao art. 335 do Anteprojeto): “É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição” (art. 135).

O atual Código não se refere à palavra “exceção” como sinônimo de “defesa”, como o fazia o art. 4º do diploma revogado, conforme se verifica do art. 128, sucedâneo daquele anterior: “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes.” O termo “questões” é mais amplo do que “exceções” do antigo, pois não se limita à “defesa” do réu e, sim, a tudo quanto está em debate, inclusive as alegações do autor.

CALMON DE PASSOS censura, porém, a terminologia presente na seguinte passagem: “No Senado, talvez que, se pretendendo uma depuração técnica às avessas, emendou-se o Código para expungir a palavra exceção, onde ela aparecia em sua conotação substancial, substituindo-a por defesa. Pena que não se tivesse feito o inverso, retirando-se do Código justamente a denominação de exceção para a defesa meramente processual”. (7) Mas o emprego de “exceção” apenas para as processuais nos parece adequado, ao menos pela tradição, pois “defesa” teria significação muito lata, podendo gerar perplexidade ao intérprete.

10. Por conseguinte, dentro da técnica do Código vigente, “exceção” é, apenas, a defesa indireta de rito, que se refira, tão-somente, ao órgão julgador (como entidade: incompetência; ou como pessoa: impedimento ou suspeição). É, pois, matéria eminentemente processual, que não se confunde com a substancial, cuja alegação deve ser feita, exclusivamente, na contestação. (8) PONTES DE MIRANDA, contudo, assevera que “a exceção de coisa julgada é tão processual quanto qualquer outra exceção processual, e perdem tempo os que pretendem cavar a separação entre ela e as outras, pelo fato de não se lançar contra a constituição da relação jurídica processual a que se liga, no pretérito, e pode operar *ipso jure*”. (9)

Mas o Código a insere entre as matérias preliminares da contestação (art. 301, VI), e não com caráter autônomo, como ocorria no Código de 1939 (art. 182, II).

11. Doutrinariamente, a “exceção substancial” se divide em: a) **direta**, atacando a própria pretensão do autor, visando ao pedido, correspondendo, assim, à contestação; e b) **indireta**, quando é oposto um fato obstativo, ou seja impeditivo, modificativo ou extintivo do pedido do autor, sem usar ao pedido, v.g., a prescrição, compensação, novação; mas qualquer deles influi no reconhecimento da pretensão, concedendo, no fundo, vantagem ao réu.

(7) “Comentários”, pág. 244, n.º 137.

(8) CALMON DE PASSOS, loc. cit. supra; JOSÉ FREDERICO MARQUES — “Manual”, vol. 2.º, pág. 80, n.º 379; WELLINGTON PIMENTEL — “Comentários”, pág. 243, n.º 1; CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO — “Teoria Geral do Processo”, pág. 237; PONTES DE MIRANDA — “Comentários”, vol. IV, pág. 107, 3.

(9) PONTES DE MIRANDA — “Comentários”, pág. 128, 1.

Quanto à “exceção processual”, a mesma se divide em: a) **dilatórias**; e b) **peremptórias**. As primeiras são as que apenas dilatam, protelam, adiam o desfecho do processo, embora não impeçam o seu julgamento, expurgado o vício apontado com referência ao órgão julgador (incompetência, impedimento ou suspeição); foram as contempladas pelo atual Código com autonomia em relação à defesa do réu (arts. 297, 304, 307 e 312); as segundas são as que perimem, impedem, obstam o julgamento do processo, em face do vício apontado (litispendência e coisa julgada), que, agora, estão contidas entre as matérias que antecedem o mérito (art. 300, combinado com o art. 301, V e VI), ao contrário do que ocorria no Código revogado, que as tratava como entidades autônomas, no elenco das exceções (ex vi do art. 182, II).

As “exceções processuais dilatórias” são chamados de “instrumentais”, por JOSÉ FREDERICO MARQUES, configurando “procedimento incidental para o processo e julgamento da arguição de incompetência relativa, da suspeição ou do impedimento do juiz”. (10)

12. Mas, há exceção dilatória, por seu objetivo, que não se alinha entre as expressamente indicadas no art. 304, e não tem o procedimento das mesmas, quando o autor der causa à extinção do processo por três vezes, até cumprir a obrigação prevista no art. 268, parágrafo único, do Código, como antes já acontecia (nº 7, supra).

13. As exceções processuais, como institutos autônomos (art. 304), e as contidas como preliminares da contestação (art. 301, II, V e VI, que, anteriormente, eram arroladas, expressamente, também como exceções) apresentam uma diferenciação muito importante: as consideradas verdadeiramente como exceções suspendem o andamento do processo, se recebidas (art. 306), enquanto as outras, apesar de sua índole, não afetam a marcha do feito. Nisso, há identidade com o regime anterior, salvo a de incompetência absoluta, que, igualmente, sustava, e, agora, não (art. 182, I e II, do Código de 1939).

14. Esquematisando-se o assunto, podemos assim indicar o procedimento das três exceções dilatórias estatuídas no Código (art. 304):

- a) espécies — incompetência relativa (art. 307); impedimento ou de suspeição (art. 312);
- b) argüente — expressamente, qualquer das partes (art. 304);
- c) oportunidade — antes da contestação ou, se superveniente, do conhecimento do fato determinante da alegação (art. 305);
- d) órgão — perante qualquer grau de jurisdição (art. 305);
- e) prazo — quinze dias contados do fato em que se baseie (art. 305); em regra, no da contestação;
- f) forma — por petição escrita (arts. 307 e 312); no procedimento sumaríssimo, porém, poderá sê-lo oralmente (art. 278);
- g) efeito — se recebida, qualquer delas suspende o feito até o julgamento definitivo do incidente (art. 306);

(10) “Manual”, vol. 2.º, pág. 83, n.º 382.

h) recurso — agravo de instrumento (art. 522).

O regime em vigor difere do anterior quanto: a) espécies; b) argüente; c) órgão; d) prazo. Mas o aperfeiçoamento é evidente, pela precisão terminológica, pela sistematização da matéria e pelo racional procedimento de cada espécie. As alterações, portanto, foram mais de profundidade do que, propriamente, de forma. Os eventuais defeitos e algumas dúvidas que se apresentam não têm o dom de obscurecer os méritos que o texto atual oferece quanto ao tema.

V — A EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

15. Está indicada no art. 304 e regulamentado o procedimento nos arts. 307 a 311, subordinada às normas gerais dos arts. 305 e 306. Antecede às regras sobre a de impedimento ou de suspeição, estipuladas nos arts. 312 a 314.

Entendemos, porém, que a ordem deveria ser inversa: primeiramente a de impedimento ou de suspeição, e, depois, a de incompetência, como, aliás, se lia no Código de 1939, art. 182, I. Seria mais lógico, porque a exceção referente à pessoa do juiz evita que ela tenha de decidir sobre a competência do órgão. O Código não menciona a ordem de argüição; mas sempre se entendeu que a de suspeição (que abrangia os casos atuais de impedimento e da própria suspeição) tinha a primazia (item nº 6, supra). Logo, a seriação do Código deveria ter obedecido este critério clássico.

16. Pelo sistema do Código, há uma **quádrupla** divisão da competência, conforme ensina **JOSE FREDERICO MARQUES**: a) competência em razão da **matéria**; b) competência em razão do **valor** (ambas nos arts. 91 e 92); c) competência **funcional** (art. 93); d) competência **territorial** (arts. 94 a 101). É que a competência material em sentido lato vem desdobrada em competência **ratione materiae** em sentido estrito, competência em razão do **valor** e competência **territorial**; as duas primeiras fixam o juízo competente; e a última o foro competente. ⁽¹¹⁾

17. Consoante o art. 112, “argüi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa”. E, pelo art. 113, “a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção”. Por esse motivo, é que a incompetência absoluta se acha arrolada entre as matérias a serem alegadas antes de discutir o mérito, pelo art. 301. Assim sendo, a exceção de incompetência prevista nos arts. 304 e 307 a 311 é a relativa, que ficará preclusa se não for oposta no prazo legal de 15 dias, quer antes da contestação (como é o normal), quer depois, a partir do conhecimento de fato superveniente que a possa provocar.

Por conseguinte, enquanto a incompetência relativa enseja a abertura de um procedimento incidental, podendo até suspender o andamento do processo, se recebida para a discussão (art. 306), a absoluta não oferece esta mesma oportunidade. Parece-nos que a diversidade de

(11) “Manual”, vol. 1.º, pág. 182, n.º 162-a.

tratamento não é plausível e nem lógica, pois o caso mais grave é regulado de modo mais benigno. Em outro estudo, quanto ao Anteprojeto BUZAID, assim nos manifestamos sobre o assunto: "Uma e outra hipótese, portanto, deveriam autorizar a oposição da exceção de incompetência. A única diferença seria a preclusão operada, quando se tratasse de incompetência relativa, se não deduzida antes da contestação, enquanto a absoluta poderia ser oposta em qualquer tempo, ainda que omitida no momento próprio, com as cominações do art. 129, § 1º" (12). O dispositivo acima citado corresponde ao art. 113, § 1º, do Código.

18. Realmente, o Código — como o Anteprojeto — também não diz: "Argüi-se, por meio de exceção, somente a incompetência relativa." Com esta redação, sim, estaria excluída a possibilidade de a incompetência absoluta ser levantada fora da contestação. A incompetência relativa é que apenas deve ser argüida por via de exceção, não podendo sê-lo na contestação, embora o prazo seja o mesmo; a recíproca, porém, não é verdadeira: a incompetência absoluta deve ser, normalmente, na contestação (art. 301, II), mas não há inconveniente em que seja também formulada como exceção. É a opinião de ARRUDA ALVIM, com os seguintes argumentos: "Pode, sem dúvida, a incompetência absoluta ser discutida independentemente do procedimento de exceção; mas pode ela ser deduzida por meio de exceção? Pensamos que pode, pois que, se a incompetência relativa, que é muito menos relevante, muito menos danosa à atividade jurisdicional — porque, na incompetência absoluta, inclusive os atos decisórios são nulos — pode ser argüida por exceção, parece-nos que, com muito mais razão, há de ser suscetível de ser discutida por esse meio a incompetência absoluta. De maneira que se nos afigura que o sentido do art. 113 há de ser entendido, com a finalidade de que é dispensável e que não é necessária a exceção para discutir a incompetência absoluta. Mas não se fica impedido, certamente, de usar a exceção para discutir a incompetência absoluta, pois, se onde existe um mal menor se dá um instrumento, é evidente que este instrumento há de ser utilizado também para que seja refutado juridicamente o mal maior." (13)

HÉLIO TORNAGHI, outrossim, expõe ponto de vista similar no conteúdo: "Podem, entretanto, as partes argüir a incompetência absoluta. Para isso, não há necessidade de observar o procedimento disciplinar nos arts. 307 a 311 (grifo nosso) para exceção de incompetência relativa" (art. 112). (14) Da mesma forma, CELSO AGRÍCOLA BARBI: "Dispõe o artigo que a argüição de incompetência absoluta não precisa (grifo nosso) ser feita na forma de exceção, prevista nos arts. 304 a 314. Isso significa que ela pode ser feita em simples petição. A lei não especificou qual o procedimento a seguir. Logo, aplicam-se as normas gerais: o juiz deve mandar juntar o pedido aos autos, ouvir a parte contrária e decidir a questão." (15)

(12) "As Exceções no Anteprojeto Buzaid", in "Rev. For.", vol. 226, junho 1969; "Rev. Trib.", vol. 394, agosto 68.

(13) "Da Competência", págs. 143-144.

(14) "Comentários", vol. I, pág. 362.

(15) "Comentários", vol. I, tomo II, pág. 488, n.º 642.

19. Ora, pelos ensinamentos acima, se “não há neccssidade (TORNAGHI) ou “não precisa (BARBI), é porque é dispensável (ALVIM) a exceção de incompetência, mas não vedado seu uso. Além disso, pela sugestão de BARBI, quanto ao procedimento — “aplicam-se as normas gerais” —, na prática é o próprio procedimento da exceção formalmente deduzida. O mestre mineiro sustenta ainda a necessidade de que “deve ser suspenso o andamento da causa, mesmo se a arguição for em simples petição”, fundado em interpretação lógica do art. 265, III, por ser “a razão igual”. (16)

Por seu turno, MONIZ DE ARAGÃO igualmente assevera: “Oposta qualquer dessas arguições (incompetência absoluta ou relativa; impedimento ou suspeição), ao início da causa ou supervenientemente, dar-se a imediata suspensão do feito (grifo nosso), até sejam processadas e decididas. Se partir do autor, com a petição inicial ou aposta, em seguida à distribuição, terá de ser solucionada antes de se proceder à citação do réu, suspenso o curso do processo.” (17)

A posição destes autores — que, aliás, é a nossa, desde que criticamos o Anteprojeto — é a mais racional ante a finalidade da incompetência absoluta. Mesmo incluída entre as matérias preliminares da contestação, ela não pode ser tratada como as demais, pelo vício grave de que padece. Embora sem regra expressa no Código a respeito, termina por ter o procedimento de verdadeira exceção, adotando-se, por analogia, as regras da exceção de incompetência relativa. Seria melhor, assim, que, formalmente, já estivesse abrangida pelas mesmas, evitando-se dúvidas e práticas que poderão desnaturar o instituto em seus altos objetivos precípuos: afastar, se procedente, de imediato o juízo, absolutamente incompetente, para evitar que os atos praticados posteriormente venham a ser anulados, com toda a gama de prejuízos: processuais, econômicos e de esforços. Somente depois de decidido o incidente, é que o processo deverá ter andamento normal, sem que, até então, seja efetivado qualquer ato subsequente.

20. Entretanto, há processualistas que defendem, pela letra do Código, a impossibilidade de arguição da incompetência absoluta ser formulada fora da contestação, que é a sua única peça normal e regular, reservando-se a exceção apenas para a incompetência relativa. (18)

(16) Loc. cit., rodapé n.º 16.

(17) “Comentários”, vol. II, pág. 395, n.º 464.

(18) JOSÉ FREDERICO MARQUES: “A incompetência que o réu pode arguir por meio de exceção é a incompetência relativa” — “Manual”, vol. II, pág. 84, n.º 383; WELLINGTON PIMENTEL: “Não parece inteiramente adequada à exceção de incompetência, já que esta se refere, apenas, à incompetência relativa” — “Comentários”, pág. 283, n.º 6. Deduz-se, aliás, que esse autor nem admite que a arguição da incompetência absoluta suspenda o andamento do processo, situação inerente, apenas, às exceções formalmente deduzidas; PONTES DE MIRANDA: “A incompetência absoluta há de ser arguída na contestação ou mesmo depois” — “Comentários”, vol. II, pág. 292, n.º 1; LUIS A. ANDRADE: “Querendo deixar bem claro que apenas a incompetência relativa é argüível por meio de exceção, consignou o Código, em texto expresso, o preceito (art. 112), explicitando em outro (art. 113, § 1.º) que a incompetência absoluta é de ser deduzida no prazo da contestação” — “Aspectos e Inovações”, pág. 145, n.º 177; CALMON DE PASSOS: “Fazendo remissão ao art. 112, o dispositivo ora comentado (art. 304) deixa fora de dúvida referir-se exclusivamente à competência relativa, excluída a competência absoluta. Só o defeito concernente a competência relativa pode ser oponível sob a forma de exceção. Os que digam respeito à competência absoluta cumpre sejam postos como preliminar da contestação (art. 301, II). Ante a diversidade de opiniões tão respeitáveis, caberá à jurisprudência traçar o rumo definitivo sobre a tormentosa questão de tanta importância forense”.

21. Mas, ante a aparente restrição do texto legal, no sentido de somente permitir a exceção para a incompetência relativa, e a interpretação racional, no sentido de que não veda também para a incompetência absoluta, sobretudo pela necessidade iniludível de ser o processo suspenso pela relevância da mácula cuja solução merece ser a mais pronta possível, é evidente que a última solução se impõe, em nome da essência do instituto, com o desprezo pelo formalismo exagerado, inconveniente e prejudicial.

22. Há outro problema relativo à incompetência relativa que conta com a tradicional e tranqüila interpretação doutrinária e jurisprudencial, mas cuja solução passou a ser posta em dúvida ultimamente após o Código de 1973. Não que esse diploma contenha qualquer norma expressa ou implícita que haja alterado aquele entendimento. É uma reação contra uma tese que parecia indiscutível, se bem que, aprofundado seu estudo, surjam pontos que abalam a sua consagrada procedência. Pode, ou não, o juiz declinar de ofício de sua **incompetência relativa**, sem ser obrigatoriamente necessária sua arguição pela parte por via da exceção prevista no art. 112, combinado com os arts. 304 e 307 a 311.

23. A *vexata quaestio* foi levantada, presentemente, por MONIZ DE ARAGÃO, com os seguintes argumentos: “No Brasil, lei alguma proíbe aos juízes declarar de ofício a incompetência relativa; tampouco os compele a aceitar passivamente a prorrogação da competência por ser relativa. O que não se lhes consente é deixar de fazê-lo no primeiro momento em que atuem no caso, pois, aí, se firmará a prorrogação, que ficará a critério do réu obstar.” E, mais adiante, reforçando seu ponto de vista, o professor paranaense prossegue: “Não parece acertada a opinião dos que recusam ao juiz brasileiro declarar de ofício a incompetência relativa, ao proferir o despacho inicial. Se a tese era válida na Itália, em face de lei expressa, o mesmo não se dá no Brasil. Além disso, as regras sobre competência não cabem no poder dispositivo das partes, sendo necessária exceção expressa na lei, como se dá com a eleição de foro (Código de Processo Civil, art. 111). Mas esta, por ser norma, abre exceção, aplica-se apenas ao caso previsto e não pode ser transformada em regra geral, capaz de autorizar a inclusão da competência relativa no poder de disposição das partes e excluí-la da apreciação espontânea do juiz, quando examina a petição inicial”. (19)

JOSÉ FREDERICO MARQUES discorda da diretriz supra, frisando ser “opinião inteiramente isolada” (o que não é exato, por sinal). Assevera que, pelos artigos 112, 113 e 114 do Código, somente a incompetência absoluta deve e pode ser declarada de ofício, pois “a competência territorial vem de regra estatuída em função dos interesses das partes”. (20) CALMON DE PASSOS segue a mesma trilha, con-

(19) “Comentários”, pág. 161, n.º 186; e pág. 395, rodapé n.º 309.

(20) “Manual”, pág. 84, vol. 2.º, rodapé n.º 1.

siderando que deve ser respeitada a vontade das partes em questionarem perante juiz que seria relativamente incompetente. ⁽²¹⁾ CÂNDIDO DINAMARCO também acolhe a tese tradicional. ⁽²²⁾

24. Entretanto, HÉLIO TORNAGHI igualmente abona o entendimento de ARAGÃO, embora, segundo parece, um não conhecesse a idéia do outro, pela contemporaneidade com que foram lançadas suas obras. Se bem que com outros argumentos, o professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro chega, em essência, à mesma conclusão, conforme o seguinte magistério: "O que torna a incompetência absoluta ou relativa não é o fato de ela ser ou não ser declarável de ofício e, sim, o de poder ou não poder ser mudada pela vontade das partes. Mas essa vontade tem de vir expressa em contrato escrito (art. 111, § 1º) anterior ao ingresso em juízo (o grifo é nosso). A competência deve estar prorrogada no momento em que o autor propõe a ação. (Omissis.) Se o autor, em lugar de ingressar na comarca onde é domiciliado o réu, pudesse fazê-lo na comarca "Y", a 1.000 quilômetros da primeira, e o juiz tivesse de aguardar a contestação do réu para ver se ele opunha a exceção de incompetência, de nada adiantaria ser exigido no § 1º do art. 111 o acordo escrito e prévio." ⁽²³⁾

25. Inclina-mo-nos pela nova concepção. A competência é instituto que interessa, principalmente, ao Estado e, secundariamente, às partes, a essas apenas quanto à incompetência relativa. Na distribuição da competência, mesmo a relativa, o Estado, em princípio, tem interesse em que, normalmente, cada juiz atue dentro de sua própria esfera de atribuições, para não congestionar os serviços forenses, em detrimento da coletividade. Se, porém, dentro das determinações expressas do Código, as partes, antecipadamente, "por contrato escrito" (art. 111, § 1º), entenderem de eleger determinado foro, sem que possam prever se isso favorecerá ou prejudicará qualquer delas, em caso de litígio, aí a conveniência delas tem de prevalecer para todos os efeitos legais. Poderá acontecer que, por coincidência, o foro eleito seja o normal, isto é, o do domínio do contratante réu; como poderá não sê-lo, mas que se torna o regular, em face do ajuste por escrito e prévio. O exemplo de TORNAGHI é expressivo e elucidativo, pois, por evidente interesse oculto, o autor quer forçar o réu a, no mínimo, ter de levantar a exceção de incompetência em local longínquo, sem qualquer motivo plausível para o esdrúxulo ajuizamento da ação.

26. A competência territorial — que é a tipicamente relativa — é estabelecida, "em regra", como muito bem afirma JOSÉ FREDERICO MARQUES, no interesse das partes. Mas isso não lhes pode conferir prerrogativa absoluta, para subtrair ao juiz o direito de poder decliná-la de ofício, logo ao despachar a inicial apresentada pelo autor. Se assim não o fizer, então o magistrado perde a oportunidade, devendo

(21) "Comentários", pág. 289, n.º 161.

(22) "Direito Processual Civil", pág. 138.

(23) "Comentários", vol. I, pág. 36.

aguardar a exceção do réu, para, finalmente, decidir o incidente. Se, ante o silêncio do juiz, o réu aceitar a situação, transformando o juízo incompetente em competente, então o vício convalidará de modo irreversível. Somente a incompetência absoluta é que fica sujeita à possibilidade de ser argüida em qualquer tempo: pelo juiz ou pelas partes. A relativa encontra seu limite no oferecimento, ou não, da exceção de incompetência pelo réu, sem que, de modo expresso, se vede ao juiz a sua declinabilidade no primeiro momento em que tome conhecimento da causa. Enquanto, para o juiz, de ofício, o limite é o despacho na inicial, para as partes é o prazo da contestação, por via da exceção de incompetência, caso em que se reabrirá novo ensejo para o juiz manifestar-se sobre a situação.

A competência em razão de valor também admite a modificabilidade pela vontade das partes, desde que firmada por contrato escrito, que antecede, evidentemente, a propositura da ação (art. 111, § 1º). Focando o assunto, ARRUDA ALVIM sustenta que, se o valor foi realmente errado, para forçar outro juízo que não o regular, “o juiz tem o poder de ingressar no critério de aferição, ou atribuição do valor, e dar-se-á legitimidade, em sendo o caso, por incompetente”. (24) Não precisa esperar, portanto, nem a exceção do réu e nem a impugnação prevista no art. 261, parágrafo único, para declinar de sua competência, que seria a funcional.

Pela autoridade e prestígio do órgão judiciário, não é possível que ele se transmude em competente apenas porque as partes querem, sem qualquer acordo expresso, por escrito e previamente. Aí, sim, o respeito se impõe. Mas, por arbítrio do autor, o juiz não pode ficar preso a uma situação evidentemente ilegal, sem motivo razoável para ser alterada. O juiz não é, obviamente, obrigado a recusar, mas tem o direito de fazê-lo, antecipando-se a qualquer iniciativa do réu, em nome do interesse público quanto à distribuição de serviços forenses. Se, porém, o juiz abrir mão desse privilégio, nem por isso ele se tornará definitivamente vinculado à causa: poderá ainda aguardar a iniciativa do réu e decidir.

27. A exceção de incompetência deve ser formulada no prazo de contestação, isto é, em 15 dias. Quando se trata da Fazenda Pública e do Ministério Público, o prazo para a exceção deverá ser em “quádruplo”, ex vi do art. 188. A palavra “contestar” tem de ser entendida como “resposta”, segundo a terminologia do Código, no Capítulo II do Título VIII do Livro I. O mesmo ocorre com a reconvenção, que deve ser oferecida simultaneamente com a contestação (art. 299), sendo absurdo que devesse ser no prazo de 15 dias, enquanto a contestação em 60 dias. É o prazo máximo, se for a relativa, pois a absoluta, por sua natureza e seu objetivo, pode ser oposta em qualquer tempo e grau de jurisdição, ensejando, até, a propositura de ação rescisória da sentença. Mas, se porventura, o réu contestar antes de 15 dias, isso importará em ter aceito, tacitamente, a competência do juízo que, originariamente,

(24) “Da Competência”, pág. 138.

seria incompetente. Não poderá argüir o vício, portanto, dentro do lapso que falta para completar a quinzena. Se não usou da faculdade de levantar a exceção, o ingresso da contestação lhe subtraiu esse direito. A primeira providência é sempre tentar afastar o juízo (ou o juiz, em caso de impedimento ou suspeição) e não postular perante órgão que seja depois acoimado de incompetente. Mesmo porque, recebendo contestação, é de pressupor-se que o juiz a despachará e tomará as providências cabíveis, sem ter de aguardar a exceção, apenas porque o prazo ainda não se esgotou. É implícita, assim, a anuência do réu ao juízo. (25)

28. A exceção de incompetência pode ser deduzida em qualquer processo ou procedimento. Quanto ao sumaríssimo, desde que a regra é no prazo da contestação, é evidente que poderá ser oral igualmente, como é permitida para aquele ato (art. 278, parte final). Nada impede que a exceção seja por escrito e a contestação por escrito; ou ambas orais ou escritas. Aliás, oposta a exceção, o processo tem de paralisar-se, como é da regra sobre o incidente (art. 306).

29. Pode acontecer que a audiência seja marcada, em procedimento sumaríssimo, antes de 15 dias. Qual o prazo, assim, para ser argüida a exceção? Na própria audiência, reduzindo-se, então, o lapso previsto no art. 305; ou requerer nova data, alegando que será oferecida a exceção e desejar aproveitar o lapso legal? A primeira solução é que deverá ser tomada. O prazo do art. 305 tem um caráter geral para o procedimento ordinário; nas situações especiais (v.g. procedimento sumaríssimo ou nas ações regidas pelo procedimento especial de jurisdição contenciosa, com prazo diferente, como a de consignação, que é de 10 dias (art. 896); de depósito, e de prestação de contas, em ambas de 5 dias (arts. 902, 915 e 916); na demarcação, que é de 20 dias (art. 954), o réu terá, para excepcionar, o prazo fixado para a contestação respectiva. (26)

Se, porém, a audiência for marcada para depois de 15 dias, então deverá ser obedecido o disposto nos arts. 297 e 305, isto é, 15 dias, e não, na audiência do procedimento sumaríssimo. O mesmo critério deverá ser tomado nos casos em que a contestação puder ser oferecida em tempo maior, conforme as espécies que acima citamos.

30. WELLINGTON PIMENTEL entende que o oferecimento da exceção permitido pelo Código no procedimento sumaríssimo desfere "golpe mortal em sua finalidade de rapidez". (27) Entretanto, se o procedimento sumaríssimo, teoricamente, é mais célere do que o ordinário, nem por isso a defesa das partes deverá ser sacrificada em nome da ultimação breve. O importante para a justiça é que seja alcançada sem vícios, mormente quanto ao juízo e ao juiz, como imperativo em nome da ordem e da imparcialidade. Se possível, dentro do

(25) Conforme o texto, CALMON DE PASSOS, "Comentários", pág. 291, n.º 161. Contra, entendendo possível: MARCOS AFONSO BORGES, "Comentários", vol. I, pág. 319, n.º 2.

(26) Neste sentido: LUIS A. ANDRADE, "Aspectos e Inovações", pág. 147, n.º 180. CELSO BARBI, "Comentários", vol. I, tomo II.

(27) "Comentários", pág. 120, n.º 4.

normal, que seja atingida de pronto; em caso contrário, por situações acidentais, a demora será uma contingência, que não pode ser relegada, desde que isso venha a lesar uma das partes ou perturbar o próprio julgamento. É o mesmo que a expedição de carta precatória ou, até, rogatória, se necessário; ou a produção de perícia, diligências admitidas por aquele autor. (28)

31. A paralisação do processo somente se operará se a exceção for recebida e, não, pelo simples fato de ser oferecida. Cabe ao juiz determinar, ou não, seu processamento; apenas nesta hipótese, é que haverá a suspensão (art. 306).

32. O fato de o Código permitir que “qualquer das partes” pode argüir qualquer das exceções, deve entender-se que, se houver apenas uma vara, ao autor não será possível levantar a relativa, apesar de haver remissão ao art. 112, que da mesma trata, no art. 304. Se o juízo foi por ele escolhido, é evidente que apenas o juiz, ao despachar a inicial, ou o réu, por via de exceção, é que poderão suscitar o incidente. Apenas a absoluta é que poderá ser, posteriormente, deduzida pelo autor, se verificar a ocorrência do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Se porém, houver pluralidade de varas, é lícita a exceção, logo após a distribuição, dentro do prazo de 15 dias, sob pena de precluir seu direito.

33. No incidente da exceção, poderá haver necessidade de prova oral, tanto o depoimento pessoal das partes, como, até, testemunhas, como, por exemplo, para ser verificado o domicílio do réu, houver divergência quanto ao local, para firmar a competência do juízo. (29)

34. Oferecida a exceção, o prazo para a contestação fica suspenso (não interrompido). Se, portanto, a exceção foi oposta no 5º dia da contestação, o réu terá apenas 10 após julgado o incidente, porque se somam os dois lapsos: antes e depois de ser suscitado. Por conseguinte, de nada adiantará, na prática, ser usado o lapso total de 15 dias, pois, aí, nada sobraria para ser apresentada a contestação. O mesmo sistema tem de ser adotado nas ações especiais, conforme o prazo para a respectiva contestação (item nº 29 supra).

35. O recurso contra a decisão que julga a exceção ou contra a qual o juiz, de ofício, se declare incompetente (relativa ou absolutamente — itens nºs 17 a 21), é o agravo de instrumento (art. 522). Como o mesmo não tem efeito suspensivo, a paralisação do feito, motivada pela exceção, cessa, podendo prosseguir normalmente.

VI — A EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO OU DE SUSPEIÇÃO

36. Esta exceção origina menos problemas e questões que a de incompetência, exatamente por ser pouco utilizada. Apenas em casos extremos, as partes têm coragem (é o termo exato) de a levantarem.

(28) Idem, pág. 120, n.º 8.

(29) A favor: CALMON DE PASSOS, aplaudindo a rejeição das emendas, no Congresso Nacional, que pretenderam suprimir a prova. “Comentários”, pág. 298, n.º 173; Contra: WELLINGTON PIMENTEL, alegando possível procrastinação no andamento do processo. “Comentários”, pág. 290, n.º 1.

Evitam, tanto quanto possível, causar situações de constrangimento com o juiz acolimado de um daqueles vícios que possam afetar sua necessária imparcialidade, pela susceptibilidade que, normalmente, se cria no espírito do magistrado. Em outras causas, em que pese ao esforço do juiz em manter sua isenção de ânimo ante o mesmo advogado (que é o arauto direto das partes), no fundo isso poderá não ser conseguido, com prejuízo para o profissional e seus outros clientes. Ou o juiz se declara, espontaneamente, impedido ou suspeito, ou, então, a simples arguição revelará, na essência, uma advertência ou censura ao magistrado por não ter agido de ofício.

37. Ao contrário do Código de 1939, o atual disciplinou os casos de impedimento ou de suspeição separadamente, nos artigos 134 e 135, quanto ao juiz; estendidos ao Ministério Público, serventuários da justiça; peritos e assistentes técnicos; e intérpretes, no art. 138.

38. Não basta ser simplesmente alegado o motivo do impedimento ou da suspeição para a exceção ser recebida e julgada. É condição indispensável a "especificação", isso é, a parte deverá esclarecer, indicar fatos concretos que revelem um daqueles vícios.

Quando se trata de "impedimento", é dever do juiz declará-lo, ainda que a parte nada suscite. Mas a mácula não convalesce se houver omissão de um ou de outra, tanto que enseja ação rescisória (art. 485, II). Já quanto à suspeição, embora o juiz também a deva declarar, mas, se não o fizer, a parte igualmente pode suscitar o incidente. Entretanto, se nada for alegado, então o vício fica sanado, irremediavelmente, sem influir no trânsito em julgado da sentença, pois não é nem caso de ação rescisória.

CELSO BARBI entende que, tanto no impedimento, como na suspeição, há presunção *juris et de jure* de parcialidade, isso é, não admite prova em contrário, porque se fundam em fatos objetivos, de fácil comprovação. ⁽³⁰⁾. A finalidade é resguardar a justiça do julgamento de influências estranhas e maléficas em prejuízo de uma parte favorecendo o adversário.

39. Pelo texto do art. 304, é evidente que tanto o autor como o réu podem levantar o impedimento ou a suspeição do juiz. Somente muda o momento: o autor com a inicial; e o réu no prazo da contestação. Ainda que não o fazendo nestes momentos normais, desde que ocorra motivo superveniente a qualquer daqueles atos, é lícito argüir a pecha, normalmente até 15 dias da ciência do fato (art. 305). O impedimento, porém, como já frisamos, por sua natureza, não tem, a rigor, tempo para ser levantado, não precluindo o direito de ser invocado. Se assim não fosse, não seria motivo para ação rescisória. O normal e regular é ser provocado o incidente por via de exceção, dentro do prazo próprio. Mas, se for posteriormente, ainda que fora do lapso da exceção, deverá ser argüido consoante a forma própria do incidente.

(30) "Comentários", vol. I, tomo II, pág. 549, n.º 718; e pág. 550, n.º 733.

40. Quer o impedimento, como a suspeição atingem a pessoa do juiz, diretamente, e, não, o órgão ou a entidade. Tanto é assim que, reconhecida pelo juiz a situação que o exclui do processo ou admitida pelo tribunal superior, os autos são remetidos ao seu substituto legal. Não importa, assim, que esse seja permanente ou eventual. Mesmo nessa última hipótese, a mácula, quanto ao titular, não pode estender-se ao substituto. A lei não faz qualquer diferença, não se podendo presumir que o titular, afastado, possa exercer influência no substituto. ⁽³¹⁾

41. Entendemos que o impedimento ou suspeição de um juiz em relação a determinada parte ou procurador, desde que subsistam os mesmos alegados e reconhecidos em outra causa, contagiam qualquer outro processo em que figurem aqueles. Se o juiz não declarar-se de ofício, é evidente que o interessado argüirá o fato, salvo se o mesmo houver desaparecido (v.g. — o juiz deixou de ser parente do advogado ou do litigante). O juiz não deve agir com o fito de defender sua permanência em outros processos, como sustenta PONTES DE MIRANDA. ⁽³²⁾ Acima desse dever, é muito mais importante resguardar-se a imparcialidade do magistrado, desde que as condições sejam as mesmas que anteriormente.

42. O fato de o juiz declarar incompatível para conhecer da causa, quer por impedimento, como por suspeição, não obsta o adversário da parte favorecida pela exclusão, espontânea ou provocada pela exceção, de recorrer, por via de agravo de instrumento, ex vi do art. 522. Somente é incabível recurso, quando o juiz não admite a pecha, caso em que os autos terão de subir ao tribunal competente para decidir. Como “tribunal”, não se deve entender apenas o pleno, mas, sim, a turma ou câmara em que se divida o órgão judiciário. Assim o é, v.g., no Estado do Rio Grande do Sul: Tribunal de Justiça, art. 23, inciso II, c, quanto às Câmaras Cíveis separadas; e art. 24, inciso II, b, quanto às Câmaras Criminais separadas, ex vi do seu Regimento Interno, de 1971; Tribunal de Alçada, art. 13, inciso II, m, quanto às Câmaras Cíveis separadas; e art. 14, inciso I, b, quanto às Câmaras Criminais separadas, ex vi do seu Regimento Interno, de 1971, confirmando o art. 23, II, 12, e art. 24, I, b, do Código de Organização Judiciária, de 1970.

43. Se o processo for remetido ao tribunal, para julgar o incidente, poderá haver até instrução, com ouvida de testemunhas arroladas pelo excipiente e pelo próprio juiz. Serão ouvidas pelo relator ou, então, mediante delegabilidade, por Juiz de Direito da comarca onde residam as mesmas. As chamadas “razões” do juiz, nas quais deve incluir as suas testemunhas, se houver, equivalem à verdadeira defesa, quiçá contestação, contra o pedido do interessado consubstanciado na exceção.

44. Apesar de ser tradicional, não se compreende o motivo pelo qual o juiz deva ser condenado nas custas, se não reconheceu a incompatibilidade, mas o tribunal a admitiu. Trata-se de um caso de consciência, sem que se possa afirmar que o juiz errou ou que pretendeu lesar o

(31) WELLINGTON PIMENTEL considera que o substituto eventual não deve funcionar na causa — “Comentários”, pág. 301, n.º 1.

(32) PONTES DE MIRANDA, “Comentários”, vol. IV, pág. 155, n.º 2.

argüente (art. 314). A cominação é estranha, porque nada se fala com referência à condenação do excipiente, se julgada improcedente a alegação de impedimento ou de suspeição. Na ausência de norma expressa sobre a matéria, que é circunscrita apenas à responsabilidade, não nos parece plausível invocar os dispositivos gerais sobre a condenação em custas, como o art. 20, § 1º, e, sobretudo, o art. 31, pelos motivos nesse apontados.

Se, porém, o excipiente houver agido de má-fé, então ficará sujeito às penas imputáveis ao litigante improbo, com base nos arts. 16 e 17 do Código. Mas, dificilmente, se poderá provar tal situação.

45. Da mesma forma que a exceção de incompetência, a de impedimento ou de suspeição pode ser oposta no procedimento sumaríssimo, como em qualquer processo. Naquele, deverá ser em audiência ou, até, anteceder-se, para evitar qualquer atividade do juiz considerado como incompatível. Os problemas, praticamente, são os mesmos que já apontamos (itens nºs 29 a 31 supra).

VII — CONSIDERAÇÕES FINAIS

46. A técnica do Código, baseada no Anteprojeto BUZUID, sob a égide dos princípios éticos que norteiam os modernos diplomas similares, pretende colir a chicana fundada em exceções (no sentido amplo) absurdas e que não tinham outro objetivo senão o de procrastinar o andamento do feito. Tudo o que o réu tiver contra o autor — direta ou indiretamente ligado ao pedido — deverá ser alegado como defesa, dentro da contestação, na mesma peça. Apenas quando se trata de motivo vinculado ao outro elemento da relação jurídica processual — o juiz —, é que deverá ser suscitado à parte, em peça autônoma.

Circunscritas as exceções (sentido estrito) à de incompetência relativa e à de impedimento ou de suspeição, as demais, que eram tradicionais, devem ser incluídas como preliminares da própria contestação.

47. A luta judiciária deverá tornar-se um estímulo permanente para que os conflitos de interesses sejam solvidos fora das competições pessoais, como reminiscência da autodefesa, e, nunca, ser fonte de desalento e de decepções para os litigantes honestos. Ao legislador cabe, portanto, prescrever o máximo de garantia às partes, sobretudo quando a vida forense já é tão pródiga em atos protelatórios, que independem, na maioria das vezes, da vontade dos litigantes e dos membros do Poder Judiciário.

Se nada anormal ocorrer, as partes devem saber, antecipadamente, que o adversário não encontrará, na própria lei, pretextos para eximir-se da contenda, percorrendo caminhos oblíquos, para evitar que o direito seja reconhecido e a justiça assegurada.

Neste ponto, o sistema do Código referente às exceções satisfaz ao ideal dos que labutam no foro, como meio preventivo contra a chicana e como aplicação salutar para que o resultado de um processo seja, tanto quanto possível, o reflexo da consciência jurídica da sociedade.