

REVELIA COMO EFEITO DA CONTUMÁCIA

DEFAULT JUDGMENT AS AN EFFECT OF CONTUMACY

Felipe Moutinho Cordeiro*

Data de recebimento: 16/02/2012

Data de aprovação: 15/05/2012

RESUMO

Análise doutrinária comparada entre o instituto da contumácia e da revelia, de forma conjunta e individual, sob o prisma do Código de Processo Civil Brasileiro e Italiano, em analogia à teoria Chiovendista da inatividade, bem como estruturante de Müller e principiológica normativa de Alexy, entendendo a Contumácia no Direito Brasileiro como Gênero e a Revelia como seus efeitos.

PALAVRAS-CHAVE

Revelia como efeito; Revelia como efeito da Contumácia; Contumácia; Revelia; Teoria da Inatividade.

ABSTRACT

Analysis, doctrinal comparison between the institution of default and the default, jointly and individually through the prism of the Code of Civil Procedure Brazilian and Italian, in analogy to the theory Chiovendista of inactivity, as well as structuring of Müller and principled rules of Alexy, understanding absentia in Brazilian Law and Gender and Default of appearance and its effects.

KEYWORDS

Default of appearance and effect; The effect of Conumacia; Default of appearance; Theory of inactivity.

* Doutorando em Direito Privado com ênfase em direito Processual pela *Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales* de Buenos Aires, Especialista em Direito Processual Civil com ênfase em direito Privado pela Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro/RJ, Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro/RJ.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre delinear a controvérsia existente entre contumácia e revelia, existindo inúmeros conceitos doutrinários a respeito, o que nos conduz a inúmeras conclusões sobre a revelia, sendo esta, na realidade, propriamente um “efeito” do instituto da Contumácia, conforme será demonstrado.

Atualmente, possuímos grande parte da doutrina que entende serem a revelia e a contumácia institutos palavras sinônimas, como é o caso do Jurista que dispensa maiores apresentações, Rogério Lauria Tucci¹.

Em outra esfera, temos parte de nossa doutrina, capitaneada por Chiovenda², a qual considera a revelia pela ausência de defesa e a contumácia pela falta da parte em audiência, sendo tratado cada instituto de forma individual e antagônica, conforme nos ensina Pontes de Miranda³.

Diante disso, tais conceitos caminharam para o mais simples e inseguro objetivo, como queremos demonstrar, qual seja, a “fundição”⁴, o tratamento como sinônimos, como ocorre perante clássica⁵, raiz italiana, onde a contumácia é vista como instituto uno para com a revelia, sendo aplicada para ambas as partes⁶.

Contudo, em outro sentido divergente do conceito sinônimo dado para contumácia e revelia, temos o tema abordado, o qual visa analisar e demonstrar ser a revelia um efeito da contumácia, individualizando cada instituto em prol da instrumentalidade processual, acesso a justiça e segurança jurídica, ditando nova tendência acerca dos reais efeitos da revelia⁷.

Corroborando com o tema, temos posicionamentos contemporâneos e clássicos, bem como o reflexo meta processual de um estudo conseqüente (revelia como efeito da contumácia) em contramão do estudo “uno” (contumácia e revelia como sinônimos)

¹ TUCCI, Rogério Laurina. **Da Ação e do Processo Civil na Teoria e na Prática**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 128.

² Teoria da inatividade que será explorada a seguir.

³ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, vol. 1, p. 218.

⁴ Nessa linha temos o posicionamento do jurista Rogério Laurina Tucci, obra cit. nota 3, Francesco Carnelutti na obra **Sistema Del diritto processuale civile**, Padova, 1939, v.3, p.97, n.644, entre outros.

⁵ Resultado este percebido ao verificarmos o conceito fornecido por Plácido de Silva, em sua obra **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Pela afirmação “A contumácia também é denominada revelia e o contumaz, revel.

⁶ MATIROLLO, Luigi. **Tratato de diritto giudiziario civile italiano**. Torino: Fratelli Bocca, 1903, vol.3, p. 785, n. 982.

⁷ Por ser esta um efeito em si da Contumácia, conceito este estudado e objeto da pesquisa a ser desenvolvida.

e, até mesmo, entendimento dúplice onde afirmam ser a contumácia “revelia do autor”⁸ e a revelia para o réu.

2. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

O instituto da contumácia tem como objetivo, por meio da revelia, regular a segurança existente no processo, para que os atos não sejam infinitos, tendo apenas como balizes a prescrição, existindo ainda institutos com a mesma natureza regulamentar, como é o caso da preclusão, na esfera procedimental, bem como prescrição e decadência na esfera meta processual.

Convergindo com a efetividade, diante do princípio da brevidade, pelo qual, segundo nos ensina o jurista Moacyr Amaral dos Santos⁹, “o processo deve desenvolver-se e encerra-se no menor prazo possível”, a real concepção da contumácia se faz importante para o Processo Civil.

Diante disso, recepcionando tal princípio, em 2004, foi editada a emenda constitucional número 45, pela qual foi preconizado à regular duração do processo em prol da tutela pretendida, senão vejamos:

Artigo 5º: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nítido, portanto, que a celeridade ou brevidade processual, para existir como instituto, depende de normas em conceitos limitadores como a contumácia, preclusão, prescrição e decadência, óbvio, cada qual com suas distinções técnicas.

Diante disso, estrito senso, a contumácia se restringe à inexistência de defesa apresentada pela parte demandada, dentro do prazo para contestação de 15 dias¹⁰,

⁸ Trata-se de estudo controverso, onde tanto para o autor quanto para o réu a contumácia e revelia são interpretadas como “efeito”, deixando de lado qualquer interpretação ou análise comparada do que vem a ser contumácia e revelia, tendo sido a primeira oriunda do direito processual italiano, com sistemática própria e distinta do direito brasileiro, fator preponderante para analisarmos de forma analítica tanto a contumácia quanto a revelia, fato que descaracteriza por completo qualquer interpretação correlata aos efeitos de cada instituto.

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1998, 2ª Tiragem, p. 298.

¹⁰ Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

sendo este fruto na análise quantitativa do tempo, para permitir que o ato possa ser praticado de forma conveniente ao processo, conforme conceituação contemporânea de nossa doutrina¹¹.

Portanto, analisar a contumácia e seu efeito à revelia, ou mesmo ambos em conceituação diversa, é dar efetividade ao processo e preservar a segurança jurídica, prestando-se à jurisdição na maior brevidade possível, sob o pálio de nossa constituição e por comando desta.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOUTRINÁRIA

Diversos elementos relevantes miscelanizaram-se na formação do direito comum, no período compreendido entre o século XI e XIV, momento em que direito canônico, romano e medieval, convergiam e divergiam em diversos aspectos, mas exerciam suas propriedades em épocas distintas, influenciando de forma direta a contumácia, a tornando multifacetária¹².

Nesse sentido, a concepção do contumaz era, para o jurista romano, um rebelde, para Igreja, um pecador, daí o resultado legal e efeito restritivo de direito no direito canônico, com a pena de excomunhão além de confissão ficta, como no direito Romano e Medieval, da exclusão do contumaz da sociedade, bem como sua confissão ficta e imissão do demandante na posse imediata de seus bens, como será explorado mais adiante¹³.

Contudo, desde sua concepção, o direito processual é meio para regular exercício do direito material ou, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴, o processo, em síntese, deve ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social.

Seguindo essa esteira, “diante da ineficácia do processo, cabe aos processualistas buscarem alternativas”¹⁵.

Perante tais anseios, a doutrina sempre buscou de forma não muito clara trilhar caminhos formais e solenes para o direito processual, conceitos e elementos

¹¹ Cit. 3, p. 300.

¹² RISPOLI, Arturo. **Il Processo Civile Contumaciale**. Milão, 1911, p. 139 a 141.

¹³ BUZAID, Alfredo. **Do concurso de Credores no Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 103.

¹⁴ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

¹⁵ Idem, p. 91.

estes que não podem ser exarados, sob pena de contrariar seus próprios fins¹⁶.

Dito isso, cronologicamente, a conceituação da Contumácia remonta, conforme conceituação de Filomusi Guelfi¹⁷, onde afirmar que o verdadeiro contumaz surgiu no tempo do império, quando o dever de comparecimento do demandado, diferentemente dos estágios anteriores, dizia com a própria autoridade pública e seu descumprimento gerava a contumácia.

No fim do período Romano Republicano, a falta de comparecimento do réu produz a vitória do autor.¹⁸

Já no período formular, a atividade privada do autor é substituída pela autoridade do magistrado que, para obrigar o réu a comparecer, comina-lhe multa e até imissão do demandante na posse de seus bens¹⁹.

Contudo, em momento da *in ius vocatio*, é instituída nova forma de *vadi-monium*, qual seja, a promessa feita pelo demandado ao autor de comparecer pela primeira vez antes do pretor para cumprir os atos *in iure*.

Entretanto, após a invasão dos bárbaros, já durante o período Medieval, a ausência em juízo assumiu caráter de verdadeiro delito político, sendo cominada com multa cada citação descumprida, bem como confisco de bens e até mesmo o desterro do contumaz da sociedade.

Tinha-se então, inequivocamente, um conceito penal da contumácia prevalecendo sobre os do Direito Romano o princípio de que o réu era obrigado a comparecer; se não o fizesse, sofria a sanção correspondente à sua desobediência e restava sucumbente no mérito do litígio²⁰.

Posteriormente, nos processos carolíngios, séculos seguintes ao período Medieval, antecessor do Período Romano, a contumácia adotou a “flexibilidade” em prol da segurança jurídica, como se à luz do devido processo legal estivesse garantido ao contumaz; caso não comparecesse à primeira audiência medida cautelar protetiva aos seus bens e justificativa a sua ausência, hipótese, contudo, não aplicada em caso de falta à segunda audiência.

Devemos, assim, referir a conceituação dada por Giannozzi²¹ ao procedi-

¹⁶ MONTESQUIE, Charles. **Do Espírito das Leis**. Livro Vigésimo-Nono, p. 269.

¹⁷ GUELF, Francesco Filomusi. **Il Processo Civile Contumaciale Nel Diritto**. Roma: Napoli, 1873, p. 59.

¹⁸ COSTA, Sergio. **Contumácia Civil**. São Paulo: Saraiva, 1959, Volume IV, p. 771/772.

¹⁹ GRANATA, Letterio. **Contumácia Matéria Civil**. Roma: In Enciclopédia Jurídica Italiana, 1902, p. 243.

²⁰ CORTESE, Ennio. **Enciclopédia de Direito**. 1ª edição. Roma: Varese, A. Giuffre, 1962, p. 447.

²¹ GIANNOZZI, Giancarlo. **La Contumácia nel Processo Civile**. Milano: A. Giuffre, 1963, p. 31/32.

mento cautelar no que se refere à justificativa de ausência à primeira audiência por parte do contumaz, *in verbis*:

Se ele apresentasse dentro de um ano, readquiriria o direito de defender-se e a posse de seus bens; e, só após decorrido esse prazo, os bens eram confiscados definitivamente, satisfazendo-se com eles o credor.

Na contramão do Período Carolíngio, sobreveio o período canônico com emprego exagerado da forma, ressaltando prevalência da forma sob o próprio direito; inclusive no que tange estritamente à contumácia, o direito canônico apenas a contumaz com sua excomunhão, ou seja, perdas de seus direitos religiosos além da confissão tácita, impossibilitando qualquer via de justificação ou proteção cautelar patrimonial²².

Portanto, a doutrina clássica, influenciando parte da doutrina contemporânea, traçou conceitos multiformes para contumácia, sem, portanto, especificar a revelia como tal, até porque o procedimento clássico detinha audiências preliminares obrigatórias e comuns a todos os ritos processuais, sendo desnecessária uma conceituação analítica acerca dos efeitos da contumácia, conforme observamos nos ensinamentos de Rispoli²³, *in verbis*:

O processo dividia-se em duas fases: na primeira audiência, preparava-se a outra instrutória, que se realizava, normalmente, depois de 40 noites. Nesta, o ônus da prova incumbia ao réu que negasse o direito do autor.

Historicamente, dentre os primeiros doutrinadores a conceituar e rediscutir o tema temos Teixeira de Freitas, que afirma ser a contumácia a “causa freqüente” da revelia²⁴, contrariando o posicionamento de Plácido da Silva (cf. nota 4) o qual iguala os institutos e os trata como sinônimos.

Todavia, ao mesmo tempo em que a matéria foi discutida e conceituada, por consequência óbvia, surgiram as divergências doutrinárias por meio, inclusive, do entendimento do jurista que dispensa apresentações, Morais Carvalho, que afirma corresponder a revelia à pena da contumácia *in non comparendo*²⁵.

²² Idem.

²³ RISPOLI, Arturo, **Il Processo Civile Contumaciale**, Itália, Milano, 1911, p. 86.

²⁴ FREITAS, Teixeira de. **Revelia**. in Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: 1883, p. 348.

²⁵ CARVALHO, Morais. **Praxe**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Praxe. Forense, 1910, p. 208.

Nessa mesma linha, José Frederico Marques, ao “afirmar ser no direito pátrio revelia vocábulo sinônimo de contumácia”²⁶, ao, inclusive, referir-se a Calmon de Passos, por sua vez, iguala os institutos e os trata como sinônimos²⁷.

Existindo ainda como balize norteadora o conceito clássico de Chiovenda relativo à inatividade²⁸, sendo a contumácia a inatividade do Autor, convergindo, assim, com o posicionamento capitaneado por Plácido da Silva em 1883.

Entretanto, como pilar doutrinário, considerando revelia como efeito para contumácia, temos a convergente doutrina dos juristas que dispensam apresentação, como é o caso de José Frederico Marques²⁹, Moraes Carvalho³⁰, Afonso Fraga³¹, Heróides da Silva Lima³², Pereira Braga³³, Moacyr Amaral dos Santos³⁴ e Texeira de Freitas³⁵.

Ainda sobre tal controvérsia, Lopes da Costa³⁶ cogita somente a idéia da revelia, entendendo esta como instituto, sendo tanto para o autor, quanto para Réu, posicionamento endossado por José João Calmom de Passos³⁷, o qual, inclusive, trata como Revelia do Autor e Revelia do Réu.

Convergente com o presente trabalho, tivemos a reforma número 69, de

²⁶ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1974, Volume 2, p. 976.

²⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol.III. São Paulo: Forense, 1998, p. 343.

²⁸ (...)Entende-se por meio de tal conceito, ser a contumácia a expressão da livre disposição dos próprios direitos e interesses (...) por meio da obra de Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 754, § 50. Todavia, esquece-se da possibilidade prática de um equívoco por parte do advogado ou nulidade de intimação para audiência por culpa cartorária ou não observância do prazo para citação antes da audiência por parte dos magistrados e derradeiramente.

²⁹ FREDERICO MARQUES, JOSÉ. **Manual de Processo Civil**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2.

³⁰ MORAES CARVALHO, Alberto Antonio de. **Prática Forense**. Praxe 3. Rio de Janeiro: Ed. acomodada por Levindo Ferreira Lopes. 1970.

³¹ FRAGA, Afonso. **Instituições de processo Civil do Brasil**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1940, v. 2.

³² LIMA, Silva. **Código de Processo Civil Brasileiro Comentado**. 1ª Ed. São Paulo, Forense, 1940 v.1, p. 80.

³³ BRAGA, Antonio Pereira. **Exegese do Código de Processo Civil**. Crítica, Interpretação, Jurisprudência. 1ª Ed. São Paulo, Ed. M. Limonad, 1942, s.d. v 3.

³⁴ AMARAL Santos, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 2.

³⁵ FREITAS, Teixeira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1947, v.1, p. 218.

³⁶ LOPES DA COSTA, Alfredo Araujo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1953, v.3, p. 59.

³⁷ CALMOM DE PASSOS, J.J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v.3 p. 14.

2009, no Processo Civil Italiano, onde se passou a tratar de forma direta e efetiva o resultado direto da contumácia (como em nosso código ao tratar da revelia), uma verdadeira união e convergência entre o conceito de contumácia (conceituada no Código de Processo Civil Italiano) e seu resultado, a revelia (conceituada no Código de Processo Civil Brasileiro).

Tal conceito possui rígidas raízes doutrinárias que remontam ao século XIX, as quais se mantêm vivas até os dias atuais, motivo pelo qual deve-se traçar, diante das divergências e convergências, o caminho mais eficaz para o processo, o qual “deve ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social”³⁸.

4. ESTUDO COMPARADO

4.1. França

É de se referenciar, exordialmente, o antigo direito francês que culminou coma célebre Ordenação de Luiz XVI, em 1667, pela qual distinguia a falta de comparecimento da falta de apresentação de defesa, de forma magistral e evolutiva em relação ao processo de criação e desenvolvimento da contumácia.

Vale ressaltar que nem sempre isso foi assim. Na França predominavam as normas de direito romano canônico, até quando, no Reinado de Felipe, foi regulada a contumácia, por ato do Parlamento de Paris, que aboliu as medidas coercitivas e restritivas impostas por tais influências normativas, correspondentes à multa, seqüestro, confisco de bens, *missio in possessionem*, entre outras³⁹.

A partir daí, o réu só perdia a ação caso não comparecesse a três audiências seguidas, conforme lei datada de 13 de Março de 1922, (as leis eram apenas organizadas por datas, daí a inexistência de referência numérica) conceito bem diferente da contumácia imediata e da revelia imutável e instância, vividas, inclusive, na atualidade cinco séculos após a ordenação de Luiz XVI.

Em relação ao Autor (mais uma vez tratando-se de forma igualitária Autor e Réu ao conceito “contumacial”), de sua vez, só poderia ser contumaz, caso existisse alguma falha de seu advogado, conforme estabelecido pelo artigo 154 do Código

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40.

³⁹ MOREL, René, **Tratité Elementaire de Procedure Civile**, Paris, 1949, p. 56.

Processual Francês, de 1922, posteriormente revogado pelo Decreto datado de 30 de Outubro de 1935.

Igualmente, caso a contumácia ocorra em segunda instância, conforme artigos 150 e 154 do Código de Processo Civil Frances, as regras a serem aplicadas seriam as mesmas referidas em sede de primeira instância.

Analogamente, o Código Processual Francês prevê hipóteses de justificação, similar à *querela nulitatis*, ou seja, caso o réu demonstre nulidade de citação, a ponto de justificar sua ausência nos termos do artigo 158, estaria o cumprimento de sentença suspenso até julgamento, podendo o processo retroagir ao *status quo* anterior, semelhante ao previsto no Código de Processo Civil, no que tange nulidades em seu artigo 250.

4.2. Itália

Em linhas gerais, na Itália, contumaz é quem não constitui procurador no curso da “lide”, à luz da conceituação de Carnelutti⁴⁰, mantendo, inclusive, ausente na totalidade dos atos processuais, até a sentença, lembrando que, como no procedimento francês, o procedimento italiano preconiza, de forma obrigatória, a realização de audiências.

Na realidade, o direito italiano possui uma conceituação deveras limitada, posto que concebe a contumácia de forma imediata e apenas na fase preliminar do processo, por força do princípio “*semel praesens semper praesens*”: depois que as partes se fizerem constituir judicialmente e apresentam-se perante o juiz instrutor, só pode ocorrer ausência e não mais a contumácia.

Dessa forma, durante a alteração do código processual italiano de 1865 para o de 1940, diversas foram as alterações no sentido de aprimorar a contumácia, como a desnecessidade de renovação de citação do réu, conforme havia previsto o artigo 385 do revogado diploma.

Seguindo essa linha, a renovação só é possível, uma vez verificada a nulidade da citação; portanto, o que se buscou foi a efetiva objetividade do processo, mesmo que, para isso, seja comprometida algumas garantias como a renovação de citação.

Recentemente, em 2009, com a reforma processual ocorrida por meio da edição da lei 69/2009, o Código Processual Civil italiano, em seu artigo 115, fez pre-

⁴⁰ CARNELUTTI. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Itália. Padova, Cedam, 1939, vol. III, p. 107.

visão expressa da contumácia parcial, fato que será explorado no próximo capítulo com maior profundidade.

Diante disso, a ciência processual italiana possui uma conceituação concisa e objetiva, pautada na efetividade, conceituando o denominado processo contumacial, mas sem destrinchar os efeitos gerados pela contumácia, lacuna esta preenchida em parte pela reforma de 2009.

Todavia, o direito italiano possui seu prisma garantista, permitindo, novamente a justificação, em caso de não comparecimento em juízo, mesmo que de forma intercorrente, no caso de apelo, podendo justificar o motivo que seu direito precluso, ou que faltou ao ato. Contudo, cabe comprovar nulidade de citação, notificação impeditiva de conhecimento do processo ou, por se tratar de pessoa inimputável, sendo conhecida tal justificação de “*remissione in termine*” (Restituição Integral)⁴¹.

Em grau de apelo, é garantido ao contumaz participação em todos os atos, uma garantia similar à francesa, conforme se verifica por sub-capítulo passado, bem como pode, ao revés de opor oposição, como previsto no Código de 1865, devendo apelar, momento em que poderá produzir prova e contestar matéria de fato e de direito.

Uma alteração e característica importante do procedimento italiano reside na alteração do artigo 386 do Código de Processo Civil italiano para o artigo 189 do codificado em 1940, onde se manteve a possibilidade de assumir o processo na fase em que se encontrar, contudo possibilitando a contestação de matéria fática, tratada como “documentos”⁴².

É latente a incongruência das alterações realizadas que tornam sem efeito a própria contumácia como instituto, mas isso é fruto da equalização de garantias, bem como prevalência da dignidade e proteção à ampla defesa.

Igualmente, fica nítido que a codificação italiana destrincha e delimita inúmeras alternativas e variantes procedimentais sem, contudo, de forma efetiva, dispor acerca dos efeitos reais da contumácia. Tal fato pode ser explicado diante da proteção as garantias e guarda da ampla defesa e devido processo legal. Contudo, claro é a lacuna existente, a qual será explorada e correlacionada no próximo capítulo com evento similar presente no ordenamento pátrio.

⁴¹ MATIROLLO, Luigi. *Tratatto di Diritto Giudiziario Civile Italiano*. Torino, Ed. Fratelli Bocca, 1903, vol. 3, pp. 810/811.

⁴² CASTRO, Leonardo Prieto. *Derecho Procesal Civil*. Espanha: Zaragoza, Libr. General 1949, tomo 2, p. 240, n. 471.

4.3. Espanha

Na Espanha, sua legislação atual a *Ley de Enjuiciamiento Civil*⁴³, denomina a contumácia como sendo a *rebeldia*, mesma denominação dada às ordenações espanholas de 1855, resguardando e prevendo somente a “rebeldia” ou Contumácia do Autor⁴⁴, diante de seu procedimento, convergente com os moldes italiano e francês, realizando-se, obrigatoriamente, audiências preliminares.

Vale lembrar que a respeito da contumácia, as ordenações espanholas de 1855 previam que a ação poderia ser proposta de forma oral, onde o juiz a reduziria a termo e, de acordo com a distância da moradia do réu, determina um período pré-fixado para o seu comparecimento, sob pena de infâmia e de ser considerado Contumaz.

Perante isso, o ordenamento espanhol caminhou sem se preocupar com a contumácia do autor, posto que, nesses moldes, seria impossível de acontecer, completamente divergente do que ocorre na atualidade.

Todavia, cumpre recordar que existiu junção entre o Reino Português e o Espanhol, momento em que seus ordenamentos jurídicos e suas produções se colidiram, ponto que o Direito Espanhol passou a observar e construir sistema jurisprudencial e doutrinário a respeito da contumácia do autor por volta do século XIX⁴⁵.

Diante de tal carga histórico-processual, a contumácia é vista pela doutrina de Jaime Guasp⁴⁶ como a inobservância de um ônus de impulso⁴⁷, fato que vem retirando a denominação espanhola de rebeldia para caracterização da contumácia, pois estaríamos diante de inatividade e não necessariamente da rebeldia.

Tal fato inspira as conceituações chiovendistas de inatividade, por um apurado estudo na evolução da contumácia no direito europeu, vizinho ao italiano e convergente na obrigatoriedade procedimental de comparecimento das partes em audiência.

Contudo, à luz do garantismo francês que influenciou toda a Europa, e não foi diferente no direito espanhol ao “rebelde”, é permitido comparecimento tardio,

⁴³ *Ley 1/2000*, possuindo como última alteração a *ley 16 de 2011*, alterando a vigência dada a títulos executivos.

⁴⁴ Idem nota 42, p. 31.

⁴⁵ LEITE, Gisele Pereira Jorge Leite. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 74, 01/03/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7502. Acesso em 09/03/2012.

⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. Trad. GASP, Jaimep. “**Instituições do novo Processo Civil Italiano**”, *Instituciones Del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Barcelona, 1942, p. 351.

⁴⁷ Idem nota 21, p. 416.

assumindo o processo na fase em que se encontra, tratando-se de primeiro grau, já sendo em segundo grau, poderá o “rebelde” apresentar novos documentos e, portanto, realizar contestação e impugnação fática, conforme atualmente estabelecido nos artigos 499⁴⁸ e 500⁴⁹ do Código Processual Espanhol.

Portanto, o direito espanhol, em sua origem, não foi tão garantista como o francês, nem tecnicista como o italiano; contudo, garantiu, em sentido convergente, protegendo o acesso à justiça e punindo o contumaz.

4.4. Alemanha

No direito Alemão, o autor podia escolher se iria adjudicar os bens do contumaz ou o julgamento do mérito; ao réu era facultado a absolvição de instância, a partir de 1793, com advento da Ordenação Prussiana de 1793, admitiu-se a *ficta confessio*, que prevalece até os dias de hoje, com a presunção de veracidade como revelia, ao contumaz⁵⁰.

Entretanto, algumas são as inovações inseridas pelo Direito Processual Alemão. Inicialmente, instituiu requisitos para a constituição da contumácia; o primeiro relaciona-se à audiência, a qual tenha sido fixada para debate oral obrigatório, sobre a controvérsia, perante o Tribunal competente. O segundo diz respeito à parte que, comparecendo, não intervenha no debate. Por terceiro e último, no caso de a intimação ter sido realizada de forma válida⁵¹.

No que se associa à previsão para a contumácia e conseqüente aplicação da revelia para autor e réu, o direito Processual Alemão prevê que pode o réu, em caso de revelia do autor, requerer a declaração de sua contumácia, importando na rejeição *in limine* do pedido exordial; todavia, em caso de se tratar de revelia do réu, isso não importa em procedência *in limine* da ação, devendo ser analisado o direito invocado⁵².

Ainda é possível e admissível que a parte opte pelo julgamento, segundo

⁴⁸ Artigo 499 : Qualquer que seja o estado do Processo em que o demandado rebelde compareça, entender-se-á como revogação de direito, não podendo retroceder em nenhum caso.

⁴⁹ Artigo 500: o demandado rebelde, a quem já tenha sido notificado pessoalmente, só poderá utilizar contra ele o recurso de apelação e extraordinário.

⁵⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Processal Civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Barcelona: Editorial Labor, 1942. p. 347, § 58.

⁵¹ Idem, p. 348.

⁵² WACH, Adolph. **Conferencias sobre la Ordenanza Processal Civil Alemana**. Tradução de Ernesto Krotochin. Ediciones Jurídicas Europa – America. Buenos Aires: Editora EJE, 1958, pp.198 e 206.

o estado do processo ou uma sentença contumácia, à luz da confissão ficta, o que poderia ser impugnado pelo contumaz, uma vez demonstrado, de forma direta e por força maior, o impedimento que o fez quedar contumaz; contudo essa escolha não é cabível, existindo alguma irregularidade de citação verificável.

Sendo assim, o procedimento da contumácia alemão prevê variantes garantistas, a fim da prevalência do contraditório e da refutação da injustiça, tratando com serenidade e segurança o processo contumácia, concebendo a contumácia como gênero, sem, contudo, tratar da revelia, a qual seria sua espécie, como feito, no direito processual argentino e italiano, diante de suas recentes alterações.

4.5. Suíça

Sob opinião de Rispoli⁵³, a Codificação Processual Civil de Genebra é “uma das mais expressivas ordenações modernas”, consideração que reside em concretos elementos processuais instrumentais, como é o caso da validade de citação ou ausência do Réu, pode o Juiz, de forma independente, verificando um período não suficiente para apresentação de defesa determinar renovação da citação de ofício, no teor dos artigos 133 e 139.

Prevê assim, de forma sistemática a contumácia do autor, onde o procedimento será julgado improcedente, bem como do réu, o qual terá caso sejam justas, acolhidas as afirmações colocadas contra si.

Igualmente, prevê a possibilidade de oposição à decisão contumacial, por meio de seus artigos 136 e 140, no prazo de vinte dias, contatos da notificação da sentença, possibilitando ainda justificção para perda desse prazo.

De forma objetiva e direta, a legislação suíça, resguarda o contraditório e regula o procedimento da contumácia, de forma dinâmica e objetiva em plena convergência com o direito Europeu.

4.6. Argentina

Na América do sul, sob influência direta da Espanha, tentou-se moldar e conceituar, de forma direta, tanto a contumácia quanto a Revelia de maneira distinta e autônoma, ao passo de que a revelia não implica em qualquer punição ao contumaz.

⁵³ Idem nota 22, p. 218.

Segundo Alsina⁵⁴, o procedimento contumacial “funda-se na necessidade de que o processo tramite até o final, possuindo como efeito a revelia”.

Em seu direito positivo, a Argentina estabelece as punições pós o trâmite processual ou o procedimento contumacial, quando o réu não mais faz parte do procedimento por ausência ou desídia, conforme seus artigos 433 do Código de Procedimentos e na lei 11 de 1924, acrescentando, nessa última, que a declaração da revelia deve ser notificada ao contumaz.

Assim, o procedimento contumacial tem seu início com a decretação da revelia, tratada pelo Direito Argentino como Declaração de Revelia, a qual deve ser proferida no primeiro momento em que se verificar ausência do réu ou autor, por meio da declaração de revelia, feita mediante solicitação das partes⁵⁵.

Todavia, a declaração de revelia pode ser suspensa sob a justificação da parte prejudicada, dentro do processo da contumácia, devendo, assim, se fundamentada e, em força maior, expor os motivos de sua ausência, conforme estabelecido pelo Artigo 188 e 191 do Código Processual Argentino, cessando, assim, os efeitos da revelia e retomado o processo em sua forma plena não mais contumácia.

Extraímos, portanto, a preocupação do legislador argentino em conceituar contumácia como procedimento de revogação ou declaração da revelia, onde, uma vez aplicada, estaria instaurado o processo contumacial, onde intimações seriam por edital e, caso fosse necessário, seria nomeado curador, todavia, uma vez revogada, estaria finalizado o procedimento referido.

A título de curiosidade, possui o processo civil argentino a possibilidade de revelia a um dos réus apenas, o que limita a abrangência da defesa oposta pelos demais; tal procedimento colide diretamente com o princípio da isonomia. Verificamos, portanto, que pelo direito processual argentino, vemos a distinção dada à contumácia como gênero e à Revelia como espécie em seu sentido mais amplo.

5. DESMISTIFICAÇÃO DA TEORIA CHIOVENDISTA DA INATIVIDADE

Inicialmente, deve-se atentar para a origem do termo contumácia e sua aplicação no direito processual italiano para, após, correlacionarmos-lo com a revelia e sua aplicação em nosso direito para, então, entendermos o porquê dos nomes

⁵⁴ JOFRE, Tomas. **Manual de Procedimentos**. Buenos Aires: La Ley, 1941, vol.I, p.280.

⁵⁵ ALSINA, Hugo. **Defesas y Excepciones**, in *Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnato, a cura di Francesco Carnelutti*. Milano: Giuffrè, 1951, vol III, p. 370.

e das conclusões de nossos doutrinadores e a teoria italiana de chiovenda relativa à inatividade⁵⁶.

Ocorre que o Processo Civil Italiano, não obstante sua simetria com o Processo Civil Brasileiro, possui terminologia própria e nem sempre uma identidade formal e conceitual com o Código Brasileiro, tanto que foi objeto de mutação e discussão em um período conturbado⁵⁷, compreendido entre os Códigos 1865 e 1940⁵⁸, ora em referência, se alterando, inclusive, o Título, Processual ou Processo, e inúmeras discussões dogmáticas.

A partir daí, os estudos de Chiovenda pautaram-se nos artigos 181⁵⁹ e 171⁶⁰ do Código de Processo Civil italiano, os quais tratam da contumácia especificamente e conceitualmente, sem referência alguma a seus efeitos ou discriminação deles, dando relevância, diante da falta em audiência instrutória, pela própria estrutura procedimental italiana⁶¹, elemento não tratado desse modo, posto que possuímos procedimentos como o ordinário, no qual a defesa, necessariamente, não se dá em audiência, existindo a possibilidade de não ser realizada audiência alguma. Caso inexistam provas orais a produzir, o procedimento por completo será instaurado e findado sem realização de Audiência.

Em convergência de ambos os sistemas, a falta ou desídia pelo autor resulta em extinção, conforme artigo 267, inciso III⁶² do Código de Processo Civil Brasileiro e supra referidos do diploma italiano; no que tange ao réu, acarretaria na aplicação

⁵⁶ Idem nota 12.

⁵⁷ Aumento de população de 23 para 45 milhões de habitantes, aperfeiçoamento dos meios de comunicação, industrialização do país, expansão colonial, entre outros fatores, reverenciados nas páginas 40 e 41 do Discurso de Grandi (Exposições de Motivos do Código de Processo Civil italiano).

⁵⁸ Período também em que a Advocacia Italiana chegou a pretender a ab-rogação deste código e a reconstituição do código de 1865, somando à reforma do processo sumário de 1901, o que não ocorreu (CIPRIANI, Franco. **Piero Calamandrei e La Procedura Civile**. Napoli: *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2007).

⁵⁹ Art. 181 – Falta de comparecimento das partes, Se na primeira Audiência não comparecem as partes já constituídas ou algumas delas, o magistrado instrutor comprovará se esta de acordo com a comunicação prescrita no último parágrafo do artigo 173, em caso de necessidade, ordenará sua revogação, designando nova audiência.

⁶⁰ Art. 171 – Falta ou atraso na constituição – Quando nenhuma das partes se constitui dentro dos prazos estabelecidos o processo será extinto. A parte que não comparecer, tampouco na primeira audiência, será declarada contumaz, por meio de ordenança do magistrado instrutor, salvo disposto no artigo 291.

⁶¹ Na estrutura processual italiana a audiência faz parte dos procedimentos de forma direta, similar ao rito sumário, daí a importância e criação da teoria da inatividade e sua amplitude dentro daquele ordenamento e a limitação dentro do nosso ordenamento.

⁶² Art. 267. III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias.

da contumácia pelo Código Italiano (medida mais branda e reversível)⁶³ e a revelia pelo Código Brasileiro (medida que importa em restrição de direitos processuais, inclusive com desentranhamento de defesa e presunção de veracidade de alegações, nos termos do art. 319⁶⁴ do Código de Processo).

Entretanto, no Capítulo VI do Código de Processo Civil Italiano, temos o título “Do Procedimento em Contumácia”; já o Capítulo VI, Seção I do Código de Processo Civil Brasileiro, possui como Título “Do Efeito da Revelia”, ou seja, vemos que um trata do procedimento ou conceito, enquanto o diploma processual italiano trata do instituto como efeito, tanto que, nos artigos 293⁶⁵ e 294⁶⁶, fica nítida a irrelevância da contumácia, uma vez que esta esteja constituída, sendo reversível, efeito muito mais “sereno”⁶⁷ se comparado com a revelia prevista nos artigos 319⁶⁸ e 324⁶⁹ do Código de Processo Civil Brasileiro, que, conhecidamente, se preocupou em destrinchar seu efeito quando o Italiano se preocupou em enfatizar e esmiuçar seu conceito, daí a referência e correlação aos capítulos de cada Diploma.

Nessa linha, verifica-se inúmeras assimetrias e simetrias entre os dois sistemas, elementos conjugados, tornando o conceito, com todas as vênias⁷⁰ Chiovendista, magistral para o direito Italiano e, tão somente para aquele ordenamento, posto que o Brasileiro trata da revelia como efeito, oriunda de um conceito, qual seja, con-

⁶³ Fato presente no direito italiano até a edição de lei 69/2009 a qual alterou inúmeros institutos processuais italianos, dando maior atenção a elementos preclusivos com alteração do artigo 115 do Código Processual Italiano, no que concerne à revelia parcial do réu.

⁶⁴ Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

⁶⁵ Art. 293 – A parte que tiver sido declarada contumaz poderá ser constituída em qualquer momento do procedimento, até audiência em que o pleito seja remetido ao colegiado, conforme art.189.

⁶⁶ Art. 294 – Reposição dentro do prazo – O contumaz que se constituir poderá pedir ao magistrado instrutor que seja admitido a realizar atividades que a ele estiverem já preclusas, se mostrar que a nulidade de citação ou de sua notificação lhe impediu de tomar conhecimento do processo ou que sua constituição tenha sido impedida por caso fortuito ou força maior.

⁶⁷ Pelo Código italiano, a contumácia importa em preclusão dos atos após sua decretação realizados, artigos 292 e 293, ambos do Código de Processo Civil Italiano, mas sem tratar de presunção de veracidade fática ou desentranhamento de peças como no artigo 319 do Código de Processo Civil Brasileiro, daí o termo utilizado.

⁶⁸ Nota 31.

⁶⁹ Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.

⁷⁰ Vênias, posto que contrariar ou criticar conceituação chiovendista, para um processualista, é o mesmo que impugnar uma palavra apostólica bíblica, mas que deve ser realizada para uma real compreensão e evolução científica; a admiração não pode servir de barreira intransponível para a produção científica, caso contrário estaríamos fadados à completa inércia social.

tumácia, que é tratado pelo Código Italiano de forma específica, isolada e incompatível com nosso ordenamento da forma colocada atualmente pela doutrina, ou seja, aplicando de modo direto o conceito italiano ao Direito Brasileiro.

Continuando, o Processo Civil Italiano trata da Contumácia e prevê suas incidências, mas, ao tratar de sua pena não a específica, daí evidente em relação ao Código Processual Civil Brasileiro, que especifica a revelia mas não a conceitua de forma ampla, outro ponto de omissão em que os Códigos se encaixam, prevendo o Brasileiro, somente o efeito, mas não conceituando o instituto, ao passo que o Italiano prevê o instituto e variações como falta em audiência, mas não conceitua a pena diretamente.

Em patente convergência ao referido anteriormente, especialmente a omissão concernente à falta de previsão e conceituação dos efeitos da contumácia, com a reforma processual ocorrida em 2009, via edição da lei 69/2009, o Código Processual Civil Italiano passou a prever a hipótese da Revelia Parcial em seu artigo 115⁷¹, conforme já é previsto em nosso diploma processual pelo artigo 302⁷², ou seja, em caso de não se contestar parte da inicial, teremos Revelia Parcial do instituto ausente.

Tal alteração é recebida pela doutrina, como a retomada de um sistema preclusivo mais rígido, há pouco e pouco reintroduzido pelas reformas italianas desde a desastrada contra-reforma de 1950, que teve por objeto principal abolir o sistema preclusivo em atendimento aos reclamos da Advocacia Italiana⁷³.

Em convergência plena com a reforma experimentada pelo Direito Processual Italiano e a omissão presente na necessidade de se dar efeito ao conceito da contumácia, temos a conceituação de Antonio Carrata⁷⁴, jurista italiano, o qual reconhece que, mesmo constado em vários momentos e dispositivos processuais italianos, não existia forma genérica, ou seja faltava uma ampla conceituação dos efeitos da contumácia, fator abundante em nosso diploma ao verificamos a conceituação dada à revelia.

Entretanto, se analisarmos isoladamente os diplomas processuais e suas va-

⁷¹ Art. 115 – Salvo os casos previstos pela lei, o julgador terá de pôr como fundamento da decisão as provas propostas pelas partes ou pelo Ministério Público, a não ser a fato não especificamente contestado pela parte constituída.

⁷² Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: (...).

⁷³ CIPRIANI, Franco. **Piero Calamandrei e La Procedura Civile**. Napoli, Itália: *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2007.

⁷⁴ CARRATA, Antonio. **Il Principio Della Non Contestazione Nel Processo Civile**. Padova, Italia: Cedam, 2009 p. 10.

riações doutrinárias em ambos os países, os frutos doutrinários e conceituais serão divergentes, conforme dito no capítulo anterior, porém, por outro lado, se isolarmos os estudos de cada diploma processual, veremos, dentro da assimetria existente entre eles, duas lacunas que se encaixam, qual seja, um no tocante à falta de conceituação do efeito, mas conceituação como instituto (Código de Processo Civil Italiano, em seus artigos 293⁷⁵, tratando da contumácia com efeito preclusivo e não presunção de veracidade fática) e outro conceituando o efeito, ao invés do instituto por completo (Código Brasileiro no artigo 324, tratando a revelia como pena⁷⁶).

Claro e precisa, portanto, a necessidade de uma análise conjunta dos diplomas para, após, realizar relação doutrinária. Contudo, alguns doutrinadores pátrios anteciparam a correlação à doutrinária, deixando de lado a legal, aplicando de forma prematura conceitos doutrinários antagônicos com nossa legislação, mas que poderiam colaborar para real compreensão do instituto, bastando, para tanto, a análise do direito positivo de forma preliminar à análise doutrinária.

Solucionando outra controvérsia doutrinária, a qual trata a contumácia como sendo a falta à audiência ou desídia do autor e a revelia a tais atos do réu, tanto o Código Italiano quanto o Brasileiro tratam-na sem tal distinção e, inclusive, o Código Italiano é específico ao tratar da contumácia do demandado em seu artigo 291⁷⁷ e da contumácia do autor no artigo 290⁷⁸, ao mesmo tempo que o Código Processual Brasileiro, a conceitua como um efeito, tendo sua previsão específica e somente em relação ao réu, conforme seus artigos, 319⁷⁹ e 324⁸⁰.

Contudo, o Código de Processo Civil Brasileiro prevê também a contumácia para o autor, mas sendo norma inserida no contexto do artigo 267, inciso III⁸¹, tendo

⁷⁵ Art. 293 – Constituição do Contumaz – A parte que tiver sido declarada contumaz poderá ser constituída em qualquer momento do procedimento, até a audiência em que o pleito seja remetido ao colegiado, conforme artigo 189.

⁷⁶ Nota 40.

⁷⁷ Art.291 – Contumácia do demandado – Quando o demandado não tiver se constituído e o magistrado instrutor observar vício que implique nulidade na notificação da citação, fixará para o autor um prazo peremptório para renová-la. A renovação impedirá qualquer decadência.

⁷⁸ Art.290 – Contumácia do autor – Quando, conforme o último parágrafo do artigo 171, o magistrado instrutor declarar a contumácia do autor; ordenará, se o demandado o solicitar, que se prossiga o juízo e adotará as disposições previstas no artigo 187. Em caso contrário, disporá que o pleito seja cancelado do rol e o processo seja extinto.

⁷⁹ Nota 35.

⁸⁰ Nota 40.

⁸¹ Nota 33.

efeito idêntico à contumácia italiana, mas sem descrever de forma direta tal instituto, omissão esta que deu aso à controvérsia.

Portanto, novamente verificamos que após interpretação legal e conjunta de ambas as legislações, existe um conceito de inatividade mais amplo se analisado pelo prisma do Código de Processo Civil Brasileiro, que ampara a desídia (sendo este conceito a Contumácia) e seu efeito (Revelia).

Perante essa gradação, ocorrendo a contumácia, tanto para autor quanto para réu, teríamos como seu efeito a revelia, posto que mais amplo e abarca a desídia, operando-se tanto para o autor como para o réu, a qual acarreta em perda de direito à ampla defesa e contraditório em relação à matéria fática⁸², bem como extingue o processo no caso de ausência à audiência⁸³, condenando aos ônus sucumbências⁸⁴, resultando em uma “pena processual aos desidiosos”, como será demonstrado no capítulo seguinte.

6. DA INDIVIDUALIZAÇÃO DOS EFEITOS PARA ENTENDIMENTO DA REVELIA COMO EFEITO DA CONTUMÁCIA

Temos a contumácia, tanto na ausência de apresentação de defesa ou no não comparecimento do autor, sendo o seu efeito à revelia, conforme previsto nos artigos 319⁸⁵ e 324⁸⁶ do CPC, tanto que o tipo processual é taxativo ao tratar a revelia como um efeito e não instituto.

Qual seria, então, a conceituação da Contumácia, até porque se a revelia é um efeito, conforme o título “Do Efeito da Revelia”, presente na Seção I, do Capítulo IV, do Código de Processo Civil, deve, por consequência lógica, ser originária de algum instituto.

É importante pontuar a contumácia pelo prisma da revelia, como consequência desta, posto que, se a individualizarmos, estaríamos abrindo precedente para individualização de seus efeitos e, portanto, afirmando que, para o réu supostamente revel,

⁸² Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

⁸³ Nota 23.

⁸⁴ 267. § 2º-No caso do parágrafo anterior, quanto ao n-II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao n-III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (art. 28).

⁸⁵ Nota 24.

⁸⁶ Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.

o efeito seria a confissão (uma pena) e para o autor supostamente contumaz, o efeito seria a renúncia de direito (uma alternativa diante da suposta vontade ou desídia), posto que iniciou o processo e, após, se quedou inerte, não comparecendo em audiência ou se quedando inerte para prática de um ato processual, dando ensejo à extinção, conforme previsto pelo artigo 267, inciso III⁸⁷, do Código de Processo Civil Brasileiro.

Portanto, fundado no próprio texto legal que conceitua a revelia como efeito, temos a contumácia como instituto relativo à inércia das partes na falta de apresentação de defesa ou desídia que resulte na extinção de seu direito, respondendo por este ato por meio das penas determinadas nos artigos 319⁸⁸ e 324⁸⁹ do diploma processual civil.

Nítido tratar-se de pena imposta pelo legislador⁹⁰. Em primeiro lugar, pelo próprio trato legal colocado em relação ao fato do que a falta ou inércia acarreta, ou seja, a extinção do processo e, indo além, em segundo lugar, por apenas permitir a causa por três vezes, não podendo intentar a mesma ação contra o réu após isso, todavia, podendo alegar em defesa a matéria, conforme extraímos do artigo 268, parágrafo único⁹¹, do Código de Processo Civil.

Nessa estreita linha, verificamos, portanto, que mais uma vez o legislador vem punir o desidioso, o que nos afasta do conceito de que a falta ou inércia importa em renúncia tácita, posto que tal renúncia deve ser escrita e direta em respeito ao comando legal imposto pelo artigo 269, inciso V⁹² do Código de Processo Civil Brasileiro.

Outro ponto é que o acesso à justiça, a ampla defesa e o direito de ação, são garantias constitucionais do cidadão e, uma vez cerceados, estamos diante de uma exceção legal que estipula essa mitigação como pena restritiva de direitos em determinadas hipóteses, igualmente como ocorre com a liberdade em caso de ilícito penal, conforme estabelecido pelo artigo 5º XLVI⁹³ de nossa Magna Carta⁹⁴.

⁸⁷ Nota 22.

⁸⁸ Nota 9.

⁸⁹ Nota 10.

⁹⁰ Ao passo que limita o direito de ação e acesso ao judiciário e restringe direitos e garantias individuais previstas no artigo 5º, inciso XXXV, de nossa Magna Carta.

⁹¹ Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no n-III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

⁹² 269.V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

⁹³ Art. 5º XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...) e suspensão ou interdição de direitos; (...).

⁹⁴ Diante disso, as garantias constitucionais não devem nem podem ser plenamente imutáveis, caso contrário, o proveito da própria torpeza seria utilizado como manto para impunidade.

Sobre o tema, temos, ainda, o posicionamento de Giancarlo Giannozzi⁹⁵, que considera tratar o efeito da contumácia como pena e que esta compreende qualquer ato de inércia ou desídia da parte, seja da parte autora, seja da parte ré⁹⁶.

Todavia, tal raciocínio colide de forma direta ao conceito chiovendista da inatividade⁹⁷, que considera a contumácia como o simples não comparecimento do Autor à realização de um ato processual⁹⁸, sendo fruto da preliminar concepção de individualizar os institutos, e de que a contumácia seja direcionada ao autor, daí o nome *inatividade*, e a revelia ao réu, diante de sua previsão legal específica.

D.m.v., de nossa humilde planície, não querendo discordar com o saudoso jurista Giuseppe Chiovenda, um dos genitores do direito processual, inconcebível é correlacionar de forma absoluta institutos procedimentais italianos com a processualística brasileira, fato que mitiga qualquer conclusão generalista acerca da aplicação ou referência à teoria da inatividade em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, o autor pode dar causa, por meio de sua “teoria da inatividade”, recepcionada, no artigo 267, inciso III⁹⁹, mas também com sua renúncia, prevista no artigo 269, inciso V¹⁰⁰, inconsistentes analogias e conceituações, as quais tratam os institutos da revelia e da contumácia como sinônimos, sendo que a primeira não pode ser confundida com a segunda, posto que o fato originário da inatividade pode ser equívoco de seu patrono¹⁰¹, ou mesmo caso de força maior, que, posteriormente, poderá ser alegada, dando-nos como resultado e conclusão lógica que, renúncia é renúncia, e inatividade, como lógico, é inatividade, devendo ambas serem expressas escritas; na inatividade, a renúncia escrita para prática de uma ato e a renúncia escrita e não tácita.

Individualizados, portanto, os efeitos originários a partir da concepção de termos, a revelia como efeito da contumácia, tratando sua aplicação como “pena proces-

⁹⁵ GIANNOZZI, Giancarlos. **La Contumácia Nel Processo Civile**. Milano:Doot A. Giuffrè Editore,1963, p. 153.

⁹⁶ (...) *La contumácia è mera inattività solo una definizione di quest' ultimo concetto puo confermarlo.(...)Vale, infine, la pena di porre una distinzione (giacchè l' inattività dal punto di vista soggettivo, si configura sempre come l' inosservanza d'um onere (...))*

⁹⁷ Nota 12.

⁹⁸ Como previsto pelo artigo 267, inciso III do CPC, citado na nota 11.

⁹⁹ Nota 11.

¹⁰⁰ Nota 16.

¹⁰¹ Fato previsto no Direito Francês, como hipótese para revogação da declaração de contumácia, mesma hipótese prevista no Direito Medieval e Alemão, o que demonstra não se tratar de inatividade, podendo existir erro justificável.

sual” imposta à parte contumaz, conforme norma processual, artigo 319 do Código de Processo Civil Brasileiro, a luz de fundamento constitucional artigo 5 XLVI¹⁰².

Vale ainda destacar a origem canônica da contumácia, recebida como, pena acessória era a excomunhão, conforme informado na evolução histórica.

Ainda, já no século XIX, era entendida a contumácia como rebelião ao poder do juiz, onde o poder jurisdicionado poderia se utilizar da força para fazer a parte comparecer em juízo sem distinção entre cível e penal, sendo sua ausência considerada como ato ilícito, uma reação, mesmo que inerte, que a parte contumaz adotava contra o juiz, que, por sua vez, diante disso, deixava de exercer sua função, daí a criação da teoria da doutrina pena da contumácia¹⁰³.

Convergindo com conceito de pena, temos a teoria *da doutrina penal da contumácia*, capitaneada por Eduardo J. Couture¹⁰⁴, referindo-se à concepção do processo como quase contrato e, por conseguinte, ser a contumácia uma pena pelo “inadimplemento” da parte, considerado pela sua ausência ou desídia.

Sendo assim, a melhor técnica processual aponta a parte desidiosa, sendo ela autor ou réu, como contumaz, requerendo a aplicação de seu efeito, a revelia, esta que se trata de uma “pena processual”¹⁰⁵, que restringe e encerra o exercício do direito de ação e defesa, respectivamente, conforme dispositivo legal processual brasileiro.

7. ANÁLISE DA REVELIA COMO EFEITO DA CONTUMÁCIA SOB A TEORIA ESTRUTURANTE DE MÜLLER E OS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Cumprе ressaltar que a norma jurídica processual brasileira conceitua apenas a revelia, delineado seus efeitos, fato como dito, que denota a necessidade de um conceito com maior amplitude e natureza que dê origem a tal efeito.

Vale, portanto, conceituar norma como “sendo parte de um texto interpretado”¹⁰⁶.

¹⁰² Nota 17.

¹⁰³ Idem nota 18, p. 773.

¹⁰⁴ COUTURE, Eduardo, J. *Fundamentos del Derecho Processual Civil*. 3ª Edição. Buenos Aires, Aniceto López, 1942, p. 65, n. 43.

¹⁰⁵ Conforme ocorria no Período Romano e Medieval, fato este, aliás, reiterado pelo Período Canônico, onde, além da confissão tácita, o contumaz era apenado com a excomunhão.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra, Almedina, 2010, 4.ª cap., Parte IV, p. 1202.

A normatividade não se relaciona com o texto da norma, pois é o resultado da interpretação que se apresenta como norma jurídica. O que, diferentemente, caracteriza o “texto da norma” é a sua validade, que consiste, de um lado na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem a esta o seu comportamento e, do outro, na obrigação dirigida ao juiz de utilizar, na sua integralidade, os textos das normas jurídicas adequadas ao caso particular e de trabalhar corretamente de um ponto de vista metódico.

A teoria da norma, repousa nas palavras de Cristiana Queiroz¹⁰⁷, para quem a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como o resultado de um trabalho de construção, designado de concretização.

Dentre esse conceito, Friedrich Müller¹⁰⁸, em sua teoria estruturante da norma, dispõe que a prescrição positiva é apenas o ponto de partida na estruturação da norma, visto que a prescrição literal serve, em regra, para elaboração do programa da norma.

Sendo assim, convergindo com as palavras de Robert Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes¹⁰⁹.

Portanto, a estruturação da norma e de seus princípios norteadores seriam a contumácia e a norma, em seu sentido positivo e específico, a revelia, daí a disparidade conceitual e histórica entre os institutos e a consequência do último como sendo efeito e resultado normativo do primeiro.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

In fine, evidente que o objetivo processual contemporâneo é dar efetividade em prol da desburocratização e informalidade dos atos processuais, sem que, para isso, sejam desvirtuados certos institutos, mas que também não os transporte para esferas formalmente complexas, que dificultam, ou até mesmo impossibilitam, sua aplicação.

Tanto que em marco referencial acerca da instrumentalidade processual, o nobre jurista Candido Rangel Dinamarco¹¹⁰ apresenta a contumácia como sendo de

¹⁰⁷ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional**. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

¹⁰⁸ Friedrich Müller. **Métodos de Trabalho no Direito Constitucional**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

¹⁰⁹ Robert Alexy. **Theorie der Grunderchte**. Baden-Baden: Nomos, 1994, p. 86.

¹¹⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 166.

ambas as partes, a qual possui como seu efeito a revelia, referenciando como contemporâneo nosso ordenamento jurídico, senão vejamos:

“(...) A contumácia das partes pode levar desde a simples paralisação do processo até à sua extinção sem julgamento do mérito (*absolutio ab instantia*), e à antecipação desse julgamento, com aceitação dos pontos de fato colocados pelo autor. O efeito da revelia, associado à antecipação do julgamento, constitui um dos pontos de mais significativa inovação introduzidos na legislação processual civil pelo Código vigente, onde o escopo jurídico de atuação da lei passa a plano secundário e mais se atende à preocupação de pacificar, tratando o litígio segundo o grau de conflituosidade revelado pelo comportamento dos sujeitos.(...)”

Sob o prisma instrumental de Dinamarco¹¹¹, podemos observar a contumácia e a revelia como elementos conjuntos, tratando-se de gênero e grau, os quais, caso sejam estudados de forma autônoma, estariam avalizando uma forma inócua e desvirtuada de seus reais efeitos, ficando sem um conceito específico ou apócrifo, sentido este encontrado, se colocarmos a revelia como efeito da contumácia, como demonstrado, desvirtuando e desestabilizando os valores processuais da segurança, efetividade, justiça e paz social¹¹².

9. CONCLUSÃO

Podemos, portanto, admitir ser a contumácia gênero, possuindo como grau o efeito à revelia, esta também entendida como norma oriunda da normatização da contumácia, possuindo como natureza jurídica um efeito punitivo processual com natureza “penal”¹¹³, o qual resulta em hipótese de restrições das garantias fundamentais de ampla defesa e contraditório amplo e irrestrito.

¹¹¹ Idem, nota 111.

¹¹² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em sua obra **Do Formalismo**, 2ª Edição, pp. 65-73, esclarece que os fins do processo podem ser reunidos nesses valores, em função dos quais se dá sua organização.

¹¹³ Sob a luz da “doutrina penal da contumácia”.

REFERÊNCIAS

- AMARAL Santos, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Jurídico, 1977.
- ALEXY, Robert. **Theorie Der Grunderchte**. Baden-Baden: Nomos, 1994.
- ALSINA, Hugo. **Defesas y Excepciones**, in “*Studi in onore di Enrico Redenti*”. Milano, 1951.
- BUZAID, Alfredo. **Do Concurso de Credores no Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1952.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRAGA, Antonio Pereira. **Exegese do Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. M. Limonad, 1942 s.d.v 3.
- COSTA, Sergio. **Contumácia Civil**. São Paulo: Saraiva, 1959, volume IV.
- CALMOM DE PASSOS, J.J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v.3.
- CARNELUTTI, Francesco Carnelutti. **Sistema Del Diritto Processuale Civile**. Padova: Cedam, 1939, vol. III.
- CORTESE, Ennio. **Enciclopédia de Direito**. Roma: Varese, A. Giuffrè, 1962.
- CASTRO, Leonardo Prieto. **Derecho Procesal Civil**. Espanha: Zaragoza, Libr. General, 1949, Tomo 2.
- CARRATA, Antonio. **Il Principio Della Non Contestazione Nel Processo Civile**. Padova, Itália: Cedam, 2009.
- COUTURE, Eduardo, J. **Fundamentos Del Derecho Processual Civil**. 3ª Edição. Buenos Aires: Aniceto López, 1942.
- CIPRIANI, Franco. **Piero Calamandrei e La Procedura Civile**. Napoli, Itália: *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2007.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FREITAS, Teixeira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1947.

FREDERICO MARQUES, José. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1974, Volume 2.

FRAGA, Afonso. **Instituições de Processo Civil do Brasil**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1940.

GUELFY, Francesco Filomusi. **Il Processo Civile Contumaciale nel Diritt**. Roma: Napoli, 1873, p. 59.

GRANATA, Letterio. **Contumácia Matéria Civil**. Roma: in Enciclopédia Jurídica Italiana, 1902.

GIANNOZZI, Giancarlo. **La Contumácia Nel Processo Civile**. Milano: A. Giuffrè, 1963.

GASP, Jaimep. Tradução de “Instituições do novo Processo Civil Italiano”, *Instituciones Del Nuevo Processo Civil Italiano* de CARNELUTTI, Francesco. Barcelona, 1942.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Processal Civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Barcelona, 1942.

JOFRE, Tomas. **Manual de Procedimentos**. Buenos Aires: La Ley, 1941, vol.I.

LIMA, Silva. **Código de Processo Civil Brasileiro Comentado**. 1ª Ed. São Paulo, Forense, 1940 v.1.

LEITE, Gisele Pereira Jorge Leite. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 74, 01/03/2010. [Internet], disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7502. Acesso em 09/03/2012.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araujo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953, v.3.

MORAES CARVALHO, Alberto Antonio de. **Prática Forense**. Praxe 3. Rio de Janeiro: Forense, acomodada por Levindo Ferreira Lopes, 1970.

MOREL, René. **Traité Elementaire de Procedure Civile**. Paris, 1949.

MATIROLLO, Luigi. **Tratatto di Diritto Giudiziario Civile Italiano**. Torino, 1903.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, vol. 1.

MONTESQUIE, Charles. **Do Espírito das Leis**. Livro Vigésimo-Nono. Da Maneira de Compor as Leis.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do formalismo**. 2^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

RISPOLI, Arturo. **Il Processo Civile Contumaciale**. Milão, 1911.

SILVA, Plácido de. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 1^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2^a Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Laurina. **Da Ação e do Processo Civil na Teoria e na Prática**. 1^a Edição. São Paulo: Saraiva, 1978.

WACH, Adolph. **Conferencias Sobre La Ordenanza Processal Civil Alemana**. Tradução de Ernesto Krotochin. Buenos Aires, 1958.