

PONTOS COMUNS ENTRE O PROCESSO CIVIL NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS E NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL*

MARCO ANTONIO BOTTO MUSCARI

Juiz de Direito Auxiliar da Comarca de São Paulo - Capital

ELABORAÇÃO E INÍCIO DE VIGÊNCIA DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS¹.

Filipe I cometeu a vários desembargadores (Pedro Barbosa, Paulo Afonso, Jorge de Cabedo, Damião de Aguiar e Afonso Vaz Tenreiro) a reforma das Ordenações.

A obra foi concluída em 1595, mas só passou a vigorar em 1603, já no reinado de Filipe II, por força da lei de 11 de janeiro.

A estrutura da compilação é a mesma das Ordenações anteriores, quase sempre copiadas pelos redatores, incluindo algumas leis posteriores, especialmente aquelas da coleção de Duarte Nunes.

* Trabalho apresentado no final do primeiro semestre de 1996 aos Professores Doutores José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ As informações lançadas neste tópico foram extraídas do *resumo das Lições de História do Direito Português*, de Manuel Paulo Merêa, Coimbra Editora Ltda., 1925, pp. 139/140.

Às obscuridades e contradições existentes no texto deu-se o nome de *filipismos*.

Por lei de 29 de janeiro de 1643, D. João IV confirmou as Ordenações de Filipe II, que ainda permaneceram em vigor por mais de duas centúrias.

PONTOS DE CONTATO ENTRE O PROCESSO CIVIL NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS E NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

O segundo modo de citar *he per Porteiro* (...). E este tal Porteiro pôde citar sem licença do Julgador, se a citação houver de ser feita dentro no lugar, ou em seus arrabaldes (Tít. 1, n. 1).

Precursor do atual oficial de justiça, o porteiro devia agir munido do necessário mandado.²

O art. 230 do Código de Processo Civil também permite que, nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça efetue citações ou intimações em qualquer delas.

Trata-se, como observa Candido Rangel Dinamarco,³ de mitigação imposta ao *princípio da territorialidade da jurisdição*.

Em nosso Estado, o Conselho Superior da Magistratura aprovou parecer emitido pelos MM. Juízes Ricardo Cintra Torres de Carvalho e Francisco Eduardo Loureiro, no Processo CG-97.599/93 (DOJ de 17-11-95, p. 59), disciplinando a prática de atos nas *Comarcas agrupadas*.

E póde o Juiz na terra, onde o for, mandar citar em todo caso per Porteiro. E fóra de seu territorio poderá mandar citar per Carta precatória, segundo se dirá adiante (Tít. 1, n° 2).

O art. 200 do Código de Processo Civil prevê a expedição de carta precatória quando o ato processual haja de realizar-se fora

² Cf. Luiz Carlos de Azevedo, *O Direito de ser Citado*, Ed. Resenha Universitária, 1980, p. 278.

³ *A Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros Editores, 1995, p. 90.

dos limites territoriais da comarca (ou seção judiciária, em se tratando da Justiça Federal).

E nas Cartas precatórias se deve declarar o Juiz, a que he cometido, que mande fazer a citação. E as Cartas, que forem dos superiores irão geralmente dirigidas a qualquer Tabellião, a que as Cartas forem mostradas. E nellas irá declarado o nome do que ha de ser citado, e a razão por que, e onde he morador, e onde ha de apparecer, e em que dia, e a cujo requerimento, e se ha de apparecer pessoalmente, se per Procurador bem informado, para se defender, e dizer de seu direito, no caso em que pôde mandar Procurador (Tít. 1, nº 5).

Chama-se carta de ordem àquela dirigida por tribunal a juiz que lhe é subordinado (art. 201 do CPC). Os requisitos essenciais das cartas são: I - a indicação dos juizes de origem e de cumprimento do ato; II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III - a menção do ato processual, que lhe constitui o objeto; IV - o encerramento com a assinatura do juiz (art. 202 do CPC).

E se em a Carta da citação for declarada a razão, por que o autor manda citar o Réo, e depois o autor quizer mudar a substância da demanda, em outro modo do que se contém na Carta, não será o réo obrigado responder, sem ser outra vez citado, e pagando-lhe primeiro todas as custas.... (Tít. 1, nº 7).

Citado o réu, completou-se a formação do processo e a sua própria estabilização definitiva está a um passo.⁴ A partir daí, não pode o autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu (art. 264 do CPC). Sendo este revel, permite-se a alteração do *petitum* ou da *causa petendi*, mas *deve* o autor promover nova citação, assegurando-se ao réu o direito de responder em quinze dias (art. 321 do CPC).

O quarto modo de citar he per edictos, e estes se tem, quando a pessoa, que há de ser citada, não he certa, e se he

⁴ Cf. E. D. Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1987, II vol., p. 466.

certa, não he certo, nem sabido o lugar, onde stá. E posto que seja certo e sabido, se o lugar fôr perigoso, por onde com razão a citação se não deve fazer em pessoa do que se requiere ser citado, em estes casos e outros semelhantes, por onde se a citação não possa, ou não deva fazer em pessoa, mandamos, que sejam dados pregões pelas praças dos lugares, onde os réos por Direito devem e podem ser demandados, e postos Alvarás de edictos nos Pelourinhos, e em outros lugares semelhantes... (Tít. 1, nº 8).

A citação editalícia é possível nas seguintes hipóteses (art. 231 do CPC): I - quando desconhecido ou incerto o réu; II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; III - nos casos expressos em lei, dentre os quais se inclui, exemplificativamente, o art. 999, § 1º, do Estatuto Processual.⁵

O edital será afixado na sede do juízo e publicado uma vez no Diário Oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, desprezando-se estas últimas publicações quando a parte for beneficiária da assistência judiciária (art. 232, incs. II e III e § 2º do CPC).

... o que havia de ser citado, se escondeu ou absentou, por não ser citado (...) deve ser citado à porta da casa, onde costuma morar a mór parte do anno, perante sua mulher, ou familiares de casa, ou vizinhos da rua e amigos, não stando hi a mulher, ou familiares, aos quaes ser requerido, que notifiquem a citação ao deve absente, que a termo certo pareça perante o Juiz, que o manda citar (Tít. 1, nº 9).

Após três tentativas infrutíferas, se o oficial de justiça suspeitar que o citando se oculta, intimará a qualquer pessoa da família, ou em sua falta, a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar. No dia e hora designados, o oficial comparecerá ao domicílio ou residência do

⁵ Vale lembrar que Vicente Greco Filho tacha de inconstitucional o referido artigo de lei, por afronta à garantia do contraditório; para o ilustre processualista, herdeiros residentes em comarca diversa daquela por que tramita o inventário devem ser citados por *precatória* (*Direito Processual Civil Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1989, 3º vol., p. 246).

citando, para realizar a diligência. Não o encontrando, procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação. Pessoa da família ou qualquer vizinho receberá contrafé da certidão da ocorrência e o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência. Esta a disciplina da citação com hora certa (arts. 227 a 229 do CPC).

A parte não será citada mais de huma vez em cada um negócio, e por aquella citação procederão até sentença deffinitiva inclusive. (Tít. 1, nº 13).

Quem notifica, ou intima, só se refere a certo ponto do processo. Quem cita refere-se à instauração da demanda e à continuação do processo, ao processo mesmo, donde dizer-se que a citação é, à diferença da notificação e da intimação, *continuativa*.⁶ Logo, ainda hoje existe uma única citação para todo o processo.⁷

Toda a citação deve ser feita de dia, em quanto o Sol dura. E sendo feita antes que o Sol saia, ou depois que se pozer, não valerá cousa alguma. A citação, que he feita em dia feriado á honra e louvor de Deos para o citado responder em dia não feriado, não valerá, salvo onde o réo se quizer absentar para outra parte, ou a aução do autor fosse de tal qualidade, que pereceria, se a citação não fosse feita naquele dia, porque em tal caso valerá a citação feita em dia feriado para responder no dia não feriado (Tít. 1, nºs. 16 e 17).

De regra, os atos processuais devem realizar-se em dias úteis, das 6 às 20 horas. A título excepcional, pode-se realizar citações, mediante expressa autorização do juiz, em domingos e feriados, ou nos dias úteis, fora do referido horário (arts. 172, *caput* e § 2º do CPC).

⁶ Cf. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1996, Tomo III, p. 200.

⁷ Atente-se para o fato de que o processo de execução fundado em título judicial instaura-se nos mesmos autos do processo cognitivo; há, então, duas citações *nos mesmos autos*, mas em *processos distintos*.

Geralmente em todo o caso no começo da demanda deve ser citada a parte principal, a que o negócio toca, e não seu Procurador, ainda que seja geral, ou special para aquelle acto, para que se quer fazer a citação. Porém, se o réo fôr absente da Comarca e correição, onde fôr morador, poderá ser citado seu Procurador no começo da demanda, se tiver procuração geral, ou special, sufficiente para aquelle acto, para que o querem citar; e se na procuração (postoque seja geral para demandar) fôr conteúdo, que esse Procurador não possa ser citado nos casos, onde se houver de fazer nova citação, não poderá o dito Procurador geral ser citado. Porém, se per virtude da tal procuração o Procurador demandar alguma pessoa, poderá o demandado reconvir o dito Procurador, sem embargo da tal cláusula posta na procuração, se fôr causa, em que caiba reconvenção (Tít. 2, pr.).

A procuração geral para o foro habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para *receber citação inicial*, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso (art. 38 do CPC).

Na hipótese de reconvenção, o próprio art. 316 do Estatuto Processual confere poderes ao advogado do reconvido para receber citação.⁸

E o órfão varão menor de quatorze anos, e a femea menor de doze, e a viuva honesta, e pessoas miseraveis, ainda que sejam autores, tem privilegio de escolher por seu Juiz os Corregedores da Corte, ou Juiz das auções novas na Casa do Porto, sendo do seu districto, ou os Juizes ordinários do lugar,

⁸ O Código fala que o autor-reconvido será *intimado*, mas há quem entenda tratar-se de verdadeira citação. Nesse sentido, Antonio Cláudio da Costa Machado (*Código de Processo Civil Interpretado*, Ed. Saraiva, 1993, p. 267). Contra, sustentando que o reconvido é apenas *intimado*, Humberto Theodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Forense, 1994, vol. 1, p. 388) e José Frederico Marques (*Manual de Direito Processual Civil*, Ed. Saraiva, 1987, 2º vol., p. 94).

a que diretamente pertenceria o conhecimento da causa, qual elles mais quizerem (Tít. 5, nº 3).

Em dispositivos que guardam similitude com as Ordenações Filipinas, o Código de Processo Civil reza que: a) alimentados podem ajuizar a ação de alimentos no foro de seu domicílio ou residência (art. 100, inc. II); b) as demandas objetivando a separação judicial, a conversão desta em divórcio e a anulação do casamento podem ser propostas pela mulher no foro da sua residência (art. 100, inc. I).

Nestes casos, o legislador considerou necessário favorecer processualmente a defesa dos interesses da mulher e do alimentando, partindo do pressuposto (verdadeiro, na maioria das vezes) de serem a parte mais fraca, merecedora de especial tutela.⁹

Promulgada a Carta Magna de 1988, questionou-se a constitucionalidade do art. 100, inc. I, do Estatuto Processual, já que a *cidadã* preconiza: *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição* (art. 5º, inc. I).

Chamada a enfrentar o tema, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu inexistir qualquer afronta ao princípio constitucional da igualdade entre homem e mulher.¹⁰ Em sede doutrinária, idêntica é a opinião de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery.¹¹

E se algum privilegiado se obrigar per scriptura pública, ou que tenha força de scriptura nos casos, em que se ella requer, a responder por alguma razão, ou a pagar alguma divida em certa Villa, ou lugar, ou perante certo e declarado Juiz, poderá ahi perante elle ser citado e demandado, postoque hi não seja achado sem embargo de qualquer privilegio, que em contrario tenha. O que haverá lugar assi nos que, sendo

⁹ Cf. Athos Gusmão Carneiro, *Jurisdição e Competência*, Ed. Saraiva, 1989, p. 74.

¹⁰ RJTJESP-LEX 132/279 - Rel. Desembargador Marino Falcão; RJTJESP-LEX 134/283 - Rel. Desembargador Cesar de Moraes.

¹¹ *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 361.

demandados, podem escolher por seu Juiz os Corregedores da Còrte, e o Juiz das auções novas na Casa do Porto, ou os Juizes ordinarios de seu fôro, como nos outros, que diretamente devem ser demandados na Còrte, pois por vontade se obrigaram a isso (Tít. 6, nº 2).

O Código de Processo Civil permite que as partes modifiquem as regras de competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações (art. 111).

Todo o que he citado pode mandar seu Procurador bastante, que haja de responder por elle, e não he obrigado ir responder a Juizo pessoalmente contra sua vontade; salvo quando for citado expressamente para apparecer em pessoa, ou quando o Julgador lho mandar expressamente, para lhe fazer perguntas, que necessariamente pertençam a bem do feito, sem as quaes devidamente não póde ser despachado; porque nestes casos deve vir em pessoa a Juizo, e responder ás perguntas, que lhe forem feitas, e não vindo, ou não respondendo a ellas, poder-lhe-há pôr pena de dinheiro, ou havel-o por rével, postoque seja presente, e proceder contra elle no feito á sua revelia, segundo a qualidade do feito requerer, e lhe bem parecer(Tít. 7, pr.).

As partes podem ser ouvidas pelo juiz em depoimento pessoal (art. 343 do CPC) ou em interrogatório (art. 342 do CPC).

As diferenças entre os dois institutos são as seguintes: a) o interrogatório é ordenado de ofício, ao passo que o depoimento pessoal pode ser requerido pelo outro litigante; b) o interrogatório pode ser ordenado e colhido em qualquer fase do procedimento, enquanto o depoimento pessoal deve ser colhido na audiência de instrução e julgamento, após os esclarecimentos dos expertos e antes da oitiva de testemunhas (art. 452 do CPC); c) o depoimento pessoal é único, mas é possível a produção de vários interrogatórios; d) a sanção à parte que não comparecer para prestar depoimento pessoal é a *confissão ficta*, enquanto que o não comparecimento para interrogatório, apesar de configurar violação ao dever insculpido no art. 340, inc. I, do Estatuto Processual,

pode conduzir apenas (e excepcionalmente!) à pena de litigância de má fé.¹²

O marido, ou mulher não podem ser citados no dia de sua voda, nem dahi a nove dias contados do dia, em que cazarem, e a citação feita no dito tempo, será havida por nenhuma (Tít. 9, nº 8).

Salvo para evitar o perecimento de direito, não se fará a citação aos noivos, nos três primeiros dias de bodas (art. 217, inc. III, do CPC).

... o marido não poderá ser citado no tempo, em que tiver sua mulher morta, nem no dia em que fôr enterrada, nem desse dia a nove dias. E o mesmo se guardará na mulher, a que morrer o marido, e na pessoa, a que morrer o pai, mãe, irmão, ou irmã, filho ou filha (Tít. 9, nº 9).

Salvo para evitar o perecimento de direito, também não se fará a citação ao cônjuge ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes (art. 217, inc. II, do CPC).

E se a pessoa, que fôr citada perante algum nosso Juiz, onde com direito e razão havia de responder, depois de ser citado, se fôr morar a outra parte fóra de nossa jurisdição, ou do Juiz, perante quem foi primeiro citado, posto que já não stê no seu território, nem em nossa jurisdição (Tít. 12, nº 7).

Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta (i.e., tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara), sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia (arts. 87 e 263 do CPC). O dispositivo institui o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

¹² Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, ed. Saraiva, 1987, 2º vol., pp. 444-6.

O extinto Tribunal Federal de Recursos decidiu que a mudança de domicílio, ocorrida após o ajuizamento da ação, não modifica a competência do juízo, a teor do princípio inserto no art. 87 do Código de Processo Civil.¹³

Em todo termo, que por qualquer maneira fôr assinado, não se entenderá nelle o dia, em que o tal termo fôr assinado (Tít. 13, pr.).

Também no Direito atual computam-se os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento (art. 184, *caput*, do CPC). Consagra-se a regra comumente expressada através do brocardo *dies a quo non computatur in termino*.

E assinando o Julgador termo a alguma parte, que até certos dias, ou mezes appareça em Juizo, ou faça algum outro ato judicial, o dia derradeiro, em que se acabar o termo, será comprehendido nelle; salvo se fôr dia feriado, em que tal acto se não possa fazer, porque então não será o derradeiro dia contado no termo, mas aquelle, a que o termo foi assinado, será obrigado fazer o que lhe foi mandado, no primeiro dia logo seguinte não feriado, em que o dito acto se possa fazer (Tít. 13, nº 1).

O dia do vencimento do prazo é computado, mas há prorrogação até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que: I - for determinado o fechamento do fórum; II - o expediente forense for encerrado antes da hora normal (art. 184, *caput* e § 1º do CPC).

Se uma pessoa fizer citar outra perante algum Julgador, e o citado apparecer em Juizo per si ou per seu Procurador no termo, que foi citado, e não apparecer o que o fez citar, per si, nem per seu Procurador, ou se appareceo, não fez Procurador, nem pôz libello, ou petição per scripto e o citado pedir ao Juiz que o absolva de tal citação, pois o que o fez citar, não apparece, o Juiz o absolverá da citação e instancia, e condenará o autor nas custas. E se depois o tornar a citar, e o

¹³ 1ª Seção, CC 8.138-RJ - Rel. Ministro Willian Patterson.

citado aparecer, e não aparecer o que o fez citar, absolvel-o-ha outra vez daquella instancia, e condenará o autor nas custas. E se terceira vez o fizer citar, e o citado aparecer em Juizo, e não o que o fez citar, pela sobredita maneira, o citado será absoluto, e o que fez citar, condenado nas custas. E não poderá mais por aquella causa cital-o em tempo algum (Tít. 14, pr.).

A recente Lei Federal nº 9.099 (Juizados Especiais) prevê a extinção do processo sem exame do mérito, quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências (art. 51, inc. I). A menos que a ausência decorra de comprovada força maior, responderá o demandante pelo pagamento de custas (§ 2º do art. 51).

O parágrafo único do art. 268 do Estatuto Processual instituiu a figura da preempção da ação, em virtude de três extinções por abandono. Nesta hipótese, fica o autor impossibilitado de deduzir o mesmo pedido frente ao réu, fundado na mesma causa de pedir. Poderá, entretanto, alegar em defesa o seu direito.

E se o autor aparecer em Juizo, e não fizer Procurador, e der libello, ou petição per scripto, e então se absentar, e o libello fôr já recebido, ou o Julgador o receber, depois de elle se absentar, poderá o réo seguir o feito, e mostrar todo seu direito á revelia do autor (...). Porém, se o réo quizer, tanto que o autor se absenta em qualquer parte do Juizo, sem deixar Procurador, pedir que o absolvam daquella instancia, e não quizer seguir o feito á revelia do autor, o Julgador o absolverá da instancia, e condenará o autor nas custas (...). E em todos os casos (...) que o réo seja absoluto da instancia, e condenado o autor nas custas, não será jamais recebido o autor tornar á dita demanda, sem primeiro pagar ao réo todas as custas, em que foi condenado, quando o réo foi absoluto da instancia (Tít. 14, nºs. 1, 2 e 3).

O art. 267, inc. III, do Código de Processo Civil prevê a extinção do processo sem julgamento do mérito quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias.

Antes de proferir sentença terminativa, o juiz ordenará a intimação pessoal da parte, a fim de que esta supra a falta em quarenta e oito horas (art. 267, § 1º, do CPC).

Como se viu linhas atrás, as Ordenações Filipinas deixavam ao nuto do réu a *absolvição da instância*, podendo ele insistir no prosseguimento do feito, a despeito do abandono do autor.

Hoje em dia existe dissenso quanto à possibilidade de o juiz decretar, *ex officio*, a extinção do processo com base no art. 267, inc. III, do Código de Processo Civil.

A menos que se verifique a perempção, a extinção do processo fundada no abandono da causa pelo autor não obsta a que este repropõe a ação. A petição inicial não será, todavia, despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e honorários advocatícios relativos ao processo anterior (art. 268, *caput* e parágrafo único, do CPC).

Porém, se a parte, que fôr rével, aparecer em Juízo, antes que a sentença seja passada pela Chancellaria, ou entregue á parte, onde não houver de passar pela Chancellaria, tomará o feito no ponto, em que o achar (Tít. 15, nº 1).

Contra o revel, os prazos correm independentemente de intimação. Poderá ele entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra (art. 322 do CPC).

Trez pessoas são por direito necessarias em qualquer Juízo, Juiz que julgue, autor que demande, o réo que se defenda (Tít. 20, pr.).

Bastante antiga a assertiva de que *iudicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei*.

Já se entrevê, aí, a idéia da relação jurídica processual, com *sujeitos*, objeto e pressupostos diversos da relação de direito material.

E no começo da demanda dirá o Juiz á ambas as partes, que antes que façam despezas, e se sigam entre elles os odios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas

por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso (Tít. 20, nº 1).

A Lei dos Juizados Especiais (nº 9.099/95 ordena que, aberta a sessão de conciliação, o juiz esclareça as partes sobre as vantagens da composição amigável, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio (art. 21).

Offerecido o libello na audiência, o Juiz o mandará ler, para ver se articula de certa quantia de fructos, rendimentos, ou interesses; e não se articulando de certa quantia, não receba libello, e mandará fazer a dita declaração, porque as sentenças devem ser dadas sobre cousa certa (Tít. 20, nº 5).

De regra, o pedido deve ser certo e¹⁴ determinado (art. 286 do CPC).

Pedido determinado é o que externa uma pretensão que visa a um bem jurídico perfeitamente caracterizado. Certo é o pedido que deixa claro e fora de dúvida o que se pretende, quer no tocante a sua qualidade, quer no referente a sua extensão e quantidade.¹⁵

E se o autor fôr estrangeiro, ou pessoa, que não seja de nossa jurisdição, não dando a dita fiança no tempo, que lhe fôr assinado, será condenado nas custas, e o réo absoluto da instancia do Juízo (Tít. 20, nº 6).

O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento (art. 835 do CPC).

¹⁴ A conjunção *ou* existente no texto legal vale por *e*, conforme adverte José Carlos Barbosa Moreira (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, Ed. Forense, 1996, p. 13).

¹⁵ Cf. J. J. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1988, III vol., p. 213.

Trata-se da *cautio iudicatum solvi*, cuja falta leva hoje à *absolvição da instância*, isto é, à extinção do processo sem exame do mérito.¹⁶

E da tal pronúnciação, e da condenação das custas não haverá apelação, nem agravo, sómente se poderá agravar no auto do processo (Tít. 20, nº 15).

A recente Lei Federal nº 9.139/95 introduziu no processo civil brasileiro o *agravo retido obrigatório*, interponível contra as decisões posteriores à sentença, salvo o caso de inadmissão da apelação (art. 523, § 4º, do CPC).

E quando o autor tornar a demandar o réo pela mesma causa, do que já foi absoluto da instancia do Juízo, e tornando a intentar outro libello, que isso mesmo seja tal, que pela materia delle não póde ter aução para demandar o réo, absolve-o-la de toda a causa, e condenará o autor nas custas, dando appelação, ou agravo, qual no caso couber, não cabendo em sua alçada (Tít. 20, nº 17).

O dispositivo em comento traz à baila o tema da extensão da *autoritas rei iudicatae* às decisões que decretam a *carência de ação*.

A tese parte da ampliação do conceito de *lide*, a fim de fazê-lo abarcar, além do objeto do pedido (que é o mérito), a própria admissibilidade desse mesmo pedido (condições da ação). O mérito seria, então, apenas uma parte, se bem que a parte essencial, da *lide*.¹⁷

Diante do art. 268, *caput*, do Código de Processo Civil, não se poderia cogitar de tal ampliação.

¹⁶ Cf. Antonio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil Interpretado*, Ed. Saraiva, 1993, p. 773.

¹⁷ Entre nós, quem discorreu com invulgar proficiência a respeito da atribuição da autoridade da coisa julgada à sentença em que se decreta a carência de ação, foi José Carlos Barbosa Moreira (*Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Borsoi, vol. XLIV, pp. 121-2).

Parece-me, todavia, de extrema utilidade, em termos de segurança jurídica, impedir que autor já declarado parte ilegítima repropõe a mesma ação, valendo-se de eventual entendimento contrário de outro magistrado. Em casos tais, melhor seria que o autor apelasse da sentença terminativa, em vez de aguardar o escoamento do prazo recursal e ajuizar a demanda noutra Vara.

E por quanto a opposição he como libello, acerca della se terá (quando com ella se vier) o mesmo modo de proceder, que se tem no libello. E vindo o oppoente com seus artigos de opposição a excluir assi ao autor, como ao réo, dizendo que a cousa demandada lhe pertence, e não a cada huma das ditas partes, se os tas artigos forem offerecidos na primeira instancia, e antes de se dar lugar á prova, serão logo recebidos na audiência, e assi os mais artigos de contrariedade, replica e treplica; e se vier com elles depois de dado lugar á prova, ou no caso da appellação, ou agravo, antes do feito ser finalmente concluso, no caso, em que per Direito com opposição possa vir, pronunciar-se-ha sobre ella per desembargo, e não se sobrestará no primeiro feito, antes se irá por elle em diante, até se dar final determinação. E a opposição correrá em feito apartado, e depois que o primeiro feito fôr findo, se proseguirá o feito da opposição contra o vencedor (Tít. 20, nº 31).

O direito atual também prevê a oposição, adequada para quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu (art. 56 do CPC).

Oferecida antes da audiência, a oposição será autuada em apenso e correrá simultaneamente com a ação (art. 59 do CPC). Ajuizada após o início da audiência, seguirá a oposição o procedimento comum ordinário, sendo julgada sem prejuízo da causa principal (art. 60 do CPC), com autuação apartada.

E vindo alguma parte assistir ao autor ou ao réo, será obrigado a tomar o feito nos termos, em que estiver, sem ser ouvido ácerca do que já fôr processado, posto que o pretenda ser per via de restituição, ou per outro qualquer modo. E se a assistência fôr depois de ser dada sentença na mór alçada,

poderá o assistente, per via de restituição, ou per outro modo jurídico, allegar contra a dita sentença o que lhe parecer ácerca do prejuizo, que ella lhe faz, sem o principal, contra quem se deu a sentença, ser mais ouvido como parte, nem se tratar de seu interesse (Tít. 20, nº 32).

Também hoje em dia o assistente recebe o processo no estado em que se encontra (art. 50, parágrafo único, do CPC).

Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II - desconhecia a existência de alegações ou de prova, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 55 do CPC).

Se o réo quizer recusar o Juiz por suspeito, ponha a recusação, antes que responda á demanda principal, porque se logo a não poser, não lhe será recebida depois que fizer algum acto, per que pareça consentir nelle; salvo se houver suspeição de novo. Porque a suspeição, que vem de novo, se póde pôr em todo o tempo antes da sentença, não fazendo a parte, depois que della teve noticia, algum acto, per que pareça haver consentido no Juiz (Tít. 21, pr.).

O prazo de quinze dias, tendendo ao oferecimento de exceção de suspeição do juiz, conta-se do fato que ocasionou a suspeição (art. 305 do CPC).

Não argüida tempestivamente a exceção, ficará preclusa sua alegação, considerando-se o magistrado compatível.¹⁸

E sendo postas a Corregedor de Comarca, sejam levadas ao Chanceller da Correição, e sendo a suspeição posta em fôrma que proceda, assi o julgum. E o dito Julgador não proceda mais no feito, até sobre a suspeição ser dado final

¹⁸ Cf. J. J. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1988, III vol., p. 337.

despacho, ou ser passado o termo, que se ha de determinar (Tít. 21, nº 4).

Nos dias que correm, recebida a exceção há automático sobrestamento do processo (arts. 265, inc. III, e 306, ambos do CPC).

E tanto que cada huma das partes se fina em qualquer tempo e parte do Juízo, logo cessa o juizo e instancia desse feito, e o Procurador; e não irão os Julgadores por elle mais em diante, até que os herdeiros daquelle, que se finou, sejam novamente citados, para fazerem novos Procuradores, ou confirmarem o que pelo defunto era já feito (Tít. 27, nº 2).

Falecendo qualquer das partes, suspende-se o processo (art. 265, inc. I, do CPC), impondo-se a substituição do finado por seu espólio ou pelos seus sucessores (arts. 43 e 1.055/1.062, todos do CPC).

Em todo o caso, em que o autor demandar em Juízo quantia, que passe de mil réis, ou cousa, que os valha, seja obrigado dar sua petição per scripto em fôrma devida (...). E se a causa, ou quantia demandada não passar de mil réis, não será o autor constrangido a formar petição per scripto, mas podel-a-ha dizer em Juízo per palavra, e o Tabellião, ou Scrivão a screverá no processo (Tít. 30, pr. e nº 1).

No Juizado Especial Cível, faculta-se ao autor a dedução oral do pedido, cabendo à Secretaria reduzi-lo a escrito (art. 14, *caput* e § 3º, da Lei 9.099/95).

A natureza da ação e reconvenção he, que ambas andem igual passo, e ambas sejam determinadas em huma sentença (Tít. 33, pr.).

Também hoje a reconvenção está submetida ao mesmo procedimento da ação, correndo ambas simultaneamente, sendo aplicável, analogicamente, as regras concernentes à cumulação de pedidos.¹⁹

¹⁹ Cf. Clito Fornaciari Júnior, *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1983, pp. 129-30.

Ação e reconvenção devem ser julgadas na mesma sentença (art. 318 do CPC).

A reconvenção não ha lugar, nem se pôde fazer, salvo, no caso onde ella he de tal natureza, que o Juiz tenha jurisdição para della conhecer ... (Tít. 33, nº 5).

Também a reconvenção deve preencher o pressuposto processual de validade relativo à competência do julgador.²⁰

Assim, se o juiz que vem processando a ação for incompetente para a reconvenção, inviável será a propositura desta última.

Em todo o caso, em que alguém fór demandado, por cousa móvel, ou de raiz, que tenha, ou possúa em seu nome, ou de outrem, assi em feito cível, como crime civelmente intentado, para cobrar e haver a dita cousa, pode chamar por autor qualquer pessoa, que entender provar, de que a houvesse. E em feito crime criminalmente intentado não haverá lugar a autoria. Porém, se algum demandasse alguma cousa, dizendo, que lhe fóra furtada, a qual fosse achada em poder de outro, e esse demandado por ella nomeasse por autor algum certo, que lha vendeo, deu e escaimbou, ou de quem a houve per outra qualquer via, etc., será recebido á autoria. E se esse nomeado por autor nomear outro, será recebido a isso, e assi dali em diante (Tít. 44, pr. e nº 1).

Atualmente é obrigatória a denunciação da lide ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta (art. 70, inc. I, do CPC).

O que for demandado por alguma cousa movel, ou de raiz, que elle possuisse e tivesse em nome de outro, assi como seu Lavrador, Colono, Inquilino, Rendeiro, Feitor, Procurador, ou por outro modo semelhante, elle pôde e deve nomear por autor á tal demanda o senhor da cousa, em cujo

²⁰ Cf. Clito Fornaciari Júnior, ob. cit. no tópico anterior, pp. 106-7.

nome a possúe, e a quem principalmente essa demanda pertence (Tít. 45, nº 10).

Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor (art. 62 do CPC).

Nenhum homem casado poderá sem procuração, ou outorga de sua mulher, nem a mulher sem procuração de seu marido, litigar em Juízo sobre bens de raiz seus próprios...(Tít. 47, pr.).

De acordo com o art. 10 do Estatuto Processual, o cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

E não trazendo o autor, ou oppoente, ou assistente procuração de sua mulher, não o receba á tal demanda e absolva o réo da instância do Juízo. E assi o absolverá, se o autor não fizer citar a mulher do réo no caso, em que o réo não tenha sua procuração sufficiente (Tít. 47, n.2).

Ainda hoje, se o demandante casado vier a juízo litigar sobre direitos reais imobiliários, e não obtiver o consentimento do cônjuge, a hipótese é de extinção do processo sem exame do mérito (art. 267, inc. XI, do CPC), recomendando-se mesmo o indeferimento da petição inicial, caso a falta não seja suprida no prazo da lei (arts. 284 e 295, inc. VI, ambos do CPC).

Sendo casado o réu, se o processo versar sobre as matérias arroladas no § 1º do art. 10 do Estatuto Processual, é imprescindível a citação do cônjuge, como litisconsorte necessário.

Caso o autor não promova a citação, apesar de instado a fazê-lo, proferir-se-á sentença terminativa (art. 47, parágrafo único, do CPC).

E querendo o marido demandar em Juízo bens de raiz próprios, ou de fóro, tributos, rendas ou pensões, e as mais coisas acima ditas, e sua mulher lhe não quizer dar para isso consentimento, nem fazer Procurador para a tal demanda, elle

a poderá pôr si só fazer, havendo primeiro auctoridade dos Juizes, donde forem moradores; aos quaes nós mandamos que lhe dêem, sendo certos que a dita sua mulher lhe não quer dar o dito consentimento, e que elle le tal que poderá e saberá fazer a demanda bem e verdadeiramente sem malicia, e por seu proveito e de sua mulher. E esta maneira se terá, quando o marido não quizer demandar, e a mulher o quizer fazer, havendo primeiro a dita auctoridade, a qual será outorgada com as qualidades acima ditas (Tit. 47, nº 5).

A autorização do marido e a outorga da mulher podem suprir-se judicialmente, quando um cônjuge a recuse ao outro sem justo motivo, ou lhe seja impossível dá-la (art. 11, *caput*, do CPC).

Primeiramente o pai, ou mãe não podem ser testemunhas, nem serão perguntados nos feitos dos filhos por eles, nem contra elles. E bem assi o avô, ou bisavô por o neto, ou bisneto, e dahí em diante, por elles, nem contra elles, e assi o neto, ou bisneto no feito do avô, ou bisavô. Podem porém o pai, ou bisneto no feito do avô, ou bisavô. Podem porém o pai, ou mãe ser perguntados no feito do filho, ou filha, quando fôr a questão sobre a sua idade, porque tem mais razão de o saber, que outra nenhuma pessoa; porém não lhe darão fé cumprida, mas serão cridas, como pessoas suspeitas (Tit. 56, n.1).

São impedidos de depor como testemunha o cônjuge, ascendente e descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito (art. 405, §. 2º do CPC).

O inimigo capital de algum não será perguntado por testemunha contra elle (Tit. 56, nº 7).

O inimigo capital da parte é suspeito (art. 405, § 3º, inc. III, do CPC).

Para que se abbreviem as demandas com guarda do direito e justiça das partes, mandamos que os Julgadores

julguem, e determinem os feitos segundo a verdade, que pelos processos for provada e sabida, ou por confissão da parte, não julgando mais do pedido pelo autor... (Tit. 63, pr.).

É defeso ao Juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (art. 460, *caput*, do CPC).

E todo Juiz póde revogar sua sentença interlocutória, antes que dê a deffinitiva, porque depois que a deffinitiva he dada, já se não entremetterá mais para julgar em aquelle feito, que já he findo; assi a sentença deffinitiva não poderá, ser por o Juiz, que a deu, mais revogada, porque deu por ella fim a todo seu Juizo (Tit. 65, pr.).

Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: I - para lhe corrigir inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos declaratórios (art. 463 do CPC).

Todo Julgador, quando o feito fór concluso sobre a deffinitiva, verá e examinará com boa diligência todo o processo, assi o libello, como a contestação, artigos, depoimentos, a elles feitos, inquirições, e as razões allegadas de huma e outra parte; e assi dê a sentença deffinitiva, segundo o que achar allegado e provado de huma parte e da outra, ainda que lhe a consciencia dicte outra cousa, e elle saiba a verdade ser em contrario do que no feito fór provado; porque sómente ao Principe, que não reconhece superior, he outorgado per Direito, que julgue segundo sua consciencia... (Tit. 66, pr.).

A conjugação deste dispositivo com o do Título 66, nº 7 (transcrito adiante), permite afirmar que se adotava, já naquela época, o *princípio do livre convencimento motivado*, também denominado de *persuasão racional*: o juiz aprecia livremente as provas, atendendo aos fatos e circunstâncias *constantemente dos autos*; mas deve indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Porém, se o Julgador, como Juiz em auto Judicial, visse alguma coisa, que não estivesse no feito, poderá segundo sua consciencia mandar ajuntar os autos, que assi vio, como Juiz em auto judicial; e tanto que forem juntos, julgará segundo a prova do feito, e autos, que assi segundo sua consciencia mandou ajuntar (Tit. 66, pr.).

Tem-se aqui autorização para a iniciativa probatória do juiz.

O art. 130 do Código de Processo Civil permite que o juiz, mesmo de ofício, determine as provas necessárias à instrução do processo.

A atividade probatória do juiz assume especial relevo no processo civil moderno,²¹ e as críticas daqueles que se opõem à iniciativa oficial não sobrevivem aos argumentos de José Roberto dos Santos Bedaque, em sua vitoriosa dissertação de mestrado.²²

O Julgador sempre dará sentença conforme ao libello, condenando, ou absolvendo em todo, ou em parte, segundo o que achar provado pelo feito. E se achar que se prova tanto, que faça meia prova, julgará segundo dissemos neste Livro (...). E quanto às custas, fructos e interesse, póde julgar aquillo, que se mostrar pelo feito, que acresceu depois da lide contestada em diante, inda que pela parte não seja pedido; porque todas as cousas, que acontecem em Juizo depois da lide contestada, pertencem ao officio do Juiz, ainda que não sejam pedidas. E será outrosi avisado, que dê sentença certa em certa quantidade, ou em certa cousa. E se der sentença incerta não valerá, salvo se a dita sentença incerta podesse ser certificada pelos autos do processo, ou se podesse liquidar na execução della, assi como os fructos e interesses, de que acima falámos, quando pela prova dada aos artigos não poder bastantemente constar da quantidade dos ditos fructos, ou interesses, para sobre elles pronunciar sentença certa. Porém, algumas vezes nos Juizos e auções principaes se póde pedir, e dar sentença

²¹ 1º TACSP - AI 597.763-7 - 8ª Câmara - j. 31-8-94 - Rel. Juiz Franklin Nogueira.

²² *Poderes Instrutórios do Juiz*, Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

geral e incerta: pode-se pôr exemplo naquelle, que se diz herdeiro de outro, pedindo ser declarado por herdeiro, e que seja entregue de toda a herança, que universalmente ficou daquelle, cujo herdeiro diz ser... (Tít. 66, nº 1, 2 e 3).

É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (art. 460, *caput*, do CPC).

Também é vedado ao julgador proferir sentença ilícida, quando o autor houver formulado pedido certo.

As raras hipóteses em que é dado ao autor formular pedido genérico - e, por conseguinte, facultado ao juiz proferir sentença dessa natureza - estão arroladas nos incs. do art. 286 do Código de Processo Civil: I - nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito; III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

E não deve dar sentença condicional, salvo, se a condição logo fosse cumprida, assi como se o Julgador condenasse o réo no que o autor jurasse que lhe era devido, porque em tal caso poderá dar a dita sentença condicional (Tít. 66, nº 4).

No sistema do Código de 1973, permite-se a sentença condicional.²³ Todavia, ela deverá ser certa tanto quanto à relação jurídica, como no atinente à condição. Em sendo condenatória, a condição declarada certa é elemento preliminar ou preparatório da execução, como está expresso no art. 572 do Estatuto Processual.²⁴

²³ O asserto é de Moacyr Amaral Santos, em comentário à antiga redação do art. 461 do CPC, hoje encontrada no parágrafo do art. 460 (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1988, IV vol., p. 415).

²⁴ Cf. Moacyr Amaral Santos, ob. e loc. citados na nota anterior.

... mandamos que todos nossos Desembargadores, e queles outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificadamente em suas sentenças deffinitivas, assi na primeira instancia, como no caso da appelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar (Tít. 66, nº 7).

Tínhamos já o dever de motivação dos atos decisórios, traçado com precisão invulgar desde as Ordenações Manoelinas.²⁵

Atualmente, a própria Constituição Federal determina que todas as decisões proferidas por órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, inc. IX).

Quando o Juiz der sentença final, em qualquer caso, de qualquer qualidade que seja, sempre condenará em custas, ao menos do processo, assi ao réu, que fôr vencido, como ao autor, quando o réo fôr absoluto, sem poder dellas relevar cada huma das partes, postoque lhe pareça, que cada huma dellas teve justa causa para litigar, salvo entre as pessoas, em que por bem das Ordenações não ha custas (Tít. 67, pr.).

No direito atual, por força do art. 20 do Código de Processo Civil, o vencido é condenado ao pagamento de despesas processuais (que incluem as custas) e honorários advocatícios.

Vencido é aquele *contra* o qual o direito é declarado, *contra* o qual a sentença é proferida, ainda que não haja contestado *in iudicio* a pretensão adversária, ou tenha optado pela contumácia.²⁶

A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias, assim como o Ministério Público, estão isentos da taxa judiciária (art. 5º da Lei estadual nº 4.952/85).

Beneficiários da assistência judiciária gratuita, quando vencidos, devem ser condenados ao pagamento dos consectários daí decorrentes. A exigibilidade da verba, porém, fica

²⁵ Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A Motivação da Sentença no Processo Civil*, Ed. Saraiva, 1987, pp. 48-53.

²⁶ Cf. Yussef Said Cahali, *Honorários Advocatícios*, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pp. 113-114.

condicionada a alteração da fortuna (arts. 11 e 12 da Lei federal nº 1.060/50).

E se o réo fosse condenado em parte do que foi demandado, e em parte fosse absoluto, o Julgador condenará nas custas o réo pola parte, em que foi condenado do principal, e ao autor pola parte em que o réo foi absoluto... (Tít. 67, nº 2).

Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas (art. 21, *caput*, do CPC).

Não sómente proverão os Juizes, que das appellações conhecerem, os appellantes quando pelos processos acharem, que lhes he feito agravo pelos Juizes, de que fôr appellado; mas ainda que achem, que o appellante não he agravado, se acharem que ao appellado foi feito agravo, provel-o-hão, e emendarão seu agravo; posto que não seja per elles, nem per seu Procurador appellado, nem allegado esse agravo perante os Juizes da alçada (Tít. 72, pr.).

Percebe-se claramente que era admissível a *reformatio in peius*.

Nos dias que correm, é vedada a *reforma para pior*. Proíbe-se que o tribunal destinatário do recurso decida de modo a piorar a situação do recorrente, ou porque extrapole o âmbito de devolutividade fixado com a interposição do recurso, ou, ainda, em virtude de não haver recurso da parte contrária.²⁷

A sentença, que he per Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo o tempo se póde oppor contra ella, que he nenhuma e de nenhum effeito, e portanto não he necessario ser della appellado. E he per Direito a sentença nenhuma, quando he dada sem a parte ser primeiro citada, ou he contra outra sentença já dada, ou foi dada por peita, ou preço, que o Juiz houve, ou por falsa prova, ou se eram muitos Juizes delegados, e alguns deram sentença

²⁷ Cf. Nelson Nery Júnior, *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 199.

sem os outros, ou se foi dada por Juiz incompetente em parte, ou em todo, ou quando foi dada contra Direito expresso, assim como se o Juiz julgasse diretamente que o menor de quatorze annos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra cousa semelhante, que seja contra Direito expresso (Tít. 75, pr.).

Várias das hipóteses arroladas dão margem, hoje, ao ajuizamento de ação rescisória: sentença dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; sentença proferida por juiz absolutamente incompetente; sentença que violar literal disposição de lei, etc. (art. 485 do CPC).

Um dos vícios apontados nas Ordenações Filipinas sobrevive, atualmente, ao próprio biênio decadencial da ação rescisória: sentença exarada em processo no qual o réu não foi citado, correndo-lhe o feito à revelia. Nesta hipótese, em se tratando de sentença condenatória, o réu poderá manejar embargos à execução (art. 741, inc. I, do CPC).

Cuidando-se de sentença meramente declaratória ou constitutiva (ou ainda mandamental e executiva *lato sensu*, se optar pela classificação quinária adotada por Pontes de Miranda), pode o réu lançar mão da *querela nullitatis*, propondo-a em primeiro grau de jurisdição, sob o rito comum.²⁸ O remédio é perfeitamente cabível no direito pátrio.²⁹

... não poderão appellar as partes, de cujo prazer e consentimento os taes autos foram feitos. Mas poderão delles appellar quaesquer outros, que digam ser danificados pelos ditos autos, declarando nas appellações razão legitima e approvada, por que delles appellam, assi como se disserem que os autos são em fraude e dano delles appellantes. Póde-se pôr exemplo: se do litigassem sobre huma cousa, e fizessem transaução sobre essa demanda em prejuizo de terceiro, os que assi fizerem transaução, não poderão appellar; mas aquelles,

²⁸ Cf. Adroaldo Furtado Fabrício, *Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória* - Ajuris, vol. 42.

²⁹ STJ - REsp 200, Rel. Ministro Bueno de Souza.

em cuja fraude e prejuizo feita fosse, poderão appellar, declarando na appellação a razão legítima e oprovada da fraude e engano, per que foi feita a transaução e em seu dano e prejuizo ... (Tít. 78, nº 1).

A parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão não poderá recorrer (art. 503 do CPC).

Terceiro prejudicado pode recorrer, mas tem que demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial (art. 499, *caput* e § 1º, do CPC).

... quando algum edifica novamente alguma obra, que ao outro he prejudicial, tolhendo-lhe a vista de suas casas, ou outra servidão, que lhe seja devida, póde aquelle, a que assi se tolhe a vista, ou servidão, por si denunciar ao edificante, lançando certas pedras na obra, segundo Direito e o uso da terra, que mais não faça naquella obra, pois a elle he prejudicial; e depois, que a denunciação assi fór feita, sendo mais edificado na obra, o Juiz da terra, sendo para isso requerido, mandará desfazer tudo o que assi mais fór edificado ... (Tít. 78, nº 4).

Já havia embargo extrajudicial à obra nova, hoje disciplinado no art. 935 do Estatuto Processual.

Também era cabível a demolição de tudo quanto se fizera, o que está previsto no art. 936, inc. I, do Código de Processo Civil.

Nem será recebido a appellar o que por alguma maneira consentio na sentença dada contra elle (Tít. 79, nº 2).

Outra vez a proibição ao recurso daquele que houver aquiescido, tácita ou expressamente, à decisão. Trata-se de dispositivo semelhante ao art. 503 do Estatuto Processual.

Sou dous, trez ou mais Tutores, Curadores, ou Procuradores fossem demandados juntamente todos por alguma administração conjuncta, e nunca entre elles partida, porque administraram como não deviam; e todos juntamente fossem condenados em huma sentença, e hum delles appellasse della, sem appellar cada hum dos outros, e depois fosse a appellação achada ser justa e direita, não sómente relevará o

appellante, mas ainda a cada hum dos outros, que não appellaram; e isto por quanto a administração era toda conjuncta, e nunca fóra divisa, ou partida entre os ditos Tutores, Curadores ou Procuradores. E por tanto assi elles, como a dita administração serão todos julgados por hum corpo sem outra divisão. E se muitos herdeiros de hum defuncto, jazendo a herança por partir entre elles, fossem demandados por toda a herança, ou parte della, ou certa cousa, ou por alguma divida em que diziam o defuncto ser obrigado, e todos fossem condenados em huma sentença, e hum só della appellasse sem os outros, sendo achada a appellação ser justa e direita, não sómente relevará o appellante, mas ainda aos outros, que della não appellaram, por a razão sobredita (Tít. 80, pr. e nº 1).

O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses (art. 509, *caput*, do CPC).

Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns (art. 509, parágrafo único, do CPC).

Se pendendo a causa principal, ou da appellação, morrer cada huma das partes, passará a instancia do feito a seus herdeiros no ponto e stado, em que fôr achado ao tempo de seu fallecimento, mas não se procederá mais pelo feito em diante, até que sejam chamados os herdeiros do defuncto (Tít. 82, pr.).

Morta a parte, suspende-se o processo (art. 265, inc. I, do CPC) até que haja substituição pelo espólio ou sucessores (art. 43 do CPC).

E sendo (...) a condenação de dinheiro, ou de outra cousa, que se constuma contar, pesar ou medir, de que já foi feita liquidação, o condenado não será ouvido com embargos, de qualquer qualidade que sejam, até pagar, ou dar penhores livres e desembargados, que valham a quantia da condenação e custas da execução, e até serem os penhores realmente entregues às Justiças, que houverem de fazer a execução, ou à pessoa, a que as taes Justiças os mandarem entregar, de maneira que o condenado nem per si, nem per outrem fique per

via alguma em posse dos penhores. E dando á penhora bens de raiz livres e desembargados, será desapossado delles, e serão entregues por auctoridade de Justiça a pessoa ou pessoas sem suspeita, seguras e abonadas, a que será mandado que os não entreguem, nem rendimento algum delles ao condenado. E pagando o condenado, ou sendo feita a penhora, e a entrega pela dita maneira, poderá requerer sua justiça acerca dos embargos, com que vier, vindo dentro de seis dias depois da dita entrega ser feita (Tít. 86, nº 1).

Também hoje não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo (art. 737, inc. I, do CPC).

E vindo com embargos á dita sentença em tempo devido, taes que ao Julgador pareça, que se devem receber, ou remetter ao Julgador ou Julgadores, que a sentença deram; e postoque sobre elles receba appellação, sem embargo de as assi remetter, ou delles conhecer, ou de receber a appellação, o Juiz vá com sua execução por diante, não querendo o condenado pagar. E havido o dinheiro, que se da execução fizér, se o vencedor quizer dar fiança bastante na terra ao tornar, trazendo o condenado provisão pelos embargos, que lhe seja o dinheiro tornado, ser-lhe-ha entregue. Aqual fiança ha de ser, per que se obrigue o fiador de o tornar, sem mais o principal ser requerido, e sem outra figura, nem ordem de Juizo: e não querendo a parte vencedor dar a dita fiança, ou não podendo dar, todavia se fará a execução, não pagando o condenado, e o dinheiro se porá em deposito, até se dar final determinação sobre os embargos, e segundo o que fór determinado sobre elles, assi se fará do dinheiro, que em deposito stiver (Tít. 86, nº 3).

Rejeitados os embargos do devedor, ainda que este apele, pode a execução prosseguir.

Há dissenso quanto à provisoriedade ou definitividade da execução até que se julgue o apelo interposto pelo embargante.³⁰

³⁰ O Superior Tribunal de Justiça tem considerado definitiva a execução na pendência da apelação (Bol. AASP 1.865, p. 109-e - Rel. Ministro Antônio Torreão Braz; Bol. AASP 1.874, p. 138-e - Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo), mas não são raras decisões, especialmente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, entendendo que a execução é provisória (A1 554.760-2 - j. 8-11-93 - Rel. Juiz Alves Arantes).