

ANTECEDENTES DA REFORMA PROCESSUAL E SISTEMÁTICA GERAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (*)

José Carlos Barbosa Moreira (**)

Sr. Presidente em exercício do Instituto dos Advogados Brasileiros; Srs. Presidente e Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara; Sr. Vice-Presidente do Tribunal de Alçada; ilustres conferencistas convidados; demais membros da Mesa e autoridades presentes; senhoras e senhores; meus colegas:

Cabe-me a honra de iniciar hoje esta série de palestras através das quais traz o Instituto dos Advogados Brasileiros a sua contribuição pronta, imediata, à divulgação do recentemente sancionado Código de Processo Civil, que deverá entrar em vigor a 1.º de janeiro de 1974 — divulgação que tanto mais necessária se faz quanto certo é que, infelizmente, na fase de elaboração, por uma série de circunstâncias, não foi possível aos interessados tomar conhecimento adequado daquilo que se estava preparando.

A palestra de hoje será, necessariamente, a menos importante da série, não apenas por motivos demasiado óbvios para que precisem ser expressamente declarados, mas também pela própria natureza introdutória do tema. O que lhes vou oferecer nesta tarde nada mais é do que um breve e ligeiro prelúdio, enquanto o público aguarda os quatro grandes movimentos da sinfonia a cargo de mais autorizados executantes; se me permitem

(**) Professor titular interino de Direito Judiciário Civil na Fac. de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

(*) Conferência pronunciada no Instituto dos Advogados do Brasil, em janeiro de 1973, como parte do Curso sobre o novo Código de Processo Civil, levado a efeito por aquela entidade.

uma imagem mais vulgar, cabe-me servir-lhes um aperitivo para aguçar o apetite da audiência, à espera dos pratos mais substanciais e certamente mais saborosos que lhes servirão, nos dias subsequentes, os nossos ilustres convidados.

De acordo com o tema enunciado, a palestra vai dividir-se em duas partes. Na primeira, procurarei retratar, em ligeiras pinceladas, em termos necessariamente sintéticos, as principais etapas e vicissitudes pelas quais passou o texto desde o momento em que foi elaborado o Anteprojeto pelo Prof. Alfredo Buzaid até a sanção da lei, ocorrida a 11 deste mês. E na segunda parte, também de maneira inevitavelmente suscinta, para não abusar da paciência dos que me ouvem, procurarei esboçar o panorama geral, nas suas linhas mais salientes, da sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil, deixando aos eminentes conferencistas que se seguirão o cuidado de expor, miudamente, as características das várias partes em que o diploma se desdobra.

A história do novo Código de Processo Civil, como todos sabem, começa com a elaboração, por incumbência do Governo da época, de um Anteprojeto confiado a um dos mais eminentes professores de Direito Processual no Brasil, o Prof. Alfredo Buzaid. O seu Anteprojeto foi publicado em 1964 e, logo depois, tomou-se a iniciativa de realizar, em Campos do Jordão, um congresso a que compareceram quase todos os processualistas brasileiros, a cujo exame e a cuja crítica foi então submetido o texto do Anteprojeto, que se compunha, àquela época, de três livros: o Livro I, "Do Processo de Conhecimento"; o Livro II, "Do Processo de Execução"; e o Livro III, "Do Processo Cautelar". Não existiam ainda o Livro IV, que concerne aos "Procedimentos Especiais"; nem o Livro V, "Das Disposições Finais e Transitórias". E na Exposição de Motivos com que o Prof. Alfredo Buzaid encaminhou ao Ministro da Justiça de então o texto do seu Anteprojeto, a inexistência de um livro consagrado aos procedimentos especiais foi justificada com a alegação de que era impossível redigir esse livro antes que se definissem as diretrizes da reforma do direito substantivo, pela íntima relação que esses procedimentos especiais necessariamente teriam com os institutos de Direito Civil, e de Direito Comercial a que iam instrumentalmente ligar-se.

Foi nomeada uma Comissão para rever o texto do Anteprojeto, a qual se compunha, primitivamente, dos Professores Machado Guimarães, José Frederico Marques e Guilherme Estelita; porém, durante algum tempo, nenhum trabalho de revisão foi realmente feito. Após o falecimento do Prof. Guilherme Estelita, foi designado para compor a Comissão Revisora, na sua vaga, o nosso prezado Desembargador Luis Antonio de Andrade, e nessa

época o Prof. Alfredo Buzaid, autor do Anteprojeto, que já então dirigia os trabalhos de reforma legislativa, dirigiu um apelo ao Desembargador Luis Antonio de Andrade, naturalmente por conhecer, como todos nós conhecemos, o seu inexecedível dinamismo, no sentido de que atuasse como elemento catalizador da Comissão Revisora e acelerasse os trabalhos de revisão.

Houve, entretanto, uma dificuldade prática, relacionada com a circunstância de que um dos membros da Comissão, o Prof. Frederico Marques, residia em São Paulo e tinha dificuldade em vir com frequência ao Rio de Janeiro, ocupado que estava, por sua vez, com a elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Penal. A pedido do Prof. Alfredo Buzaid, então, os dois membros da Comissão Revisora que residiam no Rio de Janeiro começaram o trabalho sem a presença, sem a participação do Prof. José Frederico Marques, e tiveram a gentileza de convidar-me para, em caráter extra-oficial, assistir às suas reuniões, que subiram a mais de uma centena, ao longo de dois anos, de meados de 1969 a meados de 1971.

Todos os debates dessa Comissão — e quando, daqui por diante, eu me referir à Comissão, todos entenderão que estou aludindo a esta que efetivamente procedeu aos trabalhos de revisão, embora não fosse a Comissão oficialmente designada — todos os debates, repito, foram gravados, e posteriormente reduzidos a datilografia, e já estavam substancialmente terminados quando, em setembro de 1971, faleceu Machado Guimarães. É forçoso que se renda aqui um preito de homenagem àquele saudoso processualista. Ele deu aos trabalhos da revisão a contribuição inestimável do seu imenso talento, da sua agudeza, da sua perspicácia, do seu bom-senso e do seu entusiasmo. Apesar de em certas ocasiões dizer, um pouco pilheriando talvez, mas quem sabe também se já impressionado com alguns problemas de saúde que o afligiam: — 'Já não advogarei sob este Código. De modo que, do ponto de vista prático, ele só interessa a vocês, e não a mim'. —, apesar de ele às vezes falar assim, sei que no fundo se tratava mais de uma atitude, porque a verdade é que, em todas as sessões que se realizaram, algumas delas em sua própria residência, Machado Guimarães jamais perdeu qualquer oportunidade de trazer a sua contribuição crítica, sempre lúcida, sempre valiosa, ao exame do texto do Anteprojeto.

Naturalmente, também foi muito valiosa a contribuição do Desembargador Luis Antonio de Andrade, com a sua larga experiência de advogado e de magistrado, com o seu senso prático, com a sua visão objetiva, do fenômeno judiciário, e, além do mais, com o seu precioso senso de organização, que assegurou a

continuidade administrativa, digamos assim, a infra-estrutura sem a qual os trabalhos de revisão não poderiam realizar-se.

A mim me cabia, geralmente, a tarefa de reduzir a escritos aquilo que fora assentado através dos debates. Alguma vez procurei dar contribuição pessoal, principalmente em certos assuntos que me ocupavam na época, como o litisconsórcio, que eu andava pesquisando para escrever o meu livro publicado há poucos meses. Cheguei até a elaborar, a esse respeito, um substitutivo global ao capítulo do Anteprojeto, que, entretanto, como mais tarde se verá, não foi aceito pelo Ministro da Justiça. Apesar de encampado pelos dois membros da Comissão Revisora, não mereceu aprovação na ocasião em que se passou a elaborar o Projeto para remessa ao Congresso Nacional.

A Comissão Revisora assentou certas diretrizes que deviam presidir a seu trabalho, e a principal delas foi a de respeitar a estrutura do Anteprojeto elaborado pelo Prof. Buzaid. Não porque essa estrutura lhe parecesse irrepreensível, mas porque, a despeito das imperfeições que se lhe pudessem notar, ela representava, em conjunto, um avanço, um progresso em relação à estrutura do Código vigente; e também pela razão muito óbvia de que à Comissão Revisora competia rever, e não elaborar outro Anteprojeto.

Apesar disso, e também da disposição em que se firmou a Comissão Revisora de não oferecer senão aquelas emendas que lhe parecessem realmente indispensáveis, preservando, na medida do possível, o próprio texto do Anteprojeto, tal como se achava, a despeito disso, dizia, foi elevado o número de sugestões e de emendas oferecidas, algumas delas de caráter meramente formal, emendas de redação, sugestões de desmembramentos, ou de remembramentos, ou de transposições de dispositivos que se achavam inseridos em pontos que ao ver da Comissão não seriam os mais adequados. Quanto às emendas ou às sugestões de natureza substancial, elas compreendiam, em primeiro lugar, algumas que visavam a atualização do texto, já que, após a publicação do Anteprojeto, o regime constitucional do país havia sofrido profundas modificações, inclusive com repercussões diretas no campo processual, através de Atos Institucionais e mesmo de Constituições que sobrevieram.

A Comissão Revisora formulou também emendas que visavam à reestruturação de determinados institutos, cuja disciplina, no Anteprojeto, lhe parecia menos feliz, inclusive, por vezes, com o oferecimento de substitutivos globais. Assim aconteceu no tocante a toda a matéria relativa ao litisconsórcio e à intervenção de terceiros, que foi inteiramente reescrita, por ter parecido à Comissão Revisora uma das partes menos felizes do Antepro-

jeto. Também o capítulo relativo à coisa julgada foi objeto de emenda substitutiva global, não tanto porque a Comissão Revisora divergisse da orientação doutrinária adotada, mas, sim, porque lhe parecia que a matéria comportava uma distribuição melhor, e uma expressão mais clara.

Outras vezes, as sugestões da Comissão Revisora diziam respeito a pontos específicos, a propósito dos quais a sua opinião divergia daquela consagrada no Anteprojeto. Assim, por exemplo, em matéria de perícia, a Comissão Revisora inclinava-se por atender à realidade de que os chamados peritos das partes nada mais são do que auxiliares destas, e o verdadeiro órgão auxiliar do juiz é apenas o perito designado por este mesmo; então, procurou dar à matéria disciplina condizente com esse pensamento.

Em matéria de liquidação da sentença, a Comissão Revisora entendia muito complexo, muito demorado, muito pouco prático o procedimento da liquidação da sentença contido no Anteprojeto, e que não divergia, não se afastava muito daquele que hoje está consagrado no Código vigente. Procurou dar à matéria disciplina mais rápida, mais simples, atribuindo ao próprio juiz a iniciativa de promover a liquidação da sentença, e fixando um procedimento que não obrigasse a parte vitoriosa a passar outra vez, como acontece hoje na chamada liquidação por artigos, por todos os trâmites do processo de conhecimento já encerrado pela sentença liquidanda.

Num ponto a Comissão Revisora entendeu que devia suprir aquilo que lhe pareceu ser uma grave omissão do Anteprojeto: a inexistência de disposições relativas ao benefício da assistência judiciária. Neste particular, a Exposição de Motivos do Anteprojeto assentara a diretriz de não incluir, no novo Código, a disciplina dessa matéria, sob a alegação de que ela não era peculiar ao Processo Civil, e por isso devia ser objeto de legislação especial. Entretanto, compenetrada da enorme relevância social da matéria, a Comissão Revisora entendeu que era de seu dever trazer uma contribuição para a reforma da legislação existente, que é, como todos sabem, bastante defeituosa, e encaminhou a sua sugestão, não necessariamente para que o seu texto fosse aproveitado no Projeto do Código, mas para que o fosse, eventualmente, até mesmo na elaboração de um diploma separado. O que ela não quis foi omitir-se diante de um grave e urgente problema que a realidade social lhe punha diante dos olhos.

Em janeiro de 1972, os resultados do trabalho da Comissão Revisora, depois de revistos e coordenados pelo Desembargador Luís Antonio de Andrade, com o nosso auxílio, foram remetidos ao já então Ministro da Justiça, Prof. Alfredo Buzaid, e uma cópia foi enviada ao Prof. José Frederico Marques, para que pu-

desse examinar as sugestões ali veiculadas e trazer também a sua própria contribuição aos trabalhos de revisão.

Em abril de 1972, o Ministro da Justiça convocou, em Brasília, uma reunião à qual compareceram o Desembargador Luís Antonio de Andrade, o Prof. José Frederico Marques, e também o Prof. José Carlos Moreira Alves, que era nessa ocasião Coordenador das Reformas Legislativas no Ministério da Justiça. Essa reunião, que durou, se não me engano, dois dias, teve por objeto o exame das sugestões e emendas oferecidas pela Comissão Revisora, e nela se decidiu, então, a sorte que deveriam ter essas emendas e essas sugestões, que foram na sua maior parte rejeitadas. Aproveitaram-se apenas algumas emendas de natureza formal, emendas de redação, aquelas, naturalmente, que visavam a atualizar o Anteprojeto, a pô-lo em consonância com a nova ordem constitucional vigente no país, e algumas poucas referentes a pontos específicos, das quais mencionaria, apenas a título exemplificativo, a sugestão concernente ao julgamento da exceção de suspeição, para o qual o Anteprojeto previa um procedimento bastante complicado, em que o Juiz de primeira instância, quando não aceitasse a arguição de suspeição, a remetia ao Tribunal, mas este a devolvia à primeira instância para que outro juiz procedesse à instrução, e depois a tornasse a restituir ao Tribunal, a fim de ser finalmente julgada a exceção de suspeição. Pareceu à Comissão Revisora que havia certo excesso de formalidades e, porque não dizer, de ziguezagues nesse procedimento. Outro ponto a lembrar seria a abolição dos embargos nas causas de pequeno valor, com o prevaecimento da apelação, independentemente do valor da causa. E ainda a manutenção da revisão obrigatória pelo Tribunal nos casos de sentença proferida contra a Fazenda Pública.

Foram, entretanto, rejeitadas, dizia, quase todas as outras sugestões de caráter substancial, entre as quais eu gostaria de pedir licença para enumerar algumas. Por exemplo, a referente à tentativa de conciliação, instituto cuja introdução no novo Código parecia útil à Comissão Revisora, mas não pela forma como o Anteprojeto o contemplava. A Comissão Revisora entendia que a tentativa de conciliação devia realizar-se no início do processo, como aliás é da tradição, não apenas brasileira, mas diria até universal. Em todos os Códigos em que se adota a tentativa de conciliação, ela se faz no início do processo, e assim foi também sempre no Direito Brasileiro, desde o tempo do Império, cuja Constituição previa, como providência prévia à instauração do processo, a realização da tentativa de conciliação. E as razões são óbvias. É esse justamente o momento psicológico mais favo-

rável, quando as partes e os próprios advogados ainda não se desgastaram pelo fogo cruzado das increpações, os ânimos ainda não estão exacerbados ao ponto a que costumam chegar ao fim de arrazoados e de discussões em que cada qual procura destruir o adversário ao longo do processo. Além do mais, e já o notara o Prof. Moniz de Aragão num dos seus estudos sobre a reforma processual, havia uma circunstância digna de realce, qual seja a de que o Anteprojeto previa, em vários casos, a antecipação do encerramento do processo de cognição de primeiro grau, com dispensa da realização da audiência de instrução e julgamento, por exemplo nos casos em que não haja necessidade de prova oral, ou nos casos em que toda a controvérsia se cinja à matéria de Direito. Ora, assim sendo, a conservar-se a tentativa de conciliação como etapa da audiência de instrução e julgamento, ela nunca poderia ter lugar naqueles processos em que o julgamento fosse antecipado.

As sugestões da Comissão Revisora, no caso, manifestaram-se até sob forma alternativa. A Comissão Revisora encaminhou ao Ministro dois textos: um em que a tentativa de conciliação aparecia na sua forma pura, realizando-se em audiência, no início do processo, destinada exclusivamente a esse fim; e outro, sob diversa forma, em que se aproveitava a oportunidade — e aqui confesso que tinha sido minha a sugestão — para o exame de certas preliminares desde logo, à semelhança da chamada primeira audiência, a *erste Tagsatzung* do Direito austríaco. Nenhuma das duas formas foi acolhida na elaboração do Projeto, que manteve a tentativa de conciliação, como a mantém o Código sancionado, mas como etapa da fase final do procedimento de cognição em primeiro grau, onde, a meu ver, ela será menos útil.

A Comissão havia também sugerido a atenuação do tratamento excessivamente rigoroso dado ao revel no Anteprojeto, e no Código, que o manteve, entendendo que em nosso meio social, muito diferente daquele em que vivem os países germânicos (em cujas legislações evidentemente se inspirou, neste passo, o autor do Anteprojeto), tratar o revel com excessivo rigor é muitas vezes consagrar injustiças graves. A revelia nem sempre tem, entre nós, como causa, a presumida inexistência de argumentos com que o citado se oponha à postulação do autor. Tem causas de natureza muito diversa e resultante das nossas condições geográficas, políticas, sociais, econômicas, distâncias muito grandes, dificuldade de procurar advogado, ignorância do citado, que muitas vezes não compreende o valor daquele papel que lhe é entregue, etc.

Outro ponto em que a Comissão Revisora se havia distanciado do Anteprojeto era o sistema de recursos, neste particular por influência marcante de Machado Guimarães, que, em nosso tipo de processo, dada a estrutura escalonada, nitidamente dividida em fases, cada uma das quais destinada a um tipo de atividade processual, pelo menos em predominância, e com as preclusões sucessivas, entendia justificável a manutenção dos três tipos de agravos denominados do atual Código, e cada um dos quais, no seu modo de ver, correspondia a uma necessidade diferente. Assim é que se propunha a subsistência do agravo de petição e a subsistência do agravo no auto do processo. A primeira sugestão foi rejeitada, mas como veremos, acabou prevalecendo em parte por via oblíqua, naqueles procedimentos especiais que hoje em dia comportam o agravo de petição e que continuarão a reger-se pelas leis extravagantes que os disciplinam, com o rito previsto no atual Código de Processo Civil. E quanto ao agravo no auto do processo, acabou sendo ressuscitado no Senado Federal, se não me engano por inspiração do Prof. Moniz de Aragão, sob uma forma muito interessante, e sem o nome, através de parágrafo que foi acrescentado ao primeiro dispositivo do capítulo referente ao agravo de instrumento, onde se diz que, se a parte o requerer, o agravo ficará retido nos autos, em vez de subir logo por instrumento, para ser, então, apreciado pelo Tribunal, pelo juízo *ad quem*, por ocasião do julgamento da eventual apelação. São as características do atual agravo no auto do processo, com o nome apenas omitido.

Já aludi às partes do Anteprojeto que tinham sido objeto de substitutivo global; a parte referente ao litisconsórcio, a concorrente à intervenção de terceiros, e a relativa à coisa julgada. Todos esses substitutivos globais foram deixados de lado, e o Projeto enviado ao Congresso manteve quase *ipsis litteris* o texto que constava do Anteprojeto.

Como disse, a revisão do Anteprojeto pela Comissão Revisora versou apenas, é lógico, os três livros que o compunham, a saber: o livro do processo de conhecimento, o livro do processo de execução e o livro do processo cautelar. Entretanto, nos primeiros meses de 1972, o Ministro da Justiça remeteu, sucessivamente, pouco a pouco, ao Desembargador Luís Antonio de Andrade as minutas, os rascunhos, dos textos que iam elaborando a respeito dos procedimentos especiais. E o Desembargador Luís Antonio de Andrade, mais uma vez, deu-me a honra de convocar-me para auxiliá-lo nessa revisão, que foi, entretanto, necessariamente, muito superficial, porque feita sob a recomendação mais calorosa

sa e mais veemente de urgência. Tal recomendação explicava-se pela circunstância de desejar o Ministro que o trabalho ficasse inteiramente pronto até fins de julho, de tal maneira que pudesse ser o Projeto remetido ao Congresso Nacional nos primeiros dias do mês de agosto, a fim de que fosse votado ainda na sessão legislativa de 1972.

Talvez porque um número tão grande de sugestões da Comissão Revisora houvesse sido objeto de recusa, na Exposição de Motivos que o Ministro da Justiça encaminhou ao Presidente da República, nos últimos dias do mês de julho de 1972, com o texto do Projeto a ser encaminhado ao Congresso Nacional, não se fez, surpreendentemente a meu ver, nenhuma referência aos trabalhos da Comissão Revisora. Também se omitiu a publicação desses trabalhos. O Decreto n.º 61.239, de 25 de agosto de 1967, no seu artigo 4.º, determinava que, encerrados os trabalhos da Comissão Revisora de qualquer dos Anteprojeto de Código então em andamento ou em cogitação pelo Governo, deveria o trabalho da Comissão Revisora ser publicado e, durante o prazo de noventa dias, aguardar-se a contribuição das pessoas e das entidades interessadas. Essa contribuição seria submetida novamente à própria Comissão Revisora, que então elaboraria, à luz dela, o texto definitivo, e este é que seria submetido ao Presidente da República para encaminhamento ao Congresso Nacional. Tal como se fez no caso do Anteprojeto de Código Civil, que foi, como todos sabem, publicado; no ofício dirigido pelo Prof. José Carlos Moreira Alves, Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos, ao Ministro da Justiça, Prof. Alfredo Buzaid, faz-se até referência expressa a esse diploma legal, que, no entanto, não foi observado no caso do Código de Processo Civil.

No Congresso Nacional, o Projeto, remetido nos primeiros dias de agosto de 1972, tramitou, como sabem todos, em regime especial, o que também dificultou, extraordinariamente, a apresentação de emendas. Os prazos eram exíguos e não permitiam, não comportavam um exame detido do texto, nem por parte dos próprios parlamentares, nem por aqueles a quem recorriam em busca de opiniões e sugestões, — pessoas, órgãos e entidades interessadas, que afinal eram todos os que lidam com o Direito. Em todo caso, deve-se registrar que mais de 1.400 emendas foram apresentadas, discutidas e votadas. O Projeto teve como relator geral na Câmara o Deputado Célio Borja, e, no Senado, o Senador Acioly Filho. As emendas debatidas e votadas tiveram as mais variadas origens. Algumas delas partiram de órgãos como a Ordem dos Advogados do Brasil, Tribunais, Faculdades, e ou-

tras foram sugeridas por Professores, por magistrados, por pessoas interessadas no aperfeiçoamento do texto.

O Desembargador Luís Antonio de Andrade, com a tenacidade e a pertinácia que o caracterizam, teve ocasião de reeditar, através do Deputado Célio Borja, um grande número daquelas sugestões que, tendo sido apresentadas pela Comissão Revisora ao Anteprojeto, não haviam sido, entretanto, aproveitadas na redação do Projeto. Algumas delas vingaram, porém em número menor do que desejaríamos. Temos todos também conhecimento de que no Senado houve um grande trabalho de contribuição de vários eminentes processualistas brasileiros, dentre eles o Prof. Moniz de Aragão, através do Senador Acioly Filho, que era o relator geral. Tenho também ciência de gestões oferecidas pelo Prof. Celso Agrícola Barbi e talvez por outros dos nossos ilustres conferencistas, pedindo desculpas a algum a quem esteja no momento omitindo. Tenho a impressão de que se deve, por exemplo, ao Prof. Moniz de Aragão o expurgo das palavras "venda", "vender" e outros cognatos, que haviam ficado lá nos artigos referentes à arrematação, defeito técnico contra o qual já se havia insurgido a Comissão Revisora, e que parecia tanto mais surpreendente quanto é certo que partira do próprio autor do Anteprojeto, o eminente processualista Prof. Alfredo Buzaid, o grito de alerta aos interessados no assunto para a prioridade brasileira na definição jurídica da arrematação como distinta da de um contrato de compra e venda. Trata-se afinal de uma das poucas primazias do direito brasileiro: não é sempre que podemos gozar do privilégio de dizer que no Brasil, pela primeira vez, se chegou a uma conquista doutrinária desse porte. O Prof. Alfredo Buzaid escrevera um opúsculo intitulado "Paula Batista, Atualidades de um velho processualista", no qual chamava a atenção de todos para essa circunstância desvanecedora para a ciência jurídica brasileira, a de que o nosso grande processualista pernambucano do século passado fora o primeiro, nove anos antes de Dernburg, na Alemanha, a caracterizar a arrematação como um ato tipicamente jurisdicional, e não contratual, semelhante apenas por características puramente formais ao contrato de compra e venda. Mas, enfim, o fato é que no texto do Anteprojeto, sistematicamente, falava-se em "venda", falava-se em "vender", falava-se em bens "vendidos", e, a despeito dos protestos da Comissão Revisora, muitas dessas impropriedades haviam subsistido no Projeto, até que afinal o Prof. Moniz de Aragão conseguiu escoimá-lo do defeito.

A colaboração do Congresso Nacional viu-se naturalmente limitada pelo regime de urgência em que o Projeto tramitou, e,

também, porque não dizer, pela resistência do Governo à introdução de modificações que lhe pareciam desfigurar o sistema do Projeto. A despeito desses fatores adversos, pode-se dizer, sem sombra de dúvida, que a contribuição do Congresso Nacional foi, na sua máxima parte, uma contribuição muito positiva, inclusive do ponto-de-vista técnico. A redação do texto que saiu no Congresso Nacional, confrontada com a redação do texto remetido ao Congresso Nacional, revela, em numerosos pontos, o aprimoramento da redação e o aperfeiçoamento da própria técnica estrutural adotada.

Eu gostaria de citar, a título de exemplo, para que as minhas considerações não ficassem muito abstratas, apenas o artigo 319, que se transformou no artigo 315 do texto votado e sancionado. É o artigo referente aos requisitos fundamentais da reconvenção, que no Projeto remetido ao Congresso Nacional era o artigo 319, e que tinha uma redação francamente surpreendente. Dizia assim:

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

Então, duas hipóteses: ou a ação principal seria conexa com a reconvenção, ou a ação principal teria que ser conexa com o fundamento da defesa, hipótese essa singularíssima, e que nada tinha de ver, em qualquer caso, com o cabimento da reconvenção. Felizmente, no Congresso Nacional, e creio que neste ponto por sugestão do Prof. Cândido Dinamarco, de São Paulo, que também colaborou durante a tramitação pelo Senado, a redação tornou-se, pelo menos, inteligível, o que já é bastante. Artigo 315 atual:

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

Eu não diria que se tenha tornado maravilhosa a redação, mas, sem dúvida, pelo menos, faz sentido.

É apenas um exemplo, entre tantos que poderiam ser citados, para que se faça justiça ao trabalho do Congresso Nacional, que em geral é muito desmerecido. Hoje, há uma tendência forte a depreciar-se a capacidade dos órgãos legislativos para legislar. Entretanto, a nossa experiência dos últimos anos nem sempre tem confirmado a suposta verdade de que as normas emanadas dos órgãos executivos sejam tecnicamente melhores. Neste caso, certamente não eram.

Eu poderia citar também, entre outras modificações oportunas, felizes, introduzidas pelo Congresso Nacional, o deslocamen-

to da ação de nunciação de obra nova, que andava extraviada no livro do processo cautelar. Todos sabem que a característica fundamental do processo cautelar é a sua instrumentalidade em relação a um processo principal, que ele necessariamente pressupõe e do qual é acessório, bem como a sua provisoriedade. Ora, a nunciação de obra nova é um processo que visa à obtenção de providência jurisdicional definitiva, ou satisfativa, como diria Carnelutti; nada tem que ver com o processo cautelar, embora, evidentemente, exista nela certo aspecto preventivo, que afinal de contas existe em numerosas outras ações. A nunciação de obra nova foi muito oportunamente deslocada do livro de processo cautelar para o livro dos procedimentos especiais.

Mais exemplos poderiam ser citados, mas, como não me quero demorar ainda no exame dos antecedentes, no exame da história, e sim passar à segunda parte da palestra, que trata da sistemática do novo Código, deixarei de mencionar outros.

Vejamos, em traços largos, a estrutura do novo Código de Processo Civil. Para retratá-la com absoluta fidelidade, em todas as suas minúcias, eu deveria talvez começar pela leitura do índice. Tenho a impressão, porém, de que me tornaria sobremaneira enfadonho, e tenho presente a famosa advertência de Boileau: "Tous les genres sont bons, hors le genre ennuyeux". De maneira que me limitarei às grandes divisões.

São cinco os livros do novo Código de Processo Civil. O livro I, "Do Processo de Conhecimento", com nada menos de 10 títulos e 565 artigos, o que significa quase a metade do total, já que o Código tem 1.219 artigos. O livro II, "Do Processo de Execução", com seis títulos. O livro III, "Do Processo Cautelar", com um título único. O livro IV, "Dos Procedimentos Especiais", com dois títulos. E o livro V, "Das Disposições Finais e Transitórias".

O livro do processo de conhecimento comporta os seguintes títulos, que por sua vez estão divididos em capítulos, evidentemente: título I, "Da Jurisdição e da Ação"; título II, "Das Partes e dos Procuradores"; título III, "Do Ministério Público"; título IV, "Dos Órgãos Judiciários e dos Auxiliares da Justiça"; título V, "Dos Atos Processuais"; título VI, "Da Formação, da Suspensão e da Extinção do processo"; título VII, "Do Processo e do Procedimento"; título VIII, "Do Processo Ordinário"; título IX, "Do Processo nos Tribunais"; título X, "Dos Recursos".

Se fôssemos examinar, então, a lista dos títulos que compõem este título I, veríamos que o primeiro título é de caráter introdutório, "Da Jurisdição e da Ação", com pequeno número de artigos. Depois vem uma parte do Código em que se trata dos

sujeitos do processo. Quer dizer, trata-se do processo encarado na sua estrutura subjetiva. Então, vêm os títulos: "Das Partes e dos Procuradores", "Do Ministério Público", "Dos Órgãos Judiciários e dos Auxiliares de Justiça".

Nítidamente distinta desta é a parte que se segue, integrada pelos títulos que disciplinam o movimento do processo. Não mais a estrutura, a estática do processo, mas, sim, já agora, a dinâmica processual. O título V, "Dos Atos Processuais"; o título VI, "Da Formação, da Suspensão e da Extinção do Processo"; o título VII, "Do Processo e do Procedimento"; o título VIII, "Do Procedimento Ordinário"; o título IX, "Do Processo nos Tribunais"; e o título X, "Dos Recursos".

Chama a atenção, sem dúvida alguma, o vulto sensivelmente maior deste livro I, "Do Processo de Conhecimento", em relação aos restantes, já que, como assinali há pouco, ele enfeixa quase a metade do número total de dispositivos que compõem o Código. Entretanto, essa singularidade encontra explicação na circunstância de que, em verdade, uma boa porção dos dispositivos que integram o Livro I não são peculiares ao processo de conhecimento. O Código afastou-se, neste ponto, não apenas da tradição nacional, mantida pelo Código vigente, cujo livro I se intitula "Disposições Gerais", como também dos melhores modelos estrangeiros, desde o quase centenário Código Alemão, com suas *Allgemeine Vorschriften* ("Prescrições Gerais"), que compõem o livro I, passando pelo Código Austríaco, com suas *Allgemeine Bestimmungen*, pelo Código Italiano de 1940, em vigor desde 1942, cujo livro I traz a rubrica "Disposizioni Generali", até o recente Código Argentino de 1968, cujo livro I também se intitula "Disposiciones Generales". Em suma, a experiência, quer brasileira, quer internacional, indicava a conveniência da manutenção de uma parte geral, de um livro I que reunisse aquelas normas não peculiares a nenhuma das formas especiais, a nenhuma das modalidades particulares de tutela jurisdicional. E, realmente, quem examinar a matéria contida nos primeiros títulos deste livro, que se intitula "Do Processo de Conhecimento", vai verificar desde logo que a grande maioria dos dispositivos nada tem que os vincule especificamente ao processo de conhecimento. Os exemplos são fáceis. É claro que nem só no processo de conhecimento as partes precisam ser capazes e estar bem representadas. É claro que nem só no processo de conhecimento as partes têm o dever de agir com lealdade e boa-fé. É claro que nem só no processo de conhecimento o juiz exerce os deveres enumerados pelos dispositivos do Código. É claro que nem só no pro-

cesso de conhecimento existe o problema da competência a ser resolvido. É claro que nem só no processo de conhecimento precisa ser disciplinado o problema da contagem dos prazos, ou o problema das nulidades processuais. E assim por diante; o que mostra que uma boa parte, repito, deste Livro I, que se intitula "Do Processo de Conhecimento", na realidade nada tem que seja específico dessa modalidade de processo. Teria sido preferível, do ponto-de-vista técnico, que se conservasse a tradição da existência de um primeiro livro intitulado "Disposições Gerais", com essas normas comuns a todos os tipos de processos.

É verdade que no artigo 598 se dispõe que, "Salvo regra em contrário, as disposições pertinentes ao processo de conhecimento se aplicam ao processo de execução". Foi a forma que o legislador encontrou de não deixar sem disciplina, no processo de execução, o problema, por exemplo, de como se contam prazos. Então, preferiu fazer a remissão. Mas todos nós sabemos o perigo dessas fórmulas de aplicação subsidiária, ou de aplicação "no que couber", que costumam dar lugar a muitas incertezas e perplexidades na aplicação prática, concreta, da norma.

Ademais, o artigo 598, que está no livro de processo de execução, não tem correspondente no livro do processo cautelar, de onde se poderia inferir, numa apressada *exegese a contrario sensu*, que no processo cautelar os prazos não se contam como se contam nos outros processos, ou que as partes não precisam ser capazes, ou que não precisem estar bem representadas. Seria uma conclusão bastante estranha, não há dúvida.

Por outro lado, esse hiperdimensionamento do processo de conhecimento, que anexou um tanto imperialisticamente aquelas normas que deveriam constituir a parte geral, teve a sua contrapartida no fato de que ele se viu despojado também de um grande número de normas, que a rigor lhe deveriam pertencer, já que o livro IV, "Dos Procedimentos Especiais", não deixa de versar matéria igualmente relativa ao processo de conhecimento. Pelo menos no tocante aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, a natureza da atividade exercida pelo órgão judicial é tão tipicamente cognitiva como é a exercida no processo ordinário, ou no processo sumaríssimo. De sorte que esses procedimentos especiais, que ficaram enfeixados num livro à parte, na realidade outra coisa não são senão modalidades de processos de conhecimento, caracterizados apenas pela diversidade do rito, e nada mais.

No livro II, que versa o processo de execução, a divisão é em seis títulos, assim discriminados: título I, "Da Execução em Ge-

ral"; título II, "Das Diversas Espécies de Execução"; título III, "Dos Embargos do Devedor"; título IV, "Da Execução por Quantia Certa contra Devedor Insolvente". Trata-se aqui, talvez, de uma das mais importantes inovações do Código, a criação de um processo especial de execução por quantia certa no caso de insolvência do devedor, algo de semelhante à falência transportado para o campo civil. E foi tal o relevo que o legislador quis dar a esta inovação, que destacou as normas a ela pertinentes do título II, intitulado "Das Diversas Espécies de Execução", onde, no rigor da técnica, essas normas deveriam inserir-se, já que a execução por quantia certa contra devedor insolvente nada mais é do que uma das diversas espécies de execução. No título V, trata-se "da Remição" (de bens penhorados, não da execução). A remição, aqui, ganhou uma dimensão inesperada. Transformou-se em verdadeiro título autônomo. Finalmente, o livro VI intitula-se "Da Suspensão e da Extinção do Processo de Execução".

O livro III é consagrado ao processo cautelar, e talvez seja uma das partes mais felizes do Código, sobretudo se nós o pusermos em confronto com a disciplina totalmente assistemática, lacunosa e diria até caótica que esta matéria apresenta no Código vigente, onde as medidas preventivas têm disciplina profundamente insatisfatória. O novo Código dá relevo muito grande ao processo cautelar, e estou certo de que o Prof. Galeno Lacerda não deixará de aproveitar a oportunidade para, quando lhe tocar a vez, nos brindar com uma exposição minuciosa e brilhante a esse respeito. Por enquanto, na preocupação de não invadir territórios reservados a cada um dos eminentes conferencistas que se seguirão nesta tribuna, estou-me preocupando apenas em ministrar algumas informações de caráter genérico.

O livro consagrado ao processo cautelar apresenta-se com um título único, "Das Medidas Cautelares", subdividido em dois capítulos: capítulo I, "Das Disposições Gerais"; capítulo II, "Dos Procedimentos cautelares específicos". Vê-se que, nesta parte, o legislador andou realmente de braços dados com a boa técnica.

Essa tricotomia, essa tríplice divisão que aparece nos primeiros livros — processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar — corresponde efetivamente a ensinamento muito difundido na doutrina moderna sobre a classificação das modalidades de tutela jurisdicional. Todos conhecemos essa classificação, que mostra existir, no processo de conhecimento, um tipo de atividade jurisdicional destinado precipuamente, como diz Liebman, à formulação da regra jurídica concreta, que deve disciplinar a situação levada ao exame do órgão judicial, e, no pro-

cesso de execução, à atuação prática dessa norma jurídica concreta, ao passo que, no processo cautelar, a finalidade é distinta e acessória, qual seja, a de garantir, através da adoção de medidas provisórias, a efetividade das providências que sejam tomadas através das outras formas de tutela jurisdicional.

A rigor, até, não sei se se poderia colocar o processo cautelar, doutrinariamente, como um terceiro gênero, no mesmo plano dos outros dois. Parece-me, antes, que ele se opõe ao processo de conhecimento e ao de execução considerados em conjunto, já que ambos são processos destinados à adoção de medidas definitivas, que tutelem de modo imediato a ordem jurídica, ou os direitos postulados, conforme a perspectiva em que nos coloquemos, enquanto o processo cautelar visa à tutela mediata, à tutela indireta, assegurando, tanto quanto possível, a efetividade das providências adotadas através dos dois outros tipos de processos. Em todo caso, trata-se de uma divisão consagrada, e não havia nenhum inconveniente, muito ao contrário, em que o Código se apresentasse com essa divisão, desde que se fizesse preceder o livro concernente ao processo de conhecimento, de um relativo às disposições gerais. Seria, a meu ver, imprescindível.

No livro IV, destinado à disciplina dos procedimentos especiais, a divisão é em dois títulos. O título I trata "Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa". E o título II, consagrando uma denominação do ponto-de-vista doutrinário também bastante criticável, mas em todo caso correnteia, tem a seguinte rubrica: "Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária". Na realidade, como hoje se reconhece quase pacificamente, a assim chamada jurisdição voluntária é uma atividade desempenhada por órgãos do Poder Judiciário, mas sem a natureza intrínseca de atividade jurisdicional, antes se aproximando da atividade administrativa. Em todo caso, repito, a expressão "jurisdição voluntária" é tão freqüente, tão encontradiça, que talvez fosse inevitável que o legislador se dobrasse a essa tradição. De qualquer modo, como rompeu com outras, até, a meu ver, em pontos em que talvez não devesse ter rompido, não seria demais, pelo menos, ter rompido com esta, que não merece sustentação do ponto-de-vista doutrinário.

Na parte referente aos procedimentos de jurisdição voluntária, muito mal tratados no Código atual, dispersivamente, desordenadamente, assistematicamente disciplinados, nota-se, no Código recentemente sancionado, um esforço de sistematização muito louvável. Ele prevê, desde o início, aquilo a que se poderia chamar, por analogia, um procedimento ordinário, ou até um procedimento comum, para os casos de jurisdição voluntária. E

depois, então, disciplina, à parte, aqueles que, a seu ver, precisavam de regulamentação diferente, específica, peculiar. Assim é que encontramos o Capítulo I desse título, referente à "Jurisdição Voluntária", com a rubrica "Das Disposições Gerais", e aí se deparam normas aplicáveis *in genere* aos procedimentos de jurisdição voluntária, para os quais não se achou necessário reservar disciplina própria.

Em seguida, vêm então os procedimentos realmente específicos de jurisdição voluntária, que são o das alienações judiciais, o do desquite por mútuo consentimento, o dos testamentos e codicilos, o da herança jacente, o de bens de ausentes, o das coisas vagas, o da curatela dos interditos (cuja inserção neste título não deixará de causar polêmicas doutrinárias, já que não é absolutamente pacífica em doutrina a sua classificação como procedimento de jurisdição voluntária), o das disposições comuns à tutela e à curatela, o da organização e da fiscalização das fundações, o da especialização da hipoteca legal.

Esse são os procedimentos especiais de jurisdição voluntária regulados autonomamente. Nessa parte, verifica-se que houve, realmente, um esforço muito louvável de sistematização. Já o mesmo não me parece ter acontecido no título I deste livro IV, que é concernente aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. E basta que leiamos as rubricas para que desde logo se perceba certa falta de método, ou, ao menos, de arrumação da matéria. O livro trata, na seguinte ordem, dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa: "Da Ação de Consignação em pagamento"; "Da Ação de Depósito"; "Da Ação de Anulação e Substituição de Títulos ao Portador"; "Da Ação de Prestação de Contas"; "Das Ações Possessórias"; "Da Ação de Nunciação de Obra Nova"; "Da Ação de Usucapião de terras particulares"; "Das Ações de Divisão e Demarcação de Terras Particulares". Até aqui nada haverá de estranhar. Em seguida vem: "Do Inventário e da Partilha", cuja colocação também aqui será objeto, certamente, de polêmicas, porque há quem não aceite a inserção deste processo entre os da chamada jurisdição contenciosa; em todo caso, seria matéria controvertida, e nada obsta a que o legislador tenha feito a sua opção. Mas em seguida surgem três capítulos, que sinceramente não vejo como pudessem aparecer aqui neste lugar, porque se trata de três procedimentos incidentes. Até aqui tratamos de nove processos especiais autônomos. Em seguida, aparecem três procedimentos incidentes: "Dos Embargos de Terceiros"; "Da Habilitação"; e "Da Restauração de Autos", — para logo após voltar-se a uma ação autônoma, que é, no capítulo XIII, a referente às vendas a crédito com reserva de

domínio. Realmente, aqueles três capítulos formam uma ilha inteiramente distanciada da terra firme, perdida neste oceano tormentoso. Não se consegue compreender a razão de sua colocação. E o capítulo final, o capítulo XIV, do título que tem como rubrica "Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa", é nada mais, nada menos do que a disciplina do juízo arbitral, que se viu, um pouco inesperadamente, convertido em procedimento especial de jurisdição contenciosa, quando, a rigor, no juízo arbitral, o que há de jurisdicional é tão só e exclusivamente a homologação do laudo; e, assim mesmo, trata-se de matéria polêmica: Amílcar de Castro, por exemplo, nos seus Comentários ao vigente Código de Processo Civil, prefere considerar a própria homologação como ato de jurisdição voluntária. Ainda, porém, que assim não se pense, o fato é que jurisdição, na melhor hipótese, só entra no juízo de homologação.

Chama a atenção, neste livro IV, a não-inclusão de vários processos especiais, regidos alguns deles, hoje, por leis extravagantes, e quando digo "extravagantes" uso a palavra não apenas no seu sentido técnico, mas também no seu sentido vulgar; algumas são extravagantíssimas... Não apenas esses processos estão ausentes do novo Código, mas também estão ausentes dele vários dos processos hoje regulados pelo Código de Processo Civil entre os procedimentos especiais.

No tocante à primeira observação, isto é, à ausência dos processos especiais regidos hoje por leis extravagantes, todos sabemos que uma das maiores aspirações de quantos lidam com o Direito Processual era a reunificação da disciplina legislativa do Processo Civil, a restauração de um sistema. Todos conhecemos a quantidade de problemas gerados pela multiplicidade de leis extravagantes, muitas delas redigidas de acordo com uma sistemática, digamos assim, divergente daquela consagrada no Código, dando azo a que surjam a cada passo questões importantíssimas do ponto-de-vista prático, mas que poderiam ser evitadas pelo simples cuidado do legislador em disciplinar a matéria. A cada momento se vêem os Tribunais, por exemplo, a braços com o problema de saber em que medida e até que ponto as disposições constantes do Código de Processo Civil, que constituem o Direito comum, se aplicam aos processos especiais regidos por leis extravagantes. Aí está, num exemplo muito simples e muito óbvio, a famosa questão dos honorários de advogado no processo do mandado de segurança.

Pois bem, todas essas questões não apenas subsistirão, mas tenderão a agravar-se, na medida em que o Código novo, se por um lado não trouxe ao leito comum essas águas perdidas, quer

dizer, não reincorporou ao texto matriz a disciplina legislativa hoje fragmentada em dezenas, talvez em centenas de leis — a da ação de alimentos, a da alienação fiduciária em garantia, a da desapropriação, a da ação popular e assim por diante, não só não fez isso como até, mais ainda, excluiu do seu próprio texto, deixando-a para outras mais leis extravagantes, a disciplina de vários dos processos especiais hoje previstos e regulados no próprio Código. Neste passo, eu me sinto no dever de pedir vênias para me louvar no pronunciamento do próprio ilustre autor do Anteprojeto. S. Exa., ao apresentar ao Presidente da República aquilo que então constituía o Anteprojeto do Código de Processo Civil, fez questão de sublinhar a necessidade da preservação do sistema através da restauração da unidade, com palavras às quais nada se precisaria acrescentar e que passo a ler:

"Do mesmo modo que o recurso extraordinário (dizia, então, o Professor Buzaid), alguns institutos processuais estão hoje regulados por leis extravagantes".

Em seguida, depois de dar vários exemplos, afirmava:

"Nosso intento é incorporá-los no Livro IV do Anteprojeto, porque nenhuma razão plausível justifica que continuem separados do Código, como se dele não fizessem parte. Com adotar esta técnica, restabelecemos a tradição do nosso Direito e preservamos a unidade do sistema no plano da reforma".

Eis aí o que escreveu, em 1963, o autor do então Anteprojeto. Entretanto, surpreendentemente, no Projeto, não apenas não se incorporaram esses procedimentos especiais, mas até dele se destacou certo número de processos especiais hoje regulados no Código. E não são tão poucos assim. A lista consta do artigo 1218: os processos relativos ao loteamento e venda de imóveis a prestações, ao despejo, à renovação de contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais, ao Registro Torrens, às averbações ou retificações do Registro Civil, ao bem de família, à dissolução e liquidação das sociedades, à habilitação para o casamento, ao dinheiro a risco, à vistoria de fazendas avariadas, à apreensão de embarcações, à avaria a cargo do segurador, às avarias, aos salvados marítimos e às arribadas forçadas. Todos esses processos especiais deixarão de figurar no novo Código, ou melhor, já deixaram de figurar, uma vez que o Código já foi sancionado.

Vejamos qual a justificativa apresentada para essa opção na Exposição de Motivos com a qual o já agora Ministro da Justiça encaminhou ao Presidente da República, não mais o Anteprojeto, senão o Projeto destinado à remessa ao Congresso Nacional.

Diz S. Exa. agora:

"Notar-se-á, por outro lado, que o projeto não incluiu alguns precedimentos especiais que constam do Código de Processo Civil vigente".

E vêm, então, os exemplos.

"A exclusão foi intencional. No regime jurídico atual figuram tais institutos, ao mesmo tempo, em vários diplomas, onde têm regulamentação paralela. Esta fragmentação não se coaduna com a boa técnica legislativa, que recomenda tanto quanto possível o tratamento unitário. O Código Civil e algumas leis extravagantes os disciplinam, estabelecendo regras de direito material. Por que então dividi-los, regulamentando-os parte no Código de Processo Civil, e parte em leis especiais? Parece mais lógico incluir os procedimentos desses institutos em suas respectivas leis especiais, onde serão exauridos completa e satisfatoriamente".

O argumento, a ser procedente, provaria demais. Todo processo é, por natureza, instrumental; logo, tem sempre alguma relação com o direito material. Todos os processos especiais que o novo Código inclui no título I do livro IV, são, evidentemente, relacionados com institutos de direito material. Ou será que a ação de consignação não se vincula ao instituto do pagamento por consignação, regulado no Código Civil? Ou será que a ação de depósito não está ligada ao instituto do depósito, também regulado no Código Civil? Ou será que as ações possessórias não estão umbilicalmente ligadas à disciplina da posse, constante do Código Civil?

De modo que, a ser assim, então a rigor não haveria necessidade nenhuma do livro IV, porque todos os processos especiais estão, de uma forma ou de outra, mais ou menos diretamente ligados, essa é a verdade, a institutos de direito substantivo, regulados ou no Código Civil, ou no Código Comercial, ou em leis específicas, como a lei cambial e outras que tais.

A mim, portanto, parece-me que essa opção, se foi intencional, como se diz, refletiu um momento infeliz de opção, um momento infeliz de escolha. Na realidade, a exigência de unidade e de sistematização, a que S. Exa. o Ministro da Justiça alude, levaria, a meu ver, à conclusão diametralmente oposta, à de que toda a matéria processual deve ter como sede natural e própria o Código de Processo.

Alguns estranharão, na leitura das rubricas dos vários capítulos do título I deste livro IV, a ausência da ação executiva e da ação cominatória.

No primeiro caso a explicação é muito simples. O Código adotou a orientação de regular de modo unitário o processo de

execução, quer fundado em título judicial, isto é, execução de sentença, quer fundado em título extrajudicial, como são aqueles títulos hoje contemplados no artigo 298 do vigente Código de Processo Civil e em outras leis esparsas. Daí a inexistência de um procedimento intitulado ação executiva. Na realidade, o que haverá será um único processo de execução, que poderá fundar-se tanto em sentença condenatória, como em título extrajudicial, com algumas peculiaridades, com algumas diferenças de menor porte, conforme se trate de uma ou de outra hipótese. Esta é, portanto, uma explicação perfeitamente clara e compreensível, já que o Código adotou a orientação de reunificar o processo de execução, dando marcha-à-ré na revolução histórica dessa matéria no direito brasileiro, que, como se sabe, até aqui evoluía exatamente no sentido oposto, isto é, no sentido de diversificar, de estabelecer uma diferença cada vez mais gritante entre a execução da sentença e a execução dos títulos extrajudiciais, a tal ponto que o teor executivo no segundo caso se diluiu enormemente, tendo Machado Guimarães chegado a sustentar que a ação executiva do artigo 298 do Código nada mais era, no fundo, do que um processo de conhecimento qualificado por uma medida inicial de apreensão de bens, a penhora, de natureza puramente cautelar. Certa ou não essa maneira de construir, o fato é que, no direito brasileiro, historicamente, desde tempos remotos, a execução de títulos extrajudiciais havia sempre recebido uma disciplina nitidamente distinta, quando confrontada com aquela que se adotava, e se adota, para a execução da sentença. O Código aqui, num giro de 180.º, adota a sistemática predominante nas legislações européias, desde o século passado, a exemplo da francesa, em vários países que lhe sofreram o influxo a partir da era napoleônica. De modo que, assim, fica explicado o "desaparecimento aparente", se me permitem uma expressão um pouco contraditória nos termos, da ação executiva.

Quanto à ação cominatória, também não surge como figura genérica com essa denominação. Aparecem resíduos da atual ação cominatória. Por exemplo, a ação de prestação de contas vem disciplinada especificamente num dos capítulos deste livro; aliás, a doutrina já observara que a ação de prestação de contas nada tinha, em substância, de cominatória, de modo que, neste passo, pode considerar-se feliz a inovação. Uma hipótese que interessa muito à Administração Pública, qual seja, aquela em que se concede a ação cominatória para obstar, ou para suspender a realização de obra que contravenha à lei, a regulamento edilício etc., essa foi transferida para a ação de nunciação de obra nova, que será agora o remédio adequado quando a Administra-

ção Pública quiser exercer o seu direito de obstar à consumação de infrações às regras edilícias, às regras relativas ao direito de construir.

Entretanto, não se pode talvez dizer que a ação cominatória tenha desaparecido de todo, mesmo na sua figura geral, aquela prevista no último dos incisos do artigo 302 do Código atual, que fala *in genere* das obrigações de fazer ou de não fazer. Porque no artigo 644, lá inserido no livro do processo de execução, o Código dispõe da seguinte maneira:

“Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja obrigado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz”.

E o artigo 645 declara:

“A condenação à pena pecuniária deverá constar da sentença que julgou a lide”.

Portanto, esta sanção é imposta no processo de conhecimento, e não no curso do processo de execução, como poderia parecer pela colocação, pela topologia deste dispositivo. A despeito de achar-se extraviada no livro da execução, na realidade se trata de uma norma que concerne à maneira de julgar, e não à maneira de fazer cumprir o julgado. Logo, o seu lugar próprio seria talvez o capítulo relativo à sentença, ou de qualquer maneira o livro relativo ao processo de conhecimento, e não o concernente ao processo de execução.

Talvez se possa encontrar aí o que sobrou da ação cominatória, e quem sabe se a doutrina e a jurisprudência agora, com esses dados novos, constroem, ou melhor, reconstroem a verdadeira figura da ação cominatória, que estava perdida no vigente Código atual, em grande parte, com a ressalva de que nos últimos tempos uma reação muito sadia se vinha processando no sentido dessa restauração. E todos sabem que me refiro à famosa questão do *dies a quo*, a partir do qual corre a sanção cominada. A ação cominatória, na realidade, só tem justificação como figura autônoma se se considerar que a sanção é aplicada desde o momento em que o réu descumpre o preceito, e não a partir do trânsito em julgado da sentença, como em geral, durante certa fase, os Tribunais se inclinavam por entender.

Ora, quem sabe se agora, **sem o nome**, se consegue construir uma verdadeira ação cominatória, ao contrário do que acontece quando temos ainda o nome da ação cominatória sem a sua verdadeira fisionomia jurídica. É o voto, pelo menos, que formulo nesta oportunidade.

Vou-me referir ligeira e brevemente ao Livro V, que trata das disposições finais e transitórias, disposições muito escassas, — diga-se logo. Lembraria aqui o exemplo do vigente Código de Processo Penal que, ao ser posto em vigor, foi acompanhado de uma Lei de Introdução, destinada exatamente a disciplinar a incidência progressiva das normas constantes do novo diploma aos processos que se achassem pendentes na data da sua entrada em vigor. Quando a Itália, em 1950, reformou o seu Código de Processo Civil de 1940, vigente desde 1942 — não se tratava de um Código novo, e sim de uma reforma parcial, não tão profunda assim, do Código vigente — nada menos de 17 artigos, longos alguns deles inseriram-se nessa lei reformadora, apenas para disciplinar o modo pelo qual as normas reformadas iriam incidir progressivamente sobre os processos em curso. O nosso próprio Código de Processo Civil ainda em vigor contém alguns artigos, poucos é verdade, sobre essa matéria. Pois bem, o novo Código é, no particular, de um laconismo verdadeiramente alarmante. Ele se limita a dispor, no artigo 1211, que:

(Lê)

“O Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro e, ao entrar em vigor, as suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes”.

Quero até recordar aqui — o Desembargador Luís Antonio de Andrade há de lembrar-se desse pormenor — que o legislador, ao traçar este dispositivo, deu também uma volta de 180°, porque na minuta originária que o Desembargador Luís Antonio de Andrade recebeu, no mês de julho, para revisão e devolução imediata, a regra que constava era diametralmente oposta. Dizia — não me lembro exatamente dos termos, mas o conteúdo era este — que o Código não se aplicaria às ações já propostas na data da sua entrada em vigor, as quais continuariam a reger-se pelo Código de 1939. Convenhamos que seria também um excesso no sentido oposto, porque teríamos, talvez por várias décadas, dois Códigos de Processo Civil em vigor.

Mas a reviravolta foi excessiva, não na afirmação deste princípio, que é doutrinariamente pacífico, a saber, o de que as normas processuais são de aplicação imediata e incidem inclusive com relação aos processos em curso: até aí nada de novo, nada de original. Mas todos sabemos que essa fórmula tão sintética não pode esgotar toda a complexidade da problemática de direito intertemporal no Processo Civil. Todos sabemos, por exemplo, como são delicadas e difíceis as questões de Direito Processual intertemporal em matéria de recursos. O recurso de revista, por

exemplo, que o Código extingue, se for interposto em data anterior à da sua entrada em vigor, deve, ou não, ser processado e conhecido? E o recurso que não foi interposto, mas que ainda poderia ser interposto, por estar correndo o prazo da sua interposição?

Estou citando pouquíssimos exemplos, porque todos os que me dão a honra de ouvir sabem perfeitamente a complexidade dessa matéria, que não comportava, a meu ver, uma disciplina tão drasticamente lacônica como esta, constante do artigo 1211.

Chama também a atenção, neste livro V, o artigo 1217, com o seguinte teor:

(Lê)

“Ficam mantidos os recursos dos processos regulados em leis especiais e as disposições que lhes regem o procedimento constantes do Decreto-Lei N.º 1608 (é o próprio Código de Processo Civil vigente) até que seja publicada a lei que os adaptará ao texto deste Código”.

Isso significa o seguinte: que em todos os processos especiais, nos quais hoje em dia é cabível o agravo de petição, continuará cabível o agravo de petição; e, como essas leis especiais em regra não disciplinam minuciosamente o processamento do agravo de petição, esse processamento ficará sujeito às regras constantes do atual Código de Processo Civil a respeito. De modo que vamos ter o agravo de petição como uma espécie de fantasma, morto porém andando por aí. É fácil prever a complexidade dos problemas graves que vão surgir desta solução. É verdade que o Código anuncia uma lei, como diz o artigo 1217, que deverá adaptar esses recursos ao sistema do Código. Pergunta-se: por que não os adaptou o próprio Código? Haveria alguma razão capaz de justificar que se deixasse para essa futura e incerta lei especial a tarefa de adaptar outras leis especiais ao Código? Então, a tarefa de adaptar leis especiais ao Código é deixada a uma lei também especial? Não teria o Código força bastante para adaptar-se a si próprio o sistema das leis especiais?

Já me referi também ao artigo 218, que deixa em vigor diversos capítulos do Código de Processo Civil atual em relação a procedimentos especiais.

Eu não gostaria de encerrar estas considerações, a despeito de estar um pouco angustiado pelo tempo excessivo por que ocupo a atenção, e sobretudo abuso da paciência dos que me ouvem, sem fazer alusão a dois tópicos que me parecem relevantes. Um deles é a tendência insopitável do Código Novo para as definições. Todos sabemos — e isto tem sido cantado em prosa e em verso pela doutrina — do perigo das definições legais. Ninguém

ignora que elas só se justificam quando sejam operativas, isto é, quando delas dependa a incidência de uma norma cujo âmbito se quer delimitar com toda a nitidez. Assim, por exemplo, o Código Tributário Nacional, quando se referiu ao Imposto sobre a Propriedade Imobiliária Urbana, sentiu a necessidade de dizer que para os efeitos daquela tributação, se considerava urbana toda zona que apresentasse tais e quais características. Esse tipo de definição realmente se justifica, porque tem utilidade imediata, tem sentido normativo, delimita o âmbito de incidência da norma; porém definições que não sejam necessárias para esse fim devem ser evitadas em textos de lei e deixadas ao encargo da doutrina.

Mas o problema não se limita a esses termos. De um lado, existem realmente no Código definições totalmente supérfluas, como, por exemplo, a definição de coisa julgada material, que a Comissão Revisora fez o possível para eliminar. Ela figura no artigo 467, que tem agora, graças a uma emenda aprovada pelo Congresso, redação melhor do que tinha no Anteprojeto e no Projeto: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Fica o leitor na legítima presunção de que os artigos subsequentes farão uso dessa definição na disciplina da coisa julgada. Qual não é, entretanto, a nossa surpresa ao verificarmos que a expressão “coisa julgada material” não aparece em nenhum dispositivo outro do Código! De modo que a definição fica ali, um pouco como Pilatos no Credo, apenas para afirmar uma posição doutrinária, certamente muito respeitável, do ilustre autor do Anteprojeto, mas sem utilidade prática, e, mais do que isso, amarrando a lei a uma determinada concepção doutrinária que poderá amanhã, e eu diria talvez até já, hoje mesmo, revelar-se afinal de contas insatisfatória e ser abandonada. Porque isto de definir a natureza da coisa julgada material, nós todos que lidamos com o processo sabemos que se trata de uma controvérsia a cujo respeito só mesmo o juízo final é que dará uma palavra de pacificação; e mesmo esse talvez comporte, pelo menos, embargos de declaração. . . De sorte que não há vantagem nenhuma em ancorar o novo Código a uma concepção mutável, evidentemente, como todas as concepções explicativas dos fenômenos jurídicos.

Há, porém, outro aspecto a que me referi, e é o de que mais de uma vez o Código adota uma determinada definição, e não se mantém fiel a ela, o que já agora me parece de extrema gravidade pelos equívocos que pode gerar. Assim é, por exemplo, que o Código define “citação”, no artigo 213, como sendo o ato pelo qual

se chama a juízo o réu a fim de se defender. Pois bem, no artigo 999, que trata do processo de inventário, o Código fala na citação do cônjuge, dos herdeiros, dos legatários, da Fazenda Estadual, do Ministério Público e do testamenteiro, com a surpreendente inferência, passível de ser tirada por um leitor apressado, de que o cônjuge, os herdeiros, a Fazenda, o Ministério Público, etc., são réus no processo de inventário e vêm a juízo para se defender, o que não deixa talvez de ser verdade, noutro sentido...

Também, por exemplo, o Código define "sentença" no artigo 162, parágrafo 1.º:

"Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo, ou não, o mérito da causa".

No entanto, emprega a palavra "sentença" no art. 309 para designar a decisão proferida sobre a exceção de incompetência, decisão essa que de modo nenhum põe termo ao processo.

Essas incoerências e contradições confirmam a nossa impressão de que melhor seria o alvitre de não insistir tanto na preocupação de definir esses institutos. As definições deveriam ser reduzidas ao mínimo indispensável, e a Comissão Revisora muito se esforçou para expungir-las do Anteprojeto, sem contudo colher nenhum louro nessa sua tentativa.

Há, ainda, um tópico que merece referência, embora não esteja, a rigor, perfeitamente enquadrado no tema da palestra de hoje. É o concernente à falta de entrosamento que se nota entre o texto do Código de Processo Civil agora sancionado e o texto do Anteprojeto do Código de Processo Civil publicado para colher sugestões. Seria de esperar que, elaborados paralelamente por Comissões designadas pelo Governo, se tivesse o cuidado de proceder, como disse certa vez o Prof. Hamilton de Moraes e Barros em conversa comigo, a uma espécie de *finium regundorum*, uma demarcação de limites para que se soubesse quais as matérias que deveriam ser versadas no diploma civil e quais aquelas que deveriam ficar para o diploma processual civil. Mas tem-se a impressão de que as Comissões eram compostas por pessoas que não tinham relações pessoais umas com as outras, nem sequer se cumprimentavam de longe. Porque o desconcerto é flagrante. Primeiro, nota-se a existência de institutos que são regulados minuciosamente, *ex professo*, em ambos os textos. Assim, por exemplo, a matéria concernente à prova, exaustivamente versada — eu diria até *exaustivamente* também no sentido vulgar — no novo Código de Processo Civil, que se preocupa quase obsessivamente com o problema da força probante dos documentos, e igualmente disciplinada no Anteprojeto do Código Civil. Eu digo

igualmente no sentido de *também*; não digo *igualmente* no sentido de *coincidentemente*. Ao contrário, em mais de um caso existem divergências.

A mesma coisa ocorre no tocante ao instituto do compromisso. Por estar muito intimamente ligado ao juízo arbitral, esse instituto, em vários ordenamentos estrangeiros, é versado no Código de Processo. É o que acontece, por exemplo, na Itália. Muito bem. Nada de mais em que no Brasil se resolvesse optar por essa solução. Pode o compromisso ser considerado um instituto de Direito Processual? Que me perdoem os civilistas presentes: mal ou bem, poderia aceitar-se a consideração do compromisso como um instituto de Direito Processual. Agora, o que não é possível admitir-se é que ele seja, ao mesmo tempo, um instituto de Direito Processual e de Direito Material, e que apareça exaustivamente regulado, tanto no Código de Processo Civil, como no Anteprojeto de Código Civil.

Além desses institutos, aos quais foi dado um caráter de hibridismo bastante surpreendente, muitas são as disposições específicas conflitantes. Apenas a título de exemplo, para não alongar-me demasiadamente, vou referir dois casos. Um concerne ao problema de o juiz poder ou não *ex officio* pronunciar a prescrição não alegada pela parte. Essa questão está resolvida no Código de Processo Civil, art. 219, § 5.º, no sentido condizente com a tradição brasileira, isto é, o juiz não pode suprir a omissão da parte em se tratando de matéria patrimonial. No entanto, o anteprojeto do Código Civil inova. No artigo 193, declara:

(LÊ)

"O juiz não pode suprir de ofício a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz".

É uma regra, portanto, completamente diferente.

Assim também no tocante ao prazo para encerramento do inventário. Estou citando ao acaso, apenas para ilustrar a minha afirmação de que os dois textos não foram redigidos com espírito de consonância, de concórdia. Parece que andou aqui menos presente ainda o espírito de concórdia do que em certas conferências sobre a guerra do Vietname. O prazo para encerramento do inventário, por exemplo, está fixado em seis meses no Código de Processo Civil (art. 983) e em três meses no Anteprojeto do Código Civil (art. 2.201). E, como esses, poderiam ser citados inúmeros outros exemplos.

A despeito das falhas, das imperfeições (e, a final de contas, que obra humana será perfeita? Certamente nenhuma), a despeito dessas falhas e imperfeições que não podíamos deixar de ressaltar, embora o nosso propósito fosse muito menos crítico do que informativo, mas na própria exposição sobre a estrutura do novo Código, necessária e logicamente haviam de emergir, como de fato emergiram, considerações de caráter crítico; a despeito disso, entretanto, eu não gostaria de deixar na audiência uma impressão de pessimismo a respeito da reforma processual. Considero, sim — e é meu dever para com a verdade declará-lo de público — que em certa medida se perdeu a oportunidade de construir um sistema processual civil realmente à altura das nossas necessidades. Entretanto, é claro que não posso, nem devo, deixar de sublinhar o avanço técnico que em muitos pontos este Código novo apresenta sobre o nosso vigente Código, não muito cuidadoso, como se sabe, em matéria de técnica. Basta volver os olhos para a sistematização do processo cautelar, por exemplo, um dos passos em que mais nitidamente sobressai a superioridade da técnica adotada no novo Código sobre aquela utilizada no Código vigente. Não há dúvida de que o Código consagra uma série de institutos novos, alguns dos quais se podem desde já prever úteis, eficazes, frutíferos, e outros que certamente poderão produzir bons resultados na dependência da maneira pela qual serão aplicados na prática judiciária. A experiência é que nos dirá, por exemplo, sobre a vantagem, ou a desvantagem, da instituição do processo de execução coletiva assemelhado à falência para o devedor civil insolvente. É difícil, a priori, vaticinar-se o êxito ou o insucesso dessa tentativa.

Dito isso, e sem querer alongar-me em pormenores, que ficarão a cargo dos ilustres conferencistas das sessões subseqüentes, quando tratarem, em separado, dos diversos livros que compõem o Código, gostaria de acentuar, neste momento, e para encerrar estas já longuíssimas considerações, a responsabilidade que caberá, sem dúvida, à doutrina, na interpretação do texto, na construção dogmática dos institutos, mas sobretudo, diria eu, aos juizes brasileiros, que vão ter que aplicar quotidianamente as normas constantes deste Código e que precisam fazer preservar, e até diria ressaltar, aquilo que ele efetivamente tem de útil, de bom, de positivo em relação à lei atual, aproveitando ao máximo as oportunidades que lhe der o novo texto, no sentido de um processo mais dinâmico, menos moroso, menos complicado; não deixando, por exemplo, de seguir fielmente o sistema do Código em matéria de terminação antecipada do processo de conhecimento. Todos sabemos que, infelizmente, as oportunidades que a lei atual, através do instituto do despacho saneador, concede

para a apreciação das preliminares, não foram, por esta ou aquela razão, totalmente aproveitadas na prática. Pois bem, a nova lei não se limita àquilo que consta do Código atual. Deliberadamente, e até diria agressivamente, ela impõe o não-prosseguimento do processo, além da fase do saneamento, a não ser quando isso seja, em primeiro lugar, viável pela verificação prévia de que estão presentes todos os requisitos da regularidade processual e do legítimo exercício da ação, isto é, de que o julgamento do mérito será efetivamente possível. E nem mesmo nesses casos quer a lei que o processo continue, a não ser quando isso seja, além de viável, absolutamente necessário, isto é, quando se haja ainda de produzir prova em audiência. Salvo nessa hipótese, o processo não deve prosseguir além da fase do saneamento. E esse, entre muitos outros, é um ponto para o qual eu me permito solicitar a atenção daqueles que vão julgar à luz das normas deste Código. Esperemos que todas as deficiências que ele poderá apresentar — e certamente algumas apresenta — sejam de algum modo compensadas e superadas por seus aspectos positivos, que devem ser preservados cuidadosamente na prática judiciária, a fim de que o Brasil encontre, nesta reforma do seu Processo Civil, a oportunidade de dar efetivamente um passo à frente na matéria.

Com isso, encerro as minhas considerações, agradecendo a paciência de todos quantos aqui me ouviram.