

O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (*)

José Carlos Barbosa Moreira (**)

Trata-se, como foi anunciado, do procedimento ordinário. E é desde logo evidente para todos que seria impossível numa despreziosa palestra tentar esgotá-lo, a não ser que me decidisse a retribuir a generosa acolhida que me está sendo proporcionada com um abuso intolerável contra a paciência dos que me vieram ouvir.

Vou, portanto, limitar-me a tentar traçar-lhes um panorama geral do procedimento ordinário, de acordo com o novo Código, e dar especial relevo, como é natural, a alguns tópicos que me parecem de maior importância, sublinhando principalmente o confronto entre a disciplina adotada pelo novo diploma e aquela constante do Código de 1939, ainda em vigor. Será, portanto, uma visão necessariamente incompleta, mas que procurará, ao menos, chamar a atenção dos senhores para os principais tópicos da matéria.

A primeira observação que me ocorre deriva do próprio enunciado do tema, que reflete a rubrica adotada pelo novo Código. "**Do Procedimento Ordinário**" é a rubrica do Título VIII do Livro I, dedicado ao processo de conhecimento, Título esse que se desdobra, por sua vez, em oito Capítulos, ao longo de cerca de 200 artigos.

A rubrica "**Do Procedimento Ordinário**" denota o avanço técnico do novo Código em relação à fórmula adotada pelo ainda em vigor, que fala em **Processo Ordinário**. Na realidade, as duas

(*) Texto revisto de palestra proferida em Goiânia, em 17-8-73, a convite da Secção estadual da Ordem dos Advogados do Brasil.

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

expressões “processo” e “procedimento”, como se sabe, não correspondem a iguais conceitos. Se por **processo** se designa a série ordenada de atos, através dos quais se realiza a função jurisdicional em relação a uma determinada lide, quando falamos em **procedimento**, temos em vista, já de maneira particular, a forma exterior de que se reveste essa série de atos. Como é natural, tal forma pode variar, e efetivamente varia, de sorte que para um mesmo tipo ou uma mesma espécie de processo podemos ter, e efetivamente temos, diversos procedimentos, isto é, diversos modos pelos quais os atos que compõem o processo se encadeiam e se sucedem.

Na realidade, embora o novo Código declare, no art. 274, que o procedimento ordinário se regerá pelas disposições dos Livros I e II — o Livro I, dedicado ao processo de conhecimento, e o Livro II reservado ao de execução —, a despeito disso a designação “procedimento ordinário”, com a especificação que envolve, só tem verdadeira relevância no campo do processo de conhecimento, a saber no daquele que se destina à emissão de uma sentença ou, segundo fórmula mais extensa, devida a LIEBMAN, daquele que se destina a formulação da regra jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação, trazida à apreciação judicial. Digo que a relevância se restringe ao processo de conhecimento porque, se é verdade que também no processo de execução se podem distinguir vários procedimentos, não é menos certo que a opção por um ou por outro não depende do tipo de procedimento que tenha sido seguido no processo de cognição, e sim, como se sabe, da natureza da condenação proferida. Assim, vamos cingir-nos a estudar o procedimento ordinário naquele campo em que esse conceito assume efetivamente relevância, a saber, no processo de conhecimento, naquele que se desenvolve desde o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação jurisdicional, isto é, a demanda introdutória, até o momento em que essa prestação jurisdicional é concedida através de uma sentença.

Convém, antes de mais nada, delimitar o âmbito de aplicação do procedimento ordinário, já que, quando se fala em procedimento ordinário, necessariamente se está aludindo a uma determinada espécie. Cumpre, por conseqüência, verificar como essa espécie se delimita em relação às outras espécies do mesmo gênero.

O novo Código de Processo Civil contempla, no processo de conhecimento, um procedimento a que chama **comum**. Essa denominação não existia nem existe no direito brasileiro ainda em vigor. Hoje temos procedimento ordinário e procedimentos especiais, ou, como diz o Código atual, processo ordinário e processos especiais. A sistemática do Código de 1973 é diversa: ele distin-

gue, de um lado, um procedimento a que chama **comum** e, de outro lado, vários procedimentos que denomina **especiais** e que se subdividem em procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e procedimentos especiais de “jurisdição voluntária”, todos eles disciplinados no Livro IV.

O procedimento comum, naturalmente, é reservado para todas as causas que não estejam expressamente submetidas a nenhum procedimento especial, quer por força de disposições do próprio Código, quer em virtude de alguma lei extravagante que estabeleça disciplina específica; é o que resulta do art. 271: “Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial”. De modo que o âmbito de aplicação do procedimento comum se delimita por exclusão; e a mesma coisa acontece, dentro do procedimento comum, com a sua subdivisão em procedimento ordinário e procedimento sumaríssimo.

Para chegar-se a delimitar, a demarcar o território próprio do procedimento ordinário, que é o que nos vai interessar hoje aqui, procede-se também por exclusão. Será o ordinário o procedimento aplicável, sempre que a lei não indicar como próprio o procedimento sumaríssimo; isto é, a lei só discrimina as hipóteses em que a causa deve obedecer ao procedimento sumaríssimo; não discrimina aquelas em que se há de observar o procedimento ordinário, o qual constitui — se me permitem imagem talvez vulgar — uma espécie de “posta-restante”.

A ele se chega, portanto, através de duplo processo de exclusão: primeiro, excluem-se os procedimentos especiais, e o que resta é o procedimento comum; depois, dentro do procedimento comum, excluem-se os casos de procedimento sumaríssimo, que ora se definem em razão da matéria, ora em razão do valor. Excluídos esses casos, tudo que remanescer pertencerá ao campo do procedimento ordinário, que constitui ainda a reserva da disciplina subsidiária de todos os outros.

Não só o Código faz recair no procedimento ordinário diversos procedimentos especiais, em determinadas circunstâncias, notadamente quando haja contestação (como é o caso, por exemplo, da ação de depósito, da ação de usucapião e assim por diante), mas também considera as disposições relativas ao procedimento ordinário como subsidiariamente aplicáveis aos procedimentos especiais e ao procedimento sumaríssimo, em tudo aquilo que não esteja especificamente regulado de modo diverso. De modo que, a rigor, o procedimento **verdadeiramente comum** é apenas o ordinário.

Assim delimitado o âmbito de aplicação do procedimento ordinário, cumpre agora, em rápidas pinceladas, retratar-lhe a estrutura.

Quem quer que reflita, por alguns momentos, sobre a finalidade do processo de conhecimento, desde logo compreende, quase intuitivamente, a necessidade de que nele se realizem atividades de várias naturezas. De que é que se trata, afinal? Trata-se, como diria LIEBMAN, de formular a regra jurídica concreta que deve ser aplicada a uma determinada situação; trata-se, enfim, de julgar, trata-se de proferir uma sentença. O processo de conhecimento é um processo de fabricação de sentença, digamos assim. Ora, de acordo com os princípios gerais que regem o nosso processo civil, o órgão jurisdicional não toma a iniciativa de buscar lides para compor e, sim, espera que o procurem os interessados nessa composição. Desde logo se percebe que há necessidade de atos através dos quais as partes comuniquem ao órgão judicial as suas pretensões. Em outras palavras: atividade de natureza **postulatória**.

É também indispensável que a comunicação dessas pretensões seja acompanhada do fornecimento, ao órgão judicial, dos elementos indispensáveis para que ele possa formular a sua convicção. Temos aí, portanto, um segundo tipo de atividade que, necessariamente, existe no processo de conhecimento, a saber: atividade **probatória**, atividade de instrução.

E, por fim, compete ao órgão judicial (esta é a meta a que tende o processo de conhecimento, e quando ele não a atinge pode-se afirmar que ficou frustrado no seu objetivo) compete ao órgão judicial decidir, aplicando aos fatos, tais como conseguiu reconstituí-los através das provas, as normas jurídicas. Então, temos, afinal, a atividade de **decisão**.

Pode-se conceber uma estrutura em que a cada qual dessas atividades houvesse de corresponder uma fase nitidamente diferenciada; porém não é isso, na prática, o que acontece, por mais de uma razão. O que existe são fases em que cada uma dessas atividades **predomina**. Realmente, podemos discernir, no itinerário do processo, diversas fases e podemos pô-las em correspondência com esses diferentes tipos de atividade. Podemos falar de uma fase **postulatória**, podemos falar de uma fase **probatória** e podemos falar de uma fase **decisória**; mas não nos devemos iludir com essas denominações a ponto de supormos que cada uma delas seja exclusivamente consagrada à atividade que lhe empresta o nome.

Basta pensar, por exemplo, na atividade **probatória**, que, na verdade, começa a realizar-se desde o início do processo, uma vez que a prova documental, por exemplo, deve ser produzida,

em princípio, salvo casos especiais, pelo autor, com a petição inicial, e pelo réu, com a defesa. De modo que há uma interpenetração, uma parcial superposição, uma mistura, digamos mesmo, dessas atividades, o que não nos impede, repito, de reconhecer, dentro da estrutura do processo de conhecimento, a existência de fases, cada uma das quais se caracterizará, não pela exclusividade, senão apenas pela predominância dos atos **postulatórios**, dos atos de instrução e dos atos **decisórios**, respectivamente.

Pode-se ainda falar de um quarto tipo de atividade ao qual corresponderia também uma quarta fase. Seria a atividade de **saneamento**, que, se é verdade que se exerce difusamente ao longo do processo, se apresenta em todo caso concentrada de preferência numa determinada etapa do itinerário processual, destinada a expungir, a purificar o processo das irregularidades que possa apresentar, a fim de facilitar a atividade do Juiz no exame da prova e na decisão da causa.

Teríamos, portanto — e este é o esquema geralmente adotado — quatro fases no procedimento de primeira instância ou, como prefere dizer o novo Código, no procedimento em primeiro grau de jurisdição: a fase **postulatória**, a fase de **saneamento**, a fase de instrução ou **probatória** e a fase **decisória**.

No novo Código esse esquema vê-se alterado em certa medida, porque, como teremos oportunidade de explicar dentro de alguns minutos, as duas últimas fases, a saber, a fase **probatória**, de instrução, e a fase **decisória**, em determinadas circunstâncias, deixarão de apresentar-se individualizadas, diferenciadas: o processo poderá encontrar o seu termo na própria fase de **saneamento**, que não será ultrapassada, desde que ocorram determinadas circunstâncias a que dentro em pouco vou referir-me.

Assim, na realidade, o esquema do procedimento ordinário, segundo o novo Código, desdobra-se em dois possíveis esquemas: o esquema, digamos, **completo** e o esquema **abreviado**. Teremos dois tipos de procedimento ordinário: um com as quatro fases a que acabo de aludir, e outro em que o procedimento ficará reduzido, na verdade, à fase **postulatória** e a uma segunda fase que conduzirá, desde logo, ao encerramento do processo.

Nisto o Código atendeu aos anseios de muitos que se batiam por essa abreviação. Sabemos todos que, em grande número de casos, o prosseguimento do processo após o despacho saneador, à espera da audiência de instrução e julgamento, constitui uma causa inútil de retardamento, e eu diria até de prejuízo para o bom andamento, para o bom funcionamento da máquina judiciária, pelo que representa de acúmulo inútil de serviço. Sabemos todos que os autos do processo muitas vezes ficam aguardando nas prateleiras dos cartórios, acumulando poeira em suas folhas,

à espera de uma audiência de instrução e julgamento, que deveria constituir o ato culminante, o ato mais solene, mais importante do procedimento e que, na prática, não raro se reduz a verdadeira farsa, se me permitem usar termo talvez um pouco forte, mas creio que não muito distante da realidade, uma vez que as partes se limitam a reportar-se àquilo que já disseram nas peças constantes dos autos e, muitas vezes, não há debates orais, nem o Juiz profere a decisão no momento, de modo que toda aquela espera, toda aquela protelação, motivada pelas pautas repletas que não permitem a marcação da audiência para um dia próximo, revela-se, afinal, inútil.

Ja mesmo sob a vigência do Código atual, alguns processualistas — e, no momento, lembro-me de GALENO LACERDA e de CELSO AGRÍCOLA BARBI — sustentaram a possibilidade de, em certos casos, quando fosse possível, quando não houvesse necessidade de outros atos destinados a apurar a verdade dos fatos, proceder-se ao julgamento do mérito na própria ocasião em que o Juiz houvesse de proferir o despacho saneador. Essa tese, entretanto, como sabem, não prevaleceu. Talvez realmente ela não fosse compatível com a sistemática do Código de 1939, que procurou dar muita ênfase à oralidade e por isso exigiu a audiência como formalidade indispensável.

O novo Código, a meu ver, louvavelmente, atendeu à realidade, transigiu com o princípio para acomodar-se melhor às necessidades práticas. Daí, então, a existência dessas duas possibilidades, ou desses dois esquemas: um que se desdobra nas quatro fases tradicionais e outro que se reduz a duas únicas fases.

No tocante à fase postulatória, que abrange o ajuizamento da causa e, depois da citação, a defesa do réu, algumas inovações merecem relevo; e, naturalmente, terei de limitar-me aqui, como ao longo de toda a palestra, aos pontos mais salientes, sendo impossível deter-me no exame de todas as normas concernentes à matéria.

Gostaria de iniciar pedindo a atenção dos senhores para a inovação que o Código traz, quanto ao momento em que se considera proposta a ação. Como se sabe, no regime de 1939, ainda em vigor, como resulta do art. 292 do Código, a ação se considera proposta no momento em que é feita a citação do réu. O novo Código abandona essa maneira de construir e antecipa o momento da propositura da ação para aquele em que a petição inicial é despachada pelo órgão judicial, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de um Juízo competente. É o que dispõe o art. 263, que não está, aliás, colocado no Título referente ao procedimento ordinário, mas cuja importância me parece por demais evidente para que eu precise justificar a referência que acabo

de fazer. Basta que se pense nas diversas normas que fazem remissão ao conceito de propositura da ação, assim por exemplo a do art. 37, segundo a qual a competência é determinada de acordo com os elementos que existam no momento em que a ação é proposta. Eis aí a importância do conceito de propositura da ação, que vai servir à interpretação de vários dispositivos do Código. Pois bem, esse momento, em vez de ser aquele em que o réu é citado, passará a ser aquele em que a petição inicial é despachada ou, simplesmente, distribuída, onde houver mais de um Juízo competente.

Um segundo aspecto interessante é o maior relevo que o Código atribui a esse primeiro contato do órgão judicial com a postulação do autor. O Código de 1939 passou muito de leve por esse assunto. Existe, é verdade, o art. 160, que prevê o indeferimento da petição inicial, quando ela for inepta, ou a parte for ilegítima. Entretanto, o Código não se deu ao cuidado de caracterizar o que se deveria entender por petição inepta, como também deixou dúvidas no espírito dos intérpretes quando usou a expressão “parte ilegítima”, que para uns deveria referir-se à falta da chamada legitimidade *ad causam*, uma das condições da ação, como se sabe, ao passo que para outros deveria referir-se à chamada ilegitimidade *ad processum*, ou a falta de capacidade processual, sem que a doutrina e a jurisprudência tenham conseguido pacificar-se em torno desses problemas.

Já o novo Código, com melhor técnica, disciplina minuciosamente o exame da inicial pelo Juiz, indicando as hipóteses em que deve ela ser indeferida, no art. 265: quando for inepta, quando a parte for manifestamente ilegítima, quando o autor carecer de interesse processual, quando o Juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição, e assim por diante. E no parágrafo único arrola as hipóteses que devem ser consideradas como de inépcia da inicial, fornecendo, assim, portanto, um conceito bastante preciso, do qual se poderão valer os Juízes quando tiverem de examinar a petição inicial.

Concede o Código uma oportunidade ao autor para, sendo possível, suprir, corrigir as deficiências e as irregularidades que existam na petição inicial; abre-se para tanto um prazo, e só no caso de não ser possível o suprimento é que o Juiz, então, deixará de deferir-la. Note-se que esse indeferimento não se baseará exclusivamente em razões de ordem formal; poderá até fundamentar-se em matéria de mérito, porque o Código permite que o Juiz indefira a petição inicial, inclusive fundado na ocorrência de prescrição, desde que se trate de um daqueles casos em que a prescrição pode ser pronunciada pelo órgão judicial, independentemente de provocação da parte, isto é, desde que não se tra-

te de direitos patrimoniais. E nesse caso o Juiz poderá fazê-lo, ou até deverá fazê-lo, desde esse primeiro contato com a petição inicial, indeferindo-a se verificar que ocorreu a prescrição. Ter-se-á aí, portanto, um caso, à primeira vista algo estranho, de decisão de mérito proferida no exame da petição inicial, já que o Código, ao meu ver acertadamente, arrola, em termos expressos, a prescrição entre as questões de mérito.

Quanto à resposta do réu, convém notar que o Código engloba sob essa denominação genérica três possíveis atos, a saber: as duas modalidades de defesa, propriamente dita — a contestação e a exceção — e, ainda mais, a reconvenção, que já não é propriamente defesa e, sim, antes, um contra-ataque do réu, uma nova ação proposta nos mesmos autos pelo réu contra o autor.

Ao contrário do que sucede atualmente, haverá um prazo único para o oferecimento de qualquer dessas modalidades de resposta, prazo esse que o Código fixa em 15 dias. Talvez seja louvável o propósito do Código de uniformizar os prazos. Entretanto, a meu ver, parece que a fixação em 15 dias será um tanto excessiva, quando se pensa, por exemplo, na hipótese de uma simples exceção de incompetência, que hoje se oferece em 3 dias, sem que isso tenha despertado maiores lamúrias por parte dos interessados; e elevá-lo para o quádruplo afigura-se um tanto contrário ao propósito que deveria ter o novo Código de, afinal de contas, contribuir para a abreviação da duração dos processos, e não para o seu aumento, para o seu prolongamento. Percebe-se, entretanto, que o intuito foi o de unificar o prazo para as várias modalidades de resposta.

Ainda no tocante às exceções, é de notar também que o Código reduz o seu elenco. Enquanto atualmente o réu pode, por essa via, alegar quatro questões preliminares, a saber: a incompetência, a suspeição, a litispendência e a coisa julgada, o novo Código afasta do campo das exceções a arguição da litispendência e da coisa julgada, a meu ver louvavelmente. Aliás, já no regime vigente, tendiam a doutrina e a jurisprudência a achar que, a despeito de poderem ser elas alegadas por via de exceção, nada impedia o réu, contudo, de fazer a arguição como preliminar na própria contestação, ou até depois, inexistindo, portanto, preclusão, em consequência do fato de ele se omitir nos 3 dias. O Código envereda corajosamente por esse caminho e reduz as exceções às de incompetência (relativa somente, porque a incompetência absoluta poderá ser argüida a qualquer tempo), suspeição e impedimento, estabelecendo aqui, nitidamente, e também de maneira correta, uma distinção que no Código de 1939 ficou na sombra.

O Código de 1939, ao tratar da exceção da suspeição, engloba casos que, doutrinariamente, são considerados de impedimento, e a palavra **impedimento** só vai aparecer no dispositivo referente aos pressupostos da ação rescisória. Um dos casos desta, como se sabe, é o de sentença proferida por Juiz impedido, sem que, entretanto, a lei tivesse tido o cuidado de conceituar ou de discriminar as hipóteses de impedimento. O novo Código, portanto, beneficia-se, sob esse aspecto, de técnica inegavelmente superior.

Quanto à segunda fase, que, em princípio, se destina ao saneamento do processo, ainda que possa, sob certas circunstâncias, conduzir, desde logo, ao seu encerramento, o Código prevê uma série de providências a que chama **preliminares**, embora a denominação possa aqui suscitar alguma controvérsia, porque, na realidade, já não estamos mais na fase inaugural, e sim na segunda fase do procedimento; providências essas que podem consistir na abertura de oportunidade ao autor para falar sobre preliminares suscitadas pelo réu, para falar sobre fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, quando os tenha suscitado o réu, na sua contestação, e poderão consistir ainda no pedido de pronunciamento sobre a relação jurídica prejudicial, quando o réu conteste o direito que constitui o fundamento do pedido do autor, sendo lícito a este, então, requerer que o Juiz, desde logo, se possível, profira, sobre essa relação jurídica prejudicial, "sentença incidente", como diz o art. 325. É o instituto da chamada **ação declaratória incidental**, cuja finalidade é a de permitir um pronunciamento, com força de coisa julgada, sobre relações jurídicas que, não tendo constituído o objeto do pedido inicial, representem, contudo, pressuposto lógico da decisão sobre a lide. Infelizmente não é possível desenvolver aqui o tema, que por si só poderia ser objeto, não digo de uma palestra, porém de uma série de palestras. Estou apenas enumerando aquelas providências que o Código arrola entre as chamadas preliminares.

Gostaria de acrescentar que aqui também se incluem a determinação de suprimento de irregularidades ou nulidades sanáveis, que o Juiz verifique existir no processo, e é justamente essa atividade que caracteriza a fase, a meu ver, nitidamente, como sendo uma fase de saneamento. E aqui convém notar que o Código, de certa maneira, antecipa a atividade de saneamento àquele ato denominado tradicionalmente **despacho saneador**.

Há certa inversão na ordem a que estamos habituados sob o regime de 1939. Neste, a atividade de saneamento, embora se exerça difusamente ao longo do processo, todavia se concentra com ênfase toda especial, toda particular, no chamado despacho

saneador. É nele que o Juiz deve determinar essas providências destinadas a suprir as irregularidades porventura existentes. Pois bem, o novo Código constrói esquema um pouco diferente. Determina que o Juiz tome essas providências antes de proferir o despacho saneador. E conforme o caso, como veremos, ele nem sequer chegará a proferir tal despacho, porque nesse momento, depois de realizadas as providências preliminares, chega-se a uma verdadeira encruzilhada: aqui, o destino do processo pode variar entre aquelas duas possibilidades a que me referi de início; ou o processo se encerra desde logo, ou vai prosseguir com destino à audiência de instrução e julgamento. Temos de ver, portanto, quando é que ocorre uma dessas hipóteses e quando é que ocorre a outra.

O Código só quer que o processo prossiga depois das providências preliminares, quando isso seja útil e quando seja necessário. Pode-se dizer que é útil o prosseguimento do processo quando ainda não seja possível, desde logo, julgar-se a lide, porém fique patente que num momento posterior se poderá, efetivamente, chegar a esse julgamento. Então, duas coisas podem acontecer. Pode acontecer que se verifique nesse instante que é inútil prosseguir no processo porque jamais se poderá chegar à apreciação do mérito. Por exemplo, quando se verifica que falta uma das condições exigidas para o exercício da ação. Nesse caso, seria inútil o prosseguimento. E pode acontecer que se verifique que tal prosseguimento seria, não inútil, porém desnecessário, porque já estão presentes todos os elementos que habilitam o Juiz, desde logo, a julgar o mérito. Creio que assim se pode resumir esta matéria. O processo só prossegue quando não for nem inútil, nem desnecessário prosseguir.

Quais foram os casos em que o Código considerou inútil prosseguir? Aqueles em que ocorra algumas das hipóteses arroladas nos arts. 267 e 269, de extinção do processo. O art. 267 cogita das hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito; O art. 269 cogita das hipóteses de extinção do processo com julgamento do mérito. E aí temos, nos números II a V, os casos de reconhecimento do pedido do autor pelo réu, da transação entre as partes, do pronunciamento da decadência ou da prescrição, e da renúncia do autor ao direito sobre que se funda a ação.

Em outros casos, o Código considerou que já seria possível ao Juiz, de imediato, pronunciar-se a respeito da lide, porque não só inexiste qualquer obstáculo ao julgamento do mérito, como também já estão reunidos os elementos suficientes para que o Juiz possa formar convicção nesse momento a respeito da causa.

Quais são essas hipóteses, referidas no art. 330? "O Juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I — quando a questão de mérito fôr unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II — quando ocorrer a revelia". O conjunto dessas hipóteses forma aquilo que o Código chama de "julgamento antecipado da lide".

Quanto ao inciso primeiro, é de fácil entendimento. Quando a questão de mérito for unicamente de direito, isto é, quando não houver nenhuma controvérsia quanto aos fatos, seria evidentemente supérfluo, constituiria desperdício de tempo, de energias, de dinheiro, fazer prosseguir o processo em direção à audiência, quando nenhuma prova é necessária, já que a prova se refere aos fatos, pois o direito é conhecido do órgão judicial. Então, se a controvérsia gira exclusivamente em torno da questão de direito, é perfeitamente natural e louvável que o Código tenha previsto a antecipação do julgamento da causa para esse momento. Ou ainda quando, existindo, embora, controvérsia quanto a fatos, não haja necessidade de produzir provas em audiência, isto é, não haja necessidade de perícia, não haja necessidade de ouvir testemunhas, não haja necessidade de tomar-se o depoimento pessoal da parte. Suponhamos que a controvérsia existente sobre os fatos possa ser deslindada pelo Juiz mediante a simples leitura dos documentos que instruem a inicial e a defesa. Seria também, nesse caso, absolutamente supérfluo fazer prosseguir o processo. De modo que, nessas hipóteses, merece aplausos o Código por ter previsto a abreviação do processo de conhecimento, determinando ao Juiz, e não apenas permitindo — é importante que se frise —, determinando ao Juiz que desde logo julgue o mérito.

O inciso II do art. 330 refere-se à hipótese de revelia, isto é, à hipótese do réu que não apresentou defesa. O Código, inspirando-se no sistema germânico, adotou tratamento bastante rigoroso para com o revel. A este respeito eu gostaria de informá-los de que a Comissão Revisora do Anteprojeto elaborado pelo eminente jurista e atual Ministro da Justiça, Professor ALFREDO BUZALD, a cujo talento e a cuja erudição todos nós rendemos as nossas homenagens, a Comissão Revisora, dizia, discordou da orientação adotada no Anteprojeto, entendendo que no meio social brasileiro a revelia não pode ser tratada em termos idênticos àqueles em que a trata o direito de nações, como a Alemanha, com pequeno território e com outras condições políticas e sociais, muito diferentes das nossas.

No Brasil, o fato de o réu ficar omissos, não apresentar defesa, nem sempre se pode imputar à suposta inexistência de argumentos com que ele se opusesse à postulação do autor. Sabemos

todos que muitos outros fatores influem e concorrem para que a revelia se configure: distâncias muito grandes, nível de instrução baixo, dificuldade de procurar advogado, problemas de ordem financeira, e assim por diante, muitas vezes levam o réu, sobretudo nas classes menos favorecidas, a ficar revel. De sorte que o tratamento muito rigoroso dado à revelia pareceu à Comissão Revisora — e neste ponto estou de pleno acordo com ela — inconveniente e injusto no nosso meio. Nem sempre se podem transplantar institutos de um ambiente para outro, sobretudo quando se trata de países tão diferentes, sob todos os pontos-de-vista, como, de um lado, a Alemanha e a Áustria, de outro lado o Brasil, sob pena de chegar-se a resultados que não consultam os interesses da coletividade.

Assim, neste ponto, devo manifestar a minha discordância em relação ao tratamento dado à revelia. A revelia acarreta a consideração dos fatos alegados pelo autor como verdadeiros, salvo determinadas hipóteses em que o Código abre exceções à regra. Em conseqüência disso, coerentemente com as suas premissas, é forçoso reconhecer, o Código prevê também a antecipação do julgamento da lide, isto é, do mérito, para este momento, quando ocorrer a revelia. De modo que, embora não haja regra alguma que vincule o Juiz a julgar procedente o pedido, na maioria dos casos, sendo aceitos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor e encerrando-se, desde logo, o processo, sem que o réu tenha oportunidade mais tarde de intervir nele, dada a sua abreviação, pode-se prever, sem grande margem de erro, que o pedido acabará por ser julgado procedente quando houver revelia. Entretanto, convém sublinhar que o Código não leva forçosamente a essa conclusão; limita-se a dispor que, salvo as exceções expressas, os fatos alegados pelo autor se reputarão verdadeiros quando o réu permanecer revel e, mais adiante, contempla a antecipação do julgamento do mérito para esse momento subsequente às providências preliminares. Não é pelo fato de o réu permanecer revel que obrigatoriamente o pedido será julgado procedente, até porque, ainda que o Juiz aceite os fatos como verdadeiros, a conclusão proposta pelo autor poderá não estar juridicamente fundada, isto é, a norma aplicável poderá não ser aquela que ele indicou, ou a interpretação da norma poderá não ser aquela que ele sustentou na sua inicial. Assim, mesmo que os fatos sejam admitidos como verdadeiros, a conclusão jurídica poderá ser outra, é claro.

Creio que os nossos Juizes deverão aplicar com extrema cautela esses dispositivos concernentes à revelia, a fim de evitar que se agravem as possíveis injustiças na matéria.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 137-156, 1974

Como disse, o processo pode encerrar-se nesse momento, desde que ocorra algumas das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, números II a V, isto é, extinção do processo sem julgamento do mérito ou com julgamento de mérito; ou ainda desde que a lide seja, de acordo com o art. 330, números I e II, antecipadamente julgada. Quando não ocorrer nenhuma dessas hipóteses, por exclusão, então sim, o Juiz proferirá o despacho saneador. Não se trata, verdadeiramente, de um despacho, e já não é assim no Código atual: trata-se de uma decisão interlocutória, de um ato através do qual o Juiz resolve uma série importante de questões. No Código novo, a denominação, embora tenha por si a tradição, fica em desacordo com os conceitos que o próprio legislador insculpiu no art. 162, no qual ele procedeu a uma classificação dos pronunciamentos do Juiz em: sentenças, decisões interlocutórias e despachos, definindo a decisão interlocutória como o ato pelo qual o Juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. É tipicamente o caso do despacho saneador, que não mereceria, portanto, o nome de despacho, embora, repita-se, esse nome esteja consagrado pela tradição.

Talvez seja isso, aliás, que tenha levado o Sr. Ministro da Justiça a incluir uma modificação dessa denominação no Projeto de lei (*) que tramita pelo Congresso Nacional, com o fito de introduzir algumas alterações no Código de Processo Civil. Nesse Projeto há um artigo que determina a substituição deste nome "Do Despacho Saneador", que é a rubrica da Secção III, Capítulo V, deste Título, para "Do Saneamento do Processo". E, como o nome de "despacho saneador" só aparece na rubrica, não aparece no corpo do artigo, deixará de figurar aqui neste lugar, embora figure noutros dispositivos, situados em outros Capítulos do Código.

A rigor, também a nova rubrica não será exatamente adequada, porque, como já vimos, a atividade do saneamento não se concentra neste ato; muito pelo contrário, ela o precede. Conforme reza o art. 331, "se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções precedentes, o Juiz, ao declarar saneado o processo" (vejam bem: "ao declarar saneado o processo"), "deferirá a realização do exame pericial", etc. Quer dizer, o despacho saneador fica com a sua fisionomia um pouco diminuída sob certo ponto-de-vista, porque nele o Juiz não saneia propriamente, senão que já declara saneado o processo; isto é, o Juiz refere-se a alguma coisa que já aconteceu antes. De modo que

(*) Convertido na Lei n.º 5.925, de 1.º-10-1973; a alteração a que se refere o texto foi consagrada no art. 2.º (nota de 1974).

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 137-156, 1974

nem a rubrica "Do despacho saneador", nem esta pela qual deverá ela ser substituída, nem uma nem outra, na verdade, se adaptam com muita precisão ao texto do art. 331.

Em todo caso, convém observar que, a despeito de ter ficado reduzido, na letra da lei, ao ato em que o Juiz se limitaria a deferir (ou indeferir, é evidente) a realização do exame pericial, tomando providências relativas a ele, e a designar audiência de instrução e julgamento — é o que consta dos incisos I e II do art. 331 —, no fundo o despacho saneador envolve implicitamente um juízo de admissibilidade da ação e de regularidade do processo, porque ele só é proferido "se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções procedentes". Isso significa que o simples fato de o Juiz proferir o despacho saneador, nos termos do art. 331, envolve um pronunciamento, ainda que implícito, no sentido da não-ocorrência daquelas irregularidades ou defeitos, ou daquelas causas que poderiam impedir o julgamento do mérito.

Portanto, na realidade, conseguimos discernir nas entrelinhas a verdadeira dimensão do despacho saneador, que parece um pouco reduzida, se nos ativermos ao texto da lei. Ele, no fundo, envolve certamente, embora de maneira implícita, a afirmação de que não existem ou de que já foram sanadas as nulidades e as irregularidades processuais, e envolve também a afirmação de que estão presentes as condições exigidas para o exercício do direito de ação naquele caso concreto.

De qualquer modo, o despacho saneador constitui apenas uma de três possibilidades. O Juiz ou extingue o processo, ou julga antecipadamente a lide, ou então, e em último caso, por exclusão, se não se verificar nenhuma daquelas hipóteses, proferirá o despacho saneador.

O Código deu a esse conjunto, constituído por três possíveis decisões, pela decisão que decreta simplesmente a extinção do processo, ou pela decisão que julgue antecipadamente a lide, ou ainda pelo despacho saneador, deu a essas três possibilidades, a essas três figuras, a denominação genérica de "Julgamento conforme o estado do processo". De modo que é essa a rubrica do Capítulo V: "Do julgamento conforme o estado do processo".

Esse conceito é, digamos assim, polimórfico, é um conceito variável, não unívoco; não há determinado tipo de pronunciamento judicial que se denomine **Julgamento conforme o estado do processo**. Há uma variedade de tipos de pronunciamentos judiciais, em que o único denominador comum será o momento em que surgem, porque, na realidade, podemos ter aí: ou uma decisão **interlocutória**, que é o despacho saneador, mandando prosseguir o processo em direção à audiência; ou uma **sentença mera-**

mente terminativa, nas hipóteses da extinção do processo sem julgamento do mérito; ou ainda uma **sentença definitiva**, nas hipóteses em que desde logo se julga o mérito. Assim, três pronunciamentos de diferentes naturezas ficam aqui reunidos sob esta denominação comum de "Julgamento conforme o estado do processo".

Vamos supor então que nenhuma das hipóteses anteriores se tenha verificado e que o Juiz profira o despacho saneador, mandando prosseguir o feito. Teremos ainda à frente, no primeiro grau de jurisdição, a fase probatória e a fase decisória, que não se diferenciam nitidamente nas suas fronteiras, digamos assim, bastando ver que o mesmo ato que serve para a colheita das provas orais já pode também servir para que seja proferida a sentença. Refiro-me, como sabem, à audiência de instrução e julgamento, que é, portanto, um ato de natureza complexa, um ato misto, que interessa tanto à atividade probatória quanto à atividade decisória, podendo conglobá-las, ambas, no seu bojo.

No tocante à fase probatória, sem querer alongar-me demasiado, gostaria de lembrar apenas, para pedir-lhes a atenção para algumas inovações importantes do Código, a disciplina da prova pericial, em que o Código se afasta um pouco do modelo atual, prevendo um perito único, nomeado pelo Juiz, e assistentes técnicos designados pelas partes. A meu ver, foi tímida essa inovação, e a Comissão Revisora, tendo em vista a realidade forense, havia ido além nas suas sugestões. Todos sabemos que, na verdade, o único perito que funciona como tal é o perito nomeado pelo Juiz. Os peritos designados pelas partes nada mais são do que auxiliares de advogados. Esta é a realidade que a vida forense nos põe ineludivelmente diante dos olhos.

Os senhores nunca terão visto, provavelmente, um laudo apresentado pelo perito do autor, que não consultasse os interesses do autor, e a mesma coisa se pode dizer do perito do réu. A Comissão Revisora entendeu que seria mais prático aceitar esta realidade. Aceitá-la e reduzir a figura do perito àquele designado pelo Juiz, porém deixando às partes a possibilidade de nomear assistentes técnicos, com a finalidade de fiscalizar o laudo do perito do Juiz e oferecer suas críticas. Esta, a meu ver, seria uma atividade eficaz a ser desempenhada pelos assistentes técnicos. Depois que o perito do Juiz apresentasse o seu laudo, abrir-se-ia um prazo comum para que os assistentes técnicos das partes lhe criticassem o laudo, mostrando as suas possíveis falhas.

Essa foi a sugestão feita pela Comissão Revisora que, entretanto, não vingou, embora, formalmente, o Código haja reservado a denominação de perito para aquele indicado pelo Juiz e tenha consagrado a denominação de assistentes técnicos para os

indicados pelas partes. Mas a inovação foi quase que somente terminológica, porque o Código conserva para os assistentes técnicos aquela função, a meu ver ilusória, ideal, utópica, que eles têm no Código de 1939, aliás não na redação primitiva do Código de 1939, mas na redação que depois veio a prevalecer. De modo que, por exemplo, o assistente técnico da parte presta também compromisso, fica sujeito a ver-se recusado por suspeição, etc., quando nada disso tem sentido se aceitarmos a realidade de que ele está ali para auxiliar a parte, para servir aos interesses dela; apenas, tratar-se-ia de disciplinar isso de um modo coerente, através da oportunidade que se lhe abriria de criticar o laudo do perito, de apontar as suas possíveis falhas, omissões, incoerências, contradições, deficiências de toda sorte. Tal como se encontra disciplinada a prova pericial no Código, conquanto de certa maneira haja um avanço em relação ao regime atual, creio que continuaremos a ter, em boa medida, esta ficção dos "peritos" das partes, embora com o rótulo de "assistentes técnicos".

Inovação interessante é a possibilidade de determinar o juiz, em qualquer momento, o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las, independentemente do requerimento que a outra parte faça, para prestação de depoimento pessoal na audiência. O próprio Juiz, *ex officio*, e a qualquer momento, como diz o art. 342, pode determinar o comparecimento das partes a fim de ele próprio interrogá-las sobre os fatos relacionados com a causa. É uma inovação que corresponde a normas já existentes em diversas legislações estrangeiras, como a alemã, a italiana, e que parece dar bons resultados.

Também merece louvor o Código por ter disciplinado expressamente uma forma de atividade probatória que hoje não está contemplada no texto legal, se bem que a doutrina e a jurisprudência já se tenham pronunciado pela sua admissibilidade, a saber: a inspeção judicial de pessoas ou coisas. O Juiz, de acordo com o art. 440, de ofício ou a requerimento da parte, poderá, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. Efetivamente, sabemos que em muitos casos só mesmo o contato direto do Juiz com a coisa ou com a pessoa, ou a sua visita a determinado local é que pode esclarecê-lo de maneira cabal sobre aquilo que realmente está acontecendo. O Código fez bem em prever expressamente este meio de prova e em dar-lhe a disciplina específica necessária.

No tocante à fase decisória, que é a última do procedimento em primeiro grau de jurisdição, nos casos em que seja necessária a audiência de instrução e julgamento, esta se realizará

mais ou menos nos moldes daquilo que temos hoje, com uma importante inovação, que é a tentativa de conciliação das partes. Aliás, permito-me lembrar que não se trata propriamente de uma inovação, talvez mais de uma renovação, porque o instituto, longe de ser novo, era conhecido no velho direito português, que o Brasil recebeu ao tornar-se independente. Estava lá regulada a tentativa de conciliação nas antigas Ordenações do Reino. E mais ainda, a Constituição Imperial de 1824 previu expressamente, como formalidade prévia indispensável à instauração do processo, a tentativa de conciliação. Mais tarde ela veio a desaparecer do nosso processo civil, mas foi ressuscitada, com resultados que todos conhecem, no processo trabalhista, e voltou a figurar no campo civil em alguns processos relativos ao direito de família: ação de desquite e ação de alimentos. Trata-se de um instituto consagrado pela grande maioria das legislações processuais modernas, o que depõe em favor da sua utilidade, pois não é crível que tantos ordenamentos se dispusessem a mantê-lo se não estivesse produzindo bons resultados; ele existe na legislação alemã, na austríaca, na italiana, na espanhola, na portuguesa, enfim, em quase todos os principais sistemas processuais do mundo contemporâneo.

Teria sido, a meu ver, mais útil que a tentativa de conciliação fosse situada no início do processo, como é, aliás, da tradição, não apenas brasileira, mas universal: em todas as leis que prevêem a tentativa de conciliação, ela deve realizar-se no início do processo. É fácil compreender a razão disso. Trata-se do momento psicologicamente mais favorável para que se chegue a um acordo. Na fase final do procedimento de primeiro grau, quando as partes já gastaram tempo e dinheiro, já tiveram os seus ressentimentos exasperados pelo fogo cruzado das increpações, quando os próprios advogados já estão num estado de ânimo pouco propício à conversa, ao diálogo, irritados com as palavras, muitas vezes duras, que os colegas lhes dirigiram ao longo das primeiras fases; e, sobretudo, quando para uma das partes já se delineia a probabilidade da vitória ante o resultado da atividade de instrução, as provas já foram quase todas feitas, já se sabe quais são os resultados, já se sabe a quem elas favorecem, nesse momento parece-me duvidoso que ainda subsista o ânimo conciliatório. Poderá existir na parte que teme a eminência da derrota, mas, afinal de contas, a conciliação é bilateral; exige que ambos os litigantes estejam dispostos a conjugar-se em torno de uma solução pacífica. E, se é verdade que o temeroso da derrota estaria naturalmente inclinado a uma solução conciliatória, não é menos verdade que aquele que pressente no horizonte a sua vitória total estará positivamente muito desinteressado

do da conciliação. A Comissão Revisora havia, portanto, sugerido, nessa ordem de idéias, o deslocamento da tentativa de conciliação para a fase postulatória. O Professor CELSO AGRÍCOLA BARBI, no Congresso de Campos do Jordão, em que se discutiu o então Anteprojeto elaborado pelo Professor ALFREDO BUZÁID, propunha que ela se fizesse após a contestação, mas de qualquer maneira na fase inicial. Entretanto, nenhuma sugestão foi aceita, e o Código determina que se proceda à tentativa de conciliação no momento inicial da própria audiência de instrução e julgamento, onde, a meu ver, ela será menos útil. E queira Deus que me engane, porque é um instituto pelo qual tenho a maior simpatia, e gostaria que a sua reintrodução, em caráter genérico, no processo civil, produzisse bons frutos. Entretanto, a mim me parece que esse não seria positivamente o momento mais propício à utilização eficaz do instrumento.

Diz o Código no art. 447, já no Capítulo relativo à audiência: "Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado" (restrição, a meu ver, de validade discutível), "o Juiz de ofício determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento". E, em seguida, disciplina a tentativa em dispositivos, aliás, simples e bastante laconicos. Antes de iniciar a instrução, o Juiz tentará conciliar as partes. Chegando elas a acordo, mandará que se tome por termo. Esse termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo Juiz, terá o mesmo valor de uma sentença, podendo, inclusive, servir de título, se for o caso, para a instauração da execução.

Ainda no tocante à audiência, permito-me citar outro tópico, que é a possibilidade da substituição dos debates orais pela apresentação de memoriais. Aqui o Código desenvolve uma idéia que já estava refletida na Lei n. 4.215, no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que permitiu aos advogados proceder à juntada de memoriais após o debate. O Código permite a própria substituição do debate oral pela apresentação de memoriais. E para isto ordena que o Juiz fixe uma data. Seria talvez desnecessária a designação de dia e hora; bastaria que a lei tivesse previsto a fixação de um prazo, dentro do qual houvessem de ser oferecidos os memoriais. Isso pode ocorrer quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, ficando naturalmente a critério do Juiz (e é claro que haverá aí uma larga dose de subjetivismo) determinar quando é que são complexas as questões de fato ou as questões de direito cujos deslin-des sejam necessários para a solução do litígio.

O Código inclui ainda, no Título referente ao procedimento ordinário, um Capítulo VIII, "Da Sentença e da Coisa Julgada",

que contém dispositivos a rigor de aplicabilidade genérica, não limitada ao procedimento ordinário. Mas essa é, aliás, uma característica muito sensível no Código, e sobretudo neste Livro I, "Do Processo de Conhecimento", onde encontramos grande número de dispositivos que, na realidade, não são peculiares, não são exclusivos do processo de conhecimento: dispositivos sobre nulidades processuais, sobre contagem de prazos, sobre capacidade das partes e maneiras de suprir-lhe a falta, sobre representação, enfim, sobre diversas matérias cuja relevância, evidentissimamente, não se esgota no âmbito do processo de conhecimento.

Pois bem, aqui também as normas que constam do Capítulo VIII — "Da sentença e da coisa julgada" com as suas duas seções: Seção I, "Dos requisitos e dos efeitos da Sentença"; Seção II, "Da coisa julgada", não se aplicam apenas no âmbito do procedimento ordinário, e até diria que não se aplicam sequer apenas no âmbito do processo de conhecimento, porque também no processo de execução, e também no processo cautelar, poderá haver sentença e haverá eventualmente coisa julgada.

Para não abusar mais da paciência dos que têm a gentileza de ouvir-me — e, a esta altura, já diria a incrível generosidade de continuar-me ouvindo —, vou dizer apenas rápidas palavras sobre a fase recursal, na qual a circunstância de ser ordinário ou não o procedimento tem relevância muito pequena.

Em princípio, os recursos utilizáveis no procedimento sumariíssimo e nos procedimentos especiais e seus requisitos de admissibilidade não variam pelo fato de não ser ordinário o procedimento, a não ser no tocante ao prazo; este, sim, é diferente: é, em regra, de 15 dias, tanto para interposição como para resposta, no procedimento ordinário, e reduz-se a 5 dias no procedimento sumariíssimo. Com essa única exceção, a admissibilidade dos recursos não apresenta qualquer peculiaridade pelo fato de ser ordinário ou de não ser ordinário o procedimento.

E, em segundo grau de jurisdição, apenas dois dispositivos fazem referência ao tipo do procedimento, ou com ele têm relação. São os arts. 550 e 551, § 3.º, que prevêem duas peculiaridades, duas características privativas dos recursos interpostos em causas de procedimento sumariíssimo. Portanto, esses dois dispositivos aberram, fogem, desviam-se do padrão do procedimento recursal.

O art. 550 dispõe que os recursos interpostos nas causas de procedimento sumariíssimo deverão ser julgados no Tribunal dentro de 40 dias, o que vale, ao meu ver, por uma recomendação, já que a ultrapassagem desse prazo nenhuma consequência prática terá. É um voto que o legislador formula, como aquele outro vo-

to que ele formula para que o processo do inventário, por exemplo, se complete dentro de três meses, coisa que nunca vi acontecer. É um voto que o legislador formula, e Deus queira que o voto se realize.

No art. 551, § 3.º, também se estabelece uma diferença entre processamento de recurso em causa sujeita ao procedimento ordinário, e de recurso em causa sujeita a procedimento sumaríssimo. É que neste último nunca haverá revisor, mesmo em se tratando de apelação ou de embargos infringentes, casos em que, quando se tratar de causa de procedimento ordinário, haverá relator e revisor. E assim também nos procedimentos especiais, porém não no sumaríssimo.

São essas as únicas peculiaridades que se notam na sistemática impressa aos recursos, com relação a essa distinção que se faz entre os vários tipos de procedimentos no tocante ao primeiro grau de jurisdição. Em tudo mais, o sistema de recursos é o mesmo e obedece à mesma disciplina, nada importando que se trate de causa que, no primeiro grau, seguiu o procedimento ordinário, ou o procedimento sumaríssimo, ou algum procedimento especial.

Vou terminar, pedindo desculpas aos que me ouvem pelo tempo excessivo por que lhes ocupei a atenção, agradecendo essa mesma atenção, e, mais uma vez, o honroso convite que me foi feito para participar desta feliz iniciativa da Secção goiana da Ordem dos Advogados do Brasil.

A todos, os meus sinceros agradecimentos.