

# EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Nos termos do art. 56 da Constituição, tenho a honra de submeter à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça, o anexo projeto de lei de "Código de Processo Civil".

Brasília, 2 de agosto de 1972

**Emílio G. Médici**

GM/473-B

Brasília, 31 de julho de 1972.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República

"*Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso*" (CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile*, Roma, 1911, p. 4).

Tenho a honra de apresentar à alta consideração de Vossa Excelência o projeto de Código de Processo Civil.

## CAPÍTULO I

### REVISÃO OU CÓDIGO NOVO?

1. As palavras do insigne mestre italiano, que servem de epígrafe a esta Exposição de Motivos, constituem grave advertência ao legislador que aspira a reformar o Código de Processo Civil. Foi sob a inspiração e também sob o temor desse conselho que empreendemos a tarefa de redigir o projeto, a fim de pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais.

Ao iniciarmos os estudos depararam-se-nos duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. A primeira tinha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa. O plano de trabalho, bem que compreendendo a quase-totalidade dos preceitos legais, cingir-se-ia a manter tudo quanto estava conforme com os enunciados da ciência, emendando o que fosse necessário, preenchendo lacunas e suprimindo o supérfluo, que retarda o andamento dos feitos.

Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o país; mas, como observou LOPES DA COSTA, umas foram para melhor; mas em outras saiu a emenda pior que o soneto.<sup>1</sup>

Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas.

2. Propondo uma reforma *total*, pode parecer que queremos deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras inteiramente novas. Não. Introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça.

Bem presentes em nosso espírito estiveram as recomendações de NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, que classificou os princípios em duas espécies: "Suponiendo que se trate de sustitución plena de un código por otro, la primera cuestión que se plantea es la de si debe hacerse tabla rasa del pasado o si, por el contrario, conviene aprovechar, y en qué escala, elementos del texto precedente. Entran aqui en juego dos contrapuestos principios de técnica legislativa, que bien cabría denominar de *conservación* y de *innovación*, pero lo fundamental no son los nombres que reciban, sino el criterio conforme a cual funcionen. Como es natural, no se puede sentar de una vez para todas una pauta absoluta, y muchísimo menos proporciones o porcentajes, porque el predominio de uno de esos principios

<sup>1</sup> Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, 2. ed., v. 1, p. 29.

sobre el otro, dependerá de las deficiencias que presente el código de cuya derogación se trate, apreciadas por la persona o comisión llamadas a reformarlo. Cabría, sin embargo, aconsejar que el principio de conservación sirva para hacer menos perturbador el cambio y el de innovación para remediar los males advertidos durante la vigencia del ordenamiento anterior. Nada más dañino que alterar por completo la estructura y redacción de un código, si sus fallas e inconvenientes subsisten o se agravan en el que venga a reemplazarlo. El reformador no debe olvidar nunca que 'por muy viejo que sea un edificio siempre de su derribo se obtienen materiales para construcciones futuras'; y si, verbigracia, en el código antiguo existe una buena distribución de materiales o cuenta con preceptos de correcta formulación jurídica y gramatical, sería absurdo llevar el prurito innovador hasta prescindir por completo de aquélla e de éstos, suponiendo que al huir del precedente nacional quepa también escapar de los modelos extranjeros y con olvido de que la asimilación por jueces, abogados, secretarios etc., de un nuevo código civil, penal o mercantil es mucho más rápida y sencilla que la de nuevas leyes procesales, que son vividas a diario por las profesiones forenses y no meramente invocadas o aplicadas".<sup>2</sup>

Entram em jogo dois princípios antagônicos de técnica legislativa: o da *conservação* e o da *inovação*. Ambos se harmonizam, porque, se o primeiro torna menos perturbadora a mudança, o segundo remedeia os males observados durante a aplicação do Código. O reformador não deve olvidar que, por mais velho que seja um edifício, sempre se obtêm, quando demolido, materiais para construções futuras.

## CAPÍTULO II

### DO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE

3. No Código de Processo Civil vigente podem distinguir-se quatro partes fundamentais.

A primeira se ocupa com o chamado processo de conhecimento (arts. 1º a 297). A segunda, a maior de todas, abrange numerosos procedimentos especiais (arts. 298 a 781). A terceira é dedicada aos recursos e processos de competência originária dos tribunais (arts. 782 a 881). A quarta e última tem por objeto o processo de execução (arts. 882 a 1.030).

O processo de conhecimento, elaborou-o o legislador segundo os princípios modernos da ciência do processo. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador brasileiro buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos.<sup>3</sup>

4. O legislador brasileiro não foi, porém, feliz nas outras partes. Manteve injustificavelmente uma série exaustiva de ações especiais, minuciosamente reguladas em cerca de quinhentos artigos, que compreendem quase a metade do Código.<sup>4</sup> Vergando ao peso da tradição, conservou as linhas básicas dos recursos que herdamos de Portugal, com as distinções sutis que os tornam de trato difícil. O processo de execução, que produz o sistema do direito anterior, não avançou senão algumas tímidas inovações.

Os princípios informativos do Código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação. A extensão territorial do país, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código. Os inconvenientes resultavam não do sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador. Não se duvidava, pois, da excelência do princípio da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira.

Malgrado esses defeitos e outros que serão adiante indicados, reconhecemos que o Código de Processo Civil representa um assinalado esforço para adequar o direito brasileiro à nova orientação legislativa dos povos civilizados.

## CAPÍTULO III

### DO MÉTODO DA REFORMA

#### I – Os Modelos do Projeto

<sup>2</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal*, Honduras, 1950, p. 7 e segs.

<sup>3</sup> Alfredo Buzaid, Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil brasileiro, *Revista da Faculdade de Direito*, v. 52, p. 181 e segs.; José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 66 e segs.; Alcides de Mendonça Lima, A recorribilidade dos despachos interlocutórios no Código de Processo Civil brasileiro, *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo Couture*, Montevideo, 1957, p. 483 e segs.

<sup>4</sup> O Prof. Hugo Alsina não escondeu a sua perplexidade, ao verificar que o Código regulou sessenta e um processos especiais, malgrado o confessado propósito de instituir um tipo único para as ações (Hugo Alsina, El nuevo regimen procesal en el Brasil, *Revista Forense*, v. 81, p. 314).

5. Na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis do nosso tempo. Não se veja nessa confissão mero espírito de mimetismo, que se compraz antes em repetir do que em criar, nem despreço aos méritos de nosso desenvolvimento cultural. Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal.

O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade.<sup>5</sup>

Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça.

As nações mais adiantadas não se pejaram de exaltar os méritos dos Códigos de outros países. Na França, tão ciosa de sua elevada cultura, TISSIER reconheceu que o Código de Processo Civil da Áustria é "la meilleure procédure civile du continent".<sup>6</sup>

## II – Da Terminologia do Projeto

6. Fiel a essa orientação, esforça-se o projeto por aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica.

Haja vista, por exemplo, o vocábulo "lide". No Código de Processo Civil vigente ora significa processo (art. 96), ora o mérito da causa (arts. 287, 684, IV, e 687, § 2º). O projeto só usa a palavra "lide" para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.<sup>7</sup>

Outra expressão, que o projeto eliminou, é instância. Dela se serve o Código de Processo Civil vigente para designar o instituto da suspensão, da absolvição e da cessação do processo (arts. 196-207). Todavia, a palavra é equívoca. Nas fontes romanas significa atividade, empenho, diligência e pedido.<sup>8</sup> Também exprime o exercício da ação desde a litiscontestação até a sentença.<sup>9</sup> Para PEREIRA E SOUSA E RAMALHO, a instância é o tempo dentro do qual se trata e determina a causa com a decisão final.<sup>10</sup> JOÃO MENDES JÚNIOR define-a como a existência fluente do litígio.<sup>11</sup>

JOÃO MONTEIRO distingue-lhe duas acepções: legítima discussão da causa até a sentença passada em julgado e grau de jurisdição.<sup>12</sup> No antigo direito português se dizia que com a apelação ou o agravo começava nova instância.<sup>13</sup> Mas, como já adverte JOÃO MENDES JÚNIOR,<sup>14</sup> não se deve confundir instância com grau de jurisdição, porque pode dar-se o caso de dois graus de jurisdição funcionando em uma só e mesma instância; assim a execução é uma outra instância no mesmo primeiro grau de jurisdição.<sup>15</sup> Finalmente, para MACHADO GUIMARÃES, ELIÉZER ROSA, JOSÉ ALBERTO DOS REIS e BARBOSA MAGALHÃES, instância significa processo, entendido como relação jurídica.<sup>16</sup>

Bastam estas considerações para se ver que a palavra *instância* é uma fonte de dúvidas e equívocos. O projeto a substitui por *processo* e, assim, no Capítulo VI do Livro I e Capítulo VI do Livro II, fala de *Formação, Suspensão e*

<sup>5</sup> Betti, *Diritto processuale civile*, p. 5.

<sup>6</sup> Tissier, *Le centenaire du Code de Procédure Civile*, 1906, p. 43.

<sup>7</sup> Carnelutti, *Sistema*, v. 1, p. 40; Betti, *Diritto processuale civile*, p. 445.

<sup>8</sup> Matos Peixoto, *Recurso extraordinário*, p. 196; D. 22-1-33 pr.; D. 13-7-43, I.

<sup>9</sup> Pereira, *Elucidarium*, p. 536: "Instantia dicitur tempus exercendi iudicii, videlicet e litiscontestatione ad sententiam usque". (Cf. também Manuel de Almeida e Souza, *Segundas linhas*, nota 228.)

<sup>10</sup> Pereira e Sousa, *Primeiras linhas*, § 103; RAMALHO, *Praxe*, § 122.

<sup>11</sup> João Mendes Júnior, *Direito judiciário*, p. 241.

<sup>12</sup> João Monteiro, *Processo civil*, § 78, nota 2.

<sup>13</sup> Ord. Afons. III, 23, 3; Man. III, 18, 1; Fil. III, 27, pr.

<sup>14</sup> João Mendes Júnior, *Direito judiciário*, p. 482 e segs.

<sup>15</sup> Pereira e Sousa, *Primeiras linhas*, nota 780; Manuel de Almeida e Souza, *Execução*, Cap. V, art. I; Ramalho, *Praxe*, § 123; Liebman, *Processo de execução*, p. 83.

<sup>16</sup> Machado Guimarães, *A instância e a relação processual*, p. 69; Eliézer Rosa, *Dicionário de processo civil*, p. 238; José Alberto dos Reis, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, p. 20 e segs.; Barbosa Magalhães, *Estudo sobre o novo Código de Processo Civil*, p. 239 e segs.

*Extinção do Processo*, empregando este vocábulo porque ele traduz, com todo o rigor científico, o fenômeno jurídico que o Código define.

7. Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão *processo cautelar*. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso direito processual era a função cautelar distribuída, por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes.<sup>17</sup> O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal.

As razões de nossa preferência por essa expressão se fundam também no precedente legislativo português, cujo Código de Processo Civil a consagrou (arts. 381 e segs.) e no uso corrente da doutrina nacional e portuguesa.<sup>18</sup> No direito italiano, argentino e uruguaio também a doutrina manifestou o seu assentimento à expressão processo cautelar.<sup>19</sup>

### III – Das Definições Legais

8. À força de ser repetido, passou à categoria de adágio jurídico o conselho das fontes romanas, segundo o qual *omnis definitio in jure civile periculosa est* (D. 50.17.202). Sem discutir o valor dessa recomendação, de cujo acerto não pomos dúvida, ousamos, contudo, em vários lugares do projeto, desatendê-la, formulando algumas definições, que reputamos estritamente necessárias.

O Código de Processo Civil vigente alude à conexão, ora para autorizar a reunião de ações (art. 116), ora para considerá-la critério de determinação da competência (art. 133, IV), ora como fundamento de prorrogação da competência (art. 148). Notando a falta de um conceito legal de conexão, o Professor FRANCISCO MORATO aconselhou que o legislador a definisse.

PEDRO BATISTA MARTINS, autor do projeto do Código de Processo Civil atual, não lhe acolheu a sugestão. “O conceito de conexão”, escrevia, “não pode ser realmente fixado em princípios apriorísticos e abstratos. Defini-lo seria um erro de consequências incalculáveis, porque bem poderia acontecer que a experiência viesse a apresentar novas figuras de conexão que se não pudessem ajustar às categorias discriminadas na lei”.<sup>20</sup>

Os argumentos expedidos por este eminente escritor não procedem. A conexão pode e deve ser conceituada pelo legislador, precisamente para eliminar as vacilações da doutrina e da jurisprudência. O ideal é que a lei seja sempre clara e explícita. Adotando esta orientação, o projeto define não só a conexão (art. 108) como a continência (art. 109).

9. Também por falta de definição legal, o conceito de litispendência andou de envolta com o de prevenção de jurisdição. Sustentaram alguns escritores que a litispendência tem por efeito obstar a que, perante o mesmo juiz, seja reproduzida ação idêntica à anterior. A litispendência distingue-se da prevenção, porque esta tende a impedir que a mesma ação, iniciada perante juiz competente, seja renovada perante outro juiz, embora de igual competência. Assim a litispendência e a prevenção têm de comum que, em ambas, se dá o concurso de duas ações idênticas; e diferem entre si em que na litispendência há um só juiz, e na prevenção, mais de um.<sup>21</sup> Para CARVALHO SANTOS, no entanto, há litispendência quando duas demandas são formuladas sobre o mesmo objeto, entre as mesmas partes, mas perante dois juízos diferentes.<sup>22</sup> LIEBMAN,<sup>23</sup> com observar que nenhuma dessas restrições se justifica, ressalta ainda que a doutrina portuguesa não apresentava ideias suficientemente claras acerca da litispendência e da prevenção.<sup>24</sup> Na doutrina estrangeira, nomeadamente alemã e italiana, a litispendência indica a existência de uma

<sup>17</sup> Assim o Código de Processo do Estado de São Paulo (Título do Livro III); do Distrito Federal (Livro III Título I); do Paraná (Lei nº 1.915, de 23 de fevereiro de 1920), Parte Especial, Título II; da Bahia com o título “Dos processos preventivos, assecuratórios e preparatórios” (Livro I, Título II, Capítulo V, Seção XVII); do Rio Grande do Sul (Parte segunda, Título IV); de Minas Gerais (Livro II, Título I).

<sup>18</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., v. 7, p. 293; Lopes da Costa, *Medidas preventivas*, 2. ed., p. 17; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *A figura do processo cautelar*, p. 9.

<sup>19</sup> Calamandrei *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, passim*, CARNELUTTI, *Diritto e processo*, p. 353; Liebman, *Manuale*, v. 1, p. 91; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 321.

<sup>20</sup> Pedro Batista Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. 2, p. 45 e segs.

<sup>21</sup> Gusmão, *Processo civil e comercial*, 4. ed., v. 1, p. 441. No mesmo sentido: João Monteiro, *Processo civil e comercial*, § 110, notas 6 e 8.

<sup>22</sup> Carvalho Santos, *Código de Processo Civil interpretado*, obs. nº 5 ao art. 182.

<sup>23</sup> Liebman, in Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 386. No mesmo sentido: José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 212 e segs.; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 145.

<sup>24</sup> Pereira e Sousa, *Primeiras linhas*, nota 291; Manuel de Almeida e Souza, *Segundas linhas*, nota 291.

ação, produzindo a plenitude de seus efeitos, isto é, a situação jurídica em que se encontra uma causa submetida ao conhecimento do Poder Judiciário.<sup>25</sup>

A fim de dirimir as incertezas acima apontadas, o projeto formulou a definição de identificação de ações (art. 305, § 2º) e, em seguida, a de litispendência (art. 305, § 3º).

► Em lugar de art. 305, conforme consta da publicação oficial, entenda-se art. 301.

**10.** Para arrematar esta ordem de considerações, convém lembrar o conceito de coisa julgada. A atual Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, no art. 6º, § 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Esta disposição, que reproduz o art. 3º, da antiga Lei de Introdução, não está, porém, isenta de críticas. Senão, vejamos. O Projeto do Código Civil falava de recurso ordinário,<sup>26</sup> inspirando-se, por certo, na lição de PAULA BATISTA e de RAMALHO.<sup>27</sup> O Senado eliminou-lhe, entretanto, o epíteto.<sup>28</sup>

O direito brasileiro não distingue, para efeito de coisa julgada, recurso ordinário e recurso extraordinário. Uma sentença, enquanto pode ser modificada ou revogada mediante recurso, não passa em julgado; ou, em outras palavras, uma sentença passa em julgado quando não está mais sujeita a nenhum recurso.<sup>29</sup> Apesar da clareza destas ideias, reinam discrepâncias acerca da condição da sentença sujeita a recurso extraordinário, cujos reflexos repercutem substancialmente na doutrina geral da execução.

O projeto tentou solucionar esses problemas, perfilhando o conceito de coisa julgada elaborado por LIEBMAN e seguido por vários autores nacionais.<sup>30</sup>

## CAPÍTULO IV

### DO PLANO DA REFORMA

#### I – Da Distribuição da Matéria

**11.** O projeto está dividido em cinco livros. O primeiro se ocupa com o processo de conhecimento; o segundo, com o processo de execução; o terceiro, com o processo cautelar; o quarto, com os procedimentos especiais; e o quinto, com as disposições gerais e transitórias.

A matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação<sup>31</sup>. O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução.<sup>32</sup> O seu elemento específico é a prevenção.<sup>33</sup> O quarto livro abrange procedimentos especiais, distribuídos em dois títulos: os de jurisdição contenciosa e os de jurisdição voluntária. Estará certa a colocação dos procedimentos de jurisdição voluntária no Livro IV? O tema tem sido objeto de larga controvérsia. No direito alemão constitui objeto de lei especial (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*,<sup>34</sup> de 17 de maio de 1898), modificada por leis posteriores. Mas nem a lei alemã abrange toda a jurisdição voluntária, nem o Código de Processo Civil se absteve completamente de tratar dela.<sup>35</sup> Na Áustria, a lei de 1º de agosto de 1895, denominada *Jurisdiktionsnorm*, dedica o Capítulo III aos negócios não contenciosos (§§ 105 – 122), mas de modo também incompleto.

**12.** Os autores, que trataram *ex professo* da matéria, reconhecem que a sistematização dos procedimentos de jurisdição voluntária está ainda por se fazer.<sup>36</sup> LOPES DA COSTA, em monografia fundamental sobre o tema, diz que “sobre ela não temos lei especial. Dela, o Código de Processo Civil trata de envolta com outros procedimentos especiais, de jurisdição contenciosa. Salvo a coisa julgada (art. 288), não diz quais as normas gerais do processo que não se aplicam à jurisdição voluntária”.<sup>37</sup>

<sup>25</sup> Chiovenda, *Saggi*, v. 1, p. 298; Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, § 55; Rosenberg, *Lehrbuch*, § 96; Redenti, *Profili*, p. 337; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, v. 1, p. 334.

<sup>26</sup> *Trabalhos*, v. 3, p. 26, e v. 4, p. 27; Ruy Barbosa, *Parecer*, Rio, 1902, p. 22.

<sup>27</sup> Paula Batista, *Teoria e prática do processo*, § 182; Ramalho, *Praxe*, § 227.

<sup>28</sup> Beviláqua, *Código Civil*, obs. 6 ao art. 3º.

<sup>29</sup> Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Execução de sentença na pendência de recursos de revista e extraordinário, *Revista dos Tribunais*, v. 321, p. 11 e segs.

<sup>30</sup> Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 153 e segs.; José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. 5, p. 35; Pedro Batista Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. 3, p. 304 e segs.; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 58 e segs.

<sup>31</sup> Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 353; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milão, 1957, v. 1, p. 31 e segs.; Rosenberg, *Lehrbuch*, 8ª ed., p. 3; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal*, Honduras, 1950, p. 10.

<sup>32</sup> Carnelutti, *Diritto e processo*, p. 365.

<sup>33</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, op. cit., p. 11. Os autores alemães tratam geralmente das medidas cautelares no processo de execução (Lent-Jauernig, *Zwangsvollstreckungs-und-Konkursrecht*, 9ª ed., 1963, p. 104).

<sup>34</sup> Texto da lei em Schlegelberger, *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 1952, v. 1, p. 22 e segs.

<sup>35</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria, *Studi in onore di Redenti*, v. 1, p. 9.

<sup>36</sup> Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, p. 41.

<sup>37</sup> Lopes da Costa, *A administração pública e a ordem jurídica privada*, p. 1.

O voto de NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO é de considerá-la objeto de lei especial, como na Alemanha; não sendo possível substituir a intervenção do juiz por notários, deveria figurar como apêndice ao Código de Processo Civil, com numeração própria.<sup>38</sup>

JOSÉ FREDERICO MARQUES, que escreveu também uma obra clássica sobre o tema, afirma que “a administração pública dos interesses privados, nem mesmo quando se realiza através da jurisdição voluntária, está afeta, no que diz com a sua regulamentação, às leis processuais. Cabe ao Direito Processual apenas a forma e o *modus faciendi* dos atos forenses da atividade de jurisdição voluntária”.<sup>39</sup>

No projeto figura a jurisdição voluntária como título especial no Livro IV, porque, por larga tradição, em tais casos sempre coube ao juiz a função de administrar os interesses privados.

## II – Do Processo Oral

**13.** O projeto manteve, quanto ao processo oral, o sistema vigente, mitigando-lhe o rigor, a fim de atender a peculiaridades da extensão territorial do país. O ideal seria atingir a oralidade em toda a sua pureza. Os elementos que a caracterizam são: a) a identidade da pessoa física do juiz, de modo que este dirija o processo desde o seu início até o julgamento; b) a concentração, isto é, que em uma ou em poucas audiências próximas se realize a produção das provas; c) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos, que devolvem ao Tribunal o julgamento da decisão impugnada.<sup>40</sup>

Falando de processo oral em sua pureza, cumpre esclarecer que se trata de um tipo ideal, resultante da experiência legislativa de vários povos e condensado pela doutrina em alguns princípios. Mas, na realidade, há diversos tipos de processo oral, dos quais dois são os mais importantes: o austríaco e o alemão. Entre estes, a diferença, que sobreleva notar, concerne ao princípio da concentração.<sup>41</sup>

Ocorre, porém, que o projeto, por amor aos princípios, não deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional. O Código de Processo Civil se destina a servir ao Brasil. Atendendo a estas ponderações, julgamos de bom aviso limitar o sistema de processo oral, não só no que toca ao princípio da identidade da pessoa física do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível de princípio da identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retornar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas. O projeto preservou o princípio da identidade física do juiz, salvo nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria (art. 137). A exceção aberta à regra geral confirma-lhe a eficácia e o valor científico. “O que importa”, diz CHIOVENDA, “é que a oralidade e a concentração sejam observadas rigorosamente como regra”.<sup>42</sup>

**15.**<sup>(\*)</sup> Outro ponto é o da irrecorribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correção parcial e o mandado de segurança. Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias. É mais uma exceção. O projeto a introduziu para ser fiel à realidade da prática nacional.

Finalmente, em alguns processos, especialmente naqueles em que toda prova é produzida em audiência, a oralidade se ostenta em sua plenitude.<sup>43</sup> Em outros se torna menos evidente, como nos casos em que a audiência é suprimida em virtude da antecipação do julgamento do mérito (art. 334). Os articulados, nestes casos, lhe esgotam toda a discussão. Pareceu-nos, então, supérfluo manter a audiência tão só para o debate oral. Não cremos, pois, que o projeto mereça, nesse ponto, qualquer censura por condensar, em vez de dilatar, a discussão e o julgamento do mérito.

## III – Das Inovações

**16.** O projeto contém numerosas inovações. Não sendo possível, nos estreitos limites desta Exposição de Motivos, esmiudar as particularidades de cada uma, cingimo-nos a indicar as mais evidentes e persuasivas. O projeto enfrenta desassombadamente todos os problemas, tomando posição em face das controvérsias doutrinárias. Não

<sup>38</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal*, p. 11.

<sup>39</sup> José Frederico Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 2ª ed., p. 109.

<sup>40</sup> Chiovenda, *La riforma del procedimento civile*, separata, Roma, 1911, p. 10 e segs.

<sup>41</sup> Chiovenda, *La riforma*, cit., p. 15 e segs.

<sup>42</sup> Chiovenda, *La riforma*, cit., p. 22.

<sup>(\*)</sup> O nº 14 não consta da publicação oficial.

<sup>43</sup> Chiovenda, *La riforma*, cit., p. 22.

foi seu intuito, porém, fazer obra acadêmica, antes solucionar com nitidez “los problemas que la realidad social, económica, cultural y social presenta al legislador”.<sup>44</sup>

a) Das inovações constantes do Livro I

**17.** Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever das partes: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (art. 17). E, em seguida, dispôs que “responde por perdas e danos todo aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente” (art. 19). No art. 20, prescreveu: “Reputar-se-á litigante de má-fé aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) alterar intencionalmente a verdade dos fatos; c) omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; d) usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; e) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; f) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provocar incidentes manifestamente infundados”.

O projeto adota o princípio do sucumbimento, pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor (art. 23). “O fundamento desta condenação”, como escreveu CHIOVENDA, “é o fato objetivo da derrota; e a justificação deste instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante”.<sup>45</sup>

No capítulo “Da Intervenção de Terceiros”, foi incluído o instituto do “Chamamento ao Processo”, à semelhança do Código de Processo Civil português (art. 330). O projeto admite o chamamento do devedor na ação intentada contra o fiador: dos outros fiadores, quando a ação for proposta contra um deles; e de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum (art. 82). A vantagem deste instituto está em que a sentença, julgando procedente a ação, condenará os devedores, valendo como título executivo em favor do que satisfaz a dívida, para exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos codevedores, a sua quota, na proporção que lhe tocar (art. 85).

O Ministério Público é considerado em sua dupla função de órgão agente e de órgão interveniente (art. 86). Quando exerce a ação civil nos casos prescritos em lei, competem-lhe os mesmos poderes e ônus das partes.

A competência é regulada no plano interno e internacional. Distribuiu-se a competência interna em razão do valor e da matéria (arts. 96 e segs.), da função (arts. 98 e segs.) e do território (arts. 99 e segs.).

**18.** O projeto consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 130, III). Este fenômeno ocorre mais frequentemente no processo de execução que no processo de conhecimento. É que o processo de conhecimento se desenvolve num sistema de igualdade entre as partes, segundo o qual ambas procuram alcançar uma sentença de mérito. Na execução, ao contrário, há desigualdade entre o exequente e o executado. O exequente tem posição de preeminência; o executado, estado de sujeição. Graças a essa situação de primado que a lei atribui ao exequente, realizam-se atos de execução forçada contra o devedor, que não pode impedi-los, nem subtrair-se a seus efeitos. A execução se presta, contudo, a manobras protelatórias, que arrastam os processos por anos, sem que o Poder Judiciário possa adimplir a prestação jurisdicional.

Para coibir abusos, considerou o projeto atentatório à dignidade da justiça o ato do executado: a) que frauda a execução; b) que se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; c) que resiste injustificadamente às ordens judiciais, a ponto de o juiz precisar requisitar a intervenção da força policial; d) que não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução (art. 612). Se o executado, advertido pelo juiz, persevera na prática de qualquer desses atos, a sanção que o projeto lhe impõe é a de perder o direito de falar no processo (art. 613).

**19.** Modificação substancial no procedimento consta do Título VII, Capítulos IV e V. Findo o prazo para resposta do réu, sobem os autos à conclusão do juiz para diversas providências. Se o réu, reconhecendo o fato em que se funda

<sup>44</sup> Couture, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, p. 31.

<sup>45</sup> Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, trad. bras., com notas de Liebman, v. 3, p. 285.

a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental (art. 330). Se o réu também alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 305, o autor será ouvido no prazo de 10 (dez) dias. Verificando-se a existência de irregularidade ou de nulidade, o juiz mandará supri-la (art. 331). Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 323). A revelia não produz, contudo, este efeito: a) se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; b) se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; c) se a petição inicial não estiver instruída com instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato (art. 324). E, finalmente, se o réu contestar o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer que o juiz profira sentença incidente, quando a declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, do julgamento da lide (arts. 5º, 329 e 474).

Cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade delas, o juiz profere *juízo conforme o estado do processo*. Esta atribuição lhe permite, logo após os articulados, ou extinguir o processo ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 271 e 273, II, III, IV e V; ou decidir imediatamente a causa, quando ocorrer a revelia ou quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir provas em audiência (arts. 333 e 334). O que o processo ganha em condensação e celeridade, bem podem avaliar os que lidam no foro. Suprime-se a audiência, porque nela nada há de particular a discutir. Assim, não se pratica ato inútil. De outra parte, não sofre o processo paralisação, dormindo meses nas estantes dos cartórios, enquanto aguarda uma audiência, cuja realização nenhum proveito trará ao esclarecimento da causa, porque esta já se acha amplamente discutida na inicial e na resposta do réu.

Com a adoção desta nova técnica, bem se vê quanto ficou simplificado o sistema do processo civil.

**20.** A doutrina das provas sofreu importantes modificações. O art. 336 declara que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, serão hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a ação ou a defesa”. Mas não é só. Permite o projeto que o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, aplique as regras da experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 339).

Passa depois à disciplina particular das várias espécies de provas. Trata, em seções distintas, do depoimento pessoal e da confissão (arts. 346 e segs.). Disciplina com rigor a exibição de documento ou coisa, considerando em particular os motivos de escusa (art. 367). Dispõe sobre a força probante dos documentos (arts. 368 e segs.), a arguição de falsidade (arts. 394 e segs.) e a oportunidade da produção da prova documental (arts. 400 e segs.). E confere ao juiz o poder de inspeção direta e pessoal (arts. 444 e segs.).

b) Das inovações constantes do Livro II

**21.** Dentre as inovações constantes do Livro II, duas merecem especial relevo. A primeira respeitante à unidade do processo de execução; a segunda, à criação do instituto da insolvência civil.

O direito luso-brasileiro conhece dois meios de realizar a função executiva: a) pela *parata executio*; b) pela ação executiva. Esta se funda em título extrajudicial; aquela, em sentença condenatória.

Mas, como observa LIEBMAN, diferentes foram os resultados da evolução histórica nos países do continente europeu. O direito costumeiro francês reafirmou energicamente a equivalência das sentenças e dos instrumentos públicos (*lettres obligatoires faites par devant notaire ou passées sous Seel Royal*); e reconheceu a ambos a *exécution parée*. Este princípio foi acolhido pelas Ordenações reais e, depois, pelo *Code de Procédure Civile* napoleônico, de 1806, do qual passou para a maior parte das legislações modernas.<sup>46</sup> Adotaram, nos nossos dias, o sistema unificado os Códigos de Processo Civil da Itália (art. 474), da Alemanha (§§ 704 e 794), de Portugal (art. 46) e a Lei de Execução da Áustria (§ 1º).

O projeto segue esta orientação porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução geral; e assim parece aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal como ações autônomas.

**22.** O projeto distingue execução contra devedor solvente e execução contra o devedor insolvente. Enquanto o devedor possui bens livres e desembaraçados, o credor obtém a satisfação do seu direito em execução singular. Pela penhora adquire o credor um direito real sobre os bens penhorados, a exemplo do que dispõe o § 804 do Código de Processo alemão. Quando, porém, as dívidas excedem às importâncias dos bens do devedor, dar-se-á insolvência

<sup>46</sup> Liebman, *Processo de execução*, nº 6, nota 10.

civil. A declaração de insolvência produz o vencimento antecipado das dívidas, a arrecadação dos bens do devedor e a execução por concurso universal (art. 763).

Neste sistema, o devedor civil se equipara ao comerciante. Se este tem direito à extinção das obrigações, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos contados do encerramento da falência (Dec.-lei nº 7.661, art. 135, III), nenhuma razão justifica que o devedor civil continue sujeito aos longos prazos prescricionais, em cujo decurso fica praticamente inabilitado para a prática, em seu próprio nome, dos atos da vida civil.

Escrevendo sobre este tema, em 1952, formulamos votos no sentido de se instituir o concurso universal de credores, estendendo-se ao devedor civil os benefícios que a Lei de Falências concede ao comerciante.<sup>47</sup>

#### c) Das inovações constantes do Livro III

**23.** O Livro III, relativo ao processo cautelar, se divide em dois capítulos. O primeiro contém disposições gerais sobre medidas inominadas e o procedimento que deve ser observado assim em relação a estas como aos procedimentos cautelares específicos, regulados no capítulo seguinte.

O projeto disciplina os seguintes procedimentos cautelares específicos: o arresto, o sequestro, a caução, a busca e apreensão, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens, o atentado, a posse em nome do nascituro, protestos, notificações e interpelações, justificação, nunciação de obra nova e outras medidas, como obras de conservação em coisa litigiosa, entrega de objeto e bens de uso pessoal da mulher e dos filhos, a posse provisória, a guarda e a educação dos filhos, o depósito de menor e o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

#### d) Das inovações constantes do Livro IV

**24.** O Livro IV está dividido em dois títulos: a) procedimentos de jurisdição contenciosa; b) procedimentos de jurisdição voluntária.

O primeiro abrange as ações de consignação, de depósito, de anulação e substituição de títulos ao portador, de prestação de contas, de usucapião de terras particulares, de divisão e demarcação de terras, de inventário e partilha, de embargos de terceiros, de habilitação e de restauração de autos, bem como as ações possessórias e o juízo arbitral.

O segundo contém regras gerais sobre a jurisdição voluntária e procedimentos especiais. O art. 1.119 do projeto dispõe: "Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem a jurisdição voluntária as disposições constantes deste Capítulo". O projeto simplificou a matéria, porque submeteu às regras enunciadas na seção geral vários institutos que no Código de Processo Civil vigente são regulamentados em particular. O projeto só disciplinou, pois, de modo autônomo, os procedimentos que, por suas peculiaridades, demandavam tratamento especial. Eles ficaram reduzidos a nove e são: 1. das vendas judiciais; 2. do desquite por mútuo consentimento; 3. dos testamentos e codicilos; 4. da herança jacente; 5. dos bens dos ausentes; 6. das coisas vagas; 7. da curatela dos interditos; 8. das disposições comuns à tutela e curatela; e 9. da organização e fiscalização das fundações.

Notar-se-á, por outro lado, que o projeto não incluiu alguns procedimentos especiais que constam do Código de Processo Civil vigente, como, por exemplo, Averbações e Retificações do Registro Civil, Habilitação para o Casamento, Casamento em Iminente Risco de Vida, Bem de Família, Registro Torrens, Nulidade de Patente de Invenção e de Marca de Indústria e Comércio, Loteamento e Venda de Imóveis a Prestações, Despejo, Locação Comercial regida pelo Decreto nº 24.150, Dissolução e Liquidação de Sociedades e outros. A exclusão foi intencional. No regime jurídico atual figuram tais institutos, ao mesmo tempo, em vários diplomas legais, onde têm regulamentação paralela. Essa fragmentação não se coaduna com a boa técnica legislativa, que recomenda, tanto quanto possível, 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.

#### e) Das inovações constantes do Livro V

**25.** O Livro V reúne disposições gerais e transitórias. Destas, ressaem duas inovações que devem ser postas em relevo. Uma entende com o sistema de recursos. Declara o projeto que o novo sistema se aplica a todas as leis especiais, como as que regulam o mandado de segurança, a desapropriação, a ação popular e outras. O seu objetivo é implantar a harmonia no sistema jurídico nacional.

<sup>47</sup> Alfredo Buzaid, *Do concurso de credores no processo de execução*, p. 358 e segs.

Outra concerne à incineração de autos arquivados. O foro está abarrotado de processos, cuja conservação é tão dispendiosa quanto desnecessária. A cremação não causa dano às partes, porque lhes foi ressaltado o direito de requerer o desentranhamento dos documentos e de microfilmá-los. Nos processos onde há documentos de valor histórico, a autoridade competente os recolherá ao Arquivo Público.

## CAPÍTULO V

### DOS RECURSOS

**26.** Não poderíamos encerrar esta Exposição de Motivos sem uma análise aprofundada do sistema de recursos, a fim de justificar a inovação preconizada pelo projeto. O direito brasileiro se ressentiu, entre outros, de dois defeitos fundamentais: *a)* sob o aspecto terminológico, o emprego de uma expressão única para designar institutos diferentes; *b)* sob o aspecto sistemático, uma quantidade excessiva de meios de impugnar as decisões.

O rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem não devendo designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes. O direito brasileiro, ao nomear os recursos, não observou essa exigência da técnica jurídica. Sob o nome comum de agravo de petição, reúne cinco recursos, cujas condições de admissibilidade são essencialmente diversas. Assim é que cabe: *a)* da decisão que põe termo ao processo, sem entrar no julgamento do mérito (Código de Processo Civil, art. 846); *b)* da decisão terminativa da instância e da sentença proferida sobre o pedido das partes (Dec.-lei nº 960, de 17 de novembro de 1938, art. 45); *c)* da decisão de mérito proferida em ações de acidente de trabalho e de alimentos (Lei nº 5.316, de 14 de novembro de 1967, art. 15, § 2º, e Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, art. 14); *d)* nos casos expressamente indicados na Lei de Falências (Dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 18, § 3º; 19; 69, § 4º; 77, § 4º; 79, § 2º; 97; 137, § 4º, e 155, § 3º); e *e)* da decisão que nega ou concede mandado de segurança (Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 12).

► A Lei nº 1.533, de 31-12-1951, foi revogada pela Lei nº 12.016, de 7-8-2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo).

**27.** Admitindo agravo de petição, quer de decisão terminativa, quer de decisão definitiva, quer de outras providências jurisdicionais de índole diversa, o legislador brasileiro abandonou a ideia de uniformidade. Ora, o sistema de recursos deve fundar-se, antes de mais nada, em um critério, qualquer que seja, contanto que seja um critério. O legislador poderá reduzir a uma denominação única todos os recursos, chamando-os simplesmente apelação, ou atendendo à natureza do provimento jurisdicional, conceder a apelação de sentença definitiva de mérito e agravo das demais decisões.

O legislador brasileiro não abraçou, porém, nenhum critério. Divorçado de qualquer preocupação científica ou sistemática, preferiu, em cada lei, as soluções puramente empíricas.

**28.** Sob o aspecto sistemático, o legislador mantém uma variedade considerável de recursos. Os autores nacionais não escondem a sua perplexidade diante de tamanha confusão legislativa e chegaram ao ponto de propor reformas substanciais, consideradas inadiáveis.<sup>48</sup> E. D. MONIZ DE ARAGÃO, animado do propósito de colaborar na tarefa de revisão legislativa, apresenta, num substancioso estudo, as linhas fundamentais de uma nova sistemática de recursos.<sup>49</sup>

Era indispensável apontar essa ausência de unidade, especialmente porque várias leis extravagantes serão atingidas pela reforma do Código, devendo submeter-se às normas que regem o novo sistema de recursos. Não se justificava que, tratando-se de ações, gozassem de um tratamento especial, com recursos próprios, diferentes daqueles aplicados às ações em geral. Na tarefa de uniformizar a teoria geral dos recursos, foi preciso não só refundi-los, atendendo a razões práticas, mas até suprimir alguns, cuja manutenção não mais se explica à luz da ciência. O projeto aboliu os agravos de petição e no auto do processo.

**29.** Duas razões principais nos levaram a eliminar o agravo de petição. A primeira é que deixou de ser um recurso próprio e específico, passando a recurso de conteúdo genérico e variável. Basta esta única circunstância para se ver que ele não deve subsistir no sistema geral, pelo menos com a função que atualmente exerce. Carecendo de precisão terminológica e de individuação científica, aplica-se indiferentemente a uma pluralidade de decisões, constituindo por isso fonte de graves incertezas.

A segunda razão é que o Código vigente admitiu apelação de sentença definitiva (art. 820) e agravo de petição, de decisão terminativa (art. 846). O elemento que aproxima e, ao mesmo tempo, exclui os dois recursos é o mérito

<sup>48</sup> E. D. Moniz de Aragão, *Estudo sobre os embargos de nulidade e infringentes do julgado*, Curitiba, 1959, p. 127; Costa Carvalho, *Direito judiciário civil*, 3. ed., v. 4, p. 39; Chryssolito de Gusmão, *Direito judiciário e direito constitucional*, p. 38; Alcides de Mendonça Lima, *Estudios en honor de Couture*, p. 495; José Frederico Marques, *Instituições*, v. 4, p. 13.

<sup>49</sup> Moniz de Aragão, *Dos recursos cíveis*, p. 11 e segs.

da causa. Quando o juiz o decide, cabe apelação; quando põe termo ao processo sem decidi-lo, cabe agravo de petição.<sup>50</sup>

O critério é lógico, mas não prático. Definir o que seja o mérito é um dos problemas mais árduos da ciência do processo e tendo o Código adotado um critério distintivo entre esses dois recursos, de índole eminentemente conceitual, manteve dúvidas que não foram dissipadas ao longo de trinta anos de sua aplicação.<sup>51</sup> Ainda não se tranquilizaram as opiniões, na doutrina e na jurisprudência, acerca do recurso hábil para impugnar as decisões que resolvem a questão de carência de ação, de legitimidade *ad causam* e de prescrição do direito".<sup>52</sup>

**30.** O projeto também aboliu o agravo no auto do processo. Uma das características do processo oral e concentrado é a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.<sup>53</sup> Esse é o sistema adotado por algumas legislações.<sup>54</sup> Assim, também, o entendimento da doutrina nacional.<sup>55</sup> De todas as figuras de agravo que herdamos de Portugal, aquela cuja índole se amolda ao princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias é o agravo no auto do processo.<sup>56</sup>

Coube ao eminente processualista MACHADO GUIMARÃES, o mérito de haver sugerido a revivescência desse recurso, por entender que ele se harmonizava com o processo oral e concentrado.<sup>57</sup> Foi provavelmente sob a influência dessas ideias que MONIZ DE ARAGÃO conservou no projeto que escreveu, ao lado do agravo de instrumento, o agravo no auto do processo.<sup>58</sup>

Embora reconheçamos que esse recurso se ajuste aos princípios fundamentais que estruturam o Código, pareceu-nos melhor conceder, para os casos que ele especifica, o agravo de instrumento, que apresenta sobre o agravo no auto do processo algumas vantagens dignas de realce.

Nenhuma dessas figuras de agravo suspende o andamento do processo principal. O agravo no auto do processo, insito no bojo dos autos, aguarda a ascensão da causa do Tribunal, onde será conhecido como preliminar, no julgamento da apelação (Código de Processo Civil, art. 877). Só então é que se separará o gravame. O agravo de instrumento, sem interromper a marcha do processo, assegura, todavia, a verificação da decisão impugnada antes que o juiz profira sentença definitiva. O Tribunal corrigirá os erros cometidos pelo juiz, em cada oportunidade, sem embaraçar o andamento da ação.

**31.** Convém, ainda, tecer alguns comentários sobre a nomenclatura do Código vigente.

Os recursos de agravo de instrumento e no auto do processo (arts. 842 e 851) se fundam num critério meramente casuístico, que não exaure a totalidade dos casos que se apresentam na vida cotidiana dos tribunais. Daí a razão por que o dinamismo da vida judiciária teve de suprir as lacunas da ordem jurídica positiva, concedendo dois sucedâneos de recurso, a saber, a correição parcial e o mandado de segurança.

A experiência demonstrou que esses dois remédios foram úteis corrigindo injustiças ou ilegalidades flagrantes, mas representavam uma grave deformação no sistema, pelo uso de expedientes estranhos ao quadro de recursos.

É certo que, para obviar aos inconvenientes da interposição errônea de um recurso por outro, o Código vigente admite o seu conhecimento pela instância superior e ordena a remessa à câmara ou turma, desde que não esteja viciado por má-fé ou erro grosseiro (art. 810). O Código consagrou, nesse preceito legal, a teoria do "recurso indiferente" (Sowohls-auch-Theorie), como ensinam os autores alemães.<sup>59</sup>

Esta solução não serviu, porém, para melhorar o sistema, porque a frequência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo Tribunal evidenciou que a aplicação do art. 810 tem valor limitadíssimo.

**32.** Por outro lado, o enunciado de algumas disposições gerais (Livro VII, Título I) denota imprecisão e ambiguidade justamente nos pontos em que a lei deveria ser exata e explícita. Haja vista, por exemplo, o art. 814, assim no que concerne à parte, como ao Ministério Público e ainda o art. 815, ao conceder recurso ao terceiro prejudicado.

<sup>50</sup> Liebman, Nota in Chiovenda, *Instituições*, v. 3, p. 295.

<sup>51</sup> Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição*, 2. ed., p. 115 e segs.; E. D. Moniz de Aragão, *Estudos sobre os embargos de nulidade e infringentes do julgado*, Curitiba, 1959, p. 130.

<sup>52</sup> Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição*, 2. ed., p. 134 e segs.

<sup>53</sup> Chiovenda, *Instituições*, v. 3, p. 81; *Saggi*, v. 2, p. 32.

<sup>54</sup> Código de Processo Civil da Alemanha, § 511; da Áustria, § 462; da Hungria, § 479; da Basileia, § 221; de Lucerna, § 443.

<sup>55</sup> Francisco Morato, A oralidade, *Revista Forense*, v. 74, p. 145; Luís Machado Guimarães, O processo oral e o processo escrito, *Revista Forense*, v. 74, p. 166; Alcides de Mendonça Lima, *Estudios en honor de Couture*, p. 483.

<sup>56</sup> LIEBMAN, *Instituições*, v. 3, p. 295; E. D. Moniz de Aragão, *Estudo*, cit., p. 129; Eliézer Rosa, *Dicionário*, verbete Agravo no auto do processo; José Olympio de Castro Filho, Agravo no auto do processo, *Revista Forense*, v. 151, p. 185; Alfredo Buzaid, Agravo no auto do processo, *Revista de Derecho Procesal*, 1951, v. 1, p. 153 e segs.

<sup>57</sup> Eliézer Rosa, *Revista Forense*, v. 124, p. 348.

<sup>58</sup> Moniz de Aragão, op. cit., p. 30.

<sup>59</sup> Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, § 64.

O pressuposto do recurso é o estado de sucumbimento, cuja medida é dada pela existência de um prejuízo. Ora, esta ideia não aparece claramente no referido título, que sempre fala de parte, sem aludir, uma vez sequer, à circunstância de ser “vencida”. O réu pode sofrer prejuízo, ainda quando o juiz lhe dá ganho de causa. É o que ocorre, quando o magistrado declara o autor carecedor da ação, ao invés de julgar improcedente a ação.<sup>60</sup>

Mas não é só. Prescreve o Código que compete ao órgão do Ministério Público o direito de recorrer “quando expresso em lei” (art. 814). O Ministério Público oficia, no processo civil, ora como parte, ora como fiscal da lei. A locução empregada pelo referido preceito, sem qualquer individualização, assim no Código como em Lei especial, deu lugar a fundas divergências, que era preciso afastar a bem da segurança dos negócios jurídicos e da missão atribuída ao Ministério Público.<sup>61</sup>

Em relação ao terceiro, o Código diz simplesmente que ele “poderá recorrer” (art. 815), deixando de mencionar os pressupostos de sua admissibilidade; a doutrina, diante de regra tão extensa, construiu duas soluções distintas: uma que permite o recurso como intervenção *ad coadjuvandum*<sup>62</sup> e outra, *ad infringendum*.<sup>63</sup>

**33.** Diversamente do Código vigente, o projeto simplifica o sistema de recursos. Concede apelação só de sentença; de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento. Esta solução atende plenamente aos princípios fundamentais do Código, sem sacrificar o andamento da causa e sem retardar injustificavelmente a resolução de questões incidentes, muitas das quais são de importância decisiva para a apreciação do mérito. O critério que distingue os dois recursos é simples. Se o juiz põe termo ao processo, cabe apelação. Não importa indagar se decidiu ou não o mérito. A condição do recurso é que tenha havido julgamento final no processo. Cabe agravo de instrumento de toda a decisão, proferida no curso do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente.

**34.** No sistema do projeto, o recurso extraordinário sobe por instrumento. Na verdade, partindo-se da ideia de que compete aos Tribunais estaduais e ao Tribunal Federal de Recursos o julgamento das causas em segundo grau de jurisdição, daí se segue que, perante a sua justiça, não de exaurir-se os recursos ordinários conferidos pelo Código de Processo Civil. Ora, depois que a ação percorre os dois graus de jurisdição, é de se supor que a causa tenha sido amplamente apreciada, sob o duplo aspecto de fato e de direito; e, se apesar disso, a parte vencida ainda não se sente convencida e pretende interpor recurso extraordinário, é verdadeiramente paradoxal que o vencedor tenha de extrair carta de sentença, às suas expensas, para executar o julgado, só porque o recurso foi admitido pelo Presidente do Tribunal. Esta solução do direito vigente encerra uma inversão na ordem das coisas, impondo que o vencedor suporte ainda um ônus, depois de ter sido decretada a procedência do seu pedido. Mais lógico seria que o recurso extraordinário se processasse em separado, com a trasladação das peças por conta do recorrente.

## CAPÍTULO VI

### DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

**37.**<sup>(\*)</sup> No antigo direito luso-brasileiro, o procedimento era ordinário, sumário, sumaríssimo e executivo (cf. NEVES DE CASTRO, *Manual do processo civil ordinário*, 2. ed., nº 2, nota 5; PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, § 7º; CORREIA TELLES, *Doutrina das ações*, § 15; PAULA BATISTA, *Processo civil*, § 75; RAMALHO, *Praxe*, § 298; GUSMÃO, *Processo civil e comercial*, Cap. 17). A virtude do procedimento sumaríssimo está em que ele se desenvolve *simpliciter et de plano ac sine strepitu*. O que o caracteriza é a simplificação de atos, de modo que as demandas sejam processadas e decididas em curto espaço de tempo e com o mínimo de despesas.

A Constituição vigente estabelece que “para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processos e julgamento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes” (art. 112, parágrafo único). Em cumprimento ao disposto neste preceito constitucional, dedica o projeto um capítulo no *procedimento sumaríssimo*, cuja disciplina atendeu a dois critérios: a) o do valor das causas; b) o da matéria. Assim, obedecerão a esse tipo de procedimento os pleitos cujo valor não exceder 50 (cinquenta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País e também as causas, qualquer que seja o valor, enumeradas no art. 279.

## CAPÍTULO VII

### CONCLUSÃO

**38.** Estas são, Senhor Presidente, as linhas fundamentais do Projeto de Código de Processo Civil. Pela sua leitura, ver-se-á que foram cumpridas as recomendações constantes da Mensagem enviada ao Congresso, da qual peço vênua para transcrever o seguinte passo: “Na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se, por isso, de modo todo especial, em conferir

<sup>60</sup> Goldschmidt, op. cit., § 64.

<sup>61</sup> Moniz de Aragão, *Estudo*, cit., p. 28; José Frederico Marques, *Instituições*, v. 4, p. 81.

<sup>62</sup> Liebman, *Instituições*, v. 3, p. 387.

<sup>63</sup> Pedro Lins Palmeira, *Da intervenção de terceiros*, p. 125; E. D. Moniz de Aragão é partidário de um conceito amplo (*Estudo*, p. 29).

aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito. Cogita-se, pois, de racionalizar o procedimento, assim na ordem civil como na penal, simplificando-lhe os termos de tal sorte que os trâmites processuais levem à prestação da sentença com economia de tempo e despesas para os litigantes. Evitar-se-á, assim, o retardamento na decisão das causas ou na execução dos direitos já reconhecidos em juízo. No tutelar-se por essa forma o interesse das partes e a dignidade da justiça, seguir-se-á, aliás, o caminho facultado pela Constituição vigente, quando no art. 112, parágrafo único, dispõe: 'Para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processos e julgamento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes'" (*Diário do Congresso Nacional*, ano XXVII, nº I, p. 5).

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos do mais profundo respeito.

**Alfredo Buzaid**  
*Ministro da Justiça*