

# *Processo civil e ideologia*

*Subsídios estratégicos  
ao advogado do contencioso*

*José Rogério Cruz e Tucci*

*processo e direito*

 Marcial  
Pons

X do art. 5º, da Constituição Federal, vale-se do princípio da proporcionalidade, para determinar a "publicidade restrita" na tramitação do respectivo processo. Observe-se que a própria Carta Magna autoriza a limitação da publicidade para proteger a intimidade das partes.<sup>126</sup>

Andou bem o legislador, ao zelar, de forma expressa (art. 189, III, CPC), pela garantia constitucional da privacidade/intimidade de informações respeitantes às partes ou mesmo a terceiros (art. 5º, XII, CF). Mas, isso não basta. Há também outros dados, que, embora não preservados pela mencionada garantia, quando revelados, em muitas circunstâncias, acarretam inequívoco prejuízo a um dos litigantes. Refiro-me, em particular, às ações concorrenciais, que têm por objeto dados atinentes à propriedade intelectual, ao segredo industrial, ao cadastro de clientes, etc. Estas informações, igualmente, merecem ser objeto de prova produzida em "regime de publicidade restrita".

Lembre-se, outrossim, que, além das situações arroladas no *supra* transcrito art. 189, o Código também permite excepcionalmente que se realizem *inaudita altera parte* inúmeros atos processuais, como, v. g., prevêm vários dispositivos, uma vez que o interesse preponderante é do próprio requerente, cuja tutela jurisdicional pleiteada poderia sofrer o risco de ineficácia, sempre que a outra parte pudesse ter prévio conhecimento à efetivação daquela (p. ex.: art. 300).

Quanto à audiência de instrução e julgamento, nestas situações, a despeito de todos os seus respectivos participantes serem apregoados de viva voz e publicamente, será ela realizada em regime de publicidade restrita, isto é, a portas cerradas, permanecendo na sala, além do juiz e do escrivão, as partes, os advogados e o membro do Ministério Público, quando tiver intervindo na causa.

## BREVE PERFIL HISTÓRICO DOS PROCEDIMENTOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Primeiras leis atinentes ao processo civil. 3. Regulamento 737 (1850): 3.1. Considerações prévias. 3.2. Estrutura. 3.3. Atos, procedimentos e fases do processo. 4. Consolidação Ribas (1878). 5. Literatura processual da época. 6. Período da dualidade processual (1890-1934). 7. Unificação do direito processual (1934-1938). 8. Literatura processual da época. 9. A guisa de conclusão.

### 1. Introdução

Durante o período em que o Brasil foi colônia do reino unido de Portugal, o processo civil era naturalmente regrado pelas leis lusitanas.

Após a Independência, continuou a vigorar em nosso território, por força de lei, aprovada pela Assembleia Constituinte e Legislativa, em 20 de outubro de 1823, toda a legislação (ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções) promulgada pelos monarcas portugueses, "e pelas quais o Brasil se governava até o dia vinte e cinco de abril de mil oitocentos e vinte e um, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor Dom Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, enquanto Reino; e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido

126. Art. 5º, LX, da CF: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

revogadas; para por elas se regularem negócios do interior deste Império, enquanto não se organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas...”

E, a despeito da abalizada opinião de Braga da Cruz,<sup>127</sup> no sentido de que o ordenamento jurídico pátrio sofreu, de modo considerável, a influência de um acentuado condicionamento histórico, é certo que não seria possível, de um dia para o outro, a elaboração de uma codificação genuinamente brasileira.

Assim, diante do supra transcrito texto legal, as regras de processo civil, de modo particular, contempladas no Livro III das Ordenações Filipinas e na legislação posterior, restaram inalteradas.

Esse, na verdade, o motivo pelo qual ficamos mais apegados à tradição jurídica de Portugal do que os seus próprios juristas.

Se, com o passar do tempo, o nosso legislador foi recolhendo subsídios da experiência jurídica estrangeira, não deixou de preocupar-se, principalmente, em consolidar, de forma mais científica, a obra do passado; expurgando preceitos já obsoletos; lenta e sabiamente foi sendo erguida uma estrutura capaz de atender aos anseios da nação nova, constituindo o produto do esforço conjugado e harmonioso dos órgãos legislativos, da doutrina e da jurisprudência.

Aduza-se que, em atendimento ao art. 163 da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, o Supremo Tribunal de Justiça foi organizado pela lei de 18 de setembro de 1828, então composto por 17 juízes letrados, escolhidos entre desembargadores dos Tribunais da Relação, “por suas antiguidades”.

## 2. Primeiras leis atinentes ao processo civil

Resistindo então à ruptura abrupta dos laços políticos entre Portugal e Brasil, somente quase 10 anos depois da emancipação política é que o nosso direito processual sofreu inovações.

Promulgado em 1832, o Código do Processo Criminal do Império – que marcou época em razão da primorosa redação e de seu conteúdo liberal – trazia como título à parte (título único) a *Disposição provisória acerca da administração da justiça civil*.

127. *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, Revista da Faculdade de Direito da USP, 50, 1955, p. 65. Cf. Cruz e Tucci e Azevedo, *Lições de história do processo civil lusitano*, p. 177 ss., parcialmente aqui resumidas. Consulte-se, ainda, Handel Martins Dias, *Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano* (tese de doutorado inédita, Faculdade de Direito da USP, 2015).

O escopo dessa disposição, como se infere de seus 27 artigos, era o de transformar o processo civil num instrumento menos complicado e mais flexível, eliminando atos e formalismos desnecessários e recursos excessivos, tudo para favorecer uma prestação jurisdicional mais racional e célere e menos dispendiosa; por exemplo, nas causas em que as partes não podiam transigir, dispensava-se a conciliação; nas demais, se infrutífera, tomavam-se desde logo as providências para que o feito prosseguisse; o juiz adotava uma atitude mais dinâmica ao desenvolvimento da causa, reperguntando as testemunhas ou determinando qualquer outra diligência que lhe parecesse oportuna.

Como as leis em matéria de organização judiciária e de processo civil, promulgadas após a Independência, eram insuficientes para alcançar os seus objetivos, foi nomeada uma comissão de juristas e magistrados, em 3 de outubro de 1833, para proceder à revisão da legislação.

Esclarece Lobo da Costa que, após a declaração da maioria do Imperador D. Pedro II, o Partido Conservador assumiu o governo e opôs grande resistência contra algumas das novidades introduzidas pela *Disposição provisória*, mediante a edição da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, e seu Regulamento 143, de 15 de março de 1842: “nestes dois diplomas legais foram atingidos justamente os dois pontos fundamentais da reforma de 1832, que se destinavam a desembaraçar a marcha do processo para possibilitar maior brevidade no julgamento das causas: o princípio da eventualidade e o da irretribibilidade em separado das interlocutórias”.<sup>128</sup>

## 3. Regulamento 737 (1850)

### 3.1. Considerações prévias

Alguns anos mais tarde, em 25 de novembro de 1850, foi promulgado o Regulamento 737, que disciplinou o processo das causas de natureza comercial.

À vista do aperfeiçoamento do sistema processual introduzido por esse diploma legal, após a proclamação da República, o Governo Provisório, pelo Decreto 763, de 19 de setembro de 1890, estendeu a sua aplicação, com algumas modificações, ao processo das causas cíveis.

O Regulamento é elogiado por alguns e criticado por outros processualistas. Lobo da Costa assevera que deve ele ser considerado nos quadrantes de seu tempo e no cenário da mentalidade brasileira à época de sua elaboração

128. Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, p. 10-11.

e respectiva promulgação... Colocado em confronto com o Código Napoleônico (1806) que adotara orientação nova, "rompendo com as fórmulas tradicionais, o velho Regulamento não lhe fica a dever muito, quanto à distribuição das matérias, precisão dos conceitos, clareza dos dispositivos e simplificação de atos e termos processuais. No tocante ao Regulamento 737, afirmou Liebman: "neste se mantém substancialmente inalterada a estrutura fundamental do processo, mas foram introduzidas regras com grande clareza, em breve e precisas disposições, segundo a técnica legislativa moderna".<sup>129</sup> O exame comparativo do Regulamento com os Códigos italiano, português e espanhol, que lhe são posteriores, revela a superioridade daquele, na forma de ordenar o processo, sobretudo no que concerne à economia e simplificação dos atos e das formas do procedimento.<sup>130</sup>

Por outro lado, além da aguda crítica formulada por Pontes de Miranda contra o Regulamento 737, aduz Frederico Marques que tal diploma "não passava de uma adaptação brasileira, simples, sintética e muito bem elaborada do Livro III das Ordenações Filipinas..."; revelava, ademais, "a pobreza de nosso processo civil à época em que foi promulgado. Todavia, força é reconhecer que se apresenta primoroso quanto à redação e clareza dos dispositivos nele contidos..."<sup>131</sup>

### 3.2. Estrutura

O Regulamento 737, que contém 743 artigos, é estruturado em 3 partes: 1ª parte: *Do processo comercial*; 2ª parte: *Da execução*; e 3ª parte: *Das disposições gerais*.

### 3.3. Atos, procedimentos e fases do processo

O procedimento ordinário vinha disciplinado no tít. 2 da 1ª parte, sob a rubrica *Da ordem do juízo*, cujos principais atos e fases, eram os seguintes:

a) Cap. 1 – arts. 23 a 38: obrigatoriedade da tentativa de conciliação na maioria das demandas, excetuando-se algumas em razão da natureza do objeto do processo ou da qualidade das partes. Mesmo sem a existência de processo, os interessados poderiam apresentar-se perante o juiz de paz e requerer a assinatura do órgão judicial para que o respectivo termo tivesse eficácia executiva – art. 36;

129. *Istitui del diritto comune nel processo civile brasiliano*, Problemi del processo civile, p. 500.

130. Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, cit., p. 32-33.

131. *O direito processual em São Paulo*, p. 6.

b) Cap. 2 – arts. 39 a 59: espécies e requisitos da citação (por mandado, por precatória, por edital ou por hora certa – podia ser feita pelo escrivão do feito ou pelo oficial de justiça);

c) Cap. 3 – arts. 60 a 64: competência (a regra era o foro do domicílio do réu);

d) Cap. 4 – arts. 65 a 73: ação ordinária (na hipótese de não haver previsão para ação sumária, especial ou executiva), petição inicial (que deveria ser apresentada na audiência para a qual o réu foi citado) e respectivo ajuizamento (em audiência, com o deferimento de 10 dias para o réu apresentar contestação);

e) Cap. 5 – arts. 74 a 95: exceções (de incompetência e suspeição, ilegitimidade de parte, litispendência e coisa julgada – as outras, dilatórias ou peremptórias, constituíam matéria de defesa e deveriam ser arguidas na contestação);

f) Cap. 6 – arts. 96 a 102: contestação (a arguição de nulidade do processo deveria preceder a matéria de defesa);

g) Cap. 7 – arts. 103 a 110: reconvenção (com decisão *in simultaneous processus*);

h) Cap. 8 – arts. 111 a 117: autoria (natureza de denunciação da lide);

i) Cap. 9 – arts. 118 a 122: oposição (não havia necessidade de citação das partes originárias);

j) Cap. 10 – arts. 123 a 126: assistência (exigência de demonstração de "interesse aparente que tem na causa");

l) Cap. 11 – arts. 127 a 137: dilação probatória (prazo de 20 dias para a produção das provas);

m) Cap. 12 – arts. 138 a 222: meios de prova (documentos público e particular, confissão judicial e extrajudicial, juramento supletório, juramento *in litem*, testemunhas, presunções, arbitramento, depoimento da parte e vistoria). Observa-se aqui acentuada influência do direito canônico, seja no tocante às espécies de juramento, seja no que concerne à prova tarifada (*prova plena absoluta* – art. 140 e *prova plena relativa* – art. 141);

n) Cap. 13 – arts. 223 a 229: alegações finais (10 dias, sucessivamente, para cada um dos litigantes);

o) Cap. 14 – arts. 230 a 235: sentença definitiva (impunha o art. 232 a motivação da sentença). A sentença era publicada "em mão do escrivão", sendo que somente era eficaz após a intimação das partes ou de seus procuradores (art. 234), ou "em audiência" (art. 235).

Inferre-se, sem qualquer dificuldade, que a ordem do juízo traçada pelo Regulamento 737 era abrangente e continha rigor lógico.

Dentre muitos avanços e aspectos interessantes, que poderiam ser objeto de comentário, vale salientar que, diferentemente da praxe moderna, da entrega simultânea de memoriais, em flagrante afronta à regra do *caput* do art. 454 do Código de Processo Civil de 1973, o art. 223 do Regulamento 737 dispunha, com invejável redação, que: “*Na mesma audiência em que se derem por findas as dilações e requerimento das partes, se assinarão dez dias a cada uma delas para dizerem, afinal, por seu advogado, dizendo primeiro o autor e depois o réu*”. Explicava, a propósito, Paula Baptista que: “*findas as dilações probatórias seguem-se as razões finais, que são uma dissertação que cada uma das partes faz, sustentando seu direito com argumentos fundados nas provas dos autos e na lei, e refutando as provas e argumentos contrários. São um ótimo meio de discussão; mas não ato substancial... Deve o autor arrazoar primeiro que o réu, guardada a regra: Reus in exceptione actor est*”.<sup>132</sup>

Além do procedimento ordinário, previa o Regulamento 737, para causas menos complexas ou de menor valor, o procedimento sumário (*Das acções summarias* – art. 236 e segs.), bem mais simplificado e semi-escrito, que poderia ser encerrado ao ensejo da realização de uma única audiência.

Os procedimentos especiais (*Das acções especiais* arts. 246 e segs.) eram reservados para cinco demandas específicas.

No que se refere ao processo de execução (art. 308 e segs.), depois de eventual liquidação da sentença, o executado era citado para pagar ou nomear bens à penhora em 24 horas após a citação.

Não pagando e não nomeando bens, ou ainda quando os nomeasse sem atender às regras estabelecidas no art. 508, o patrimônio do executado ficava sujeito à penhora, em tantos bens quantos fossem suficientes para o pagamento da totalidade do débito (principal, juros e encargos do processo), a ser efetuada sobre dinheiro, ouro, prata, pedras preciosas, títulos da dívida pública, móveis e semoventes, bens de raiz ou imóveis, direitos ou ações, cumprindo-se o ato nessa ordem de preferências (arts. 510 e 512).

Os arts. 517 e 525 previam a prisão para aquele que resistisse à ordem judicial, escondesse os bens, ou que, com dolo, deixasse de possuí-los.

As exceções à penhorabilidade repetiam, em linhas gerais, aquelas que já constavam da legislação reinol; mas o Regulamento acrescentava outras, que haviam sido introduzidas com a promulgação do Código Comercial

(1850): assim, não podiam ser penhorados os fundos sociais, pelas dívidas particulares dos sócios (art. 529, § 10º); sob impenhorabilidade relativa, ficavam os fundos líquidos que o executado possuísse na companhia ou sociedade comercial a que pertencera (art. 530, § 6º); outra inovação era o resguardo do vestuário que os empregados públicos usavam no exercício de suas funções (art. 530, § 2º).

Efetuada a constrição, outra não se realizava, a não ser que a primeira fosse nula; ou o produto dos bens não atendesse ao valor do débito; ou, ainda, se o exequente dela desistisse, porque alcançara bens litigiosos, embargados, ou de terceiros (arts. 518 e 519).

Quanto aos recursos, o Regulamento continuava prevendo o cabimento dos embargos de declaração, de restituição de menores e de nulidade e infringentes do julgado (arts. 639 a 645), da apelação (arts. 646 a 664), e dos agravos de petição e de instrumento (arts. 668 a 670).

Foram extintos os agravos ordinário e no auto do processo (art. 668); restabeleceram-se as cartas testemunháveis (art. 671); e restringiu-se o ajuizamento da revista à hipótese de nulidade do processo ou da sentença (art. 667), não sendo contemplado o tradicional fundamento “da injustiça notória da sentença”.

#### 4. Consolidação Ribas (1878)

Por incumbência do Governo Imperial, em atendimento ao § 14 do art. 29 da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871 (chamada *Lei da reforma judiciária*), Antonio Joaquim Ribas ultimou, em 1878, a elaboração da *Consolidação das leis do processo civil*. Essa obra foi dividida em duas partes, trazendo ainda, em apêndice, o decreto de 25 de outubro de 1875, que deu força de lei, no Império, aos assentos da Casa da Suplicação de Lisboa e estabeleceu a prerrogativa do Supremo Tribunal de Justiça para editar assentos.

A primeira parte da Consolidação traçava as diretrizes da organização judiciária. A segunda parte tratava do processo em geral, do processo das ações ordinárias, do processo das ações especiais, da execução das sentenças e dos recursos. No título do processo em geral, abrange a jurisdição e competência, a conciliação, a citação e contumácia, a instância, a contestação da lide, a autoria, a oposição, a assistência, as dilações e férias, as provas, a conclusão e a sentença, e as custas. No título do processo das ações especiais, compreende o processo sumário (em geral, das causas de valor reduzido, das causas de liberdade, da assinatura de 10 dias, das possessórias, de preceito cominatório ou embargos à primeira, do despejo de casas, de depósito convencional, de alimentos, de soldadas, juramento

132. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial*, p. 164.

d'alma, reforma de autos, inventário, partilha e divisão, demarcação, arbitral, preparatória, incidente e administrativa), o processo sumaríssimo (em geral, de valor ínfimo, de locação de serviço) e o processo executivo (ações executivas em geral, fiscais, desapropriação, de custas, honorários, alugéis, foros, depósito judicial, de penhor convencional). No título da execução de sentença abrange a carta de sentença e citação do executado, os juízes e partes competentes, da liquidação, penhora, avaliação, editais e pregões, arrematação, adjudicação, embargos do executado, de terceiro e das preferências. No título dos recursos, alinha os agravos, os embargos, a apelação e a revista.

A *ação de assinação de 10 dias ou decendiária*, na tradição do direito luso-brasileiro, é o ancestral remoto da denominada "ação monitoria". Almeida Oliveira, na monografia específica sobre o tema,<sup>133</sup> conclui que a *ação decendiária* é criação genuína do foro português, sendo que, em momento posterior, a experiência da praxe brasileira a conservou em seu sistema processual. Com efeito, o Regulamento 737 previa, dentre as *ações especiais*, a *assinação de 10 dias*, dispendo, no art. 246, que: "*Consiste esta ação na assinação judicial de dez dias para o réu pagar, ou dentro deles alegar e provar os embargos que tiver*". Escrevendo sob a égide desse diploma processual, assevera Alberto Antonio de Moraes Carvalho que a *assinação de 10 dias* "é ação sumária, mas, se os embargos se recebem, torna-se ordinária".<sup>134</sup> Do Regulamento 737 a *ação decendiária* passou para a *Consolidação Ribas*.

Na edição comentada de 1880, auxiliado pelo filho Júlio A. Ribas, o Conselheiro Ribas esclareceu na "Prefação" da 3ª ed. (de 1915), que a Consolidação foi entendida necessária para preencher "o fim que teve em vista o legislador: regularizar e uniformizar a nossa praxe judiciária, e banir do foro as numerosas corruptelas que n'ella se tem introduzido".

Cumprir aduzir que, na Consolidação, Ribas expendeu sua opinião, teórica e, muitas vezes, prática, sobre todos aqueles institutos acima referidos. Lastreou-se, dentre outras, nas doutrinas de Valasco, Mello Freire, Gama, Paula Baptista e Pereira e Sousa. Apenas para registrar a segurança demonstrada por Ribas no trato de questões de natureza processual, verifica-se que no comentário ao art. 261 da Consolidação, referente à oposição de exceção peremptória pelo demandado, escreveu o Conselheiro que: "A grave questão tão debatida por Strick e outros praxistas, se a oposição de exceção de solução, prescrição ou qualquer outra peremptória, importa, ou não, a confissão da ação, acha-se resolvida pela Ordenação 3.50.1, que diz:

*'Porém, se o réu na exceção peremptória confessar a ação do autor, haverá o dito julgador por provada pela confissão, e receberá a exceção, se for posta em forma que seja de receber, e dará lugar à prova d'ella'. Portanto, se o réu confessar que contraiu a obrigação, mas com certa condição, que a solveu, ou que prescreveu ou articular qualquer outra exceção peremptória, deverá provar a sua exceção; e se o não fizer deverá ser condenado pela sua confissão". Sobre a motivação das decisões judiciais, ao comentar o art. 487 da Consolidação, asseverava Ribas: "Os juízes, quer da primeira, quer da segunda instância ou do Supremo Tribunal de Justiça, são obrigados a expor especificamente os fundamentos das sentenças que proferem...". Enfocando a proibição de apelar imposta, pelo art. 1.529, § 5º, ao *revel verdadeiro*, Ribas tece aguda crítica, observando que tal regra encerra "um arbítrio indiscreto, e é injusta porque ataca o direito de defesa".<sup>135</sup>*

##### 5. Literatura processual da época

Atribuindo mérito ao Regulamento 737 por ter propiciado a produção de inúmeros estudos doutrinários sobre o processo civil, Lobo da Costa se deu ao detido trabalho de inventariar e tecer breve comentário acerca da literatura da segunda metade do séc. XIX. Segundo então, em apertado resumo, a exposição do saudoso processualista, pode-se anotar que, dentre muitos outros estudos, merecem alusão os dos seguintes juristas:

Francisco de Paula Baptista, que escreveu o *Compendio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial*, foi o mais destacado intérprete do Regulamento 737. Este notável jurista, adiantando-se no tempo, afirmava que a ação há de ser definida como direito autônomo, distinto do direito subjetivo; dirige-se contra o Estado e não contra o réu; visa a obtenção de uma sentença de mérito; e é direito abstrato e não concreto. Independentemente do requerimento da parte, o juiz pode e deve mandar proceder as diligências tendentes a esclarecer sua consciência antes de proferir sentença.<sup>136</sup>

O Conselheiro Barão de Ramalho, professor e, por muitos anos, diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, escreveu duas obras de inegável valor científico: *Prática civil e comercial* e *Praxe brasileira*.

Teixeira de Freitas acomodou ao foro brasileiro as *Primeiras linhas* de Pereira e Sousa; J. J. Pereira da Silva Ramos, revendo anterior edição, adequou ao nosso foro o livro *Doutrina das ações* de José Homem Correia

133. *A assinação de dez dias no foro commercial e civil*, 2ª ed., p. 16-7.

134. *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro*, p. 229.

135. *Consolidação das leis do processo civil*, p. 164, 270 e 713-714.

136. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial*, p. 37 e 67.

Telles; e Antônio Fernandes Trigo de Loureiro anotou o *Manual de apelações e agravos* de Gouvêa Pinto.

A. de Almeida Oliveira escreveu três monografias: *A lei de execuções*, sobre a Lei 3.272, de 5 de outubro de 1885; *Assinação de dez dias no foro commercial e civil*; e *O benefício da "restituição in integrum"*.

## 6. Período da dualidade processual (1890-1934)

Após a proclamação da República, o Decreto 763, de 19 de setembro de 1890, ampliou o âmbito de incidência do Regulamento 737, que passou a ser aplicado no processo das causas cíveis em geral.

Ademais, como consequência do regime federalista desenhado pela primeira Constituição republicana de 1891, foi instituída pelo Governo Provisório a Justiça Federal nos moldes do direito argentino e do direito dos Estados Unidos da América.

Em atendimento aos arts. 55 e 56 da Lei Maior, o Decreto 848, de autoria de Campos Salles, editado em 11 de novembro de 1890, cria, no Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal, a ser então composto por 15 Ministros.

A instalação do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 28 de fevereiro de 1891, ao ensejo de sua primeira sessão plenária, sob a presidência interina do Ministro Sayão Lobato (Visconde de Sabará), que, até então, presidira o Supremo Tribunal de Justiça. Em tal ocasião foi eleito o primeiro presidente da Corte, Ministro Freitas Henriques (natural da Bahia).

Foi o mesmo Decreto 848 que, no art. 9º, parágrafo único, instituiu um recurso contra as sentenças definitivas proferidas pelos tribunais estaduais. Mais tarde, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 8 de agosto de 1891, é que esse meio de impugnação foi denominado *recurso extraordinário*.

Esse recurso, consoante esclarece João Mendes de Almeida Júnior,<sup>137</sup> que tem sido chamado de *recurso extraordinário*, "é um recurso tão ordinário como o antigo 'agravo ordinário' e, como este, constitui uma nova instância, visto que, nos termos do art. 59, § 1º, da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal fatalmente conhecerá da causa como ficou fixada na contestação da lide. *Instantia est existencia fluens, id est, identitas mobilis aut quaedam unitas ducta in numerum prioris et posterioris* (= Instância é uma existência fluente, isto é, a identidade do móvel ou uma certa unidade no número anterior e do posterior). Ora, o 'móvel',

no processo judiciário, é a 'causa', isto é, a relação litigiosa entre o direito e o fato individualizado; este 'móvel' permanece em fluente litígio no Supremo Tribunal Federal, em circunstâncias idênticas às que anteriormente ficaram fixadas na contestação da lide. O nome lídimo deste recurso é 'suplicação', diz Strikio, 3, Diss. 24.4.36: 'foi introduzida em lugar da apelação, não só por causa da eminência do juiz recorrido, como porque era um recurso de recurso, visto que o juiz recorrido já funcionara em segunda instância (D. de *off. Praefect. Praet.*, N. 119.5.1)'. *Supplicatio*, de *plicare*, dobrar, repetir, e *supra*, para cima. Em suma, o atual denominado 'recurso extraordinário' para o Supremo Tribunal Federal é idêntico ao antigo 'agravo ordinário' ou 'suplicação'; entretanto, não falta quem vá buscar analogia com o 'writ of error' dos ingleses e norte-americanos, aliás tão mal definidos que, na Inglaterra, desde os 'act' de 5-8-1873 e 11-8-1875, foram suprimidos e equi-parados às apelações (v. *Annuaire de legisl. étrangère*, de 1874, p. 67 ss, e de 1875, p. 120 e 160, com as notas de Ribot e George Louis). Quem prestar atenção ao que era instituído nas Ord. Fil. (1.5.6, 6.pr; 3.84) e comparar tudo isso com o que está instituído no art. 59, § 1º, da Constituição da República, verá que o nosso Supremo, em relação às Justicças dos Estados, é, *na essência*, uma Casa de Suplicação; pois, as diferenças, na constituição do organismo e no funcionamento, se limitam a acidentes que não alteram, quer a 'natureza da instituição', quer a 'natureza do recurso'. Esta é a realidade que há de ser reconhecida e afirmada por quem quiser ver e dizer a coisa como a coisa é..."

Prevaleceu outrossim a ideia de que se a organização judiciária era atribuição dos Estados-membros, a estes deveria também caber a respectiva legislação processual. Com efeito, como bem esclareceu Lobo da Costa, em decorrência da equivocada compreensão da estrutura federativa, a Constituição de 1891 acabou contemplando o entendimento defendido por Campos Salles, no sentido de se outorgar aos novos Estados da Federação a competência para legislar sobre matéria processual, reservando-se ao legislativo federal de fazê-lo no que concernia ao processo da Justiça Federal.

A teor do art. 34, n. 23, c.c. o art. 65, n. 2, da Constituição Federal, os Estados-membros passaram a ter a prerrogativa de editar diplomas estaduais para regulamentar o respectivo processo judicial (civil e penal).

Foi veemente a crítica que Almeida Júnior teceu sobre essa nova orientação: "não é verdade que tivesse ficado assentada pela Constituição da República a competência 'privativa' dos Estados federados para legislar sobre o processo nas jurisdições estaduais..., ao contrário essa 'simples faculdade' importa exatamente a negação de uma competência 'privativa', tanto mais quanto o art. 65, n. 2, diz que: 'É facultado aos Estados todo e qualquer poder e direito que lhes não for negado por 'cláusula expressa' ou

137. *A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense*, p. 17-19.

'implicitamente' contida nas cláusulas expressa da Constituição...'. Finalmente, para os Estados federados, nada pode haver de mais seguro do que a consolidação das leis nacionais ou gerais do processo; e, quando muito, se quiserem usar de uma autonomia supervácuca, poderão eles declarar-las 'incorporadas' à respectiva legislação estadual. Não queremos dizer que os Estados federados não possam legislar sobre o procedimento, especialmente em relação aos termos dependentes das distâncias e meios de comunicação e em relação a estilos exorbitantes das regras de direito e que afetarem a normalidade da administração da justiça..."<sup>138</sup>

Como anotam, a propósito, Lobo da Costa e Mendonça Lima, os Estados não cumpriram de imediato a importante tarefa. Enquanto o tempo passava, o processo continuou sendo regido pelo velho Regulamento 737, o qual, ademais, serviu de inspiração e modelo aos legisladores estaduais.

As primeiras tentativas foram envidadas pelos Estados do Paraná e de São Paulo.

O pioneiro diploma regional sobre o processo civil foi o Regulamento Processual Civil e Comercial do Estado do Pará, aprovado pelo Decreto 1.380, de 22 de junho de 1905. Contudo, segundo escreveu Mendonça Lima, "não tinha ele o nome nem a sistemática técnica de um Código".<sup>139</sup> Na verdade, o Rio Grande do Sul é que editou o primeiro Código de Processo Civil e Comercial, promulgado pela Lei 65, de 16 de janeiro de 1908.

Seguiram-se a este o Código de Processo Civil e Comercial do Estado do Maranhão (1909); o do Distrito Federal (1910, cuja vigência restou suspensa); o do Espírito Santo (1914, substituído, por outro, em 1915); o da Bahia (1915); o do Rio de Janeiro (1919); o do Paraná (1920); o do Piauí (1920); o do Sergipe (1920); o do Ceará (1921); o de Minas Gerais (1922); o do Rio Grande do Norte (1922); o de Pernambuco (1924); o do Distrito Federal (1924); o de Santa Catarina (1928); o de São Paulo (1930); outro do Espírito Santo (1930); e, por fim, o da Paraíba (1930).

Os Estados de Alagoas, do Amazonas, do Mato Grosso e de Goiás não chegaram a promulgar seus próprios Códigos.

Com algumas exceções, o exame do conteúdo dos diplomas aprovados revela, a um só tempo, o espírito conservador dos juristas da época e a enorme influência do Regulamento 737. Prevalceu, no dizer de Mendonça Lima, "a lei do menor esforço"...

Resulta, assim, notória a influência do direito processual lusitano na estrutura dos diplomas estaduais. A atividade forense, conseqüentemente, também se mostrava dominada pelo praxismo do foro lusitano. "Os Códigos da Bahia, de Minas e de São Paulo passam por ser os mais aperfeiçoados, segundo os cânones das novas doutrinas processuais que começavam a difundir nos meios jurídicos do país. Mas, mesmo assim, afora o aprimoramento técnico e o apuro de linguagem, de maior rigor científico na conceituação dos institutos e dos atos processuais, foram poucas as contribuições originais que trouxeram para o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro".<sup>140</sup>

### 7. Unificação do direito processual (1934-1938)

O denominado sistema da dualidade processual foi extinto pela Constituição Federal de 16 de julho de 1934, passando a União, pela primeira vez sob o regime republicano, a ter competência legislativa exclusiva em matéria processual (art. 5º, XIX, *a*). Cabia, pois, à União, elaborar o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, de âmbito federal, fazendo, destarte, desaparecer os diplomas regionais.

Considerando-se as vicissitudes políticas que ocorreram em meados da década de 30, o projeto de Código de Processo Civil e Comercial não teve tempo de ser apreciado pelo Congresso Nacional.

A nova Constituição de 1937 (conhecida como "a polaca") não alterou a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 16, XVII).

### 8. Literatura processual da época

Valendo-nos, igualmente, do minucioso levantamento feito por Lobo da Costa, para o período pós-republicano até a promulgação do Código de 1939, devem ser mencionadas as seguintes obras, dispostas em ordem cronológica:

- João Monteiro, *Programa do curso de processo civil*, São Paulo, 1899; *Teoria do processo civil e comercial*, 1º vol., São Paulo, 1899; 2º vol., São Paulo, 1901;
- João Mendes de Almeida Júnior, *Programa do curso de direito judiciário*, São Paulo, 1910 (reed. no Rio de Janeiro, em 1918);
- Manoel Aureliano de Gusmão, *Cousa julgada*, São Paulo, 1914; *Processo civil e comercial*, 1º vol., São Paulo, 1921; 2º vol., São Paulo, 1924;

138. A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense, cit., p. 3-10.

139. A primazia do Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul, Direito processual civil, p. 301 ss.

140. Lobo da Costa, *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*, p. 70.

Otaviano Brandão, *Citação no direito brasileiro*, 1916; Álvaro Bittencourt Berford, *Da intervenção de terceiros na instância*, Rio de Janeiro, 1919;

Jorge Americano, *Estudo teórico e prático da ação rescisória*, 1922; *Da ação pauliana*, 1923; *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 1923; *Processo civil e comercial*, São Paulo, 1925;

Antônio Luiz da Câmara Leal, *Do depoimento pessoal*, 1923; *Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo comentado*, 5 vols., São Paulo, 1930-33;

Manoel Inácio Carvalho de Mendonça, *Da ação rescisória das sentenças e julgados*, Rio de Janeiro, 1916 e reeditado em 1940.

## 9. À guisa de conclusão

Este singelo recorte atinente à evolução histórica do procedimento, na órbita do direito processual civil em nosso país, bem revela que sempre houve uma preocupação do legislador pátrio em aperfeiçoar as leis processuais, procurando imprimir tramitação ao processo condizente com a expectativa das partes.

Ademais, a presente pesquisa também evidencia que a trajetória do processo civil pátrio, demarcada por significativas vicissitudes, está por merecer estudo de cunho histórico mais detido e aprofundado.

— VIII —

## A LIBERDADE DO JUIZ E O PROBLEMA DA REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA DEMANDA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O art. 10 do novo CPC. 3. *Iura novit curia*, requalificação jurídica e *ratio decidendi*. 4. Conclusão.

### 1. Introdução

Diante da redação do art. 10 do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), tem suscitado controvérsia a questão referente aos limites da liberdade decisória do juiz, à luz do princípio *iura novit curia*.

Como é cediço, o juiz, ao construir a *ratio decidendi* e aplicar as “normas legais” ao caso concreto, goza de absoluta liberdade, nos limites fáticos constantes do processo, para a subsunção que reputar mais ajustada.

Embora o *nomen iuris* e/ou fundamento legal porventura apontado pelo autor possa influenciar a convicção do julgador, nada obsta, dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei ou mesmo em outra categoria jurídica. O juiz tem, pois, o poder-dever de examinar os fatos que lhe são submetidos nos quadrantes de todo o ordenamento jurídico — incluídos por certo os precedentes judiciais —, ainda que determinada norma ou categoria jurídica não tenha sido mencionada pelas partes.

Na verdade, o limite da liberdade do julgador encontra-se naquele ou naqueles fatos que individualizam a pretensão do autor e a exceção oposta pelo demandado, e que constituem, respectivamente, a *causa petendi* e a