

tando-nos devidamente e submetendo-os ao rigorismo do sistema, extrair um título flexível, perfeitamente apto a cumprir o seu papel.

O direito de subscrição poderá ser objeto de cupão destacável. Não o sendo, a transferência terá que ser averbada no próprio título e, se for endossável, não só no título como ainda no livro de registro.

Tratando-se de exercício autônomo de subscrição pelo próprio debendurista, este fará a tradição do cupão à sociedade, ou, não havendo cupão, entregará sua debênture para que nesta seja averbado o exercício da subscrição.

Uma última objeção, não propriamente de ordem jurídica e, sim, de ordem econômica, é apresentada pelos que não aceitam a subscrição autônoma: acham eles que a subscrição representará, por um lado, um ingresso de recursos talvez desnecessário e ocioso para a empresa e, por outro lado, a manutenção da dívida representada pelas debêntures (principal, juros, correção monetária), o que eventualmente poderá significar uma oneração excessiva para a empresa.

A questão poderá ser facilmente solucionada, desde que, entre as condições de emissão, esteja prevista a prerrogativa de a empresa promover, a seu critério, o resgate antecipado de parte da emissão.

A sociedade, se lhe convier, resgatará mediante sorteio ou compra em bolsa, tantas debêntures quantas sejam as subscrições exercidas. Se alguns dos debenturistas, chamados a resgate, exercerem o direito de subscrição, outras debêntures poderão ser sorteados, sucessivamente, até que a empresa considere devidamente equacionado o seu problema de excesso de caixa.

## SISTEMÁTICA GERAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL \*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA  
Professor titular interino de Direito Judiciário  
Civil na Faculdade de Direito da UEG  
Procurador do Estado da Guanabara

Cabe-me hoje, nesta série de palestras, dizer algumas palavras a respeito da sistemática geral do novo Código recentemente sancionado. Não será certamente um ângulo que nos proporcione, aqui, momentos muito emocionantes, mas é, sem dúvida, um ângulo necessário para a compreensão, nas suas linhas gerais, do novo diploma que deverá reger o processo civil entre nós, a partir de 1.º de janeiro de 1974.

Para que se tenha uma idéia inicial da transformação sofrida pelo Direito Processual Civil nesta recente reforma, bastaria que confrontássemos o índice do Código vigente, de 1939, com o do futuro Código. Logo à primeira vista se notará que, enquanto o Código ainda em vigor se divide em 10 Livros, o Código recentemente sancionado se apresenta dividido em apenas 5 Livros, o que desde logo nos dá a impressão nítida de como a matéria foi diferentemente distribuída neste novo diploma. E, numa apreciação geral, não há como negar que a nova distribuição se reveste, do ponto-de-vista técnico, de sensível superioridade em relação àquela adotada pelo Código de 1939, que não é, como se sabe, diploma dos mais requintados desse ponto de vista.

Entretanto, chama também a atenção aquilo que a meu ver — contrastando com numerosos pontos de progresso — constitui verdadeiro retrocesso: a ausência de um Livro inicial, em que se contivessem as Disposições Gerais, a saber, o conjunto das normas

\* Palestra proferida em 18-4-1973, no auditório da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização.

que, não sendo especificamente aplicáveis a qualquer dos tipos particulares de processo, ao contrário, incidam, de maneira geral, em todos eles; normas, por exemplo, relativas à capacidade das partes e à maneira de supri-la, quando ela falte, aos poderes do juiz, à forma pela qual se devem realizar os atos processuais, às conseqüências da inobservância dessa forma, à maneira de contagem dos prazos processuais, e assim por diante. Deçde logo se está a ver que se trata de matérias que, em absoluto, não se confinam ao processo de conhecimento. Repontam a cada instante em qualquer espécie de processo.

A tradição legislativa, neste ponto, quer no Direito brasileiro, como ainda se pode verificar pelo Código atual, quer no Direito estrangeiro, é bem eloqüente. As grandes codificações processuais ocidentais, desde as Codificações germânicas do fim do Século XIX, até as leis modernas, como o Código Italiano, promulgado em 1940, em vigor desde 1942, e ainda mais recentemente o Código Argentino de 1968, todas elas se iniciam por um Livro dedicado às “Disposições Gerais”.

O legislador brasileiro, nesta reforma do processo civil, tomou opção diferente: incorporou as normas relativas a essa matéria no Livro I, sob a rubrica “Do Processo de Conhecimento”, como se se tratasse de disposições a este peculiares. Daí um certo hiperdimensionamento ou — se me permitem expressão mais vulgar — uma “inflação” do Livro I, que, no panorama geral de um Código dividido em 5 Livros, com cerca de 1.220 artigos (1.219, para ser exato), absorve nada menos do que 565, isto é, quase a metade.

A meu ver, teria sido preferível manter neste ponto a tradição, para evitar dificuldades, que provavelmente não de surgir quando se quiser precisar até que ponto e em que medida estas disposições contidas no Livro I, que se intitula “Do Processo de Conhecimento”, são efetivamente aplicáveis aos outros tipos de processo. É verdade que no Livro referente ao Processo de Execução existe um dispositivo, o do art. 598, que expressamente declara subsidiariamente aplicáveis ao processo de execução (naquilo, é claro, em que não colidam com suas disposições próprias) as contidas no Livro I, “Do Processo de Conhecimento”. Não se trata, porém, da melhor técnica, porque todos que lidamos com estes assuntos sabemos quão frequentemente surgem dificuldades na interpretação e na aplicação judicial de dispositivos que se limi-

tam a fazer remissões a outros. Ainda mais: no Livro III, dedicado ao “Processo Cautelar”, não se encontra nada de semelhante, o que, à primeira vista, nos permitiria uma conclusão bastante estranha, qual seja a de que no processo cautelar as partes não precisam ser capazes, ou os prazos se contam de maneira diversa daquela por que se contam no processo de conhecimento...

A estrutura do novo Código apresenta-se, como disse, dividida em 5 Livros: O Livro I é o “Do Processo de Conhecimento”; o Livro II, “Do Processo de Execução”; o Livro III, “Do Processo Cautelar”; o Livro IV, “Dos Procedimentos Especiais”; e o Livro V, “Das Disposições Finais e Transitórias”. Deixando de parte este último, cuja razão de ser é óbvia e cuja presença é tradicional em diplomas deste gênero, seria interessante examinarmos, ainda que sumariamente, o critério adotado pelo legislador para estabelecer essa divisão em 5 Livros.

Se alinharmos as rubricas dos três primeiros Livros, vamos verificar uma divisão tríplice que corresponde a esquema doutrinário bastante difundido, segundo o qual haveria três formas fundamentais de tutela jurisdicional: a tutela cognitiva, que tem a finalidade de formular a regra jurídica concreta aplicável à situação que se leva à apreciação judicial; a tutela executiva, destinada já agora à prática de atos materiais, de atos concretos, modificativos do mundo sensível, no sentido de atuar praticamente, de dar efetividade a essa mesma regra jurídica concreta; e a chamada tutela cautelar, de natureza puramente instrumental, acessória, com o objetivo de garantir, tanto quanto possível, a efetividade, a eficácia prática das providências porventura adotadas através do processo de conhecimento ou do processo de execução. De modo que a divisão refletida nas rubricas dos três primeiros Livros corresponde à um esquema — repito — consagrado na doutrina.

O Livro IV ficou reservado aos chamados procedimentos especiais, isto é, àqueles procedimentos em que a forma pela qual os atos processuais se realizam e se sucedem difere do padrão comum, difere do figurino básico. Na realidade, se formos examinar mais detidamente o conteúdo do Livro IV, verificaremos que ele se divide em dois títulos: o primeiro dedicado aos “Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa”; e o segundo, aos “Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária”.

O Código adotou aqui terminologia doutrinariamente suscetível de reparos, já que na moderna ciência processual não se reconhece natureza propriamente jurisdicional aos chamados procedimentos de “jurisdição voluntária”. Trata-se de uma atividade de tutela de interesses privados socialmente relevantes, confiada, por motivos históricos e de conveniência, a órgãos do Poder Judiciário, que, entretanto, não exercem, em casos tais, verdadeira jurisdição, antes se aproximando a sua atividade da função administrativa. Em todo caso, trata-se também aqui de uma expressão tradicional, e talvez o Código não tenha querido romper com a tradição, se bem que, a meu ver, se tivesse que romper com alguma, esta deveria incluir-se entre as primeiras candidatas ao rompimento.

Ora, se o Título I, deste Livro IV, versa sobre os “Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa”, a saber, sobre os procedimentos especiais em que verdadeiramente o órgão judicial exerce jurisdição, então a atividade desenvolvida pelo órgão judicial nesses procedimentos especiais é intrinsecamente de natureza igual à que ele exerce no procedimento comum, que na técnica do Código se divide em ordinário e sumaríssimo. Não há nenhuma diferença substancial. Tanto aqui como lá se trata de atividade jurisdicional tipicamente cognitiva.

Vistas as coisas por esse ângulo, poderia concluir-se que a matéria referente à disciplina aplicável aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa caberia sob o título “Do Processo de Conhecimento” e, portanto, poderia estar situada no próprio Livro I. Entretanto, não vai nisso uma crítica, ou não vai pelo menos uma crítica mais severa, já que é também da tradição das nossas leis disciplinar à parte, separadamente, os procedimentos especiais. Gostaria apenas de frisar que evidentemente o critério não é homogêneo, porque o critério que presidiu à divisão, quanto aos três primeiros Livros, se baseia na natureza da tutela, no tipo de tutela jurisdicional dispensada: tutela cognitiva, tutela executiva, tutela cautelar; ao passo que a reunião dos procedimentos especiais em unidade autônoma já obedece a critério diverso, baseado exclusivamente em aspectos formais, no rito adotável.

Vamos examinar, agora, rapidamente, cada um dos cinco Livros em que se divide o Código.

O Livro I, já lhes disse, trata “Do Processo de Conhecimento” e desdobra-se em dez Títulos. Se percorrermos as rubricas desses Títulos, vamos verificar que é possível compreender a razão de ser da seriação. Existe uma idéia que inspira aqui o legislador na subdivisão do Livro I: há um título inicial, o Título I, com a rubrica “Da Jurisdição e da Ação”, que contém disposições de natureza introdutória, estas incluíveis perfeitamente entre as de alcance *geral*. Até poderiam constituir exemplos frisantes daquilo que lhes disse há pouco, sobre a circunstância de que nem tudo que se contém no Livro dedicado ao processo de conhecimento, na verdade, lhe é peculiar. Essas disposições, por exemplo, contidas no Título I, sob a rubrica “Da Jurisdição e da Ação”, a rigor são disposições gerais, o que ressalta se lermos o art. 1.º, que reza o seguinte: “A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juizes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”. Nada há aí, evidentemente, que seja peculiar ao processo de conhecimento. A afirmação é verdadeira para qualquer tipo de processo.

Em seguida, ao longo de 3 Títulos, os Títulos II, III e IV do Livro I, trata o Código da estrutura subjetiva do processo: “As Partes e os Procuradores”; “O Ministério Público”; “Os Órgãos Judiciários e os Auxiliares da Justiça”. São, portanto, disposições concernentes aos sujeitos do processo.

Depois passa o Livro I a disciplinar não mais essa estrutura subjetiva, considerada, digamos assim, do ponto de vista estático, mas sim a dinâmica processual, o mecanismo processual visto, já agora, não mais na sua anatomia, senão que na sua fisiologia, no seu modo de funcionar. Então, sucedem-se títulos com as seguintes rubricas: “Dos Atos Processuais”, “Da Formação, da Suspensão e Da Extinção do Processo”, “Do Processo e do Procedimento”, “Do Procedimento Ordinário”, “Do Processo nos Tribunais” e, finalmente, “Dos Recursos”.

A respeito do Título “Dos Recursos”, poder-se-ia talvez objetar que recursos se podem interpor não apenas contra decisões proferidas no processo de conhecimento, mas também, é claro, contra decisões proferidas no processo de execução e no processo cautelar. Em todo caso, não chega a haver aqui impropriedade na localização da matéria, porque, seja onde for que se situe a decisão recor-

rida, não há dúvida nenhuma de que a atividade jurisdicional exercida pelos órgãos aos quais compete apreciar os recursos é de natureza tipicamente cognitiva.

Passando agora ao Livro II, que trata do Processo de Execução, verificamos que ele se divide em 6 Títulos, com as seguintes rubricas: “Da Execução em Geral”, “Das Diversas Espécies de Execução”, “Dos Embargos do Devedor” (o Código usa as expressões *credor* e *devedor*, e não as expressões *exequente* e *executado*, que são tradicionais em nosso direito), “Da Execução por Quantia Certa contra Devedor Insolvente”, “Da Remição” e, finalmente, “Da Suspensão e da Extinção do Processo de Execução”. A matéria pertinente ao processo de execução, sem dúvida alguma, está mais bem trabalhada neste Código do que no diploma vigente de 1939, do qual constitui, como todos sabem, uma das partes menos felizes.

É interessante notar que, a despeito de haver o Título II, com a rubrica “Das Diversas Espécies de Execução”, aparece, depois, destacadamente, em separado, constituindo título autônomo, *uma* dessas diversas espécies de execução, que é, exatamente, a “Execução por Quantia Certa contra Devedor Insolvente”. Essa maneira de tratar a matéria espelha o realce que o legislador quis imprimir a um instituto novo em nosso Direito Processual Civil, qual seja o desta “Execução por Quantia Certa Contra Devedor Insolvente”, à maneira aproximadamente do instituto da falência, aplicável, entretanto, a devedores não comerciantes. Como se tratava de um instituto novo, cuja disciplina exigiu número bastante ponderável de dispositivos, é compreensível até certo ponto que o legislador tenha preferido destacá-la para constituir um título à parte, embora do ponto de vista lógico, evidentemente, ela se incluísse entre as diversas espécies de execução.

Já me parece menos explicável o relevo dado à remição. Convém, em todo caso, que rendamos graças a Deus, por aparecer ao menos o vocábulo grafado corretamente, com ç e não com dois s, como aparece no texto do Código de 1939. Não se trata aqui da remição da execução; trata-se da remição de bens submetidos à execução, de bens penhorados, ou, na sistemática do novo Código, arrecadados, já que se trata de incidente também possível no pro-

cesso da execução por quantia certa contra devedor insolvente, em que existe uma arrecadação. Não me parece razoável que a remição se veja guindada às alturas de um instituto merecedor de Título próprio. Tanto assim que os dispositivos que contém esse Título são em pequeníssimo número, apenas 4 artigos — 787 a 790. Convenhamos que é muito pouco para justificar todo um Título. Ainda mais que substancialmente a remição, seja neste ou naquele tipo de processo de execução, não passa em qualquer caso de um incidente no curso da execução por quantia certa, quer contra devedor solvente, quer contra devedor insolvente.

Passando, agora, ao Livro III, que trata do Processo Cautelar, convém render a devida homenagem ao novo Código, que, nesta matéria, efetivamente apresenta superioridade muito nítida em confronto com o diploma de 1939, no qual as chamadas medidas preventivas receberam uma disciplina muito assistemática, quase diria caótica. Estão, lá, atiradas à vala comum dos processos acessórios, sem o relevo a que cientificamente hoje em dia fazem jus. É esta, talvez, uma das partes a meu ver mais interessantes, mais bem feitas do novo Código. O Título é único, com a rubrica “Das Medidas Cautelares”, e divide-se em 2 Capítulos: o Capítulo I, “Das Disposições Gerais” e o Capítulo II, “Dos Procedimentos Cautelares Específicos”, onde então se disciplina cada uma dessas medidas.

Vê-se que realmente aqui o legislador andou de braços dados com a boa técnica, fazendo preceder a disciplina de cada uma das medidas cautelares, *in specie*, de um capítulo consistente em normas aplicáveis *in genere* a todas elas. Era a meu ver o que se deveria ter feito na estrutura geral do Código, e não apenas neste Livro.

O livro IV trata dos Procedimentos Especiais, isto é, daqueles que se afastam do modelo padrão, seja do procedimento ordinário, seja do procedimento sumaríssimo, que, no seu conjunto, formam aquilo a que o novo Código denomina procedimento comum, expressão introduzida por ele, inexistente na sistemática atual. Pois bem, o Livro referente aos procedimentos especiais divide-se — como lhes disse — em dois Títulos: o Título I, “Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa”, cuida dos procedimentos especiais verdadeiramente jurisdicionais, e o Título II, “Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária”, cuida daquelas outras

providências sem natureza jurisdicional a que tradicionalmente se dá a denominação de providências de jurisdição voluntária. Nesta parte, isto é, no Título II, outra vez vamos observar o cuidado técnico que o legislador teve ao estruturar a matéria, começando por um Capítulo I, com a rubrica “Das Disposições Gerais”, em que estabeleceu a disciplina aplicável às providências de jurisdição voluntária que não exigem regulamentação particular; e, em seguida, diversos Capítulos que disciplinam especificamente certas medidas de jurisdição voluntária: “Das alienações judiciais”, “Do desquite por mútuo consentimento”, “Dos Testamentos e Codicilos”, “Da herança jacente” e assim por diante.

Já o Título I desde Livro IV não me parece estruturado com a mesma felicidade. Ele cuida dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa, e, se percorrermos o índice, vamos ler as seguintes rubricas: “Da Ação de Consignação em Pagamento”, “Da Ação de Depósito”, “Da Ação de Anulação e Substituição de Títulos ao Portador”, “Da Ação de Prestação de Contas”, “Das Ações Possessórias”, “Da Ação de Nunciação de Obra Nova”, “Da Ação de Usucapião de Terras Particulares”, “Da Ação de Divisão e Demarcação de Terras Particulares”, “Do Inventário e Da Partilha”, “Dos Embargos de Terceiro”, “Da Habilitação”, “Da Restauração de Autos”, “Das Vendas a Crédito com Reserva de Domínio” e “Do Juízo Arbitral”.

Confesso que me escapa o fio condutor desta seqüência; ou, por outra, eu o compreendo bem até o Capítulo VIII e, com alguma boa vontade, até o Capítulo IX: embora o Inventário e a Partilha sejam de inclusão controvertida, doutrinariamente, entre os processos de jurisdição contenciosa, entre os processos verdadeiramente jurisdicionais, essa era uma opção que ao Código evidentemente seria lícito tomar. Até aí, nada de muito estranhável.

Entretanto, a estes nove Capítulos, em que se disciplinam procedimentos especiais *autônomos* de jurisdição contenciosa, seguem-se três Capítulos em que se disciplinam procedimentos *accessórios*, os Embargos de Terceiro, a Habilitação e a Restauração de Autos (sobre a qual tenho sérias dúvidas quanto à classificação como procedimento especial de jurisdição contenciosa), para voltar-se, depois, no Capítulo XIII, à disciplina de outro procedimento especial *autônomo* de jurisdição contenciosa, qual seja o referente às

vendas a crédito com reserva de domínio. Parece-me haver aí evidente quebra de uniformidade lógica nesta seqüência, nesta maneira de arrumar a matéria.

Mais surpreendente ainda, a meu ver, é a inclusão, neste Título, da matéria concernente ao Juízo Arbitral. No Juízo Arbitral o que há de jurisdicional é única e exclusivamente a homologação do laudo, que é o momento final, o momento derradeiro, de uma longa série de atos, de um longo procedimento que nada mais tem de jurisdicional. A própria natureza da homologação é objeto de discussões doutrinárias. Amílcar de Castro, por exemplo, nos seus *Comentários* ao Código em vigor, prefere considerá-la como providência de jurisdição voluntária, portanto, não verdadeiramente jurisdicional. É claro que não nos podemos deter nesse debate. A meu ver, Amílcar de Castro não tem razão no ponto, digo-o com a vênia necessária diante de tão grande autoridade; mas, de qualquer maneira, não é razoável, a meu ver, que pura e simplesmente se inclua a disciplina do Juízo Arbitral *in totum* num Título dedicado aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, como se todo o Juízo Arbitral fosse um procedimento desta natureza. A meu ver, teria sido melhor reservar um livro à parte para a disciplina do Juízo Arbitral, tal como se faz no Código em vigor.

Entretanto, a minha discordância em relação ao Código, no tocante ao Livro dos Procedimentos Especiais, não se refere tanto ao que nele *se contém*, mas, sobretudo ao que nele — a meu ver — *se deveria conter* e dele está ausente. Creio que a lei, como tantas vezes acontece com os seres humanos, pecou mais gravemente por omissão do que por ação. Deste pecado, que considero — *data venia* — mortal, não me inclino a dar ao Código a minha absolvição; e quero desdobrar em duas partes a observação que estou fazendo.

A primeira refere-se à necessidade que, ao longo de tantos anos, temos sentido todos os que lidamos com problemas processuais — advogados, juizes, professores — do restabelecimento da unidade sistemática do Processo Civil brasileiro, fragmentada em conseqüência da edição de dezenas e talvez centenas de leis extravagantes (muitas delas extravagantes em mais de um sentido), através das quais se dispersou a disciplina de tantos e tantos processos: seria até ocioso ficarmos aqui mencionando exemplos, mas

aí estão, à vista de todos, o mandado de segurança, a ação de desapropriação, a ação de alimentos, as ações relativas à alienação fiduciária em garantia, a ação popular e uma infinidade de outras. Ora, não é segredo para ninguém que a fragmentação da unidade sistemática do processo, a par de muito pouco recomendável do ponto de vista científico, cria também, a cada passo, dificuldades práticas de extrema gravidade, quando se trata de saber até que ponto e em que medida as disposições constantes do Código, que devem, naturalmente, formar o direito processual civil comum, se aplicam ou não, e como, e até onde, à disciplina de algum desses procedimentos especiais. Vou-me limitar a um exemplo entre tantos que poderia citar; são questões que não têm, às vezes, grande dignidade doutrinária, mas que tomam o tempo dos tribunais, que tomam o tempo dos advogados e colocam em situação de insegurança as próprias partes, exatamente pela dificuldade que se tem em determinar, em precisar, se e em que medida as disposições do Código se aplicam aos procedimentos especiais. O exemplo que tinha em mente era o da célebre questão dos honorários de advogado em Mandado de Segurança. Até hoje, apesar de a jurisprudência dos nossos Tribunais se ter fixado (a meu ver equivocadamente) na tese da inaplicabilidade do art. 64 do CPC a este processo especial, a questão permanece, ao menos doutrinariamente, em aberto, só porque, quando o legislador quis modificar a disciplina do mandado de segurança existente no texto originário do Código de 1939, em vez de substituir aquele capítulo por outro, editou uma lei a parte. Então, é difícil, às vezes, aos intérpretes e aos aplicadores da lei construir pontes entre o continente e a ilha, ou melhor, perceber a ligação submarina que, certamente, existe entre a ilha e o continente. Pois bem, era uma aspiração geral a de que se aproveitasse o momento, entre todos adequado, de uma reforma do processo civil para por fim a esse estado de coisas e restabelecer a unidade sistemática perdida.

O próprio eminente autor do Anteprojeto, a quem rendo minhas sinceras homenagens, essa figura tão notável da ciência processual brasileira, que é o Prof. Alfredo Buzaid, ele próprio, na Exposição de Motivos com que encaminhara ao Ministro da Justiça de então o seu Anteprojeto (que, aliás, só continha os três primeiros Livros, àquela época), havia ressaltado a necessidade de resta-

belecer-se a unidade destruída e de reincorporarem-se ao leito comum essas águas dispersas. Entretanto, por motivos difíceis de compreender, não foi isso que se deu quando da elaboração do Projeto a ser encaminhado ao Congresso Nacional. Deixaram-se de lado, entregues à sua própria sorte, que nem sempre é das mais brilhantes, esses procedimentos especiais regidos por leis extravagantes; mais do que isso — e eis a segunda parte em que se desdobra esta minha observação — fez-se até o contrário daquilo que a meu ver se deveria ter feito: excluiu-se do texto do novo Código a disciplina concernente a diversos procedimentos especiais que o Código em vigor regula. Isto é: não só não se trouxeram de volta ao redil as ovelhas tresmalhadas, mas ainda se afugentaram outras ovelhas...

Destarte, desaparecem do novo Código as disposições referentes ao Loteamento e Venda de Imóveis a Prestações, à Ação de Despejo, à Ação Renovatória, ao Processo do Registro Torrens, às Averbações e Retificações do Registro Civil, e assim por diante, numa relação que seria um tanto enfadonho ler até o fim, porque não é pequena.

Pois bem, que é que se dispõe acerca desses procedimentos especiais? Dispõe-se, no art. 1.218, que continuam em vigor as regras constantes do vigente Código de Processo Civil, a respeito dessas matérias, até serem incorporadas nas leis especiais.

Que leis especiais são essas? Diz-se, na Exposição de Motivos do Projeto encaminhado ao Congresso Nacional, que, por se tratar de temas que comportam apreciação no ponto de vista do direito substantivo, melhor será que um único diploma regule toda a matéria a ele concernente, quer na parte substantiva, quer na parte processual. Ora, o argumento, a ser verdadeiro, simplesmente liquidaria com o Livro IV do Código, porque é evidentíssimo que todos os procedimentos especiais regulados nesse Livro IV se articulam com matéria de direito substantivo.

É claro, por exemplo, que a disciplina processual das Ações Possessórias nada mais é do que um instrumento de tutela da posse, disciplinada no Código Civil. De modo que, a ser verdadeiro o argumento, então, por que não transferir para o Código Civil a disciplina das ações possessórias? Seria inteiramente desnecessá-

rio, nessa perspectiva, todo o Livro IV do novo Código de Processo Civil.

Mais ainda: o Código recentemente sancionado, como se sabe, altera profundamente a sistemática dos recursos, abolindo, por exemplo, o agravo de petição e tornando cabível a apelação para quaisquer sentenças, isto é, para quaisquer decisões que ponham termo ao processo, quer apreciem, quer não apreciem o mérito. Ora, em muitos procedimentos especiais, regulados por leis extravagantes, adotou-se a técnica oposta, a saber: consagrou-se o agravo de petição como recurso cabível, inclusive para as sentenças definitivas. É o caso, por exemplo, do Mandado de Segurança, da Ação de Alimentos, da Ação de Acidentes de Trabalho e tantas outras.

Há, portanto, uma oposição irreduzível entre o sistema de recursos do novo Código e o sistema de recursos destas leis extravagantes que continuarão em vigor. E vejam bem qual a solução adotada pelo legislador. Viu-se ele diante de um problema muito sério: é que nessas leis extravagantes não se encontra a disciplina do agravo de petição, que era desnecessária porque lá estava ela no Código. Ora, como o agravo de petição não mais subsistirá, surge o problema: se esses procedimentos especiais continuam a reger-se pelas leis extravagantes que os disciplinam, como regular, então, o recurso de agravo de petição nelas previsto? Daí a disposição do art. 1.217, assim rezando: “Ficam mantidos os recursos dos processos regulados em leis especiais e as disposições que lhes regem o procedimento constantes do Decreto-Lei n.º 1.608 (que não é outro senão o Código de Processo Civil, de 1939), até que seja publicada a lei que os adaptará ao sistema deste Código”. Então virá mais uma lei extravagante, para adaptar o sistema de recursos de procedimentos já regidos por leis extravagantes à técnica adotada no Código. Convenhamos que há um excesso de leis extravagantes; há — diria eu — um excesso de extravagância em tudo isso...

Não desejando esgotar por completo a paciência dos que têm a bondade e a gentileza de ouvir-me, vou limitar-me a algumas observações finais sobre o último livro do novo Código, aquela “post-restante” de todas as codificações que é o “Livro das Disposições Finais e Transitórias”.

A meu ver, o Código aqui foi de um laconismo exagerado quando se limitou a um único dispositivo com referência aos problemas de direito intertemporal. Diz apenas o seguinte: “Art. 1.211 — Este Código regerá o processo civil em todo território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes”.

Sem dúvida que se trata de um princípio consagrado, este de que as normas processuais, ao entrarem em vigor, se aplicam, desde logo, aos processos pendentes. Entretanto, por trás desse princípio aparentemente muito singelo, existe um rica e complexa problemática que não se pode resolver só com este instrumento.

Gostaria de lembrar que quando na Itália, em 1950, se fez uma reforma parcial do *Codice di Procedura Civile*, em vigor desde 1942, a lei que introduziu naquele diploma as modificações adotadas disciplinou em nada menos de 17 artigos, alguns deles bastante longos, divididos em várias alíneas, a maneira pela qual as novas regras deveriam ir incidindo progressivamente sobre os processos em curso a data da entrada em vigor. Nós mesmos, no Brasil, temos o exemplo do Código de Processo Penal vigente, que, ao ser editado, se fez acompanhar nada menos do que de uma Lei de Introdução, toda ela dedicada exatamente a disciplinar os problemas de direito intertemporal que fatalmente surgiriam, como de fato surgiram. De modo que, a meu ver, é estranhável que o Código não se tenha explicado um pouco mais a este respeito nas disposições finais e transitórias. Aqui se poderia repetir, creio eu, a observação feita há pouco: o Código talvez tenha pecado mais por omissão que por ação.

Diante desse panorama de um diploma que evidentemente tem os seus méritos (e alguns deles procurei ressaltar no curso de minha exposição), notadamente quanto à disciplina do processo de execução, e talvez mais ainda quanto à do processo cautelar, muito superior à da lei vigente, mas que tem também, como toda obra humana, seus defeitos, suas imperfeições, suas falhas, suas lacunas, avulta a responsabilidade da doutrina, que terá de empregar o melhor de seus esforços para esclarecer o alcance e o sentido de vários institutos novos, como o da ação declaratória incidental, o do recurso adesivo, o da execução contra devedor insolvente e alguns outros, cujo emprego se prenuncia, em certos casos, bastante fecundo; mas avulta sobretudo — creio eu — a responsabilidade

da jurisprudência, dos nossos juizes, que, desde o dia 1.º de janeiro de 1974, salvo alguma mudança intercorrente nas disposições governamentais a respeito da entrada em vigor do novo diploma, vão ter de utilizá-lo como instrumento quotidiano de trabalho.

E, se é verdade que não cabe ao intérprete, que não cabe ao aplicador da lei, corrigi-la, retificá-la, cabe-lhe, pelo menos, procurar ser fiel àquilo que ela tem de melhor — e certamente muita coisa de bom se contém neste Código —, procurando aplicá-la aos casos concretos de acordo com o espírito que a anima, a fim de que a reforma de nosso direito processual civil, se não representar o grande passo renovador que todos desejaríamos ver dado neste momento, seja, pelo menos, o marco inicial de uma arrancada em direção a melhores dias em matéria de administração da Justiça no Brasil.

## CONCORRÊNCIA PÚBLICA: CAPACIDADE TÉCNICA

NELSON NASCIMENTO DIZ  
Procurador do Estado da Guanabara

É freqüente, nos editais de concorrências públicas, exigir a Administração que os interessados, como **CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO**, *comprovem já terem anteriormente realizado* obras, serviços ou fornecimentos equivalentes ao objeto da concorrência, seja em quantidade, natureza ou valor. Ainda freqüentemente se agrava a exigência no sentido de que tal comprovação corresponda a um período mínimo, ou que as obras, serviços e fornecimentos hajam sido prestados a outro órgão da Administração Pública.

Configura-se, claramente, a exigência de comprovar *capacidade técnica mediante desempenho anterior à licitação*.

Tal praxe já foi erigida, em alguns casos, a exigência de ordem legal. Assim é que a recente Lei paulista n.º 10.395, de 17 de dezembro de 1970, que rege as licitações e contratações no Estado de São Paulo, determinou, em seu artigo 24:

“Art. 24 — Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

### II — Capacidade técnica;

§ 2.º — Prova-se a capacidade técnica pelo registro ou inscrição na entidade profissional competente complementada por:

1. atestados de *desempenho anterior* de atividade relacionada com o objeto da licitação, de pessoas públi-