

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 128
outubro/dezembro – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Preocupação do advogado diante da reforma do CPC

CLITO FORNACIARI JÚNIOR

SUMÁRIO

1. Da introdução. 2. Do preparo dos recursos. 3. Do agravo contra denegação de recurso especial e extraordinário. 4. Da consignação em pagamento extrajudicial. 5. Da antecipação da tutela jurisdicional. 6. Do recurso contra o indeferimento da petição inicial. 7. Da conciliação obrigatória. 8. Do registro obrigatório da penhora. 9. Do procedimento da liquidação. 10. Da conclusão.

1. Da introdução

No final do ano passado, foram editados quatro novos diplomas legais¹, trazendo modificações no sistema processual brasileiro. Essas atingiram, indistintamente, o processo de conhecimento, o de execução, o cautelar e ainda alguns procedimentos especiais. Somando-se a elas as alterações que já haviam ocorrido quanto à citação² e à liquidação de sentença³ e, anteriormente, com relação à perícia⁴ chegam a mais de cem os artigos modificados, de modo que se pode dizer estar o processo civil brasileiro sob a égide de uma nova ordem jurídica.

¹ Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, que revê o sistema de recursos; Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, relativa ao procedimento da consignação em pagamento e do usucapião; Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, modificando o processo de execução; e Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterando disposições do CPC encartadas nas regras dos processos de conhecimento e cautelar.

² Lei nº 8.719, de 24 de setembro de 1993.

³ Lei nº 8.898, de 29 de junho de 1994.

⁴ Lei nº 8.455, de 24 de agosto de 1992. A propósito, consultar nosso "As novas regras sobre a perícia judicial", *Revista dos Tribunais*, v. 690, pp. 7 e ss.

Sem dúvida, algumas inovações – poucas, infelizmente – representam um avanço capaz de contribuir para a maior rapidez dos processos, pretexto utilizado para a reforma empreendida na legislação processual civil. Destaco, nesse sentido, a possibilidade de se obter título executivo, nos casos em que a consignação em pagamento vier a ser julgada improcedente por insuficiência do depósito (art. 899, parágrafo segundo), dando a esse procedimento o caráter dúplice que se verifica nas possessórias e na prestação de contas; a dispensa de reconhecimento de firma na procuração (art. 38), o que é válido tanto para os poderes gerais para o foro, como também para as ressalvas feitas no texto relativamente a atos para os quais se exige poderes específicos, pois o termo *salvo*, constante do dispositivo em exame, já existia na antiga redação do art. 38, não sendo, portanto, decorrente da reforma⁵; e, ainda, a uniformização que se criou em torno dos embargos de declaração, relativamente ao prazo para interposição em primeira e segunda instância, como também se definindo o seu oferecimento como fator de *interrupção* e não mais de suspensão de prazo, eliminando assim certas questões que se lançavam em torno da contagem e da retomada do prazo suspenso com os embargos.

Vista, todavia, a reforma em seu conjunto, ela não guarda sincronia com a sonhada possibilidade de tornar em nosso País a Justiça mais ágil e mais simples. Muitos dispositivos implicam até retrocesso dada a elevada qualidade do nosso Código de Processo Civil em sua

⁵ Não colhem as observações de Antonio Vital Ramos de Vasconcelos e Marco Antonio Innocenti, (*Tribuna do Direito*, maio de 1995, p. 10), no sentido de ser o requisito de reconhecimento de firma elemento de validade do contrato de mandato e assim não poderia ser retirado simplesmente da forma como o foi pelo novo texto, cuja natureza é simplesmente processual. A norma processual é lei ordinária tal qual o Código Civil, dispondo, portanto, da mesma hierarquia, podendo assim revogar suas disposições. O texto constitucional não se preocupa com o ramo dos diplomas, mas sim com a hierarquia da norma, parecendo, com o devido respeito, que o corpo legal em que se abriga um preceito e a natureza do instituto que o rege não têm o condão de impedir sua alteração por regra advinda de texto voltado, prioritariamente, para outro ramo do direito. Ademais, a lei não contém preceitos inúteis: qual outra alteração poderia estar sendo feita no art. 38 do CPC senão esta? Isso sem considerar-se o elemento histórico: de longa data se reclamava contra a manutenção da exigência do reconhecimento de firma.

versão original, onde se apresentava como um todo bastante homogêneo, como ainda diante da circunstância da interpretação de vários artigos já estar consolidada, sendo que a novel reforma reabre o debate em torno deles, trazendo questionamentos que levarão alguns anos para alcançar o grau de estabilidade que já se havia atingido. De outro lado, alterados foram artigos que nada têm com a praticidade do procedimento e nem importavam em óbices à sua maior rapidez. Atribuo esse fato, a erro de diagnóstico: não se tendo localizado onde está o mal que emperra os processos, não se pode receitar remédio que possa realmente curá-lo⁶.

Preocupam-me, entretanto, na reforma processual, certas modificações, que, a par de transtornarem a vida do advogado, poderão sacrificar direitos dos cidadãos, olvidando-se da real função do processo, que, embora objeto de ciência autônoma, marcada por princípios e normas particulares, existe, do ponto de vista operacional, como simples instrumento para permitir que o chamado direito material possa alcançar sua finalidade. O processo não é fim em si mesmo, mas mera ferramenta com a qual se procura atingir a efetividade dos direitos.

Dentro dessa diretriz, procuro apontar nessas notas os dispositivos com maior potencialidade de lesar o direito das partes e agravar a situação de trabalho do advogado, que passou a ter que se preocupar com aspectos que sempre soaram simples e que jamais representaram entraves ao andamento da Justiça. De outro lado, trago à colação algumas regras com as quais a sonhada agilidade do procedimento poderá chocar-se, possibilitando campo para protelação e que anteriormente não havia.

2. Do preparo dos recursos

Na linha de nossa proposta, destaco como preocupação maior a nova redação do art. 511 do Código de Processo Civil, que cuida daquilo que outrora seria o singelo ato do preparo dos recursos. Segundo a nova regra do art. 511 do Código de Processo Civil:

“no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção”.

O preparo foi antecipado, portanto, para o momento de protocolizar o recurso, devendo acompanhar a própria petição de interposição,

⁶ Cf. nosso “Remédio poderá ser ineficaz ou perigoso”, *Tribuna do Direito*, março de 1995, p. 18.

sob pena de preclusão. Ainda que o recorrente ingresse com o recurso antes do vencimento do prazo, não é dado realizar o preparo posterior, mas ainda dentro do prazo: tornaram-se atos simultâneos o de recorrer e o de preparar o recurso, de modo que a antecipação de um deles importa também em abreviação do prazo para o outro.

A conta de preparo passou a ser tarefa do advogado, não havendo, portanto, intimação do cálculo, como antes existia. Justificou-se a alteração com a *simplicidade do ato*, que tornava perda inútil de tempo a remessa dos autos ao contador para elaboração da conta e depois a intimação, conferindo-se dez dias autônomos para o recolhimento da verba. Porém, essa é tarefa fácil, mas só aparentemente.

A simplicidade do ato desaparece quando se depara o recorrente com a profunda divergência que reina quanto aos recursos sujeitos a preparo, não havendo coincidências entre a Justiça Federal e a estadual, confundindo-se ademais institutos com nomes iguais, como é o caso dos *embargos*⁷; quanto ao valor das custas: se deve ser atualizado ou não; quanto ao fator de atualização dos valores a recolher.

Essas e outras questões passaram a ensinar, na resposta a qualquer recurso, a possibilidade do recorrido discutir sobre o cumprimento da norma de preparo, obrigando, no mais das vezes, que o juiz determine a remessa dos autos ao contador não para elaborar o cálculo (o que daria segurança ao recorrente), mas para informar se o preparo foi corretamente realizado e, no erro, ser castrado o seguimento do recurso. A preliminar do recorrido e a conferência do preparo eliminam com sobras as vantagens que se procurava alcançar com o novo sistema.

Surge, desse modo, uma questão a mais para ser duplamente resolvida tanto quando da

subida do recurso de apelação, uma vez que a questão é devolvida ao próprio juiz que antes admitira o recurso e agora pode rever o despacho de admissibilidade (art. 518, parágrafo único), como para o tribunal que, antes do julgamento de mérito, deverá apreciar as preliminares levantadas pelo recorrido, que provavelmente sempre apontará divergências no que diz respeito ao preparo pela infinidade de questões que o caso comporta.

De outro lado, há discrepâncias entre os tribunais de São Paulo quanto ao recolhimento de custas nos recursos especial e extraordinário, sendo que as divergências vão desde a guia a ser utilizada, passando pelos valores e pela forma de obtê-los, até o momento de recolher as custas⁸. É de se reclamar uma uniformidade de procedimentos, até agora inexistente, mas que, quando vier a acontecer para os casos de recursos especial e extraordinário, não conseguirá, por certo, abarcar todos os pontos de dúvida.

A insegurança em torno da matéria e a grave e definitiva consequência que advém do preparo mal feito tornam o art. 511 o mais perigoso ao direito do cidadão de receber resposta do Judiciário acerca de sua pretensão, mormente por ser sedutora a possibilidade dos tribunais sobrecarregados de recursos passarem a deles não conhecer por preparo inadequado ou insuficiente para o que contarão com o art. 511.

Outrossim, não menos grave é o procedimento posterior ao preparo: houve pagamento de custas para os tribunais superiores e portes de remessa e de retorno de recurso que nem se sabe, ainda, se será admitido. Se for admitido, tudo bem; se não for, como o recorrente faz para recuperar os portes e as custas que pagou? Seria necessária uma ação de repetição de indébito? Seria ela movida na Justiça Federal? De tudo isso se conclui que o preparo não era tão simples como parecia: o que se gastava com a sua realização, segundo as regras revogadas, era um nada em vista da insegurança que se trouxe

⁷ A norma sobre custas no Estado de São Paulo (Lei nº 4.952/85) dispensa de preparo os "embargos de execução" (art. 6º, VI). A partir daí talvez tenha se concluído pela inexistência de preparo dos embargos infringentes, que o CPC tinha como sujeito a preparo, dispondo inclusive quanto à oportunidade de sua realização (art. 533 em sua versão original). Da mesma forma, os tribunais de São Paulo tinham posição diferente do CPC em relação ao preparo do agravo de instrumento (art. 527 do CPC). Outrossim, a partir da não-incidência da taxa judiciária nos embargos do devedor, procurou ampliar-se a questão para alcançar também a apelação interposta contra a sentença proferida nos embargos do devedor, o que persiste sendo questão controversa.

⁸ O Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo impõe o recolhimento, desde logo, do porte de retorno, mas deixa o de remessa para após o recebimento do recurso especial e/ou extraordinário. O Tribunal de Justiça passou a intimar, sem constar informação nos autos nesse sentido, do valor que deveria ser pago em caso de interposição de recurso, dando ao recorrente uma relativa segurança (relativa, pois, o que não está nos autos não está no mundo), mas de qualquer forma poderia ser comprovada a definição de valor pelo Tribunal, guardando-se a intimação do acórdão, onde constam os valores a serem pagos.

para o procedimento e os riscos do preparo mal feito comprometer o sagrado e constitucional direito de ver a questão resolvida pelas instâncias últimas de nossa Justiça.

A modificação, portanto, longe está de ter contribuído para a agilização e simplificação do processo.

3. Do agravo contra a denegação de recurso especial e extraordinário

Não menos grave é a situação posta com a nova redação do art. 544 do Código de Processo Civil e, especialmente, de seu parágrafo primeiro⁹. No *caput* do artigo confere-se prazo de dez dias para o agravo contra a denegação dos recursos extraordinário e especial, mas, no parágrafo primeiro, passa a se exigir que a interposição se faça acompanhar já do traslado das peças que deverão compor o instrumento do agravo (além, portanto, do pagamento das custas, inclusive portes).

Concederam-se mais cinco dias para agravar da decisão que nega seguimento aos recursos especial e/ou extraordinário¹⁰. Em contrapartida, juntamente com o recurso, devem ser apresentadas as cópias das peças que irão compor o instrumento¹¹. Sem prejuízo da ampliação de prazo ser verdadeiro presente de grego, o artigo contém impropriedade que pode inviabilizar a própria interposição do recurso: simultaneamente os autos são necessários para elaborar-se o recurso e também para o tribunal extrair as cópias para acompanhá-lo.

Dessa maneira, se a parte retirar os autos para elaborar o recurso, não poderão ser providenciadas as peças; se requisitar as cópias das peças, não encontrará o agravante os autos em cartório para tomar ciência da decisão e redigir o agravo. Será comum, portanto, principalmente para aqueles que não têm melhor questão para debater, pedir a devolução do prazo para um ou outro ato, não se podendo acoirar esse

suposto comportamento como de litigância de má-fé, pois inegável o impedimento que um ato traz para o outro, sendo ambos necessários. Não se pode sequer dizer que o recorrente estaria valendo-se do próprio obstáculo por ele criado para impedir a efetivação do outro ato, seja o recurso, seja o traslado, dado serem ambos necessários, e se não puderem ser praticados em sua integralidade, irão comprometer o exercício do direito de recorrer.

Tanto a dificuldade existe e carece ser conciliada que tribunais de São Paulo vêm concedendo, à falta de norma específica acerca do prazo para resposta, vinte dias para o recorrido contraminutar o agravo e providenciar o traslado das peças que deseja ver no instrumento recursal¹². Os vinte dias concedidos rompem com o princípio da igualdade dos litigantes: certo seria que o prazo para responder e providenciar peças também fosse de dez dias, e para ambos os atos, até porque, ao definir-se prazo para resposta a recursos, sempre se confere o mesmo existente para sua interposição (cf. art. 508).

A falta de transposição de peças obrigatórias levará ao não-conhecimento do agravo, não sendo dado a complementação do traslado deficiente, conforme jurisprudência assentada em súmula do Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 288), referendada pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso que lhe diz respeito¹³. Caso, porém, as peças obrigatórias constem do instrumento, mesmo que outras também devessem ser trazidas para possibilitar o inteiro conhecimento da controvérsia, o caso não será de não-conhecimento do recurso, podendo, todavia, essa circunstância dificultar o entendimento da controvérsia – correndo o agravante os riscos – ou mesmo inviabilizar o seu aproveitamento como o recurso principal, conforme autoriza o art. 544, parágrafos terceiro e quarto, do CPC, o que obrigará, então, a subida do recurso encartado nos autos principais.

De outro lado, porém, mesmo que falem peças obrigatórias, o presidente do tribunal recorrido não poderá negar seguimento ao recurso, de vez que o agravo não enseja essa medida: fica o seu juízo de admissibilidade inteiramente por conta do relator no órgão *ad quem*. Não seria compatível, de outro lado, que o

⁹ A norma volta ao Código de Processo Civil. Com a Lei nº 8.038/90, os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil haviam sido revogados. Agora foram revigorados, mas muitos deles com redação alterada, como este de que ora estamos a tratar.

¹⁰ Poderá ser necessária a interposição de dois agravos na medida em que tenham sido ofertados recursos especial e extraordinário e a ambos tenha sido negado seguimento, ainda que objeto de decisão única. Mesmo assim o prazo será comum e de dez dias.

¹¹ Interessante observar que o *escrivão*, nos agravos contra decisão de primeiro grau, tem até vinte e cinco dias para a extração, a conferência e o concerto do traslado (art. 525).

¹² Cf. TJSP – Processo nº 173.739.1/8-02; Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – Processo nº 543.829-9/03.

¹³ *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vv. 48/558 e 32/17; *Revista dos Tribunais*, v. 662/193.

presidente do tribunal recorrido admitisse e muito menos determinasse a complementação do traslado das peças faltantes: tal prática fere a suposta agilidade que o preceito pretendeu dar ao rito do agravo.

Como se verifica, a suposta rapidez, evitando-se a autônoma extração de peças, em momento posterior ao oferecimento do recurso, aumenta os riscos para o recorrente e a angústia do advogado, sem embargo de poder importar no surgimento de outras questões que também levarão à demora maior no processamento desse recurso.

4. Da consignação em pagamento extrajudicial

Criou-se, com o parágrafo primeiro do art. 890, a consignação em pagamento extrajudicial: obrigatória para o credor, que, sempre que informado do depósito, terá que responder, sob pena de desobrigado restar o devedor; facultativa para o devedor, que pode valer-se da recente previsão ou utilizar-se da consignação pelo procedimento tradicional, ou seja, valendo-se da via judicial.

O novel procedimento é claramente inconstitucional, de vez que importa em delegação de atividade jurisdicional, o que é vedado pela Constituição Federal, que deixa, pela sua própria estrutura, o monopólio dessa função ao Judiciário.

A par desse aspecto, a medida preconizada tem caráter de norma geral, não revogando as disposições especiais acerca da matéria (art. 2º, parágrafo segundo, da LICC), de modo que o procedimento da consignatória de aluguéis continua sendo regido pela Lei nº 8.245, em seu art. 67¹⁴ de onde a pouca praticidade da medida, pois o grande número de consignatórias existentes diz respeito a problemas de locação. Sendo assim, a medida ora imaginada não contribuirá para diminuir as contendas sobre consignação na Justiça.

Na disciplina do novo procedimento, chama atenção a circunstância de ter se emprestado maior força ao silêncio do credor que à sua própria ausência no rito judicial, onde ao juiz foi imposto que, antes de decidir, verifique se ocorreram os efeitos da revelia (art. 897 do CPC, com a redação decorrente da reforma); diver-

samente, na consignatória extrajudicial, “reputar-se-á o devedor liberado da obrigação”, caso não manifeste o credor sua recusa (parágrafo segundo do art. 890).

Procurou-se dar ao procedimento extrajudicial uma singeleza que ele não tem e que não conseguirá obter na prática. Assim, não se esclarece quem realiza a *comunicação do depósito* (a lei usa apenas o termo “comunicando-se”), o que já tem importado em problemas, de vez que o Banespa, em São Paulo, entende ser ônus do depositante e fia-se na informação que este presta ao Banco quanto ao dia em que o credor foi cientificado, vindo a *recusar a recusa* quando feita após o suposto vencimento do decêndio a tanto reservado¹⁵.

Em segundo lugar, não havendo recusa oportuna, considera-se desobrigado o devedor, de modo que o credor ficará com o ônus de intentar demanda voltada a ver declarada a nulidade do ato que considerou o devedor desobrigado, sendo a demanda em tela promovida em face da instituição financeira depositária, de vez que em jogo está o seu procedimento e, como litisconsórcio-necessário, do credor-depositante, interessado no deslinde da questão, mesmo porque atingido pelo ato que o proclamou desobrigado.

Da mesma forma, em havendo a recusa e não promovendo o devedor a demanda pela via judicial (parágrafo quarto, do art. 890), ele poderá levantar o depósito, o que, por certo, não será tão simples: o depositário exigirá, fatalmente, prova do não-aforamento da ação, a partir do que ele irá analisar a questão para ver se pode ou não ser o numerário liberado.

Quero crer que o procedimento não venha a ser adotado com a intensidade imaginada. De outro lado, provocará questões diversas que terão que ser solucionadas pelo Judiciário, não se prestando, portanto, para o fim de dinamizar a Justiça.

¹⁵ Já me defrontei com problema dessa ordem, sendo que o Banespa simplesmente recusou-se a receber a correspondência, diante do que requeri notificação judicial, dando-lhe ciência da recusa e demonstrando o porquê da via judicial (Processo nº 1.206/95 – 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo). A medida há que ser judicial, de vez que não há quem possa, a nível administrativo, obrigar o depositário a receber a correspondência: o particular não tem essa força e nem o Judiciário tem sobre essa atividade poder correicional, de modo que resta o caminho do Judiciário.

¹⁴ Diversamente, Antonio Carlos Marcato, que entende cabível em se cuidando também de depósito de aluguéis, não adentrando em maiores considerações, além de apontar os requisitos de validade do ato (cf. *Tribuna do Direito*, abril de 1995, p. 17).

5. Da antecipação da tutela jurisdicional

O art. 273 do Código de Processo Civil prevê a antecipação da tutela jurisdicional, dispondo, em linhas gerais, o art. 461, parágrafo terceiro¹⁶, no mesmo sentido, somente que com relação ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, permitindo o cumprimento da obrigação *in natura* sem o remendo de sua conversão em perdas e danos. A disposição colhe aqueles casos que antes eram objeto de medidas cautelares satisfativas, sendo que, a partir dessa mudança, as cautelares ficam restritas somente para a proteção do resultado do processo, sua função específica¹⁷.

Não resta dúvida que a medida inovadora acaba por aprimorar o processo cautelar, mas exclusivamente no âmbito teórico, sem nada trazer de relevante do ponto de vista prático, com o que se contraria a razão de ser da reforma, anunciada como uma tentativa de atacar a morosidade dos processos. Quanto a isso, aliás, a inovação anda em sentido oposto: ao tempo em que se exigia a medida cautelar para a antecipação imaginada da tutela, o procedimento era mais dificultoso e poderia implicar ônus e responsabilidades maiores para o seu requerente. Hoje, todavia, como o pedido nesse sentido não importa sequer em nova petição inicial, o autor sempre irá pleitear¹⁸ a tutela antecipatória – até por dever buscar a abreviação do processo – o que obrigará o juiz a decidir mais esta questão, podendo advir recurso do requerente em não lhe sendo deferido o pedido de antecipação.

Tal como se passa com as medidas cautelares, a concessão da tutela antecipatória exige o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, que estão colocados entre os requisitos ditados pelo art. 273 como a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Aliás, o Des. Kazuo Watanabe, que integrou a Comissão de Reforma, justificou a criação da nova medida pelo fato de existir

¹⁶ O aspecto da defesa supostamente protelatória e abusiva aqui não está sendo expressamente considerado, mas a norma há que guardar coerência com a previsão genérica do art. 273.

¹⁷ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, n.º 234, pp. 355 e ss.

¹⁸ A medida somente pode ser concedida com pedido do autor e pode ser revogada ou modificada a qualquer momento, guardando, portanto, nítido aspecto cautelar (cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo Civil – realidade e justiça*, p. 118).

utilização em exagero das medidas cautelares inominadas, buscando exatamente a antecipação e que eram concedidas “sem qualquer motivação adequada.”¹⁹ Ora, fosse esse o problema, a solução seria mais fácil passando a se exigir do magistrado a devida fundamentação e não simplesmente alterando-se a lei. Ademais, a mesma realidade poderá continuar existindo, de vez que vai uma distância grande entre a lei impor a motivação (o que até a Constituição exige para todos os atos judiciais – art. 93, IX) e ela vir a ser observada pelos julgadores: quem garante que o julgador, a partir de agora, “indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento” (parágrafo primeiro do art. 273)?

A par dessas considerações, preocupa a colocação como requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipatória o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, conceitos vagos dos quais maus juizes poderão fazer mal uso, prejudicando o direito de defesa, que é sagrado e fundamental em qualquer Estado de direito. A fim de se preservar a integridade da defesa, a questão estaria melhor colocada como cautelar autônoma, onde o requerente justificava a existência de seu direito, sem se preocupar com o que fora alegado pelo réu, em sua resposta. A partir da norma ora examinada, a questão desfoca-se para a defesa do demandado, procurando defini-la como abusiva ou protelatória, de onde poderá sair comprometida.

6. Do recurso contra o indeferimento da petição inicial

O procedimento do recurso contra a decisão que indefere a petição inicial foi remodelado, mas não sem riscos para ambos os litigantes. A matéria vem tratada no art. 296. Recorde-se que, no sistema anterior, contra o indeferimento da inicial cabia apelação, não sendo permitido qualquer ingerência do juiz no que antes decidira, pois ele já cumprira o ofício jurisdicional. Todavia, era determinada a citação do réu para acompanhar o procedimento do recurso, ficando esse vinculado para todos os atos posteriores do processo, de modo que, em havendo provimento do recurso, não era necessária sua nova citação.

Pela disciplina atual, retira-se a citação do réu para acompanhar o recurso, a sua chamada a juízo somente se dará em sendo provido o apelo e quando da volta dos autos ao juízo de primeiro grau. De outro lado, confere-se ao juiz a possibilidade de retratar-se diante da apelação,

¹⁹ Cf. *Tribuna do Direito*, abril de 1995, p. 23.

reformando a sua própria sentença, hipótese em que ele determinará a citação do réu, passando a demanda, então, a desenvolver-se normalmente.

O juízo de retratação, embora pareça salutar e possa realmente evitar que erros manifestos somente venham a ser reparados após percorrer o processo o longo rito da apelação, em verdade, jamais provou positivamente na prática (o agravo já o contempla e os embargos infringentes em causas de alçada²⁰ malograram totalmente).

A falta de citação do réu para acompanhar o recurso e vincular-se ao processo, de outro lado, é extremamente perigosa. Primeiramente, não ocorrem os efeitos do art. 219 da norma processual (prevenção, litispendência, litigiosidade da coisa, constituição em mora e interrupção da prescrição), de modo que todos os atos praticados pelo réu durante o interregno entre o ajuizamento da inicial e a sua citação são válidos e eficazes, mesmo com relação ao processo e ao autor: caso venha a esvaziar seu patrimônio, assim, não se poderá definir as alienações como praticadas em fraude de execução (art. 593); eventual valor de pensão alimentícia passaria a valer apenas a partir da citação (art. 13, parágrafo segundo, da Lei nº 5.478/68); aluguel novo em revisional de locação da mesma forma (art. 69 da Lei nº 8.245/91).

Processualmente, cria-se a possibilidade do réu intentar uma demanda contrária, criando o estado de litispendência e evitando, desse modo, que a ação promovida pelo autor primitivo possa alcançar um resultado de mérito. De outro lado, qualquer modificação subjetiva na relação jurídica deduzida em juízo afetará futuramente a legitimidade para a demanda, pois a perpetuação das partes somente advém com a citação (art. 264)²¹. Em síntese, o réu fica livre e com tempo para tomar todas as medidas possíveis para evitar os riscos de uma eventual perda da ação, cuja inicial tenha sido indeferida, ou, então, criar dificuldades para a decisão da causa ou efetivação de seu resultado, o que vem sempre em detrimento da própria dignidade da atividade jurisdicional.

²⁰ Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, revogada pela Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991. Igualmente contempla esse recurso a Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), em seu art. 34, dependendo, todavia, do valor da causa.

²¹ Cf. FORNACIARI JÚNIOR, Clito. "Successão Processual", *Revista de Processo*, v. 24, pp. 54 e ss.

Relativamente ao problema da interrupção da prescrição e apesar da modificação também operada neste dispositivo (art. 219, parágrafo primeiro), fazendo retroagir seus efeitos à data da propositura da ação, o tema torna-se questionável, pois o instituto da prescrição importa em análise bilateral: de um lado, ele confere um direito ao autor, enquanto não se consumir o prazo, de postular em juízo; mas, pelo lado do réu, a prescrição vem liberá-lo de conservar documentos etc., de vez que, passado o prazo da prescrição, nada mais pode dele ser reclamado. Daí porque – e isto não foi alterado, continuando a constar dos demais parágrafos do art. 219 – após a propositura da ação há um prazo para o autor promover a citação do réu, sob pena de desaparecer a interrupção da prescrição pela simples propositura da ação e esta vir a se dar somente com a citação.

Não se colhe, como se pode verificar, proveitos com a suposta dispensa da citação. As relações jurídicas persistem sendo instáveis, a ponto de levar o autor a não recorrer da sentença, preferindo ajuizar outra ação a discutir a higidez de sua inicial. De um lado, advém para o autor maiores gastos: novas custas serão desembolsadas etc.; para a atividade jurisdicional, mais um processo. Onde, portanto, seria agilizada a prestação da tutela jurisdicional, sendo certo que o número de recursos pendentes contra indeferimento da inicial nunca foi significativo a ponto de justificar uma reforma desta ordem?

7. Da conciliação obrigatória

O art. 331 torna a tentativa de conciliação obrigatória. A modificação é retrógrada, ignorando o avanço que representou o julgamento antecipado da lide, aplaudido por todos quando de sua colocação no Código de Processo Civil de 1973²².

Pior ainda, a conciliação deve ser tentada após a apresentação de defesa, quando os ânimos já estão mais acirrados e quando o réu já teve despesas que, certamente, influenciarão em qualquer composição do litígio. De outro lado, a conciliação é buscada antes de se resolver até sobre a possibilidade de extinção do processo sem julgamento de mérito, posto que, somente após malograda a sua tentativa, o juiz

²² Entre outros, ALVIM, Arruda. "Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil", *Revista de Processo*, v. 1/121.

decidirá as questões processuais²³. Difícil será que um réu que se entenda ilegítimo para figurar no processo disponha-se a compor o litígio, *verbi gratia*. Ocupa-se um lugar na pauta dos juízes para um ato manifestamente inócuo.

A novidade, sem dúvida alguma, faz retardar o processo, impondo sempre audiência, cuja realização poderia, à luz do sistema anterior, até ser feita – e continua sendo – pois era dado ao magistrado a possibilidade de convocar, a qualquer tempo, as partes à sua presença, tentando conciliá-las (art. 125, IV). A obrigatoriedade nivela o juiz com boa dose de sensibilidade àquela que não a tem, em nada contribuindo para a agilidade da prestação da tutela jurisdicional.

A falta de tentativa de conciliação acarreta a nulidade dos atos posteriores, todavia, até porque se trata de nulidade não cominada expressamente, o juiz ou o tribunal não a deve proclamar inexistindo prejuízo para as partes (art. 244).

8. Do registro obrigatório da penhora

O registro²⁴ da penhora de bem imóvel na circunscrição imobiliária (art. 659, parágrafo quarto) passa a ser ato constitutivo desta, de modo que seu aperfeiçoamento fica dificultado, representando claro entrave ao andamento da execução. Enquanto não registrada, a penhora não existe como ato processual. O parágrafo acrescentado ao art. 659 é claro nesse sentido, dizendo que a penhora realiza-se mediante auto ou termo “e inscrição no respectivo registro”.

É bem verdade que a Comissão que cuidou da reforma tem procurado afastar essa interpretação²⁵, mas o texto legal tem hoje vida própria, estando emancipado de seus autores.

²³ Não resta dúvida de que faltou melhor técnica ao legislador: a regra prescreve: “se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes...”, o que poderia fazer supor que a tentativa de conciliação seria feita desde que não fosse o caso de extinção do processo sem julgamento de mérito ou julgamento antecipado da causa. Todavia, no parágrafo segundo do mesmo artigo, coloca-se como consequência da tentativa inexistente da conciliação a solução das questões processuais e a fixação dos pontos controvertidos da demanda. Assim, a própria decisão das preliminares, questões eminentemente processuais, somente será feita após a tentativa de conciliação, de onde a primeira parte da regra do art. 331 acaba ficando como letra morta.

²⁴ Sem técnica, a lei usa o termo *inscrição*.

²⁵ Confira Sidnei Agostinho Beneti, “A penhora de bem imóvel diante da Lei nº 8.953/94”, *Tribuna do Direito*, maio de 1995, p. 26, citando, inclusive, outros pronunciamentos no mesmo sentido, mas registrando

O registro em nada afeta a fraude de execução²⁶, que se caracteriza diante da alienação de bens no curso do processo, que pode ser até de conhecimento, desde que com a alienação ou com a demanda o devedor torne-se insolvente, conforme claro está no art. 593, II, do Código de Processo Civil, em nada alterado.

Perde força o processo e a própria atividade jurisdicional, dado que a publicidade do registro passa a ter maior importância que a publicidade do processo. Não resta dúvida que com a nova colocação legal, que nada acrescenta de proveitoso para a agilidade do processo, até porque a jurisprudência vinha bem enfrentando as questões surgidas em relação a terceiros, novos problemas surgirão, como, por exemplo, as consequências da alienação de bens após lavrado o auto ou assinado o termo de penhora, mas antes do registro da penhora. Em que pese a questão nada tenha com a fraude de execução, aferível à luz de critérios diferentes, poderá guardar outras consequências.

9. Do procedimento de liquidação

A fase de liquidação de sentença já havia sofrido modificações com a Lei nº 8.898, de 29 de junho de 1994, que importaram em que a citação para esse procedimento fosse realizada na pessoa do advogado e em que o cálculo, quando simplesmente aritmético, fosse realizado pelo credor. Agora estende-se a memória de cálculo para a execução de título extrajudicial (art. 614, II).

As duas medidas trazem entraves aos processos maiores que qualquer vantagem que

as posições contrárias de Sérgio Bermudes e Ernani Fidelis dos Santos. Consigna, entretanto, Sidnei Agostinho Beneti que a redação final do dispositivo fugiu ao controle da Comissão da Reforma. Ora, em que pese a autoridade dos integrantes da Comissão, na verdade o texto uma vez posto não mais pertence aos seus autores, não se podendo interpretá-lo contra aquilo que nele efetivamente está escrito, sob pena de vulnerar-se texto de lei federal. Sendo assim, o entendimento que deve prevalecer é tomando-se o registro o ato final do procedimento da penhora de imóvel. Somente após registrada, pode ser intimado o devedor para oferecer embargos: antes inexistente penhora, que está ainda em processamento.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, parece enfrentar o registro à luz do problema da fraude (cf. *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 247), no que não estaria correto, pois a penhora somente implica afetar determinado bem à solução final do processo de execução e a fraude de execução pode existir mesmo sem penhora e, portanto, mesmo sem registro.

pudesse existir. Em primeiro lugar, o entendimento que prevalecia era no sentido de não estar sujeita a fase de liquidação à citação do requerido²⁷, simples complementação da sentença, à qual faltava a liquidação por artigos, onde se determinava a observância do procedimento comum (art. 609). A partir do texto legal, porém, a citação tornou-se necessária, sendo feita na pessoa do advogado. Deu-se, portanto, dignidade de processo ao mero incidente de liquidação.

Em segundo lugar, cuidando-se de citação, ela deve ser pessoal, criando, assim, mais um ato antes supriável com uma mera publicação em nome do advogado. O objetivo da reforma claro que não foi esse, todavia não se pode interpretar a lei em desconformidade com o que nela está escrito, pois, apesar de ser precária a interpretação literal, ela é sempre a primeira e muitas vezes resulta tão clara que dispensa a própria interpretação (ou melhor, indagações mais profundas). Deveria o texto legal, ao invés de referir-se à citação, mencionar intimação ou ciência, que poderia ser feita, então, pela imprensa; a citação não pode: há que ser pessoal (art. 215), embora dispensável que o advogado tenha poderes especiais, pois a imposição decorre de lei.

A memória de cálculo veio a tornar vulnerável qualquer processo de execução, sendo de se registrar que, diante da falta de maior precisão do texto, passaram a existir no mínimo duas interpretações sobre os atos posteriores à apresentação do cálculo: há quem simplesmente manda citar para pagar; então, a impugnação do cálculo há de ser feita pela via dos embargos do devedor, e se a conta não estiver certa — o que é bem provável pela multiplicidade de índices e até pela não-familiaridade do advogado com contas, sem se considerar os inúmeros zeros que nosso padrão monetário perdeu nos últimos anos — caracteriza-se excesso de execução, levando ao acolhimento dos embargos, inclusive com reflexo na sucumbência.

Há, todavia, quem instala, a partir da memória de cálculo, um procedimento de liquidação, ouvindo a parte contrária, determinando a remessa dos autos ao contador para conferência e, por fim, decide sobre o acerto ou não do cálculo. Esse procedimento não tem respaldo na lei e pode levar a que se recorra da decisão que

julga sobre o acerto da conta. A norma processual determina a instrução da execução com a memória de cálculo, eliminando, desse modo, o procedimento de liquidação.

Embargar a execução passou a ser possível até para quem não tinha qualquer argumento: o erro da conta é a tábua de salvação. Ganhou-se, é verdade, com a impossibilidade de recurso contra a decisão homologatória de cálculo que, salvo se não se tratar de operação simplesmente aritmética, não mais existirá. Em contrapartida, os embargos fatalmente virão, e anteriormente nem sempre vinham, pois eles importam em sucumbência de onde um devedor sem razão não se arriscaria.

10. Da conclusão

Sem dúvida alguma, se o objetivo das alterações foi agilizar a prestação da tutela jurisdicional, andou-se na contramão. Faltou à Comissão ouvir o juiz de primeiro grau e o advogado do dia-a-dia, o advogado do fórum. Esses sabem onde a máquina emperra e, infelizmente, foram esquecidos, daí resta correr atrás do prejuízo, procurando arremendar-se o rasgo.

Até mesmo a boa vontade de decisões de primeiro grau poderá ser inócua, na medida em que a palavra final ficará por conta de órgãos superiores, onde a sobrecarga de recursos convida para a criação de obstáculos ao direito de recorrer, semelhante ao que se viu com relação ao recurso extraordinário sob a égide da Constituição de 1967.

Os vícios formais ensejam a simplificação dos julgamentos, embora levem de roldão o direito da parte e passa o advogado, ainda, a pecha de ter cometido o erro que impediu que os direitos por ele defendidos fossem reconhecidos.

Por fim, consigne-se que se modificar a legislação processual é sempre tarefa perigosa, principalmente quando as normas já estão com interpretação assentada. A partir de um texto novo surgem as preocupações de precisão e não faltam sempre duas correntes, o que é próprio do processo, que tem como sua essência o contraditório. Daí sempre a exegese processual caminhar de uma literalidade preocupante e exagerada até o estabelecimento de uma praxe acomodada. Diz o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira que os reclamos contra a reforma são grita dos porcos trocados de caminhão: após algumas escaramuças, eles se acomodam e seguem

²⁷ Distoando da posição assente entre doutrinadores e a jurisprudência, entendendo de rigor, portanto, a citação para todas as modalidades de liquidação: ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. *Liquidação de sentença*, nº 6, pp. 122 e ss.

viagem tranquilos²⁸. Todavia, se os porcos estavam já acomodados no caminhão antigo, para que foram trocados? Simplesmente para se mostrar o caminhão novo, com o motor antigo? Muito pouco, sem dúvida!

²⁸ Colocação feita em palestra e posteriormente confirmada em encontro realizado em 26 de abril de 1995 na Associação dos Advogados de São Paulo (cf. *Boletim* nº J.899). Não se pode negar ser feliz e apropriada a colocação, mas serve para demonstrar que os preceitos de processo valem mais pela forma como são interpretados do que pelo seu enunciado. A prática sempre acaba por prevalecer, de maneira que ao invés de se modificar simplesmente a lei é necessária uma mudança de mentalidade e uma mudança do modo como se encara a Justiça, mormente por parte dos outros Poderes e dos seus próprios integrantes, bem como dos elementos indispensáveis à sua administração.