

QUESTÕES POLÊMICAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

- I — O agravo retido no reexame necessário (CPC, art. 475).
- II — A ação de execução e o instituto da revelia.

I

Na presente exposição pretendemos destacar dois pontos, relacionados com o agravo retido previsto no artigo 522, § 1.º, do novo Código de Processo Civil.

Inobstante a norma legal faça referência à “petição” de interposição do agravo, entendemos possível a interposição **verbal** do agravo retido, quando manifestado de imediato contra decisão tomada em audiência, consignando-se a inconformidade no respectivo termo (art. 457 do CPC). Esta a orientação preconizada pelo eminente Barbosa Moreira “de lege ferenda” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, V, pág. 381), mas que parece legítimo aceitar de logo, com grande vantagem pragmática e sem ofensa à literalidade e ao espírito da lei.

Outro tema de inobscurecível interesse doutrinário é o da possibilidade de conhecimento do agravo retido, nos casos em que a sentença é levada ao reexame do colegiado **apenas** por força do disposto no artigo 475 do Código de Processo Civil: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I — que anular o casamento; II — proferida contra a União, o Estado e o Município (o item III deste artigo contém um equívoco, e se subsume no item II) .

A uma primeira análise poderia parecer que o não uso da apelação acarretará a implícita desistência dos agravos retidos manifestados contra decisões interlocutórias, eis que, a teor do artigo 522, § 1.º do Código de Processo Civil, “reputar-se-á renunciado o agravo se a

parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal”.

Barbosa Moreira esclarece que “não se trata, porém, verdadeiramente de **renúncia**, que só cabe em relação a recurso ainda não interposto. A figura que ocorre, aqui, é a da desistência tácita” (obra citada, pág. 384). Realmente, renuncia-se ao direito de impugnar uma decisão; desiste-se da impugnação já manifestada. A renúncia, como a aquiescência e a deserção, tornam o recurso inadmissível; “a desistência torna-o inexistente, sem que caiba indagar se ele era ou não admissível” (obra citada, n.º 135, pág. 260).

Se o agravo for tido por desistido, e, assim, por já agora inexistente, a decisão interlocutória terá precluído, nos limites em que é admissível a preclusão, isto é, sem prejuízo de o tribunal reapreciar aquelas questões que, por sua natureza, mereçam reapreciação de ofício (v. g., nulidade decorrente de inobservância ao litisconsórcio necessário).

Surgem, no entanto, irremovíveis obstáculos ao não conhecimento dos agravos retidos, nos casos em que a causa suba ao tribunal **apenas** por força do reexame necessário (art. 475).

O duplo grau de jurisdição, como a antiga apelação “ex officio”, devolve à Superior Instância o exame integral da causa, “não se podendo falar em coisa julgada de incidentes processuais” (Supremo Tribunal Federal, II turma, rel. Min. Nunes Leal, in RT 329/862); ou, no dizer do Min. Luiz Gallotti, as preliminares “revivem por força da compreensão do recurso ex-officio” (STF, 1a. turma, RDA 67/153).

Assim, pois, o interesse da Fazenda Pública (ou o interesse em prol à manutenção do vínculo, no caso do art. 475, I do Código de Processo Civil) não padecerá prejuízo nenhum pela desistência dos agravos pela Fazenda manifestados, pois as questões interlocutórias decididas em seu desfavor seriam abrangidas pela ampla e completa devolução propiciada pelo cogente duplo grau de jurisdição.

Mas o mesmo não ocorreria com o agravo interposto pela parte contrária à entidade de direito público (ou pela parte que pretende a nulidade do casamento). Tal parte contrária, por hipótese **não poderia apelar**, porque não fora sucumbente; ora, em não havendo apelação da

Fazenda, a parte contrária não dispõe, é evidente, de ensejo para manter seu agravo em contra-razões. Em consequência, dito agravo seria tido por “renunciado”, com a decorrente preclusão da decisão interlocutória agravada; e tal decisão interlocutória, porque favorável à Fazenda, estará excluída da abrangência do reexame necessário.

Dois pesos, assim, e duas medidas, com possibilidade de grave prejuízo à parte contrária à Fazenda, parte esta que verá seus agravos tidos por inexistentes, muito embora o reexame necessário equivalha, em seus efeitos e eficácia, à apelação integral em favor da Fazenda, abrangente de toda a área em que a mesma haja sucumbido.

Mesmo se admitíssemos a preclusão, imune assim ao reexame, das interlocutórias desfavoráveis à Fazenda, continuaria presente a possibilidade de dano à parte contrária. Com efeito, quantas vezes a decisão interlocutória, objeto de agravo pela parte contrária, poderá ser, pelo Tribunal, considerada como de valor decisivo ou prevalente para a solução do mérito. Conhecido o agravo, quicá o Tribunal lhe dê provimento e possa (logo ou de futuro) manter a sentença desfavorável à Fazenda; não conhecido o agravo, o Tribunal irá de imediato reexaminar a sentença e poderá ser levado a modificá-la em favor da Fazenda.

A parte contrária à Fazenda tem, pois, o mais legítimo interesse em que seus agravos sejam conhecidos, como conhecidos sempre foram os agravos **do apelado** (sistema do Código de 1939), e porque o reexame necessário é, a final, em sua natureza, a mesma apelação “ex officio” do artigo 822, § único, do Código pretérito, permissiva do conhecimento do antigo agravo no auto do processo, mantido hodiernamente sob o rótulo de agravo retido.

A orientação favorável ao não conhecimento do agravo retido (interposto pela parte — vencedora na demanda, — contrária à Fazenda ou contrária à manutenção do vínculo), poderia ainda resultar, eventualmente, numa distorção processual: abster-se o representante da Fazenda de usar do recurso de apelação — confiante na eficácia do reexame necessário, a fim de propiciar, com o não conhecimento dos agravos da parte contrária, uma posição processual mais favorável à modificação da sentença em que a Fazenda sucumbia (ou que a nulidade do casamento fora decretada).

E nem se afirme que o conhecimento e provimento do agravo retido, interposto pela parte contrária à Fazenda, irá resultar numa "reformatio in pejus" contrária à finalidade mesma do reexame necessário. Em primeiro lugar, a eventual manutenção da sentença será consequência do agravo, não diretamente do reexame; em segundo lugar, o provimento do agravo não poderá piorar a situação da Fazenda, mas apenas poderá resultar na **manutenção** da sentença tal como proferida no juízo singular.

Nestes termos, e ponderando o princípio processual, com embasamento constitucional, da igualdade das partes (artigo 125, I do Código de Processo Civil), parece-nos, "sub censura", que nos casos do necessário duplo grau de jurisdição, **sem interposição de apelação**, o conhecimento dos agravos retidos interpostos por qualquer das partes independe da manifestação recursal e, pois, da ratificação prevista no artigo 522, § 1.º, "in fine" do Código de Processo Civil.

II

Não será demasia recordar que o novo Código de Processo Civil filiou-se ao sistema continental europeu hodierno (exceção feita à Espanha), instituindo a unificação das vias executivas (Candido Dinamarco, "Execução Civil", n.º 5). Assim sendo, não mais existe a dicotomia, — ação executiva/execução de sentença —, pois tanto o título executivo sentencial como o extrajudicial dão azo, todos, ao processo de execução (art. 583). No sistema do CPC pretérito, o título extrajudicial não se revestia de real eficácia executiva, pois a antiga "ação executiva" era, em verdade, basicamente um processo de conhecimento, com sentença de natureza condenatória (quando procedente); o título, por si só, ensejava apenas o ato executório liminar da penhora, pois a eficácia executiva propriamente dita derivava da sentença que o confirmava. Já agora o título extrajudicial (art. 585) contém, por assim dizer, a "condenação" do sujeito passivo (art. 568) a satisfazer a prestação.

Este breve intróito liga-se à circunstância de que alguns magistrados, no atual processo de execução, ainda "condenam" o devedor ao pagamento do principal. Ora, são duas as hipóteses: ou o devedor opôs embargos, ou não o fez. Se opôs embargos, a sentença que os rejeita limitar-se-á a "declarar" a exigibilidade do título e a "condenar" o

embargante-devedor nas custas e honorários; se acolhidos os embargos, a sentença (em geral) será "desconstitutiva" do título e "condenatória" do exequente-embargado nos ônus processuais. Mas não há lugar, diga-se, para "condenar" ou deixar de condenar no crédito exequendo.

Se transcorre "in albis" o decêndio para propor a ação incidental de embargos, costumam os magistrados proferir decisão interlocutória, para condenar o executado nas custas e fixar a verba honorária. Neste momento processual alguns juizes por equívoco igualmente "condenam" o devedor ao pagamento da quantia já constante do título executivo, e a cuja satisfação o sujeito passivo já "ipso-facto" encontra-se sujeito; tal condenação é, assim, tecnicamente desnecessária.

Mencione-se, aqui, que recente simpósio de magistrados considerou que o momento processual mais conveniente à fixação (provisória) dos honorários seria quando do despacho de recebimento da inicial da execução, ao ser aberto o prazo de 24 horas para pagar ou nonear bens à penhora (art. 652). Mas a praxe local se tem orientado, também razoavelmente, pela fixação dos honorários (recorriível mediante agravo) em momento imediatamente anterior à avaliação ou na sentença proferida em embargos.

O instituto da revelia, a rigor, não se coaduna com o processo de execução. Parece-nos inadequado considerar "revel", com as consequências daí decorrentes, o executado omissso na apresentação de embargos (ou no adimplir). Segundo o art. 319, "se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor". Ora, de uma parte os embargos do devedor não são uma "contestação", mas sim uma "ação" incidental de oposição. De outra parte, o exequente não argúi fatos sujeitos a controvérsia, mas apresenta um título executivo, com sua peculiar eficácia (Candido Dinamarco, ob. citada, n.º 26 e 27; Liebman, "Processo de Execução", n.º 8; Carnelutti, "Sistema", II/n.º 326; Chiovenda, "Instituições", I/n.º 90), somente impugnável mediante a aludida "ação" de embargos. O processo de execução pressupõe uma "lide sem controvérsia", uma "pretensão resistida" na expressão carnelutiana ("Sistema", II/n.º 124). Não há, por princípio, contraditório no processo de execução; o contraditório somente poderá surgir com a ação incidental de embargos, cuja iniciativa é do executado, que nela

assume a qualidade de autor (art. 736). Na ação de embargos, destarte, o embargado (o exequente) é quem poderá sujeitar-se às conseqüências da revelia, se não impugnar os ditos embargos (art. 740), caso em que reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo embargante (v. g., o pagamento, a novação, etc.), com o julgamento antecipado da ação de embargos (Calmon de Passos, "Coment. ao CPC" de 1973, t. III, n.º 194). Idem, na liquidação de sentença, por artigos.

Não há, pois, "revelia do executado". A não apresentação de embargos lhe não altera a posição no plano do direito processual. É um mero "ausente", não um revel. Precisar-se-á ser intimado, por mandado (portanto, apenas se estiver em lugar sabido), do dia e hora da praça ou do leilão (intimação pessoal), nos termos do art. 687, § 3.º. Outrossim, incorrente a figura da "revelia", o juiz não deverá nomear o curador especial, aludido no art. 9.º, II, ao executado citado por edital ou com hora certa e que não se fez representar na execução. É um ponto de vista, que sujeito à censura dos doutos.

Questão polêmica, a do prazo para os embargos na execução por quantia certa contra devedor solvente. Conta-se o decêndio "da intimação da penhora", conforme a literalidade do art. 738, I, ou da "juntada aos autos do mandado devidamente cumprido", a teor do art. 241, I? Somos pela segunda orientação, fortes em que o art. 241 abrange tanto os casos de citação como de intimação (Pontes, Coment. ao CPC de 1973, III, p. 311); aliás, encontra-se o art. na Seção IV, sob a rubrica "Das Intimações". Não haveria, aliás, razão para que o "dies a quo" fosse, na hipótese, fixado diferentemente do previsto para as obrigações de dar, fazer ou não fazer (art. 738, III e IV).

Controvérsia similar ocorreu na exegese dos arts. 301 e 1009, I, do antigo CPC. O art. 301 mandava contar o decêndio contestacional, na ação executiva, após "feita a penhora", da qual, conforme o art. 948 do CPC pretérito, devia ser intimado o executado. A jurisprudência prevalente, contudo, era no sentido da necessidade da juntada aos autos, cumprido, do mandado de penhora, operando-se com a juntada a "processualização" da penhora e respectiva intimação.