

ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PROCESSO DE CONHECIMENTO

Waldir Zagaglia

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Diversas alterações foram recentemente introduzidas no Código de Processo Civil, pelas Leis n^{os} 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de dezembro de 1994. Trata-se de mais uma etapa da estratégia adotada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, no sentido de modificar o sistema processual em doses homeopáticas.

Anteriormente, outras modificações foram produzidas, não só no corpo do próprio estatuto processual, tais como as levadas a efeito pelas Leis n^{os} 8.455, de 24.08.92, sobre a prova pericial; 8.710, de 24.09.93, que a exemplo do processo trabalhista, tornou a via postal a forma comum de citação; e, 8.898, de 26.06.94, que aboliu a liquidação por cálculos do contador como um procedimento específico da liquidação de sentença, mas também em leis esparsas, não tipicamente processuais e não como fruto do trabalho da referida comissão, as quais estabeleceram profundas reformas no sistema, ainda que sob o signo da excepcionalidade. É o caso das Leis n^{os} 8.069, de 13.07.90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê o juízo de retratação na apelação, instituto parcialmente incorporado ao CPC na nova redação do art. 296 e Lei n^o 8.245, de 18.11.91 - Lei do Inquilinato - que alterou o procedimento da Ação de Consignação em Pagamento, quando o objeto da consignação for o pagamento de alugueres e encargos da locação, não se podendo esquecer da Lei n^o 8.078, de 11.09.90 - Código de Defesa do Consumidor - fonte inspiradora da nova redação do art. 461 do CPC.

As alterações de dezembro de 1994 podem ser enquadradas no contexto geral de uma tendência modernizadora do processo civil com vistas a caminhar para a simplificação e a atribuir maiores poderes ao juiz¹. Dentre essas, as modificações feitas no processo de conhecimento assumem relevância significativa, seja porque o CPC é desprovido de uma parte geral e o processo de conhecimento lhe faz as vezes, seja pelo princípio da subsidiariedade pelo qual o processo de conhecimento socorre as demais tutelas.

São elas:

Art. 10 - O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

§ 1º - Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações

I - que versem sobre direitos reais imobiliários.

§ 2º - Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticado.

Anteriormente exigia-se o consentimento do outro cônjuge para **propor ações que versassem sobre imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios**, (**caput** do art. 10). No parágrafo único, I, exigia-se a citação de ambos os cônjuges para o que o Código chamava de **ações reais imobiliárias**. Não havia o § 2º, nem qualquer referência às ações possessórias.

A nova redação dada ao **caput** é juridicamente mais correta. A antiga fora objeto de crítica doutrinária severa sob a pena de AGRÍCOLA BARBI, para quem "a expressão **que versem sobre imóveis** não era precisa, sendo tradicional o entendimento que somente quando se discutisse acerca de direitos reais sobre imóveis haveria a necessidade de consentimento do outro cônjuge"². Nunca se questionou a desnecessidade desta autorização quando embora versando sobre imóvel, a ação fosse de natureza pessoal como no caso da locação.

A nova expressão: "**que versem sobre direitos reais imobiliários**", presente no **caput** e no inciso I, do § 1º, uniformiza: a condição exigida para a regularidade do processo em tais casos, seja quanto ao consentimento para a propositura da ação seja quanto à necessidade da citação de ambos os cônjuges, conforme a posição que assumam no interesse em jogo.

Desnecessário, aqui, enfatizar que **consentir** não implica em assumir a posição de litisconsorte ativo, não obstante o resultado prático seja o mesmo, porquanto, dado o consentimento, a sentença será eficaz em relação ao cônjuge que concordou, apesar de não ser parte². Nesse sentido, o entendimento de SÉRGIO BERMUDEZ, para quem a hipótese será a da "**representação do cônjuge ausente do processo, mas anuente, pelo seu consorte, ficando o representado sujeito aos efeitos da sentença**"³.

A inclusão de um § 2º ao art. 10 cuida de um tema muito discutido na doutrina e na jurisprudência, qual seja o da necessidade do consentimento do consorte nas ações possessórias. Pela redação do § 2º, introduzido pela Lei nº 8.952/94, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse, (posse por ambos exercida - art. 448 do Código Civil), ou de ato por ambos praticado.

Esta participação quando se der no pólo passivo evidentemente dirá respeito a figurar o cônjuge, na relação jurídica processual, como litisconsorte passivo necessário. Resta saber se quando se tratar do cônjuge como autor, a participação se restringirá àquele consentimento exigido no **caput** para as ações que versem sobre direitos reais imobiliários. Parece-nos que esta é a melhor solução. A uma, por mecanismo de interpretação, eis que o parágrafo restringe o **caput**, portanto, a participação é aquela que nele se exige. A duas, porque é injurídico obrigar-se alguém a demandar em juízo². A três, porque não haveria a menor lógica na lei se contentar com o consentimento para as ações sobre direitos reais imobiliários e exigir a qualidade de parte para questões meramente possessórias.

Por último, parece-nos que a não mais existir a expressão "direitos reais sobre imóveis alheios" trocada por "direitos reais imobiliários", fica atendida outra antiga crítica que se fazia quanto à exigência do consentimento para toda e qualquer ação que dissesse respeito a direitos reais sobre imóveis alheios. Contra isto verberou AGRÍCOLA BARBI, nas hipóteses de cobrança de crédito garantido por hipoteca, fundado em que a moderna processualística demonstrou que o contrato de hipoteca é de direito processual e não de direito civil em que o credor adquire a seqüela e a preferência a serem exercidas na eventual execução judicial do crédito². Assim também noticiava PONTES DE MIRANDA, porém sob outro enfoque, eis que estaria na frente o crédito e não o direito real limitado de garantia⁴.

De qualquer sorte, agora como antes, não há mesmo o menor sentido em exigir-se o consentimento para cobrança de crédito hipotecário, de resto tão incomum entre simples mortais.

II

Art. 18 - O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e as despesas que efetuou.

§ 2º - O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Na redação primitiva, o art. 18, **caput**, dispunha que: "o litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou." O § 2º dispunha que: "não tendo elementos para declarar, desde logo, o valor da indenização, o juiz mandará liquidá-la por arbitramento na execução".

Na atual redação do **caput** do art. 18, prevê-se que o juiz de ofício ou a requerimento condenará o litigante de má-fé. Manteve-se, pois, a condenação do litigante de má-fé na indenização à parte contrária, mas agora o juiz poderá determiná-la **ex officio**, isto é, sem necessidade de iniciativa do lesado seja autor, réu ou terceiro interveniente.

A nova regra **excepciona** o princípio da inércia da jurisdição previsto no art. 2º do CPC, comprometendo o órgão jurisdicional mais diretamente na defesa do processo contra sua utilização espúria, dentro daquela tendência modernizadora de se atribuir mais poderes ao juiz.

De se lembrar que, a ausência de expressa previsão legal quanto à possibilidade de condenação do litigante de má-fé **ex officio** fez vacilante a jurisprudência, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido a questão num e noutro sentido⁵.

O § 2º limita a possibilidade de o juiz fixar, desde logo, a indenização a vinte por cento sobre o valor da causa. Se entender que a indenização ultrapassará a este limite, ainda que desde já tivesse como quantificá-la, ou se, qualquer que seja o valor, lhe faltaram elementos para extremá-la, remeterá a quantificação da indenização para a liquidação por arbitramento ou artigos.

Interessante a observação de SÉRGIO BERMUDEZ, para quem, estaria o juiz autorizado a condenar o litigante de má-fé tanto que verificada a lesão, em decisão de caráter interlocutório "não havendo necessidade, na falta de exigência legal, de se aguardar o momento da sentença. Sendo nesse caso agravável a decisão"⁶.

Deve-se, todavia, considerar que esta decisão interlocutória encerrará dois momentos: a condenação em si e a quantia indenizatória. O recurso cabível será o agravo que poderá impugnar a decisão na totalidade ou limitar-se a atacá-la apenas na fixação da indenização, como também, poderá o tribunal manter a condenação, porém mitigando a indenização. Nada impede, por outro lado, que a parte, dita lesada, impugne a decisão quanto à fixação da indenização, por entender que a reparação ultrapassa aos vinte por cento do valor da causa.

De toda maneira, pensamos, que ainda que se entenda estar o juiz autorizado a condenar o litigante de má-fé, por decisão interlocutória e

desde logo, a prudência recomenda que só o faça por ocasião da sentença, pois é ao encerrar seu ofício extinguindo o procedimento em primeiro grau de jurisdição, art. 463 c/c 162, I, do CPC, que o juiz melhor terá uma visão global do comportamento das partes, da eventual litigância de má-fé e da extensão da lesão.

Ademais, a condenação apriorística não ensejaria, pensamos, a possibilidade de imediata execução da indenização, porque estar-se-ia executando uma decisão interlocutória e não uma sentença e decisão interlocutória não é título executivo judicial nos termos do art. 584 do CPC.

De parte disto, não tendo o agravo, de regra, efeito suspensivo, haveria um contra-senso inaceitável no sistema, porque permitir-se-ia a execução imediata no caso de indenização fixada por decisão interlocutória, o que não seria possível no caso de condenação posta em sentença, eis que o efeito suspensivo da apelação, na grandiosíssima maioria dos casos, impediria a execução imediata da quantia indenizatória pela litigância de má-fé.

Uma última colocação sobre a novidade refere-se a que embora o CPC determine que o litigante de má-fé, **portanto a parte**, indenizará a parte contrária lesada, não podemos olvidar que o parágrafo único do art. 32 da Lei nº 8.906, de 04.07.94, - Estatuto da Advocacia - prevê, em caso de lide temerária, **a solidariedade do advogado com seu cliente**, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, **o que será apurado em ação própria**.

III

Art. 20

§ 4º - Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for condenada a fazenda pública e **nas execuções, embargadas ou não**, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

O § 4º do art. 20 trocou letras por alíneas, alteração esta de inexpressiva consequência. A novidade fica por conta da inclusão da condenação em honorários nas execuções, embargadas ou não, resolvendo, assim, a dúvida quanto ao cabimento de honorários na execução.

Daí decorre que:

a) Poderão os honorários ser fixados já no despacho inicial de admissibilidade da execução, a fim de que o devedor citado os pague se esta for sua opção. Note-se bem: em qualquer modalidade de execução e não apenas na execução de quantia certa contra devedor solvente.

b) Poderão os honorários ser fixados após o decurso do prazo para os embargos, não sendo estes opostos; e

c) Se embargada a execução, o juiz fixará os honorários para o processo de execução e para o de embargos, extintos com ou sem julgamento de mérito, sejam procedentes ou improcedentes. Nesta hipótese, de execução embargada, haverá apenas uma condenação em honorários, tanto para o processo de execução como para o de embargos, sendo desnecessária a quantificação da parte referente à cada atividade jurisdicional desenvolvida³.

Em suma: a partir de agora, haverá condenação em honorários no próprio processo de execução, "extingua-se ele de modo favorável ou desfavorável ao exequente, em cujo proveito ou detrimento dar-se-á aquela verba, conforme o caso"³.

Contudo, não deixa de ser curiosa a situação, mormente no procedimento de execução de quantia certa contra devedor solvente, porquanto os honorários serão fixados levando-se em conta **apenas** as alíneas **a, b e c**, do § 3º, (isto é: grau de zelo profissional; lugar da prestação do serviço; e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço), e não o previsto no **caput** do parágrafo, (10% a 20% do **valor da condenação**), uma vez que não há sentença condenatória nem na execução, em que só há sentença para julgá-la extinta, nos termos do art. 795 do CPC, nem nos embargos, cuja sentença será de natureza desconstitutiva, se procedentes, ou declaratória se improcedentes.

Como bem esclarece SÉRGIO BERMUDEZ, "se houver fixação de honorários de 10% a 20% do valor da execução, deve-se presumir mera coincidência, eis que o **caput** do § 3º não incide sobre o § 4º"³.

Na prática, não temos a menor dúvida que este critério será o adotado, como aliás já o vem sendo.

Deve-se ressaltar, por derradeiro e como bem alerta CÂNDIDO DINAMARCO, que, embora a nova redação dada ao § 4º, do art. 20, tenha afastado de vez as dúvidas quanto ao cabimento de honorários na execução, "nada especificou quanto à execução por título judicial permitindo que

permaneça a injusta orientação que priva o credor de acréscimos na honorária, mesmo crescendo suas despesas quando precisa promover a execução"⁶.

IV

Art. 33
Parágrafo único - O juiz **poderá** determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. O numerário, recolhido em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária, será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária.

O parágrafo único acrescentado ao **caput** do art. 33 permite que o juiz determine que antes da produção da prova pericial, seja efetuado o depósito dos honorários do perito. É ato discricionário que fica ao prudente arbítrio do juiz, podendo o magistrado determinar o depósito após concluída a perícia. Pode, ainda, o juiz liberar parcialmente os honorários do perito. O dispositivo sugere, outrossim, a possibilidade de depósito parcelado dos honorários, na medida da necessidade de seu levantamento.

V

Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito em que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

A alteração promovida no art. 38 dispensa o reconhecimento de firma na procuração e, por via de consequência, no substabelecimento.

Observe-se, à guisa de ilustração, que o § 2º, do art. 5º, da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia -, conquanto não aluda a exigência do reconhecimento de firma, não havia derogado o art. 38 do CPC na sua redação antiga, dado o caráter genérico daquela e especial desta³.

VI

Art. 45 - O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante, a fim que este nomeie

substituto. Durante os dez dias seguintes o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo.

A nova redação do art. 45 dispensa a notificação prévia, anteriormente indispensável para renúncia do mandato, bastando, daqui por diante, que o patrono comprove a cientificação do constituinte, da renúncia, por qualquer meio de comunicação (carta, telegrama, fax, etc..).

Esta cientificação deixou de ser tarefa do cartório e tornou-se ônus do advogado renunciante, além de condição essencial para que a renúncia produza os efeitos processuais pretendidos⁷.

O prazo de dez dias deve ser contado a partir da data da juntada aos autos da prova da comunicação da renúncia ao cliente.

VII

Art. 46

Parágrafo único - O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para a resposta, que recomeça da intimação da decisão.

O antes inexistente parágrafo único do art. 46, em boa hora, faz renascer **de certa forma** e com expressa previsão legal, o instituto da recusa do litisconsórcio facultativo previsto no art. 88 do Código de 1939 e até então não contemplado no de 1973, quando o número de litigantes comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.

É medida salutar, eis que a possibilidade de um regime litisconsorcial do tipo facultativo não pode constituir embaraço ao exercício do direito constitucional da ampla defesa, nem à celeridade da entrega da prestação jurisdicional⁷.

Não obstante, até agora, tal regra não constar expressamente no Código a melhor doutrina pátria jamais deixou de admitir a sobrevivência da recusa ao litisconsórcio facultativo em casos que tais.

Confira-se, a propósito, AGRÍCOLA BARBI, para quem a questão tem grande importância prática, "porque a formação de litisconsórcios numerosos por afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito pode prejudicar em muito a defesa do direito de litigante"².

No mesmo sentido, CÂNDIDO DINAMARCO, para quem: "É intuitivo o embaraço que o litisconsórcio numeroso pode trazer à marcha do procedimento, o tumulto, a dificuldade para julgar. Com referência a cada litisconsorte, haverá fatos distintos a considerar, situações a compreender e eventualmente prova oral a colher"⁸.

Ademais disto quando se tratar de pretensão condenatória, a aparente facilidade no processo de conhecimento significa complexidade efetiva na execução, pois sendo numerosos os autores, ainda que a **causa petendi** seja a mesma, na prática teremos "diversas execuções".

Cabe, ainda, uma referência quanto à parte final do dispositivo que estabelece claramente que o pedido de limitação interrompe o prazo para a resposta, que recomeça da intimação da decisão. Isto nos leva a crer que, embora se tratando de defesa de natureza preliminar, não será o caso de aplicação do princípio da concentração da defesa, nem o da eventualidade.

Observe-se que não se trata de hipótese de suspensão do processo, tanto que neste sentido nenhuma alteração se procedeu, por enquanto, no art. 265 do CPC, não se incluindo a hipótese, sequer, na vala comum do inciso V, do referido artigo que dispõe que o processo será suspenso, além dos casos previstos nos incisos anteriores, nos demais casos previstos no Código. Isto porque, em cada um desses demais casos, prevê-se, de **per si**, a expressa suspensão do processo, como por exemplo: art. 13 (para sanar irregularidade de representação); art. 64 (nomeação autoria); art. 62 (denúnciação à lide); art. 79 (chamamento ao processo); art. 741 (embargos à execução); art. 791 (suspensão à execução); art. 1052 (embargos de terceiro) e art. 1094 (compromisso arbitral).

Cumpra lembrar que a decisão a ser proferida terá natureza interlocutória, sendo recorrível por via de agravo. Nada impede, outrotanto, que os litisconsortes aliados proponham, em número compatível, ação com o mesmo objeto e mesma causa de pedir que evidentemente será conexa àquela devendo ser reunidas, por óbvio, no juízo prevento (art. 105).

Por último, dúvida não deve existir quanto à possibilidade de o juiz **ex officio** limitar o litisconsórcio. Isto decorre mesmo do poder diretivo do processo previsto no art. 125. Observe-se que os pressupostos para a limitação do litisconsórcio encontram correspondência em dois dos objetivos previstos nos incisos do art. 125: **rápida solução do litígio e igualdade de tratamento às partes**. Destarte, apesar de o dispositivo falar em requerimento, em nosso entendimento, nada impede que o juiz **ex officio** limite numericamente o litisconsórcio facultativo. (Em sentido contrário GABRIEL SAAD, nos seguintes termos: "observe-se, porém, que a medida

não é decretável de ofício pelo juiz. É mister a formulação de pedido nesse sentido”⁹.

VIII

Art. 125

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Ao tempo das Ordenações, já se preconizava a tentativa conciliatória, nos seguintes termos:

“E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes que antes que façam despesas e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas porque o vencimento da causa sempre hé duvidoso. E isto, que dissemos, de reduzirem as partes a concordia, não hé de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que puderem fazer. Porém isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos forem taes, que segundo as Ordenações a justiça haja lugar”¹⁰.

A preocupação com a conciliação chegou a ganhar sede constitucional, na Constituição de 1824, onde era previsto que não se iniciasse qualquer processo, sem que se intentasse meios de conciliação. (Arts. 161 e 162).

A posição adotada pelo Código de 1973, na sua versão original, quanto à conciliação, pode ser resumida na feliz expressão de WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, para quem: “A conciliação é desejável, mas não é perseguida, nem se constitui em ato essencial do processo”¹¹.

O art. 125 destacava três objetivos pelos quais o juiz deve velar na direção do processo e que são: a) igualdade de tratamento às partes; b) rápida solução do litígio; e c) prevenção ou repressão de qualquer ato contrário à dignidade da justiça². A esses, acrescentou-se o de tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Em pura técnica jurídica, cumpre não confundir transação com conciliação. **Transação** supõe uma relação jurídica incerta e a eliminação desta incerteza mediante concessões recíprocas, desde que disponível o interesse em jogo (art. 1025 do Código Civil). Difere da conciliação, como ensina DÉLIO MARANHÃO, porque desta se incumbe o juiz, visando à

uma composição justa, aceita pelas partes. Ou como magistralmente definiu CARNELUTTI: “a decisão é uma conciliação imposta e a conciliação uma decisão aceita”¹². Para ALBERTO TRABUCCHI, quando a situação discutida envolve direitos indisponíveis, as partes não têm a faculdade de compor ou modificar a situação existente sem a intervenção do juiz”¹³.

Todavia, parece-me não ter sido intenção do legislador dar à figura da conciliação os contornos acima, na medida que a nova redação do art. 331 cria a audiência de conciliação apenas para as causas que versem sobre direitos disponíveis.

IX

Art. 162

§ 4º - Os atos meramente ordinatórios como a juntada e a vista obrigatória independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

O § 4º acrescentado ao art. 162 dispensa a atuação do juiz nos chamados atos meramente ordinatórios, tais como juntada e vista obrigatória, os quais passam a ser praticados de ofício pelo servidor, passíveis de revisão quando necessário.

Tais atos ordinatórios são também chamados de atos de movimentação como: conclusão ao juiz, vistas às partes, expedição de ofícios e mandados etc.

A referência à juntada de documentos e à vista obrigatória é meramente exemplificativa.

A prática de tais atos pelo juiz continua, evidentemente, sendo permitida, não obstante o verbo utilizado: **deverão**.

É lógico que do ato praticado pelo servidor não caberá qualquer recurso, apenas pedido de revisão ao Juiz. Do pronunciamento do magistrado, conforme o caso, poderá caber recurso.

X

Art. 170. É lícito o uso da taquigrafia, da estenotipia ou de outro método idôneo em qualquer juízo ou tribunal.

A atual redação dada ao art. 170 possibilita o uso da estenotipia, (taquigrafia mecânica), bem como o uso de outro método idôneo em qualquer juízo ou tribunal, liberando, dessa forma, a prática dos atos processuais para a atualização tecnológica do processo.

A redação primitiva do art. 170 sofreu crítica da lavra de EDSON PRATA nos idos de 1986, no sentido de que "de nada adiantaria o legislador permitir a atualização tecnológica no processo, porque nossas comarcas, em alguns casos, não possuem máquina de escrever. O que se verifica, em nossos dias, é completa pobreza das casas de justiça desprovidas de quase tudo. A taquigrafia mesmo só é utilizada nos principais tribunais"¹⁴.

Releva notar que em atendimento à idoneidade exigida no dispositivo, o método empregado terá que ser capaz de: a) assegurar a conservação do ato praticado em obediência ao princípio da documentação do processo; b) possibilitar o acesso e o conhecimento pleno do ato às partes, a fim de que não se macule a garantia ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal); e c) ser indene, tanto quanto se possa prever, a adulterações¹⁵.

XI

Art. 172 - Os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das seis às vinte horas.

§ 1º - Serão, todavia, concluídos depois das vinte horas os atos iniciados antes, quando o adiamento prejudicar a diligência ou causar grave dano.

§ 2º - A citação e a penhora poderão, em casos excepcionais e mediante autorização expressa do juiz, realizar-se em domingos e feriados, ou nos dias úteis, fora do horário estabelecido neste artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

§ 3º - Quando o ato tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição, esta deverá ser apresentada no protocolo, dentro do horário do expediente, nos termos da lei de organização judiciária local.

O art. 172 e seus parágrafos, na redação atualizada, estende o período para a realização dos atos processuais - **notadamente os externos**

- até as vinte horas, quando antes o limite era o das dezoito horas, mantendo-se a possibilidade da conclusão além das vinte horas quando a interrupção prejudicar a diligência, (ato externo), ou causar grave dano.

No § 2º manteve-se a excepcionalidade para a citação e a penhora, apenas atualizando-se o texto constitucional nela referido, (art. 5º, XI, da Constituição Federal).

O § 3º, acrescido, respeita a reserva legal da organização judiciária local, nas hipóteses de atos que tenham que ser praticados em prazo determinado e por meio de petição. Isto significa que "se pela lei de organização judiciária local o expediente forense se encerrar às dezoito horas, a petição apresentada após este limite será intempestiva, ainda que antes das vinte horas"¹⁶.

XII

Art. 219

§ 1º - A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º - Incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º - Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de noventa dias.

A interrupção da prescrição é um dos efeitos materiais (colaterais) da citação previstos no **caput** do art. 219 que permanece inalterado.

Na antiga redação dos parágrafos alterados, a interrupção da prescrição retroagia à data em que ordenada a citação, desde que a parte a promovesse nos dez dias subseqüentes, permitia-se a prorrogação deste prazo até o limite de noventa dias, mesmo assim se a parte o requeresse nos cinco dias subseqüentes aos dez inicialmente previstos.

As modificações efetivadas nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 219, estabelecem a interrupção da prescrição na data da propositura da ação (art. 263 do CPC), desde que promovida a citação do réu nos dez dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada a parte

pela demora imputável exclusivamente aos serviços judiciários - no que já se havia assentado a jurisprudência inclusive do Supremo Tribunal Federal¹⁶.

Manteve-se, outrossim, a possibilidade de prorrogação do prazo até o limite de noventa dias, tal qual o texto anterior, porém não mais na dependência de requerimento do autor neste sentido.

Por força do disposto no art. 220 - não modificado - os mesmos critérios passam a ser adotados para os prazos decadenciais. Também quanto a estes, no regime anterior, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela não consumação da decadência quando o retardamento da citação não resultasse de ação ou omissão do autor¹⁷.

XIII

Art. 239

Parágrafo único - A certidão deve conter:

III - A nota de ciência ou certidão que o interessado não a após ao mandado.

No inciso III do art. 239, foi substituído o vocábulo **intimado** por **interessado**, alterando-se assim a redação que vigia à época imposta pela Lei nº 8.710, de 24.09.93, que modificara o texto primitivo, o qual exigia que na recusa do intimado em apor o ciência da certidão deveriam constar o nome de duas testemunhas que assistiram ao ato. Nenhuma lógica havia no dispositivo, uma vez que não se exigia o mesmo formalismo quando se tratasse de citação.

XIV

Art. 272 - O procedimento comum é ordinário ou **sumário**.

Parágrafo único - O procedimento especial e o sumário regem-se pelas disposições que lhe são próprias, aplicando-se subsidiariamente as disposições gerais do procedimento ordinário.

O art. 272 rebatiza o procedimento sumaríssimo por sumário, atendendo à vetusta crítica da doutrina, pois o CPC tinha um rito

sumaríssimo em contraposição ao ordinário embora não tivesse um rito sumário. Nesse sentido, já se insurgia CALMON DE PASSOS no alvor do Código e nos seguintes termos: "criticou-se com acerto a expressão sumaríssimo adotada para o tipo mais breve de procedimento comum, isto porque, não havendo no Código um procedimento sumário, para que em relação a ele, fosse o procedimento regulado, um procedimento sumaríssimo, **mais correto seria denominá-lo pura e simplesmente de sumário**"¹⁸.

Poderá causar alguma estranheza a circunstância de à modificação do art. 272 não corresponder igual mudança de nomenclatura nos arts. 275 a 281 do Código que regulam o procedimento sumaríssimo. Isto se deve, como explica SERGIO BERMUDEZ, ao fato de que as Leis nºs 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, estavam inseridas num conjunto que englobava dois outros projetos-de-lei que ainda tramitam no Congresso. Num desses, prevê-se a conversão do procedimento sumaríssimo em sumário¹⁹.

Alude CÂNDIDO DINAMARCO que o "Código preferiu falar em sumaríssimo, em atenção a um preceito constitucional então vigente, que autorizava a instituição do processo e julgamento de rito sumaríssimo para determinados litígios (Constituição de 1969, art. 112, parágrafo único)"⁶.

O que ocorreu foi o seguinte:

Na Constituição de 1967, em sua versão original, o **caput** do art. 112 que nomeava os órgãos do Poder Judiciário não tinha qualquer parágrafo.

Veio a Emenda ou a Revisão Constitucional de 1969 e acrescentou um parágrafo único ao art. 112 com a seguinte redação:

"Para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processo e julgamento de rito **sumaríssimo** observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes."

Este dispositivo constitucional estava em plena vigência quando o Código de Processo Civil entrou em vigor em 1º de janeiro de 1974, daí porque em atenção a este preceito constitucional o CPC, equivocadamente ou não, preferiu adotar o termo sumaríssimo a invés de sumário.

Posteriormente, quando da Emenda nº 7, de 13 de abril de 1977, com o CPC já em pleno vigor com o seu procedimento sumaríssimo, o parágrafo único do art. 112 ganhou nova redação, que trata de outro tema, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que nada tem que ver com procedimento sumaríssimo.

Observe-se, a propósito, que na justificativa do projeto consta ser preferível reservar o adjetivo sumaríssimo para designar procedimentos perante os Juizados Especiais de Pequenas Causas (art. 98, inciso I, da C.F.)⁶.

O parágrafo único acrescido repete o texto do antigo art. 273, o qual passa a prever e disciplinar a chamada tutela antecipada.

"Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º - A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento".

O processo é uma atividade dinâmica e como tal se protraí no tempo. Não há possibilidade de um processo estático em que todo seu *iter* pudesse ser realizado num único instante. A própria etimologia do termo processo indica que se trata de uma atividade a se desenvolver no tempo. Contudo, a tardia entrega da prestação jurisdicional corresponde a própria denegação da justiça, como já se referia RUY BARBOSA¹⁹.

O ponto de equilíbrio - o meio termo - entre os extremos costuma ser desafio presente em vários setores do Direito Processual. Assim o é entre os recursos e a coisa julgada no que diz respeito à estabilidade das relações jurídicas e à possibilidade de revisão das decisões

jurisdicionais. Também o é no que diz respeito ao direito de ação, em tese conferido a todos os jurisdicionados, porém limitado em seu legítimo exercício pelas chamadas condições genéricas e às vezes as específicas do direito de agir (condições da ação). Essas questões, dentre outras, foram resolvidas no passado, fruto da perseverança de grandes processualistas. No presente, desafia a todos encontrar o ponto de equilíbrio entre a segurança jurídica e a efetividade da prestação jurisdicional. A segurança jurídica depende da busca da verdade plena, o que demanda a utilização de um tempo maior, já a efetividade carece de um tempo menor. E, aí, reside o grande desafio, pois se quanto mais tardia mais segura a justiça, quanto mais rápida mais efetiva.

Por outro lado, a garantia de que o jurisdicionado faz jus não só ao acesso à justiça, mas a uma justiça que não seja tardia vem ganhando nova dimensão nos últimos tempos. Nesse sentido, é exemplar a decisão da Corte Européia dos Direitos Humanos que reconheceu o direito ao processo sem dilações indevidas e impôs sanções a vários países obrigando-os à indenização pelo dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda¹⁹. Nesse sentido, ainda, a Constituição da Espanha, de 29.12.78 (art. 24.2), que prevê que todos têm direito a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias. Assim também, a Carta Canadense dos Direitos e Liberdades de 1982, art. 11, b, que estatui que: "Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável."

É, pois, neste contexto que deve ser recebida, interpretada e aplicada a tutela antecipada prevista e disciplinada na nova redação dada ao art. 273 do Código de Processo Civil.

Como aduz CARLOS EDUARDO FONSECA PASSOS: "a tutela antecipada da reforma não constitui uma novidade absoluta. Com efeito, não só o CPC prevê a possibilidade de se antecipar o mérito no processo de conhecimento, *v.g.* a liminar nas ações possessórias de Força Nova (art. 928), como também lei extravagante, *e.g.*, a lei que rege a ação civil pública (art. 12 da Lei nº 7.347 de 24.07.85). Em resumo, nesses diplomas legais é vislumbrada a possibilidade de se antecipar o mérito, se atendidos os requisitos legais"²⁰.

É ainda o citado articulista que narra curiosa hipótese ocorrida antes da Lei nº 8.952/94, em que na prática aplicou-se o que hoje vem a ser conhecida como a tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC.

"A hipótese versava sobre a responsabilidade civil, em que a postulante, por via cautelar, alegando tráfegar de carro com amigos em determinado local e certa hora, declarou ter sido lançada da estrada de ferro, paralela à avenida, onde vinha o veículo, uma enorme pedra que

atingiu o vidro dianteiro do auto, tendo este se desgovernado e colidido com um poste, causando a morte do motorista e sérias lesões na requerente da cautelar. Pediu a requerente, liminarmente, que lhe fossem pagos dois salários mínimos pelo prazo de seis meses, verba esta para acompanhante, de forma a ajudar a autora nas suas necessidades diárias e outra verba, que não restou deferida."

"Feita breve justificação, foi deferida a liminar com o fito de assegurar à requerente da cautelar o recebimento de pensões para o pagamento de acompanhante. Essa decisão se embasou no fato de a prova produzida denotar que a autora da cautelar estava impossibilitada, total e temporariamente (seis meses) de fazer sozinha suas necessidades diárias."

"Se aguardasse o julgamento da pretensão principal, a verba pleiteada se tornaria inútil, pois já decorrido o período da incapacidade total e temporária, no momento em que a presença do acompanhante era mais imprescindível."

Na verdade, trata-se da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida, por isso não pode ser realizada sem que haja pretensão específica deduzida. Neste sentido, o **caput** do art. 273 é absolutamente claro quando exige o requerimento da parte, não excepcionando, neste caso, a regra geral do **ne procedat iudex ex officio** prevista no art. 29 do CPC.

Ao decidir quanto ao pedido de antecipação da tutela, o juiz não se afasta do princípio da congruência, eis que continua para este efeito vinculado ao art. 128 e ao art. 460. Isto significa que não poderá o juiz conhecer de questões não suscitadas e sobre as quais a lei exige iniciativa das partes e nem poderá a pretexto de antecipar a tutela conceder além do que foi pedido ou determinar providência diversa daquela que requerida.

São condições ou requisitos para que tenha vez a tutela antecipada:

a) **Prova inequívoca capaz de convencer o juízo da verossimilhança da alegação do autor. Prima facie** e se interpretados literalmente, esses dois requisitos antes de se completarem se excluem pelo antagonismo natural que existe entre as duas expressões, já que se exige prova inequívoca, não há mais que se falar em verossimilhança. Prova inequívoca é aquela que uma vez produzida já não admite equívocos, portanto, só atinge este **status** aquela prova que convença o juiz da verdade plena da alegação. No entanto, a norma exige prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança. Ora, verossimilhança indica apenas a possibilidade ou a probabilidade de algo ser verdadeiro.

Diante desta infeliz **contradictio in verbis**, MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, propõe que se entenda que a prova inequívoca se refere à existência do direito apontado pelo autor, e a verossimilhança a alegada

lesão desse direito⁷. Assim, por exemplo, numa ação de imissão na posse proposta pelo novel adquirente em que se requeira a tutela antecipada, a prova inequívoca dirá respeito à condição de proprietário do imóvel com a respectiva imissão na posse, por exemplo através da cláusula **constituti** e a verossimilhança dirá respeito à circunstância ou ao fato de o alienante não ter transferido ao adquirente o exercício dessa posse. O primeiro requisito poderá ser provado com o ato translativo da propriedade e o respectivo registro de imóveis e o segundo com a prova, ainda que mediante justificação (testemunhal), de que o alienante ainda não desocupou o imóvel.

Já CÂNDIDO DINAMARCO após fazer a mesma crítica às expressões constantes no **caput** do art. 273, procura aproximar as duas locuções sugerindo para tanto que se utilize o conceito de probabilidade. Para o renomado autor probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes, sobre os divergentes⁸. **É pois mais que a incerteza e menos que a certeza.**

b) **Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, (isto é, alternativamente), caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto intulto protelatório do réu.** No primeiro caso é exemplo de manifestação do poder cautelar genérico, só que no caso o remédio jurídico de que dispõe o juiz para exercê-lo não é a medida cautelar mas a própria antecipação da tutela em definitivo pretendida. No segundo caso, a antecipação da tutela assume nítidos contornos de sanção processual⁹.

Aqui cabe uma advertência, pois que mais uma vez é preciso conciliar dois extremos. Refiro-me a que, se por um lado, deve-se coibir o abuso de defesa, por outro, deve-se, até por preceito constitucional, garantir a defesa ampla. A norma não oferece um critério objetivo pelo qual possa o intérprete saber a partir de que momento não se estará mais garantindo a ampla defesa e sim permitindo o abuso de defesa. Parece-me que o limite deverá ser encontrado nas hipóteses previstas no art. 17 do CPC que tipificam os casos de litigância de má-fé. Em outras palavras: o limite entre a ampla defesa e o abuso de defesa está na litigância de má-fé. Em qual hipótese, entretanto, a decisão deferitória da tutela antecipada carecerá de fundamentação (de fato e de direito), conforme art. 93, IX, da Constituição Federal.

c) **Irreversibilidade da situação constituída.** É evidente que havendo perigo da irreversibilidade do provimento antecipatório, não terá lugar a tutela antecipatória, até porque, se irreversível ela deixa de ser antecipatória e passa a ser definitiva.

Cabe realçar que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida terá sempre o caráter da provisoriedade, como se infere da circunstância de

que sua execução obedecerá ao procedimento das execuções provisórias, mediante a incidência dos incisos II e III do art. 588 do CPC. Observe-se que aqui dispensou-se o inciso I que cuida da caução, exatamente porque não se trata de providência cautelar. De sua provisoriedade decorre também a possibilidade de o juiz a qualquer tempo poder revogá-la ou modificá-la, evidentemente tal decisão terá que ser devidamente fundamentada. É provisória, ainda, na medida em que o § 5º do art. 273 determina que, concedida ou denegada, o processo seguirá até final julgamento, quando então poderá ser revogada ou transformada em definitiva.

Por não menos importante, é de se deixar absolutamente claro que em nenhuma hipótese a tutela antecipada se confunde com a tutela cautelar. Na tutela antecipatória o que se defere é total ou parcialmente, a própria prestação definitiva pretendida pelo autor, apenas com o caráter provisório e mediante todas as garantias postas na lei, enquanto na tutela cautelar o que se visa é a assegurar a eficácia ou a efetividade, como se queira, da tutela definitiva a ser deduzida ou já deduzida no processo principal. Neste sentido, é que se fala que o processo cautelar é o instrumento do instrumento, mas a medida será de outra ordem. Assim, por exemplo, se se pretende uma futura execução ou condenação arrestam-se os bens do devedor; se o que se visa é a uma futura reivindicação seqüestra-se o bem reivindicado etc ...

Diferem ainda as duas tutelas quanto ao procedimento, eis que a antecipada se processa no mesmo processo de conhecimento, enquanto a cautelar em processo autônomo ainda que acessório.

Quanto ao cabimento de tutela antecipatória nas ações rescisórias sou de entendimento contrário a essa possibilidade, porquanto essa prova inequívoca, verossimilhança ou probabilidade só existirá quando julgado favoravelmente ao autor o **indicium rescindens**, cujo momento processual é o mesmo do **indicium rescisorium**. Mesmo nas hipóteses em que não há o **indicium rescisorium**, tais como as previstas nos incisos II e IV do art. 485 do CPC, por motivos óbvios, não será o caso de antecipação da tutela.

Assevere-se, ainda, que a previsão da tutela antecipatória, tal como prevista no art. 273 do CPC, não exclui ou impede **a priori**, o ajuizamento de medidas cautelares antecedentes ou incidentes.

Por derradeiro, é de se esclarecer que a decisão que concede ou nega a tutela antecipatória é de natureza interlocutória, sendo pois recorrível via agravo, sendo inócuo, no caso, a utilização do agravo retido. Proferida a sentença em processo cuja tutela antecipada tenha sido deferida, se a sentença a manteve, isto é, julgou procedente o pedido, seus efeitos permaneceram ainda que a apelação só tenha efeito devolutivo, a menos

que a sentença tenha revogado a antecipação da tutela. Se improcedente o pedido evidentemente que revogada a tutela antecipada anteriormente deferida.

XV

Art. 296 - Indeferida a petição inicial o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar a decisão.
Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao Tribunal competente.

Em primeiro lugar, nenhuma perplexibilidade deve causar o fato de o texto atual falar em decisão tanto no **caput** como no parágrafo único, embora e a toda evidência se trate de sentença, tal como definida no art. 162, I, do Código. Aliás, o CPC é pródigo em não atender as próprias definições que estabelece, como, por exemplo, no art. 495, em que decisão no caso é acórdão ou sentença, eis que não cabe ação rescisória contra decisão interlocutória, no art. 930, parágrafo único, (em que não é despacho e sim decisão interlocutória o ato que defere ou indefere medida liminar), e no art. 338 em que é decisão de saneamento e não despacho conforme definido no art. 162, III).

Duas são as inovações trazidas com a nova redação do art. 296: a) A possibilidade de o juiz reformar sua própria sentença, ou por outra, o juízo de retratação na apelação, e b) A dispensa da citação do Réu para acompanhar o recurso.

Pela redação anterior do art. 296, após o julgamento do recurso, a questão sobre o deferimento ou não da inicial estava preclusa, tal decorria da triangularização do processo, uma vez que o réu era citado para acompanhar, (entenda-se contra-arrazoar o recurso), valendo esta citação para todos os termos ulteriores do processo.

"A possibilidade de o juiz reformar a sentença - no caso específico de indeferimento da inicial - constitui inovação em nosso sistema processual, que conflita com a sistemática do CPC e com precedentes legislativos"²¹. A retratação em apelação foi criada pela Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - em seu art. 198, VIII.

Quanto à dispensa de citação do réu, deve-se anotar que a redação revogada do art. 296 foi introduzida pela Lei nº 5.925/73 que corrigiu o Código de 1939 que também dispensava a citação do Réu para acompanhar o recurso "era um procedimento que se desenrolava sem a sua presença e à sua revelia. Corrigiu o Código atual e muito bem essa anomalia"¹⁸. Agora parece que retrocede neste ponto.

Deve-se estar atento para a situação inusitada que poderá ocorrer doravante. Veja-se bem: o ato do juiz que indefere a petição inicial é sentença (como já vimos), porém, terminativa, que em qualquer caso não fará coisa julgada material, exceto numa hipótese: quando o juiz verificar, desde logo, a decadência e a prescrição. (Conforme arts. 295, IV, c/c 219, § 5º c/c 269, IV).

Neste caso, a sentença será definitiva e fará coisa julgada material, sem contudo perder a característica de sentença de indeferimento da inicial. (Nem tanto quanto à prescrição, dada à inocuidade do § 5º do art. 219, face à exigência do caráter não patrimonial da relação jurídica para que o juiz possa dela conhecer *ex officio*).

Sem embargo a lição de CALMON DE PASSOS, para quem há manifesto erro técnico na inclusão da decadência e da prescrição entre as causas de indeferimento da inicial, que só pode ocorrer quando se cuida de obstar a constituição da relação processual mas jamais quando se tratar de pronunciamento sobre o mérito¹⁸, releva atentar que do resultado da apelação, eventualmente interposta, teremos duas conseqüências, ambas curiosas:

a) Se provido o recurso, negou-se ao Réu o direito de sustentar o indeferimento da inicial, o que se torna sério no caso deste indeferimento calcar-se na verificação da ocorrência da "prescrição" ou da decadência; e

b) Se desprovido o recurso, teremos uma sentença de mérito, transitada em julgado ensejando coisa julgada material, sem que o réu tivesse participado da relação processual, a rigor incompleta.

Observe-se que se o Réu, sequer venha a ser intimado ou cientificado desta decisão, poderá até não ter como argüir em seu proveito, no futuro, o pronunciamento jurisdicional havido, por total desconhecimento do acontecido.

Outra questão que se apresenta é que não se tornando preclusa a decisão de indeferimento ou de deferimento da inicial, (e agora não estamos nos reportando à questão da prescrição e da decadência), uma vez provida a apelação, nada impedirá que o réu em defesa preliminar argua o motivo da inépcia da inicial, estando o juízo de 1º grau instado a redecidi-la cabendo novo recurso ao Tribunal, qualquer que seja a decisão do juízo monocrático, recurso este dirigido ao mesmo órgão fracionário de 2ª instância que estará prevento.

Diante de tais considerações, pensamos não ter sido oportuna a dispensa da citação do réu para acompanhar o eventual recurso interposto.

XVI

Art. 331 - Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, a qual DEVERÃO COMPARECER AS PARTES, ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º - Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º - Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos; decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

A nova redação do art. 331 e seus parágrafos, quando a causa versar sobre direitos disponíveis, cria uma audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias. Obtida a conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença (§ 1º). Acaso não alcançada a conciliação, porque motivo for - **inclusive o não comparecimento das partes - ou de qualquer delas** - o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais **ainda** pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando-se audiência de instrução e julgamento, se necessário. Tudo sem prejuízo da ocorrência das hipóteses que determinam o julgamento conforme o estado do processo, na casuística prevista nos arts. 329 e 330, neste caso sob a rubrica de julgamento antecipado da lide.

A primeira observação crítica é que embora **nada impeça** que o juiz a qualquer tempo tente a conciliação das partes, inclusive convocando-as à sua presença, nos termos do inciso IV do art. 125, esta audiência de conciliação só estará obrigada a acontecer se não se tratar de hipótese em que o procedimento deva ser abreviado, por força dos arts. 329 (extinção do processo sem julgamento do mérito; nos casos do art. 267 ou com julgamento - **rectius** com solução do mérito nos casos dos incisos II a V do art. 269), ou por incidência dos motivos que determinam o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330 (questão de mérito unicamente de direito ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, ou ainda quando se tratar de réu revel).

Ou seja: parece que esta audiência de conciliação acontecerá apenas naqueles casos em que chegado o momento do saneamento o juiz não

tenha condições técnicas ou não se sinta seguro quanto à matéria de fato para sentenciar, pois nas outras hipóteses o Código impõe-lhe a extinção do processo com ou sem julgamento de mérito antes deste momento.

Dáí decorre e ainda sem embargo à regra do inciso IV do art. 125, (tentar a qualquer momento conciliar as partes), que se perdeu a oportunidade de rever outra contradição presente no CPC e que persiste. Observe-se que anteriormente num único momento previa-se expressamente que o juiz deveria tentar a conciliação - **art. 448** - regra esta que permanece vigente. Contudo, criticava-se o sistema, pois que só chegava a este ponto o processo que ultrapassasse as hipóteses de extinção pelo julgamento conforme o estado do processo ou do julgamento antecipado da lide, pois só estes feitos ingressavam na fase instrutória propriamente dita, ou na fase por excelência instrutória, e teriam audiência, onde então cabia a incidência da tentativa de conciliação prevista no art. 448.

Outra crítica cabível diz respeito a que o dispositivo fala ora em conciliação ora em transação e, como vimos nas observações ao art. 125, tratam-se de figuras diferentes. Ademais, refere-se o dispositivo a que se tente a conciliação se se tratar de direitos disponíveis apenas. Isto vale, **tout court**, para a transação, porém dentro do espectro maior em que se circunscreve a conciliação esta pode haver, **cuidada pelo órgão jurisdicional**, mesmo nas hipóteses de direitos indisponíveis. Nada impede que conciliatoriamente o réu reconheça a procedência do pedido, ou haja a desistência consentida ou reconhecimento de paternidade em juízo etc...

Prevê a lei que se não obtida a conciliação, por qualquer motivo, o juiz decidirá as questões processuais, **ainda eventualmente** pendentes e fixará os pontos controvertidos sobre os quais deve recair a prova, bem como, se for o caso, designará audiência de instrução e julgamento, onde, nos termos do art. 448 haverá renovação da proposta conciliatória.

A rigor, e pela letra da lei essas providências devem ser feitas na própria audiência e não em momento posterior. Só haverá audiência posterior se houver prova oral a ser produzida.

Finalmente, parece-nos que o prazo de 30 (trinta) dias, na grande maioria dos casos, não será atendido.

XVII

Art. 417 - O depoimento datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação.

Parágrafo único - O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença, ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte.

A nova redação do art. 417 visa a torná-lo compatível com o art. 170, bem como faculta às partes a gravação dos depoimentos. O parágrafo único, antes inexistente, prevê sejam tais depoimentos passados para versão datilográfica, quando houver recurso da sentença, ou noutros casos em que o juiz assim o determinar, **ex officio**, ou a requerimento das partes.

Sinceramente, não vejo com bons olhos essa possibilidade de os depoimentos de testemunhas e mesmo pessoas serem registrados por taquigrafia, estenotipia ou qualquer outro método sem que necessariamente sejam vertidos para a datilografia, para como tal, constarem dos autos (princípio da documentação). Ainda que compatível a regra com a do art. 170, vejo, aí um pouco de exagero com a preocupação de tornar o processo mais ágil. Na verdade, o que emperra a máquina judiciária não é, **data maxima venia**, o registro datilográfico dos depoimentos tomados em juízo.

Quanto à possibilidade conferida às partes para que gravem seus depoimentos, a rigor, nunca chegou a ser expressamente proibido no passado. Todavia, o juiz valendo-se do poder de polícia (art. 445 do CPC) poderia impedi-la. Agora, trata-se de uma faculdade de que dispõem os contendores, à qual não poderá o juiz se opor.

Esta possibilidade, entretanto, não terá vez quando se tratar de processo que corra em segredo de justiça e por motivos óbvios, uma vez que possibilitada a gravação não se poderá impedir sua exibição fora do processo¹⁵.

Afora a hipótese de recurso, o juiz só deverá determinar a versão datilográfica, ainda que a requerimento das partes, nos casos em que tal providência seja absolutamente necessária (este parece-me o significado que se deva atribuir à expressão "**noutros casos**"); como por exemplo, as hipóteses em que a questão fática seja de tamanha complexidade que os depoimentos se tornem extensos ou mesmo quando se verifique contradição entre eles ou, ainda, se as testemunhas divergirem substancialmente na narração dos fatos.

Havendo recurso, todavia, os depoimentos serão necessariamente vertidos datilograficamente, com o escopo, supõe-se, de que só desta forma poderá o órgão **ad quem** deles ter conhecimento pleno e adequado. Ora, a faculdade de recorrer, mormente de decisão de primeira instância, é comumente exercida, seja pelo efeito suspensivo de regra atribuído à apelação, seja porque no processo civil não há requisitos outros que inibam o exercício da faculdade recursal, como por exemplo o depósito recursal

do processo trabalhista ou obrigação de recolher-se à prisão do processo penal em alguns casos. Portanto, parece-me que, na prática, ou o juiz desde logo tomará os depoimentos registrando-os datilograficamente, ou se verá na contingência de, na grande maioria dos casos, ter que mandar datilografá-los após a interposição da apelação, o que, na verdade, causará mais retardamento ao curso do procedimento do que os minutos a mais gastos na audiência com os depoimentos reduzidos a termos datilográficos.

Ademais, como bem lembra o eminente professor SERGIO BERMUDES, poderá o recorrente entender que a sentença distorceu os depoimentos e terá todo o direito de pretender demonstrar esta deturpação em suas razões recursais. Nesse caso, só poderá exercer plenamente a faculdade recursal com a versão datilográfica dos depoimentos, sendo-lhe pois permitido que requeira tal providência ao juiz antes de apresentar seu recurso. Segundo ainda o festejado autor, deverá o Recorrente formular este requerimento no prazo de 5 (cinco) dias da intimação da sentença, nos termos do art. 188, § 1º do CPC, correndo o prazo para o recurso apenas após a decisão do juiz, eis que o óbice apresentado constitui justa causa prevista no art. 183, § 1º, sob pena de desatender-se a garantia à ampla defesa prevista constitucionalmente¹⁵.

XVIII

Art. 434 - Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento.

Neste artigo suprimiu-se a parte final que exigia o compromisso do perito, assim indicado, perante o diretor do estabelecimento oficial. Trata-se de mera adequação do dispositivo à atual redação dada ao art. 421, pela Lei nº 8.455/92, que dispensou o compromisso do perito em juízo, não havendo porquê mantê-lo no caso de art. 434.

XIX

Art. 460.....

Parágrafo único - A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

§ 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de resultado prático correspondente.

§ 2º - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º - Para a efetivação da tutela específica, ou para a obtenção do resultado prático equivalente poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

O parágrafo único acrescido ao **caput** do art. 460, repete o texto do artigo 461, o qual passa a ter nova redação. O art. 461, acompanhado de cinco parágrafos, inaugura no Código disciplina no que concerne a sentenças condenatórias em obrigação de fazer ou de não fazer.

Idealmente a prestação da tutela jurisdicional deve restaurar a situação jurídica violada. Assim, se se tratar de obrigação de fazer ou de não fazer, a jurisdição ideal será ou seria aquela que garantisse eficazmente a feitura do que se deixou de fazer ou o desfazimento do que não devia ter sido feito. A redução dessas questões à compensação por perdas e danos é paliativo para que não se deixe de prestar a jurisdição. Todavia, aí, a

jurisdição se presta sem que a obrigação em si mesma seja adimplida. É o que se costuma chamar de meia-justiça ou de justiça incompleta.

Em suma: o processo, como instrumento da jurisdição, deve se prestar a dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito. Ou, como preconiza CHIOVENDA: "Na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter"²².

O tabu da intangibilidade da vontade humana resultou na vetusta verdade de que as obrigações de fazer e de não fazer, quando inadimplidas, resolvem-se por perdas e danos. Esta crença, antes inabalável, foi gradativamente cedendo espaço diante da construção doutrinária processual, notadamente de CHIOVENDA e CALAMANDREI, sobretudo onde parecia mais injusta: **na obrigação de prestar declaração de vontade**.

Há, pois, que se fazer uma distinção entre o objeto da obrigação de fazer e de não fazer e os meios pelos quais esses mesmos resultados práticos podem ser atingidos. Claro exemplo disto são as chamadas sentenças substitutivas da vontade previstas nos arts. 639 e 641 do CPC, bem como a ação de adjudicação compulsória de imóvel objeto de compromisso de compra e venda.

Por tutela específica deve-se entender a constituição ou desconstituição de uma situação jurídica que atenda aos objetivos do direito material, ou a condenação a fazer ou a não fazer o que estava o réu sucumbente obrigado, sempre visando, porém, à obtenção do resultado prático a que tinha o credor expectativa justa, ainda que se valha a jurisdição de atividades substitutivas⁶.

Se impossível esta tutela específica, prevê o **caput** do art. 461 que se valha o órgão jurisdicional da alternativa mais próxima. Por isto permite-se, agora, lance mão o juiz de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. Naturalmente, a opção pela alternativa mais próxima fica adstrita aos limites objetivos do processo, sob pena de transgressão aos arts. 128 e 460 e sempre levará em conta o resultado prático e final a que o autor tenha direito.

Como era de se esperar, neste contexto, o dogma da conversão em perdas e danos perdeu a primazia como solução alternativa, só tendo vez tal expediente quando for absolutamente impossível obter o resultado final por qualquer outra alternativa, ou, evidentemente, quando o autor fizer tal opção, é o que se prevê no § 1º, do art. 461. Nesse caso, instaura-se o fenômeno do concurso de ações, cabendo ao autor optar entre a própria prestação ou seu equivalente em dinheiro¹⁵.

A nova disciplina não distingue entre obrigações fungíveis ou infungíveis e embora, na prática, as dificuldades maiores se apresentem nas chamadas obrigações personalíssimas, os meios de compêlimento têm cabimento em qualquer das modalidades obrigacionais.

O § 2º fazendo remissão expressa ao art. 287 deixa claro que multa e indenização não se confundem. Concedida a multa, desde que infungível a prestação, e verificado o descumprimento, o autor será credor da indenização e da multa.

O § 3º, em evidente descompasso, eis que inserto em artigo que trata de sentença, permite a concessão de liminar, prevendo-se no § 4º, ainda nesta hipótese ou na sentença, a imposição de multa diária, mesmo quando não requerida pelo autor, fixando-se prazo razoável para cumprimento do preceito.

Tratam-se de providências de ordem cautelar que não dependem de ação autônoma, as quais podem ser concedidas liminarmente e sem audiência da parte contrária, ou mediante prévia justificação, para a qual será citado o réu, citação esta que valerá para os termos ulteriores do processo.

Evidente que para aplicação do § 3º deverão estar presentes os pressupostos inerentes a todas as medidas cautelares **o sinal do bom direito** e **o periculum in mora**, é o que deflui da expressão contida na parte inicial do dispositivo: "sendo **relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final**".

Já o § 4º, mais uma vez dentro daquela tendência de se atribuir maiores poderes ao juiz, inaugura a possibilidade de imposição de multa **ex officio**.

O § 5º prevê as chamadas medidas de apoio ou de suporte. Estas medidas diferem da multa porque as multas visam a pressionar psicologicamente o obrigado, vale dizer: compeli-lo a optar por cumprir pessoalmente aquilo a que se obrigou. Já as medidas de apoio objetivam os resultados práticos postos na sentença, independentemente da vontade do obrigado. As medidas expressas no § 5º são meramente exemplificativas e têm como limite de sua aplicação a irreversibilidade da situação criada, pela simples razão de que: "o processo não pode ser visto somente pelo lado do interesse do autor como se fosse instrumento criado para seu deleite e desfrute", como bem adverte CÂNDIDO DINAMARCO⁶.

Cabe observar que os dispositivos que determinam a sanção de multa diária (**astreintu**) visam a possibilitar seja a decisão judicial eficaz. Nessa linha, o descumprimento de ordens judiciais importa em

desobediência ao órgão jurisdicional e não só prejuízo ao credor. A atual redação do art. 461 e seus parágrafos prevê sanções com tais características no resguardo de efetividade (e não eficácia) da sentença.

É indiscutível que a nova disciplina processual das obrigações de fazer e de não fazer inspirou-se nas regras dos arts. 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que, no dizer de ADA PELLEGRINI GRINOVER, "abre caminho inclusive para as ações mandamentais"²³, o que, agora, estaria evidenciado nos §§ 4º e 5º do art. 461.

Destarte, ainda na lição da ilustre processualista, não se afigura exagerado afirmar-se que o nosso sistema processual está dotado de ação mandamental **de eficácia bastante assemelhada** à da **injunction** do sistema da **common law** e à da ação inibitória do direito italiano²³.

Isto, a nosso ver, entretanto, não significa que tenhamos importado tais institutos com todas as suas conseqüências - **como diz a doutrinadora, são medidas assemelhadas** -, embora, estejamos, irreversivelmente, caminhando para lá.

XX

DAS REVOGAÇÕES

Foram revogados:

O inciso I do art. 217, que injustificadamente impedia a citação do funcionário público na repartição em que trabalha.

O § 2º, do art. 242, este por ser absolutamente desnecessário, uma vez que não tendo havido prévia intimação para a audiência em que se proferiu a sentença, a própria audiência será nula. Tal nulidade, todavia, só poderá ser argüida em apelação e o prazo para o recurso não poderá mesmo fluir antes que tenha havido intimação das partes depois da audiência. Trata-se de intimação na pessoa dos advogados e a incidência dos arts. 236 e 237 é imperativa sem a necessidade de que outro dispositivo a eles fizesse referência expressa.

Revogados, também, os arts. 464 e 465, estes pela Lei nº 8.950/94, que tratavam dos Embargos de Declaração nas sentenças, cuja disciplina passou a ser a dos recursos, uma vez que inserida a possibilidade de embargos de declaração de sentença na nova redação dada ao inciso I, do art. 535, pela referida lei.

BIBLIOGRAFIA

- (1) BARBOSA MOREIRA, José Carlos, in "Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro", in **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro** nº 47, pp. 12 e 13. **NOTA:** O Autor citado inclui também a utilização da técnica do processo coletivo, qual instrumento de proteção de interesses transindividuais e, em certa medida, até de interesses individuais.
- (2) AGRÍCOLA BARBI, Celso, in **Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense, pp. 130, 129, 131, 262 e 514.
- (3) BERMUDES, Sérgio. Nota in **Comentários ao Código de Processo Civil**, volume I, MIRANDA, PONTES, Rio, 1955, pp. 268, 378, 390 e 436.
- (4) MIRANDA, PONTES, **Comentários ao CPC**, Forense, p. 280.
- (5) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça "A) Recurso Especial nº 21639-8 RS - Relator Ministro DIAS TRINDADE in RSTJ - 37548, B) Recurso Especial nº 23384-0, citado por SAAD, Eduardo Gabriel de, in "Novas Disposições do Código de Processo Civil e a CLT", São Paulo, Suplemento Trabalhista, LTR 014195, p. 149. **NOTA:** Também admitindo a condenação sem solicitação de partes. Acórdão do TJ/SP - 18ª Câmara Cível. Rel. Des. OLIVEIRA PRADO; **EMENTA:** Cabe ao magistrado reprimir os atos atentatórios à dignidade da Justiça e, assim, poderá impor ao litigante de má-fé, no mesmo processo e **independentemente** de solicitação da outra parte, a indenização referida no art. 18 do Código de Processo Civil, que apresenta caráter rito pecuniário - (RJTSP - nº 159/31).
- (6) DINAMARCO, Cândido Rangel, in **A Reforma do Código de Processo Civil**, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 68, 50, 129, 143, 153.
- (7) TEIXEIRA, Manoel Antonio Filho, in "As recentes alterações no Processo Civil e suas repercussões no Processo do Trabalho", São Paulo, Suplemento Trabalhista, LTR nº 011/95, pp. 106, 108.
- (8) DINAMARCO, Cândido Rangel, in "Litiscônsórcio (Um estudo sobre o litiscônsórcio, unitário, necessário, facultativo)", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, 2ª edição, p. 269.
- (9) SAAD, Eduardo Gabriel de, in "Novas Disposições do Código de Processo Civil e a CLT", São Paulo, Suplemento Trabalhista, LTR 014/95, pp. 150, 151.
- (10) CARNEIRO, Athos Gusmão, in "Audiência de Instrução e Julgamento", 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 44 (ORD., Livro 3, TIT, XX, § 1º).
- (11) PIMENTEL, Wellington Moreira, in **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 440.
- (12) MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa, in **Direito do Trabalho**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1993, p. 41.
- (13) TRABUCCHI, Alberto, in **Instituzioni di Diritto Civile**, Pádova, Cedam, 1968, p. 866.
- (14) PRATA, Edson, in **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 510.
- (15) BERMUDES, Sérgio, in **A Reforma do Código de Processo Civil (observações às Leis nºs 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13.12.94)**, Rio, Freitas Bastos, 1995, pp. 24, 25, 27, 33 e 49. **NOTA:** Nos comentários ao art. 170, p. 24, assim se expressa o autor citado: "Parece que a idoneidade, exigida no parágrafo, pode ser medida através de três critérios, conservação, acesso, autenticidade. Urge que o meio empregado possa oferecer segurança de conservação, em ordem a manter o ato documentado no processo. É preciso também que ele seja acessível, no sentido de o ato fique ao alcance das partes e de terceiros, que tiverem necessidade de examiná-lo (a gravação, a taquigrafia, a estenotipia, o texto posto em disco de computador podem, a qualquer tempo, ser transcritos, o filme pode ser projetado). Por derradeiro, só se deve admitir o emprego de meios resistentes a fraude ou cuja adulteração e técnica disponível possa detectar, como acontece, hoje, com inserção de outro som na gravação original".
- (16) BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Acórdão da 2ª Turma de 3.5.77 - RE 87178 - RJ, Relator Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, DJ de 20.05.77, p. 32. **EMENTA:** Ajuizada e distribuída a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação do réu, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça e inimputáveis ao autor, que se mostrou precavido e diligente,

não justifica o acolhimento da arguição de prescrição. PAULA, Alexandre de, in **Código de Processo Civil Anotado**, 3ª edição, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 742.

(17) BRASIL, Supremo Tribunal Federal - 1ª Turma, Acórdão de 19.06.79, RE 91046-8 RS - DJ de 31.08.79, p. 6.471 - Relator Ministro XAVIER. **NOTA:** Colhe-se do voto vencedor. "A Jurisprudência mais recente no Supremo Tribunal Federal firmou-se efetivamente, no sentido de que, não se consuma a decadência, ainda que a citação sendo posteriormente, se seu retardamento não resultar de ação ou omissão imputável ao autor", PAULA, Alexandre de, in **Código de Processo Civil anotado**, 3ª edição, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 743.

(18) PASSOS, José Joaquim Calmon de, in **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª edição, Rio, Forense, 1977, pp. 13, 314 e 298.

(19) RIBEIRO, Darci Guimarães (cf.), in "A instrumentalidade do Processo e o Princípio da verossimilhança como decorrência do **Due Process of Law**", Rio de Janeiro, Seleções Jurídicas, ADV/COAD 07/94, pp. 45 e segs.

(20) FONSECA PASSOS, Carlos Eduardo da, "A tutela antecipada na reforma do Código de Processo Civil", Rio de Janeiro, Seleções Jurídicas ADV/COAD 04/95, p. 9.

(21) ARAÚJO, Luciano Vianna, "Alterações do CPC (A Nova Redação do art. 296 do CPC)", in Brasil, ADV/COAD Informativo - p. 021/95.

(22) CHIOVENDA, Giuseppe, "**Dell'azione nascente dal contratto preliminare**", in **Saggi di diritto processuale civile**, I, 2ª edição, Roma, Foro It, 1930.

(23) GRINOVER, Ada Pellegrini, in "Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto", Rio, Forense Universitária, 1992 (em coop.), **apud** in DINAMARCO, Cândido Rangel, **A Reforma do Código Processo Civil**, pp. 152 e 159.