

Primeiras impressões sobre a exclusão de alguns institutos do Novo Código de Processo Civil

Bruno Freire e Silva

Sumário

1. O Projeto de Novo Código de Processo Civil. 2. As razões de exclusão de alguns institutos processuais. 3. Nossas primeiras impressões sobre as opções legislativas. 3.1. Reconvenção. 3.2. Ação declaratória incidental. 3.3. Ação monitória. 3.4. Ações cautelares nominadas. 3.5. Agravo retido e embargos infringentes e agravo interno. 3.6. Embargos à arrematação. 4. Conclusão.

1. O Projeto de Novo Código de Processo Civil

Entre os problemas enfrentados pelos usuários do Poder Judiciário e operadores do direito na atualidade se destacam a falta de efetividade e celeridade da prestação jurisdicional.

Tal problema ensejou uma série de alterações no Código de Processo Civil iniciadas em 1994 e que culminaram com a promulgação, nos últimos anos, de inúmeras leis, por meio de minirreformas setoriais.

As sementes das reformas do Código de Processo Civil, na busca de um modelo de processo efetivo, que serviram de base para todas as alterações realizadas por meio de minirreformas, foram capitaneadas, inicialmente, por uma comissão liderada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, cujos aspectos mais importantes foram por ele assim sintetizados:

Bruno Freire e Silva é Pós-graduado em Direito Processual pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA; Mestre e Doutor em Direito Processual pela PUC/SP; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNAERP (Campus Ribeirão Preto); Ex-Coordenador do Programa de Graduação em Direito da UNAERP (Campus Guarujá); Advogado em São Paulo.

- “a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) adotar uma postura pragmática, sem prejuízo do rigor científico, deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, valendo-se, para tanto, inclusive, de experiências anteriores; c) encaminhar as sugestões não em um único projeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para facilitar a tramitação e viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, sendo de recordar-se que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho e que os procedimentos no Parlamento, muitas vezes, também variam conforme a natureza e relevância da matéria. d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos, se necessário (*v.g.*, CPC. Arts. 272/273, 460/461, 478/479), mas sem alterar a fisionomia do Código; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público (TEIXEIRA, 1996, p. 890).”

Como resultado desses trabalhos, concretizou-se a primeira etapa de reforma do Código de Processo Civil que, na busca de um modelo de processo efetivo, reformou esse diploma processual nos seguintes pontos: modificações na prova pericial; introdução da tutela antecipada e da tutela específica; alteração do regime de agravo de instrumento; inclusão, no sistema, da ação monitoria, entre outros.

A segunda etapa de reforma do Código de Processo Civil, ainda na busca do mo-

delo de processo efetivo, veio por meio dos projetos de lei n. 3.474/2000, 3475/2000 e 3476/2000, que foram aprovados e convertidos, com algumas alterações, nas Leis n. 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002.

Entre as alterações dessa segunda fase de reforma do diploma processual, podemos destacar a exclusão do reexame necessário em algumas situações específicas, a admissibilidade de julgamento imediato de mérito pelo tribunal em casos de extinção do processo quando a causa fosse exclusivamente de direito, a admissibilidade de alienação de bens ou levantamento de depósito em dinheiro, mediante caução na execução provisória, a fungibilidade nas tutelas de urgência e a atribuição de efeito meramente devolutivo à sentença que confirmasse os efeitos da tutela antecipada.

As minirreformas do Estatuto Processual continuaram e, nos últimos anos, o fôlego legislativo por alterações ensejou a terceira etapa da reforma, mediante a promulgação de mais cinco leis, 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06, que trouxeram importantes alterações ao processo civil brasileiro, como a prática de atos processuais por meios eletrônicos, o saneamento de nulidades processuais na fase recursal, o novo procedimento de cumprimento de sentença, inúmeras novidades ao processo de execução de título extrajudicial, entre outras.

Todas essas minirreformas, entretanto, além de não atingirem o objetivo de alcançar o ideal de um processo efetivo e célere, também resultaram num vigente Código de Processo Civil sem uniformidade e assistemático.

Essa falta de uniformidade e sistemática do CPC, decorrente das inúmeras reformas porque passou, justificou a nomeação pelo Presidente do Senado Federal, José Sarney, de uma comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux, com relatoria da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier e participação dos juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho,

Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, os quais foram encarregados da elaboração do projeto de um Novo Código de Processo Civil, que resultou no PLS 166/2010, já aprovado pelo Senado e remetido à Câmara.

Apesar das críticas de que são passíveis uma obra humana, realizada em tão exíguo prazo, não se pode olvidar o mérito do trabalho desenvolvido pela comissão, que, conforme ressaltaram João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes, traduz avanços em vários pontos, entre os quais destacam:

“a) destinação de livro próprio para a parte geral; b) a eficácia imediata da sentença monocrática para prestigiar o juiz de primeiro grau e assegurar maior efetividade da jurisdição; c) a exigência de observância ao contraditório no incidente de desconsideração da personalidade jurídica; d) a contagem de prazos somente em dias úteis; e) o incidente de resolução de demandas repetitivas; f) a eliminação dos embargos infringentes; g) a proibição de decisões surpresas; h) a preocupação em evitar, sempre que possível, a extinção do processo sem resolução de mérito; i) a introdução do *amicus curie*; j) a ênfase dada à principiologia processual e às garantias constitucionais do processo, etc . (LOPES; LOPES, 2011, p. 89120)”

Entre tantos avanços, inovações e modificações propostas na busca de alcançar a tão desejada efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, já diagnosticados pela doutrina pátria, chama-nos atenção no projeto a exclusão de alguns institutos de relevância e utilidade historicamente inquestionáveis, como a reconvenção, ação monitória, ação declaratória incidental, ações cautelares nominadas, agravo retido,

embargos infringentes, agravo interno e embargos à arrematação.

Neste breve estudo, analisaremos as razões que levaram a comissão a excluir tais institutos do sistema processual, bem como nossas primeiras impressões sobre os acertos ou desacertos das opções legislativas. Vejamos.

2. As razões de exclusão de alguns institutos processuais

A forma de entender as razões de exclusão de alguns institutos processuais, como a reconvenção, a ação monitória, a ação declaratória incidental, as ações cautelares nominadas, o agravo retido, os embargos infringentes, agravo interno e os embargos à arrematação, é buscar a intenção e filosofia que nortearam os trabalhos da comissão.

E, numa leitura do texto do anteprojeto, constatamos que uma das premissas adotadas no trabalho foi a simplificação do sistema processual e uma preocupação maior com o acesso ao direito material, relegando o processo a meio e instrumento. Tal constatação pode ser extraída da Exposição de Motivos do Projeto:

“Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos Operadores do Direito, ouvidas em todo o país. Na elaboração desse Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais... O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo... A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe

coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa”.

A simplificação do sistema processual e o deslocamento da atenção daqueles que operarão o sistema ao direito material também são ressaltados por Arruda Alvim:

“Além disso, da estrutura do Projeto extrai-se, em primeiro lugar, a intenção de se imprimir maior organicidade e simplicidade à normativa processual civil e ao processo, com o objetivo de fazer com que o juiz deixe, na medida do possível, de se preocupar excessivamente com o processo, como se fosse um fim em si mesmo, deslocando o foco da atenção do julgador para o direito material. Com isto, pretende-se descartar uma processualidade excessiva, desvinculada do objetivo do direito material” (ALVIM NETO, 2011, p. 300).

Ora, diante de tal diretriz, é patente a redução do texto legal e, conseqüentemente, a opção legislativa de excluir do sistema processual aqueles institutos reputados como despiciendos ou que possam ser mantidos de forma mais simples no ordenamento jurídico, como ocorreu com a reconvenção, a ação monitória, a ação declaratória incidental, as ações cautelares nominadas, o agravo retido, os embargos infringentes agravo interno e os embargos à arrematação.

Pois bem. Mas quais são nossas impressões sobre as opções legislativas de exclusão de tais institutos do sistema processual?

3. Nossas primeiras impressões sobre as opções legislativas

Com o fim de expor nossas impressões sobre as opções legislativas, é imperioso ressaltar, como propõe o título, que se trata de primeiras impressões, ou seja, somente com a aprovação das mudanças e algum tempo de aplicação no Novo Código de Processo Civil poderíamos dar um diag-

nóstico mais preciso sobre o acerto ou desacerto da exclusão da reconvenção, ação monitória, ação declaratória incidental, ações cautelares nominadas, agravo retido, embargos infringentes ou embargos à arrematação do sistema processual.

Vejam, de qualquer sorte, a análise das opções legislativas de exclusão de cada instituto individualmente.

3.1. Reconvenção

O art. 315 do Código de Processo Civil estabelece que “o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

A reconvenção consiste num pedido aduzido pelo réu em petição separada da contestação, fora dos limites da demanda principal, mas relacionada a esta, que ensejará a existência de duas lides a serem solucionadas na mesma sentença pelo juiz competente para a causa. A doutrina afirma, em resumo, que se trata de um contra-ataque do réu contra o autor, um incidente processual, dentro da mesma relação processual, que amplia o objeto do litígio.

Conforme ressalva Moacyr Amaral Santos (2008, p. 231), “o réu, sem prejuízo da defesa, e até sob certo aspecto reforçando-a, poderá tomar a ofensiva. O autor poderá ter ou não ter razão, sem embargo do que poderá o réu ter, ou supor que tem, uma legítima pretensão, contra ou em relação ao primeiro, que seja juridicamente protegível, diversa da que constitui objeto da ação, e, assim, contra-atacando, pedir ao juiz que dela conheça e a declare conforme com a vontade da lei.”

Ainda valendo-se das lições de Moacyr Amaral Santos (Idem, p. 231), pode-se elencar os seguintes pressupostos para legitimidade, validade e eficácia da reconvenção: “a) que haja uma causa pendente; b) que não esteja precluso o termo de defesa nessa causa; c) que haja identidade de procedimentos; d) que a reconvenção seja conexa

com a ação ou com o fundamento da defesa; e) que o juiz tenha competência originária, ou adquirida, para conhecimento da ação e da reconvenção.”

Quanto à amplitude de aplicação do instituto, este encontra óbice nas ações cujo processo toma o rito sumário, isto é, naquelas causas relacionadas no art. 275 do vigente Código de Processo Civil, tendo em vista que nestes é possível formular pedido na contestação. Logicamente, pelo mesmo raciocínio, nas ações que tramitam nos Juizados Especiais (Lei. 9.099) e em alguns procedimentos especiais que também admitem a formulação de pedido contraposto, como nas ações possessórias e de prestação de contas, chamadas por tais motivos de ações dúplices.

Enfim, a reconvenção será excluída do sistema processual com a aprovação do PLS 166/2010 e promulgação de um novo Código de Processo Civil. Pergunta-se: tal exclusão é pertinente? Em nosso entendimento a resposta é afirmativa.

Conforme se pode observar da leitura do art. 337 do PLS 166/2010, optou-se por excluir a reconvenção, contudo, possibilitar ao réu a formulação de pedido contraposto para aduzir pretensão própria que seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. É o que rege o referido dispositivo:

“É lícito ao réu, na contestação, formular pedido contraposto para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, hipótese em que o autor será intimado, na pessoa do seu advogado, para responder a ele no prazo de quinze dias”.

Diante da opção legislativa, todas as ações passam a ser dúplices, ou seja, passam a admitir a formulação de pedido no bojo da contestação, eliminando-se o pedido reconvenicional e o seu procedimento.

Entendemos que tal opção legislativa é positiva, uma vez que em consonância com o espírito e a proposta de simplificação do

novo Código de Processo Civil, conforme ressalta, inclusive, a sua exposição de motivos: “Com a finalidade de simplificação, criou-se, *v.g.*, a possibilidade de o réu formular pedido independentemente do expediente formal da reconvenção, que desapareceu”.

Nessa seara, apesar de não dedicarmos um capítulo deste breve estudo aos temas, ainda merece registro, dentro desse contexto de simplificação de incidentes na resposta do réu, a necessidade de alegação das seguintes matérias nas preliminares da contestação: incorreção do valor da causa, indevida concessão do benefício da justiça gratuita e as duas espécies de exceção de incompetência.

3.2. Ação declaratória incidental

O vigente Código de Processo Civil prevê, nos arts. 5º e 325, a possibilidade de ajuizamento de ação declaratória incidental, para que, se eventualmente se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da causa principal, qualquer das partes possa requerer que o juiz a declare na sentença, com o fim de que a matéria se torne imutável com os efeitos ou qualidade da coisa julgada. É o que se extrai, respectivamente, dos referidos artigos:

“Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença”.

“Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, ou autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide”.

Como é sabido, a coisa julgada se restringe ao dispositivo da sentença, em valorização ao “princípio da demanda”, o

que é necessário para se respeitar a liberdade individual no que tange à escolha das matérias que serão objeto de decisão imutável do Poder Judiciário, além, é claro, de resguardar a imparcialidade deste.

Daí a necessidade de existência da ação declaratória incidental como prevista na lei processual, com o fim de que eventual questão prejudicial possa fazer coisa julgada na hipótese de as partes assim requererem, como autoriza o art. 470 do vigente Código de Processo Civil: “Faz, todavia, coisa julgada a resolução de questão prejudicial, se a parte o requerer (art. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

Consoante ressalta Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 152), a ação declaratória incidental tem como função “provocar o juiz a decidir tema que seria normalmente – em função da estrutura conferida à ação pelo autor na petição inicial – examinado tão somente de maneira incidental no pronunciamento judicial”.

Na hipótese de uma questão prejudicial se tornar litigiosa no curso do processo, portanto, e uma das partes desejar que ela seja apreciada não somente como razão de decidir, mas como questão prejudicial autônoma, a formar coisa julgada, deve utilizar a ação declaratória incidental, que ensejará uma ampliação da lide pela cumulação de pedidos.

Ocorre que o PLS 166/2010, com fim de simplificação do processo, optou por excluir do sistema processual a ação declaratória incidental, conferindo ao juiz a prerrogativa de declarar por sentença, com força de coisa julgada, relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide. É o que rege o art. 19 do Projeto de Novo Código de Processo Civil:

“Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurando o contraditório, a declarará por sentença, com força de coisa julgada”.

A opção do projeto de Novo Código de Processo Civil é correta? *Data maxima venia* à nobre comissão formada pelos ilustres juristas, aqui nossa resposta é negativa, ou seja, entendemos que não foi acertada a opção legislativa. Por quê?

Porque às partes é que deve caber a definição de quais matérias serão alcançadas pela coisa julgada. A doutrina pátria corrobora essa posição e exemplifica a situação de que, se a parte não colher todas as provas que lhe interessem, possa preferir que a questão seja apreciada em outra demanda.

Paulo Henrique dos Santos Lucon, por exemplo, afirma que “apenas às partes, portanto, deve-se conferir o poder de definir quais matérias serão alcançadas pela coisa julgada. Dessa forma, propõe-se a manutenção do atual art. 5º do Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro”.

Nesse diapasão, entendemos que, no que tange à ação declaratória incidental, não foi acertada a opção legislativa de excluí-la do sistema processual. A intenção de evitar a propositura de novas demandas, com a inclusão forçada na coisa julgada de matérias não postuladas pelos jurisdicionados, parece-nos violar o “princípio da demanda”, atualmente esculpido nos arts. 128 e 460 do vigente Código de Processo Civil.

Assim, nossa primeira impressão sobre a questão é pela manutenção da ação declaratória incidental, como prevista nos arts. 5º e 325 do vigente Código de Processo Civil.

3.3. Ação monitória

Na busca de simplificação e organicidade às regras do processo civil brasileiro, para maior coesão do sistema, o projeto de Novo Código de Processo Civil extinguiu muitos procedimentos especiais, mantendo-se a ação de consignação em pagamento, a ação de prestação de contas, a ação de divisão e demarcação de terras particulares,

¹Texto apresentado na audiência pública realizada em São Paulo, gentilmente cedido pelo Professor da Universidade de São Paulo.

inventário e partilha, embargos de terceiro, habilitação, restauração de autos, homologação de penhor legal e ações possessórias.

Não há dúvida que muitas características consideradas peculiares aos procedimentos especiais no passado, com as inúmeras reformas por que passou o vigente Código de Processo Civil, deixaram de ser exclusivas de tais procedimentos, o que, de fato, retirou-lhes o caráter de especial, a exemplo do sincretismo processual, a justificar a opção legislativa do projeto do Novo Código de Processo Civil.

Nessa opção legislativa, entretanto, preocupa-nos a decisão de excluir do sistema a ação monitória, por tudo que ela representa tanto historicamente como no direito comparado.

O procedimento monitório foi introduzido no sistema processual brasileiro pela Lei 9.075/1995, que o incluiu no Livro IV, Título I, do Código de Processo Civil, capítulo XV – Da ação Monitória, nos arts. 1.102- A a 1.102-C.

Tal processo resulta da conjunção de atos de cognição e execução e possui técnica própria, consistente na inversão do contraditório e estrutura procedimental diferenciada. Conforme o texto legal supracitado, a ação tem como fundamento prova de cunho exclusivamente documental e como finalidade o recebimento de crédito, entrega de bem móvel determinado ou coisa fungível.

Segundo Antonio Carlos Marcato (2005, p. 286), “o processo monitório tem suas raízes no procedimento do *mandatum de solvendo cum clausula iustificata* (ou *praeceptum executivum sine causae cognitione*), inspirado no procedimento canônico da *summaria cognitio*, que tinha por objetivo a abreviação da duração dos processos.”

Procedimento similar ao *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* pode ser encontrado nas Ordenações Manoelinas e Filipinas, consistente na ação de assinatura de 10 dez dias ou ação decendiária. Conforme afirma José Rogério Cruz e Tucci, tal ação (1996, p. 36) “poderia ser ajuizada pelo credor para haver do devedor quan-

tia certa ou coisa determinada, conforme provasse escritura pública ou alvará feito e assinado”.

A ação decendiária também foi tratada, na época das codificações processuais estaduais, pelo Código de Processo Paulista, no capítulo XVIII de seu livro V, “Do processo Especial”, entre os arts. 767 e 771.

Mais do que o viés histórico, preocupam-nos a opção legislativa de excluir tal ação de nosso sistema processual, diante da popularidade que possui no direito comparado. Não podemos olvidar a existência da *injonction de payer* do direito francês, o procedimento *d’ingiunzione* italiano, o *Mahnverfahren* alemão, o *Mandatsverfahren* austríaco, o *Dwangbevelprocedure* holandês, entre outros.

Não sabemos se a opção legislativa foi fundada em dados estatísticos no que tange à utilização de tal instituto e, de qualquer sorte, também não os temos. A crítica, entretanto, quanto à manutenção da ação monitória é que, em nosso sistema, na quase totalidade das ações, há oposição de embargos monitórios, o que tem o condão de transformar o rito especial num procedimento ordinário.

Ora, por que em vez de excluir essa técnica sumária de tutela jurisdicional do sistema processual não alteramos o seu perfil para que possa efetivamente trazer celeridade e efetividade à prestação jurisdicional?

Por exemplo, por que em vez de excluir a ação monitória do sistema processual o projeto de Novo Código de Processo Civil não copia o modelo italiano, que autoriza, quando da oposição de embargos e necessária observação do procedimento ordinário, a execução provisória mediante prestação de caução pelo autor?

Em suma, não concordamos com a exclusão da ação monitória. A opção de manutenção da ação monitória no sistema processual poderia ser realizada e fortalecida, outrossim, com a redução do rol dos títulos executivos, cuja quantidade, em comparação com outros países como a Itália, é bastante extensa.

3.4. Ações cautelares nominadas

Na conclusão da exposição de motivos do novo Código de Processo Civil, a comissão conclui que “em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente...”.

No âmbito da tutela de urgência, essa correta diretriz é facilmente percebida. O PLS 166/2010 aprimorou as inovações inseridas pelas reformas processuais no Código de Processo Civil vigente e as sistematizou de forma mais abrangente.

E, mais, ainda foi mais longe com a adoção de posições revolucionárias que atenuam a função instrumental da tutela cautelar, a exemplo do que ocorre na Itália, França e Alemanha. É o que se pode constatar da leitura dos parágrafos 2º do art. 288 e 2º e 3º do art. 289 do projeto de Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia”.

“A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar”.

“Na hipótese prevista no parágrafo 2º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados”.

Conforme já dito, essa atenuação da instrumentalidade das cautelares, para que o litígio seja finalizado com a tutela jurisdicional dada nessa seara, já é uma realidade vivenciada no direito comparado. Alberto José Lafuente Torralba, referindo-se ao direito italiano, ressalva que:

“No obstante, en los últimos años se há venido produciendo en Itália una revisión de estos planteamientos, bajo la presión insoslayable de una

administración de justicia cada vez más desbordada y de la creciente dilatación de los procesos. Esta apremiante coyuntura ha impulsado una nueva evolución de la tutela cautelar, tan radical que conmueve los mismos principios que la inspiran. En efecto, se ha buscado en las medidas cautelares un revulsivo para aliviar el atasco de los tribunales y agilizar la actividad jurisdiccional: han dejado de ser meros instrumentos del proceso declarativo, para emanciparse de él y convertir-se en una alternativa al mismo, más rápida y de resultados más inmediatos (TORRALBA, 2008, p. 78).

Nesse sentido Proto Pisani (1998, p. 8) entende que as medidas cautelares podem assumir não somente a função de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, mas também uma função de economia processual, evitando que a adoção da medida deva acompanhar sempre e necessariamente, sob pena de ineficácia, um processo de cognição plena. Tal posição está em consonância com a opção legislativa dos parágrafos segundo dos artigos 288 e 289 do projeto de Novo Código de Processo Civil.

No que tange ao parágrafo 3º do art. 289 transcrito, além de sua semelhança com o art. 669-*octies*, parágrafo sexto, do Código de Processo Civil Italiano, também merece destaque a sua sintonia com o instituto *référé* do direito francês e a *Leistungsverfügung* do alemão, técnicas que flexibilizam a relação entre a tutela de mérito e a tutela cautelar, no sentido de dar autonomia a esta última como forma de ela poder ensejar uma solução definitiva ao processo, para acelerar a prestação jurisdicional e prestigiar o princípio da economia processual.

Essa técnica que atenua a instrumentalidade da ação cautelar e transfere o ônus da propositura da ação principal para ambas as partes litigantes, sob pena de a prestação jurisdicional dada provisoriamente naquela solucionar o litígio, enseja uma situação

peculiar referente à parte contra quem é deferida a liminar. Por estar numa situação de sujeição processual, em tese ela é quem tem o maior interesse em propor a ação principal, com o fim de que a decisão liminar possa ser cassada com uma decisão final de mérito. Consequentemente, passando a parte ré a ser autora da ação principal, passará a ter o ônus de provar a inexistência de um direito aferido superficialmente no plano do *fumus boni iuris* para tutela da parte contrária.

Enfim, o PLS 166/2010 demonstra uma postura vanguardista e revolucionária, em sintonia com opções legislativas já adotadas nos ordenamentos jurídicos italiano, francês e alemão, que atenuam a instrumentalidade da tutela cautelar, conferindo-lhe autonomia para solucionar a lide.

A despeito da revolucionária alteração realizada em consonância com o direito comparado, um pequeno detalhe na sistematização merece atenção e reparo. Trata-se do *caput* do art. 283 do projeto, que rege: “Para a concessão da tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Na tentativa de sistematização das espécies de tutela de urgência, tal dispositivo olvida que a tutela cautelar e a tutela antecipada possuem requisitos distintos para o seu deferimento. Enquanto para concessão da tutela cautelar, tendo em vista sua natureza instrumental, basta a plausibilidade ou o *fumus boni iuris*, a tutela antecipada, por sua natureza satisfativa, exige uma forte probabilidade da existência do direito.

Essa questão técnica não passou despercebida pela doutrina mais atenta. Entre as dez sugestões ao projeto PLS 166/2010 formuladas por João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes, destaca-se a nona:

“Deve ser alterada a redação do art. 283 do Projeto, uma vez que a tutela de urgência é espécie, de que cons-

tituem subespécies a tutela cautelar e a tutela antecipada. Consagrou-se o entendimento doutrinário no sentido de que para a tutela cautelar é bastante a plausibilidade ou o *fumus boni iuris*, enquanto para a tutela antecipada se exige a forte probabilidade da existência do direito. O artigo em questão, porém, alude unicamente à plausibilidade como requisito para obtenção da tutela de urgência, sem fazer distinção entre as duas subespécies mencionadas (LOPES; LOPES, 2010, p. 167).”

A despeito dessa necessária pequena retificação na redação do projeto PLS 166/2010 no que tange à seção “Da Tutela de Urgência e Cautelar Satisfativa”, muito mais importante para os propósitos do presente trabalho é analisar a eliminação das cautelares nominadas.

Conforme justifica a exposição de motivos do projeto de Novo Código de Processo Civil, “extingiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida”.

Diante da tendência do direito processual pátrio de expansão das medidas cautelares e de urgência, *a priori* não se justificaria a manutenção de procedimentos cautelares típicos, diante do aumento dos poderes do juiz e, consequentemente, da liberdade deste para decidir casuisticamente sobre a existência dos requisitos da tutela cautelar.

A opção legislativa, pois, dentro do contexto de simplificação proposto pela comissão, parece-nos acertada, com ressalva quanto aos procedimentos de arresto e sequestro, que poderiam ser mantidos no Código, com os seus requisitos específicos. Preocupa-nos, nessas situações que exigem requisitos específicos e ensejam situações de sujeição e restrição ao direito de propriedade da parte, a possibilidade de excessos

com o aumento do poder discricionário conferido ao julgador.

3.5. Agravo retido e embargos infringentes e agravo interno

No tocante ao sistema recursal, a opção pela simplificação pode se extrair da Exposição de Motivos do projeto de Novo Código de Processo Civil: “Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado.”

A necessidade de rendimento de cada processo é enaltecida com propriedade por Teresa Arruda Alvim Wambier, relatora do projeto de Novo Código de Processo Civil:

“Quer-se um processo que renda: um processo de resultados. Que renda em si mesmo e que renda para a sociedade. Que renda, no sentido de proporcionar o máximo de aproveitamento da atividade do Poder Judiciário, vista como um todo. Há várias técnicas para se fazer com que um processo renda mais em si mesmo. Pode-se, por exemplo, criar a regra de que a coisa julgada abranja também as questões prejudiciais. Mas há maneiras de se atingir este objetivo por meio do sistema recursal, fazendo-se com que este sistema flua. De fazer com que recorrer seja ‘subir uma escada’ e não ‘subir uma duna de areia’ (WAMBIER, 2010, p. 276)”.

Nesse contexto de simplificação e rendimento do processo e do sistema recursal, o PLS 166/2010 optou por excluir do sistema processual o agravo retido e os embargos infringentes. Pergunta-se: a opção é acertada? Parece-nos que sim. Vejamos cada recurso separadamente.

No que tange ao agravo retido, conforme pondera a exposição de motivos do

projeto de Novo Código de Processo Civil, “duas teses podem ser adotadas com vistas ao controle das decisões proferidas pelo juiz no decorrer do processo em primeira instância: ou, a) não se proporciona recurso algum e os litigantes poderão impugná-las somente com o recurso cabível contra o julgamento final, normalmente a apelação, casos estes em que não incidirá preclusão sobre tais questões, ou, b) é proporcionado recurso contra as decisões interlocutórias (tanto faz que o recurso suba *incontinenti* ao órgão superior ou permaneça retido nos autos do processo) e ficarão preclusas as questões nelas solucionadas caso o interessado não recorra” (Aragão, E. M. *Reforma Processual: 10 anos*, p. 210-211).

No Código vigente, a opção é pela letra “b”, conforme se pode constatar da leitura de seu art. 522: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

Ocorre que a modalidade de agravo retido foi eliminada do sistema processual pelo projeto de Novo Código de Processo Civil, com alteração da opção legislativa para a letra “a” como tese adotada para sua modalidade.

Tal recurso está atualmente regulado no art. 523 do vigente Código de Processo Civil, que dispõe: “Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o Tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação”.

Apesar de o agravo retido ser interposto no momento de prolação da decisão interlocutória, somente é apreciado quando do julgamento da apelação. O objetivo do recurso, pois, consiste apenas na demonstração de inconformismo tempestivo contra decisão, com o fim de que não haja preclusão e a matéria seja apreciada posterior-

mente. Diante do novo regime, o momento de julgamento será o mesmo, alterando-se apenas o momento da impugnação.

Como um dos principais objetivos da reforma consiste na simplificação do processo, basta alterar o regime das preclusões para se eliminar o recurso de agravo retido, sendo a matéria apreciada em sede de apelação. E foi o que propôs acertadamente a reforma, mantendo apenas o recurso de agravo de instrumento para as “hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa”, como ressalva a exposição de motivos.

Em nosso entendimento, a opção legislativa é acertada e, como propõe a comissão, faz o processo render. O sistema de irrecorribilidade de decisões interlocutórias já existe em nosso ordenamento jurídico na seara do processo do trabalho, como se depreende do art. 893, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho². Poder-se-ia até ir um pouco mais longe, como o faz a lei trabalhista, que adota a irrecorribilidade de qualquer decisão interlocutória, mas aí voltaríamos a ter uma enxurrada de mandados de segurança, como já ocorreu no passado, na época em que o agravo de instrumento não possuía efeito suspensivo, quicá se este não fosse sequer previsto...

Os embargos infringentes, recurso cabível contra acórdão não-unânime proferido no julgamento de apelação ou ação rescisória com o objetivo de fazer prevalecer o voto vencido, merecem análise mais pormenorizada das vantagens ou desvantagens de sua exclusão do sistema processual, haja vista o intenso debate existente na doutrina pátria sobre a sua utilidade.

² Art. 893, parágrafo 1º, da CLT: “Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

Não é a primeira vez que se cogita a eliminação do instituto. Nos estudos anteriores à promulgação do Código de Processo Civil de 1973, no item 5 da exposição de motivos do Anteprojeto Buzaid, constava que “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão”.

Independentemente da capacidade ou não de os embargos infringentes contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, o fato é que o instituto surpreendentemente apareceu no art. 530 do vigente Código de Processo Civil com a seguinte redação: “Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

As limitações ao instituto, entretanto, voltaram à tona na segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil, com a restrição de suas hipóteses de cabimento por meio da Lei 10.352/2001, que alterou o art. 530 do vigente Código de Processo Civil, o qual passou a ter a seguinte redação: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão distribuídos à matéria objeto da divergência”.

Essas restrições ao cabimento dos embargos infringentes culminaram com a proposta de sua exclusão do sistema recursal pelo PLS 166/2010, opção legislativa que reputamos acertada, diante das inúmeras questões polêmicas que envolvem a correta interposição do recurso e sua relação com os recursos especiais e extraordinários.

A necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias para o cabimento dos recursos especial e extraordinário, por exemplo, é exigência das súmulas 281 do STF (“é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”) e 207 do STJ (“é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”). Por outro lado, como é sabido, os tribunais superiores têm decidido que a oposição de embargos infringentes, quando incabíveis, não têm o condão de interromper o prazo para interposição dos recursos excepcionais.

Esse panorama de incerteza jurídica foi corretamente diagnosticado por Luiz Guilherme Aida Bondioli (2009, p. 60):

“Em situação de dúvida quanto ao cabimento de embargos infringentes, qualquer comportamento adotado pela parte é extremamente arriscado. Por um lado, se deixa de opor embargos, corre o risco de ver seu recurso especial ou extraordinário trancado com fundamento nas Súmulas 281 do STF e 207 do STJ, na hipótese de as instâncias superiores entenderem que tais embargos eram cabíveis. Por outro lado, se apresenta os embargos infringentes, também se arrisca a ter seu recurso especial ou extraordinário indeferido, agora sob o argumento da intempestividade, caso os embargos anteriormente apresentados sejam considerados incabíveis”.

Ora, não é possível que o jurisdicionado conviva com essa insegurança jurídica e, nesse diapasão, entendemos acertada a opção legislativa adotada pelo projeto de Novo Código de Processo Civil, que exclui os embargos infringentes do sistema recursal brasileiro.

Por fim, no que tange ao agravo interno, parece-nos que a opção legislativa é inconstitucional. Delegar a um único magistrado a apreciação de um recurso cuja competência para julgamento, pelo texto da Constituição

Federal, pertence a um colegiado, limitando a prestação jurisdicional dada àquele que busca se valer do duplo grau de jurisdição é privá-lo de um direito assegurado pela Carta Magna.

3.6. Embargos à arrematação

Na seara da execução, dentro do escopo do presente estudo, merece reflexão a eliminação dos embargos à arrematação, atualmente positivada no art. 746 do vigente Código de Processo Civil: “É lícito ao executado, no prazo de cinco (5) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo”.

O único meio de impugnação contra a arrematação, por qualquer irregularidade que possa torná-la nula, passa a ser a ação anulatória. Nesse sentido são as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 161):

“O projeto suprime a possibilidade de embargos à arrematação. Depois de expedida a carta de arrematação ou a ordem de entrega, o executado só poderá se voltar contra ela mediante ação própria, na qual o arrematante figurará como litisconsorte necessário (art. 826, parágrafo 3º). A ação própria para tanto é a ação anulatória (art. 894, Projeto)”.

Aliás, o próprio texto da exposição de motivos já remete o jurisdicionado para tal solução: “Foram extintos os embargos à arrematação, tornando-se a ação anulatória o único meio de que o interessado pode valer-se para impugná-la”.

A ação anulatória está prevista no art. 894 do projeto de Novo Código de Processo Civil e a possibilidade de anulação dos atos homologatórios praticados em sede do processo de execução está no seu parágrafo único, *in verbis*:

“Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros

participantes do processo e homologados pelo juízo estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. Parágrafo único. São anuláveis também atos homologatórios praticados no curso do processo de execução”.

Como não há qualquer prejuízo ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, restando à parte a via da ação anulatória como forma de acesso à prestação jurisdicional para tutela de eventual direito de propriedade violado na seara da arrematação, reputamos como acertada a opção legislativa como forma de simplificação do sistema processual. Restará ao jurisdicionado, apenas, o ônus de arcar com as custas da ação e os riscos de eventual sucumbência.

4. Conclusão

O projeto de novo Código de Processo Civil constitui uma obra valiosa, fruto de reconhecido labor dos ilustres juristas que formaram a comissão nomeada para a importante missão. O seu Presidente, Luiz Fux, com muita propriedade asseverou:

“Essas são as principais inovações do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, fruto do labor dos homens que compuseram a comissão e que nutriram a sensação de que os novos tempos reclamam novos direitos, de que é possível recomeçar várias vezes na mesma vida, de que é saudável sonhar o sonho de justiça, mas é impossível, como entreviu Fernando Pessoa: ‘Servir à sua época e a todas as épocas ao mesmo tempo; ou escrever para homens e Deuses o mesmo poema’ (FUX, 2011, p. 24).

As inovações trazidas pelo projeto já são objeto de intensa discussão na doutrina. Procuramos, neste breve ensaio, expor nossa opinião sobre os institutos que foram excluídos do sistema processual.

Diante da proposta de simplificação do processo, entendemos como acertada a

opção legislativa de eliminação da reconvenção, do agravo retido, dos embargos infringentes e embargos à arrematação. Quanto ao agravo interno, a sua extinção nos parece estar eivada de inconstitucionalidade, pelo fato de a Constituição Federal assegurar um julgamento colegiado ao jurisdicionado que busca exercer o duplo grau de jurisdição.

No que tange à ação declaratória incidental e à ação monitória, pensamos que tais institutos poderiam ser mantidos no sistema processual. O primeiro por ser um direito das partes escolher quais matérias prejudiciais poderão ser abrangidas pelo manto da coisa julgada no litígio e não uma imposição do Poder Judiciário, diante do “princípio da demanda”. A segunda, por ser um procedimento sumário de relevante utilização no direito comparado, que poderia ter alterada a tramitação para admitir a execução provisória quando o procedimento se tornasse ordinário, como ocorre na Itália.

Quanto à eliminação das ações cautelares nominadas, nosso entendimento é no sentido de manter os procedimentos de arresto e sequestro, tendo em vista os requisitos específicos inerentes a tais institutos e a sujeição e ônus imposto à parte que sofre os seus efeitos, com incidência e limitação do direito constitucional de propriedade. Preocupa-nos o aumento de poderes discricionários dos juízes nessas situações.

Por fim, é imprescindível registrar mais uma vez que se trata de “primeiras impressões”. Logicamente, somente o tempo dirá se as opções legislativas de exclusão de tais institutos do sistema processual foram acertadas ou não.

Referências bibliográficas

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 191, jan. 2011.

- BONDIOLI, Luiz Guilherme. Reflexões em torno do cabimento dos embargos infringentes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 173, ano 34, p. 54-94, jul. 2009.
- FUX, Luiz. O novo processo civil. In: _____ (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: Direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro Lopes. Novo código de processo civil e efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 188, ano 35, out. 2010.
- _____; _____. Pontos polêmicos na reforma. *Tribuna do Direito*, São Paulo, ano 18, n. 215, mar. 2011.
- MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos especiais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e proposta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PISANI, Andrea Proto. Per l' utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. *Il foro Italiano*, v. 8, jan. 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TORRALBA, Alberto José Lafuente. La evolución de la tutela cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 156, ano 33, fev. 2008.
- TUCCI, José Rogério. Ação monitória. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos como forma de fazer 'render' o processo no projeto 166/2010. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 189, ano 35, nov. 2010.