



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL

**COMISSÃO PROVISÓRIA DE ESTUDO DO PROJETO DE LEI QUE
CRIA O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

RELATÓRIO FINAL



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL

**COMISSÃO PROVISÓRIA DE ESTUDO DO PROJETO DE LEI QUE
CRIA O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

RELATÓRIO FINAL

MEMBROS DA COMISSÃO:

Dr. Coraldino Sanches Filho – Presidente

Dr. André Luiz Maluf – Vice Presidente

Dr. Jully Heyder da Cunha Souza – Secretário

Dr. Julio Cesar Souza Rodrigues

Dr^a. Rachel de Paula Magrini

Dr. Ricardo Trad Filho

Dr. Nilton Kiyoshi Kurachi

Dr. Gabriel Abrão Filho

Dr. Ney Alves Veras.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL

**RELATÓRIO FINAL DOS TRABALHOS E CONCLUSÕES DA COMISSÃO
PROVISÓRIA DE ESTUDO DO PROJETO DE LEI QUE CRIA O NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

Com o escopo de analisar o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166/10 que cria o novo Código de Processo Civil Brasileiro e apresentar sugestões visando o aperfeiçoamento do futuro Estatuto Processual, sobretudo por se tratar de assunto que interessa diretamente à classe advocatícia, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Mato Grosso do Sul, criou a presente **COMISSÃO PROVISÓRIA DE ESTUDO DO PROJETO DE LEI QUE CRIA O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** tendo sido designado como presidente o Dr. Coraldino Sanches Filho e como membros: Dr. Julio Cesar Souza Rodrigues (vice-presidente da OAB/MS), Dr^a Rachel de Paula Magrini (Secretária Geral da OAB/MS), Dr. Ricardo Trad Filho (Conselheiro Estadual), Dr. Nilton Kiyoshi Kurachi (Conselheiro Estadual), Dr. Jully Heyder da Cunha Souza (Conselheiro Estadual Suplente), Dr. Gabriel Abrão Filho (Secretário Geral da Escola Superior de Advocacia de MS), Dr. André Luiz Maluf e Dr. Ney Alves Veras.

Os trabalhos foram desenvolvidos através de reuniões de estudo ocorridas na sede da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, onde se travaram as necessárias discussões e debates sobre os vários pontos do Projeto.

Assentou-se, à unanimidade, o entendimento de que o projeto conduz a um evidente avanço na disciplina do direito processual civil brasileiro, ao passo que, literalmente, incorpora às normas processualistas, princípios constitucionais de inegável valor ao desenvolvimento da atividade jurisdicional, e marca, distintamente, a noção de instrumentalidade do processo

tornando os procedimentos mais enxutos e, de resto, contribuindo para a garantida constitucional à razoável duração do processo (art. 5º LXXVIII da CF).

Ocorre que, como característica inafastável do processo democrático, o amplo confronto e debate de idéias revelam-se como caminhos que mais corretamente conduzem ao acerto do resultado, de modo que, durante os trabalhos desta comissão, foram identificadas questões de grande relevo que merecem, sem qualquer dúvida, melhor análise do Poder Legiferante, esperando a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Mato Grosso do Sul, que sejam acolhidas as proposições, levando a efeito as modificações sugeridas.

Segundo o método de trabalho da Comissão, foram designados relatores incumbidos da elaboração de pareceres acerca de cada infausto ponto encontrado no projeto, sendo as conclusões individuais posteriormente submetidas à discussão e aprovação pelos membros da comissão, cujo resultado segue abaixo transcrito como parte integrante do presente relatório.

Com efeito, concluiu a comissão que o tratamento dispensado pelo projeto aos honorários sucumbenciais, embora representando nítida evolução, merece algumas correções e adendos. O parecer, neste particular, elaborado em conjunto pelos Drs. Coraldino Sanches Filho e Rachel de Paula Magrini, cerrou entendimento pela necessidade de ser inserida no caput do art. 73 a previsão de que a sentença também condenará o vencido ao pagamento dos honorários, **ainda que o vencedor atue em causa própria**. Também se concluiu pela inserção no § 1º do art. 73, uma disposição expressa prevendo a possibilidade de arbitramento de honorários advocatícios no julgamento do pedido contraposto, uma vez que eliminada, na proposta, a figura da reconvenção onde os serviços advocatícios são atualmente remunerados quando ampliados, incidentalmente, os limites da lide inicialmente proposta.

Ainda no mesmo parecer, sugeriu-se a supressão do § 3º do art. 73, que estabelece parâmetros menores e diferenciados para fixação dos honorários contra a Fazenda Pública, o que agride o princípio isonômico. Ou, subsidiariamente, ainda em obediência à paridade de tratamento, sugeriu-se uma modificação da redação do referido parágrafo, fazendo constar que, em qualquer

ação em que atue a Fazenda Pública, seja ela vencedora ou vencida, os honorários serão estabelecidos por iguais parâmetros para ambas as partes.

Por fim, apontou o parecer um erro técnico na redação do § 4º do art. 73 que faz referência ao caput do § 2º do mesmo artigo, ao passo que deveria fazer referência aos incisos deste último dispositivo, sob pena de tornar inócua a determinação legal.

Em outro parecer, apresentado pelo Dr. Jully Heyder da Cunha Souza, foi também aprovado à unanimidade a sugestão de supressão da parte final do parágrafo único do art. 86 e do art. 89 da proposta, que dispensa a representação de profissional inscrito na Ordem, nas hipóteses falta de advogado na localidade ou de recusa ou impedimento dos que houver. Segundo o parecer, esta flexibilização do *ius postulandi* evidencia flagrante ofensa aos artigos 5º caput e incisos LIV, LV e 133 da Constituição Federal, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Este tema, segundo consenso da comissão, ainda que encontre correspondência no art. 36 do atual Código, há muito em desuso, representa uma das questões mais tormentosas e prejudiciais contidas no texto da proposta legislativa, porquanto busca reavivar um dispositivo criado em 1973, não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e também em confronto com o Estatuto da Advocacia, Lei 8.906/1994.

No mesmo parecer ainda se destacou a impropriedade do § 4º do art. 333 da proposta, que dispensa a presença de advogado em audiência de conciliação. De fato, concluiu-se que tal dispositivo fere a Ordem Constitucional que estabelece ser o advogado indispensável à administração da justiça, bem como agride o princípio isonômico, na medida em que possibilita que uma das partes debata seus direitos no processo, ainda que com escopo conciliador, sem conhecimento técnico ou capacidade de delinear seguramente os riscos, vantagens e conseqüências de sua decisão.

Outra questão instigante, suscitada pelo membro da Comissão Dr. Julio Cesar Rodrigues, cujo parecer foi aprovado à unanimidade, se

refere à redação do inciso II do art. 723 do projeto, que trata das medidas acautelatórias no processo de execução. Neste particular, propõe-se que o referido dispositivo trate com a devida distinção esta espécie de tutela de urgência que, em verdade, dispensa a persecução do *fumus boni iuris*, já demonstrado nos próprios autos onde incidentalmente será pleiteada, de modo que deve o dispositivo determinar, objetivamente, o único requisito de fato exigido para a concessão da medida acautelatória no processo de execução, a saber, o *periculum in mora*. Ademais, tendo em conta, justamente, o traço distintivo da medida acautelatória de que trata o art. 723 do projeto, destacou o parecer a necessidade de se constar no texto legal o procedimento exigido para a busca de tal provimento jurisdicional, que pode ser concedido por “simples petição”.

Já no parecer apresentado pelo advogado Dr. André Luiz Maluf de Araújo tratou-se de um problema de sistematização do projeto no que se refere às PROVAS. No projeto do NCPC tratou-se do tema no “LIVRO I – Parte Geral - Título VIII- Capítulo I – “DAS PROVAS” – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS”, que começa no artigo 257 e termina no artigo 276, parágrafo único, e **mais adiante**, após falar sob outros temas, retoma o assunto “DAS PROVAS” no “LIVRO II – Do Processo de Conhecimento - Capítulo XII”, agora tratando sobre os meios de prova admitidos – tema que inicia no artigo 364 e termina no artigo 466, parágrafo único. Ao final, se propôs a unificação do tema num único Livro, para que o estudo da disciplina das provas não reste prejudicado pelo seccionamento desnecessário.

O membro da comissão Dr. Ricardo Trad Filho abordou em seu parecer as disposições contidas no art. 70 e 749, que tratam respectivamente da multa por litigância de má-fé, e da responsabilidade patrimonial no processo de execução. De fato, o projeto propõe maior eficácia à atividade jurisdicional, atendendo a este propósito, as medidas que desestimulam a chicana processual. Deste modo, propõe o parecer que a multa por litigância de má-fé, que no projeto é majorada de 1% para 2% sobre o valor da causa, seja estabelecida entre 2% a 10% sobre o valor da causa, atendendo, destarte, a finalidade essencial da norma.

No que concerne ao art. 749, o parecer destaca que a referência ao objetivo da execução em *expropriar bens do devedor ou do*

responsável, sem definir adequadamente este último termo, traria um grande prejuízo interpretativo, dado às várias espécies de responsabilidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro. A conclusão, destarte, que melhor atende à segurança jurídica, foi no sentido de suprimir do texto a expressão “ou do responsável”.

O membro comissão Dr. Nilton Kiyoshi Kurachi apresentou sugestões elaboradas em conjunto com outros membros da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, sendo aprovada pela comissão a modificação do parágrafo primeiro do art. 73 do projeto, para que passe a constar a necessidade de condenação em honorários advocatícios nos julgamentos das impugnações ao cumprimento de sentença. Da mesma forma, se aprovou a alteração do art. 941 do projeto, que extingue o efeito suspensivo no recurso de Embargos de Declaração, para que seja mantido tal efeito, inerente, aliás, ao próprio objetivo do recurso aclaratório, que é justamente o aperfeiçoamento da decisão embargada.

Destarte, estas são as alterações propostas pela presente comissão, as quais servem apenas ao aperfeiçoamento da norma em gestação, cujos fundamentos poderão ser analisados mais detidamente pela leitura dos pareceres abaixo transcritos:

PARECER “I”

Relatores do parecer: Dr Coraldino Sanches Filho e
Drª Rachel de Paula Magrini

OBJETO: ART. 73, CAPUT, PARÁGRAFOS 1º E 4º, DO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 73: A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa.

§ 1º A verba honorária de que trata o caput será devida também no cumprimento de sentença, na execução embargada ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 3º Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados entre o limite de cinco por cento e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros do § 2º.

§ 4º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito, o benefício ou a vantagem econômica, o juiz fixará o valor dos honorários advocatícios em atenção ao disposto no § 2º.

1.1 Como resultado dos trabalhos realizados junto à “Comissão Provisória de Estudo do Projeto de Lei que cria o Novo CPC”, pode-se observar que o artigo 73 do novel ordenamento trouxe-nos, sob uma perspectiva axiológica, algumas evoluções frente à legislação em vigor,

notadamente no que concerne à explícita menção da natureza alimentar dos honorários, assim como à taxativa impossibilidade de compensação de tais verbas.

1.2 Entretanto, não obstante sejam elogiáveis as reportadas inovações, depreende-se que, no novo artigo de lei, relevantes direitos outrora conquistados pelos advogados - e sob os quais não há sequer divergência doutrinária - foram suprimidos no Projeto, situação com a qual não se deve coadunar.

1.3 De início, oportuno destacar que o mencionado artigo 73, ao contrário do congênere em vigor, não traz em seu bojo a fixação de honorários de sucumbência em benefício dos advogados que atuarem em causa própria, omitindo-se, portanto, sobre uma questão que já fora tormentosa e que somente se pacificou quando o legislador de 1973, ao incluir a segunda parte do artigo 20, caput, do CPC, supriu a lacuna deixada no Código de 1939.

1.4 Vale dizer: considerando divergências jurisprudenciais da época, o “Código Buzaid”, a fim de não dar margem a nenhuma dúvida, foi taxativo ao garantir o direito aos honorários quando o advogado “funcionar em causa própria”, prerrogativa esta que não fora resguardada pela redação do ora comentado artigo 73.

1.5 Por esse motivo, com o escopo de se evitar a ressuscitação de controvérsias há muito superadas, entende-se que ao caput do artigo 73 deva ser incluída uma segunda parte, cuja redação sugerida, em princípio, seria:

Art. 73. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa. **Em todas as hipóteses, os honorários serão igualmente devidos quando o advogado atuar em causa própria.**

2.1 De outra face, mas não menos proeminente, cumpre rememorar que o instituto da reconvenção, atendendo os reclamos da processualística moderna, fora substituído no Projeto pela figura do pedido contraposto, até então admitido apenas excepcionalmente no Código de 1973.

2.2 Sem demérito de se tratar de um avanço em direção à instrumentalidade do processo, desburocratizando-o, sabe-se que tal modificação não reduzirá o trabalho do advogado que se valer desta modalidade processual para deduzir uma pretensão em juízo; afinal, assim como na reconvenção, será indispensável explicitar a causa de pedir e o pedido para legitimar o procedimento e obter o “bem da vida” requerido, seja ele de natureza constitutiva, condenatória, mandamental ou simplesmente declaratória.

2.3 Noutras palavras, tal como no instituto da reconvenção, haverá uma ampliação objetiva nos limites da lide, em função da qual se despendará mais esforços postulatórios e/ou instrutórios antes de se granjear a prolação da sentença, com a qual se poderá alcançar, inclusive - mas não somente - benefício econômico para as partes. Isso, por si só, já faz emergir o direito remuneratório advindo de uma sucumbência a ser positivada - de modo categórico e inequívoco - no vindouro regramento legal.

2.4 Com efeito, ao reverso da reconvenção, que prescindia de tratamento específico por ser considerada uma demanda autônoma e que, por conta disso, reclamava tão só a aplicação da norma geral (CPC, art. 20), o pedido contraposto não instaurará uma nova relação jurídica processual, fazendo-se necessário que o legislador - no sentido de se antecipar à desnecessária e perniciosa divergência jurisprudencial que se avizinha - explicitar com todas as letras o direito aos honorários provenientes desta modalidade de dedução de pretensões.

2.5 Logo, além das hipóteses já suscitadas no parágrafo 1º, do transcrito artigo 73, deveria este dispositivo fazer clara menção ao pedido

contraposto, garantindo, assim, que o trabalho do advogado seja remunerado de forma proporcional ao seu esforço. Para tanto, propõe-se o seguinte:

§ 1º A verba honorária de que trata o caput será devida também **no pedido contraposto**, no cumprimento de sentença, na execução embargada ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente.

3.1 Deveras injustificável, outrossim, é a não sujeição da Fazenda Pública ao limite ordinário estabelecido no Projeto para a fixação de honorários, qual seja: “entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos”.

3.2 A toda prova, a discriminação inscrita no parágrafo 3º, do artigo 73 - que concede à Fazenda Pública a vantagem de pagar somente a metade do que pagariam os demais sucumbentes – presta-se tão só a renovar a assaz combatida violação ao princípio da igualdade já insculpida no parágrafo 4º, do CPC de 1973, porquanto não há razões plausíveis a justificar tal discriminação, de flagrante inconstitucionalidade.

3.3 Destarte, inclina-se pelo pensar de que o parágrafo 3º, do artigo 73, deva ser suprimido do Projeto, seja por intermédio de emenda parlamentar, seja por meio de veto presidencial.

4.1 Mas não é só. Também revela-se nociva à classe dos advogados a redação do parágrafo 4º, do citado artigo 73, a qual, diferentemente do parágrafo 4º, do artigo 20, do CPC atual, não autoriza o magistrado a arbitrar o valor dos honorários com fulcro na equidade, restringindo-se - à luz de um enfoque gramatical - aos limites impostos no parágrafo 2º.

4.2 Não se nega, é bem verdade, que a simples interpretação gramatical da norma é o método menos recomendado pelos hermeneutas para extrair o seu genuíno sentido; todavia, já que se está “reconstruindo”

todo o sistema processual, inaugurando-se um novo ordenamento, por que já não dissipar, no próprio texto, qualquer dúvida que possa subsistir a respeito do tema? A resposta, ao que tudo indica, é sintomática.

4.3 Nesse encalço, denota-se, ainda, que não se pode perder a oportunidade de acrescentar, no indigitado parágrafo 4º, termo restritivo a sua aplicação, sem o qual se perpetuará decisões que fixam honorários - em contendas condenatórias - em desconformidade com os percentuais delimitados em lei, ignorando a proporcional responsabilidade do advogado à causa patrocinada.

4.4 Em razão disso, como proposta, ventila-se para o parágrafo 4º, do reproduzido artigo 73, a redação que segue:

§ 4º Apenas nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito, o benefício ou a vantagem econômica, o juiz fixará o valor dos honorários advocatícios em atenção ao disposto **nos incisos do § 2º, observando-se, em todos os casos, a dignidade e a valorização da profissão.**

4.5 Enfim, em linhas derradeiras, tais proposições não têm objetivos outros senão impedir que direitos já consolidados sejam subtraídos dos advogados, bem como minorar o risco da “classe” assistir, passiva, a longos e evitáveis embates doutrinários e jurisprudenciais sobre algo que contribui, substancialmente, com sua manutenção, como os honorários sucumbenciais.

4.6 É o parecer.

PARECER “II”

Relator do Parecer: Dr. Jully Heyder da Cunha Souza

**OBJETO: ART. 86 PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 89 e
ART. 333 § 4º DO PROJETO**

Redação:

Art. 86. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado na localidade ou de recusa ou impedimento dos que houver.

Art. 89. Incumbe ao advogado ou à parte, quando postular em causa própria:
(Destaquei)

Art. 333. (...) § 4º A eventual ausência do advogado não impede a realização da conciliação.

Quanto aos arts. 86 parágrafo único e 89 do Projeto

1. Como parte dos trabalhos realizados no âmbito da comissão criada especialmente para analisar os dispositivos do Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil, em trâmite pelo colendo Senado Federal, o presente parecer busca analisar os artigos acima citados, os quais propõem nova roupagem à capacidade postulatória no processo civil comum, atualmente conferida com exclusividade ao advogado.

2. Com efeito, extrai-se da proposta legislativa, especialmente no *caput* do art. 86, que a regra continua sendo a representatividade da parte por advogado, entretanto, no parágrafo único do referido artigo percebe-se clara expansão da capacidade postulatória, que também será conferida à parte em casos excepcionais, a saber: 1) falta de advogado na localidade; 2) recusa ou; 3) impedimento dos que houver.

3. A dispensabilidade do advogado ainda fica mais clara no art. 89, que estabelece deveres a serem observados **pela parte** quando “postular em causa própria”.

4. Não há na proposta, e isto é digno de nota, qualquer critério de comprovação das hipóteses descritas no parágrafo único do art. 86, que permitem à parte sua postulação em causa própria, tampouco há delimitação das espécies de ação, limitação do valor da demanda, ou determinação dos casos em que o advogado estaria dispensado. Esta evidente constatação permite concluir que a postulação em causa própria por quem não é advogado poderá ocorrer, em princípio, mediante “simples afirmação” e “em qualquer caso, não importando a natureza e valor da ação, complexidade da demanda, ou fase processual”.

5. Pois bem! Por qualquer perspectiva que se analise a proposta neste particular, esta flexibilização do *ius postulandi* evidencia flagrante ofensa aos artigos 5º *caput* e incisos LIV, LV e 133 da Constituição Federal, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

6. Não se diga, a propósito, da inexistência de inconstitucionalidade na proposta por haver, isto é certo, correspondência do art. 86 parágrafo único, com o atual art. 36 do CPC. É que este dispositivo (art. 36), criado em 1973, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que tratou expressamente do papel do advogado na administração da justiça (Art. 133), sem falar na posterior Lei Federal de caráter especial que criou o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), o qual estabelece ser atividade privativa da advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”¹.

7. Ademais de que, o atual art. 36 do CPC representa inegável “letra-morta” da Lei, porquanto absolutamente em desuso no cotidiano forense, até mesmo porque afrontosa à constituição e ao Estatuto

¹ Lei 8.906/94. Art. 1º São Atividades privativas de advocacia: I- a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II- as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

da Advocacia, de modo que, o texto da proposta busca reavivar um dispositivo absolutamente inconstitucional, o que se deve coibir.

8. A dispensa de advogado, ainda que em hipóteses excepcionais, como constou da proposta, atenta contra o preceito constitucional descrito no art. 133 o qual diz: *O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*. Destarte, a administração da justiça, sem dúvida, remete ao conceito de desenvolvimento da atividade jurisdicional, da qual não se pode prescindir da presença do advogado.

9. Tal regra encontra eco em outros dispositivos e princípios igualmente constitucionais, tais como o direito à igualdade (art. 5º *caput*²); direito ao devido processo legal (art. 5º LIV³); e direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º LV⁴).

10. Neste ponto, é de se considerar que a advocacia não representa mera atividade profissional, mas verdadeira função político-jurídico-social, dotada de um *munus* público que lhe atribui a excelsa tarefa de defender as instituições do Estado Democrático de Direito por meio da defesa dos direitos individuais e luta pela correta e adequada distribuição da justiça.

11. Deste modo, somente se pode conceber uma adequada prestação jurisdicional, onde seja garantido o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, quando a parte estiver assistida por profissional com capacidade técnica para assegurar plenamente a realização de tais direitos e devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados. Assim, somente o advogado é capaz de transformar os fatos jurídicos em

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

³ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

lógica, possibilitando ao juiz a exata compreensão do silogismo e sua transformação em sentença.

12. Bem por isto é que José Afonso da Silva⁵ dissertou que “*a advocacia é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário*”.

13. Não se trata de reserva de mercado, como equivocadamente já se disse. A exigência do advogado como parte do desenvolvimento da atividade jurisdicional foi pensada pelo constituinte como forma de garantir o equilíbrio entre as partes, frear os abusos de poder e proporcionar uma prestação jurisdicional na exata medida do direito abstratamente previsto. É exatamente por este motivo que a Constituição Federal dispensou tratamento diferenciado à advocacia, que figurou em destaque na Carta, bem como ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados, citado várias vezes, ao passo que nenhum outro Conselho Federal mereceu sequer menção na Lei Fundamental.

14. Ao se dispensar a atuação do advogado no processo civil, por outro turno, abrir-se-á a possibilidade de que ocorra flagrante desequilíbrio na relação jurídico processual, ferindo o princípio isonômico, na medida em que uma das partes, desacompanhada de advogado, fatalmente atuará em situação de desvantagem diante de adversários adequadamente representados por profissionais dotados de conhecimentos específicos e técnicos.

15. De outro norte, continua intocável o pressuposto processual da imparcialidade do juiz, de modo que este não poderá intervir em favor da parte desassistida ou orientá-la, sob pena de comprometimento da própria lisura da prestação jurisdicional que se busca no processo.

16. Não se diga, por outro lado, que o Supremo Tribunal Federal teria autorizado o *ius postulandi* da parte de maneira indistinta quando do julgamento das ADI's nº 1.127-8-DF (que tratou dos dispositivos do

⁵ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 22ª ed., p. 580.

Estatuto da Advocacia Art. 1º § 1º); e nº 1.539 (que tratou da capacidade postulatória nos Juizados Especiais Cíveis Lei 9.099/95, art. 9º); e nº 3.168-6 DF (que tratou da capacidade postulatória das partes nos Juizados Especiais Federais).

17. Em ambas as oportunidades o Pretório Excelso concluiu pela dispensabilidade do advogado em razão das peculiaridades das prestações jurisdicionais, tanto no caso da Justiça do Trabalho, como dos juizados especiais cíveis, levando em conta os valores sociais envolvidos, a baixa complexidade das demandas e os módicos valores econômicos versados nestas esferas jurisdicionais.

18. Destarte, não se pode dizer que a interpretação do STF caminhou no sentido de autorizar o legislador ordinário a restringir livremente a regra do art. 133 da Carta Maior. Neste sentido, aliás, importante destacar o conteúdo do voto proferido pelo Ministro Maurício Correa, quando do julgamento da ADI nº 1.539 que tratou da dispensabilidade do advogado nas ações em trâmite pelo Juizado Especial cujos valores não excedam 20 salários mínimos (art. 9º da Lei 9.099/95). Consta da fundamentação que:

“... 7 – O Juizado Especial Cível destina-se a julgar, entre outras, as ações cujo valor não exceda quarenta vezes o salário mínimo. A sua competência ficou restrita, dessa forma, às chamadas pequenas causas. Definiu o legislador, ainda, o que se poderia dizer “pequeníssimas causas”, aquelas em que o valor não ultrapassa vinte salários mínimos.

*8 – Verifica-se, assim, a explícita razoabilidade da norma, pois admitiu que o cidadão pudesse, pessoalmente, acionar a jurisdição cível **nas causas de pequeno valor, sem maiores complicações e transtornos, o que justifica, em nome desse princípio, a dispensa da presença do advogado.***

E AINDA

9 – dispõe ainda o § 2º do mesmo artigo 9º que o juiz, quando a causa recomendar, deverá alertar as partes para a conveniência de patrocínio por advogado. O sistema instituído encontra-se, pois, em sintonia com os propósitos constitucionais dos juizados especiais, sem afastar-se dos princípios fundamentais que regem a atuação jurisdicional. (...)

10 – A possibilidade de dispensa do advogado, tendo em vista o pequeno valor da causa, visa facilitar a busca da prestação jurisdicional daqueles sem condições econômicas de suportar os ônus do processo e dos honorários advocatícios. Autoriza, desse modo, que as causas antes materialmente inviabilizadas pelos custos a elas inerentes e que no mais das vezes eram superiores à própria reparação pretendida possam agora ser submetidas ao Poder Judiciário. (grifei)

19. Perceba-se do acórdão, **o qual norteou, aliás, o julgamento das demais ADI's acerca do tema**, que a regra do art. 133 da CF somente poderia ser mitigada em casos específicos, levando em consideração a simplicidade das causas e os baixos valores envolvidos. Daí, até concluir-se haver possibilidade de dispensa do advogado em qualquer tipo de ação, existe um abismo jurídico e uma barreira constitucional, ao nosso ver, intransponível.

20. De outro lado, colhe-se da proposta que o escopo da norma ora combatida é possibilitar maior acesso do cidadão jurisdicionado à jurisdição, que é garantia constitucional. O faz, entretanto, de modo a ferir outros princípios igualmente garantidos na Carta Magna. E mais, com potencialidade de atingir o núcleo destes direitos, revelando flagrante ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade.

21. Gilmar Mendes⁶ leciona que: ***“a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins;”*** e completa ***“a utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa.”***

22. Com efeito, note-se que a proposta elegeu três hipóteses que, em juízo perfunctório, caracterizariam óbices ao acesso do cidadão à

⁶ Curso de Direito Constitucional – São Paulo : Saraiva, 2007. Pág. 320.

justiça: 1) quando não houver advogado na localidade; 2) quando os advogados que houver, se recusarem a patrocinar o jurisdicionado; ou 3) quando os advogados estiverem impedidos de atuar. Sendo todas elas resumidas na falta de advogado na “localidade”. Entretanto, não há clareza quanto à definição de que localidade seria esta. A localidade de residência da parte? A localidade onde tramitará o processo? A localidade de residência do réu? Todas estas, são questões sem resposta, que revelam grande grau de abstração e impraticabilidade da norma.

23. De mais a mais, a própria motivação da norma não é real, ou seja, a conclusão de que a falta de advogado na localidade (de residência da parte, por exemplo) significaria óbice ao acesso à jurisdição revela-se como absoluto sofisma. Neste ponto, deve-se ter em conta a grande modernização dos meios de comunicação, do trânsito de informações, da informatização processual, da acessibilidade do advogado aos dados do processo e comunicação com o cliente, mesmo à distância, de forma que todos estes elementos, conjuntamente ou separadamente considerados, permitem concluir que não há qualquer dificuldade em esperar-se da parte que, em circunstâncias excepcionais, busque patrocínio de advogado estabelecido em comarca vizinha.

24. Se o propósito da norma é excluir do sistema um “estorvo” que em verdade não existe, fatalmente o meio utilizado para o atingimento deste escopo não é adequado, e não há nisto nenhuma conformidade.

25. Outrossim, a amplitude que alcança o permissivo da proposta, que não especifica os tipos de ação em que o advogado poderá ser dispensado, permite dizer que a parte, nas situações descritas, poderá atuar sem a presença de advogado em qualquer causa, inclusive naquelas de alta complexidade jurídica ou fática, que exige grande articulação dialética e desenvolvimento de técnicas processuais adequadas. Vislumbrar esta hipótese é ver lançado de lado todos os princípios constitucionais que formam e estruturam o devido processo legal.

26. Daí reafirmar que o meio utilizado não é adequado.

27. Considere-se ainda, que a norma, tal como consta na proposta, poderia causar grande prejuízo aos valores constitucionais debatidos, uma vez que também não regula a forma em que a parte demonstrará o impedimento ou recusa dos advogados locais. Tal abstração possibilitará a ocorrência de fraudes à exigência constitucional do art. 133, na medida em que a parte poderá comparecer livremente em juízo, praticando atos diversos (defesa, recursos, acordos p.ex.) e simplesmente alegar o impedimento ou recusa dos advogados sem que isto corresponda à realidade. Como não há qualquer critério definidor, fatalmente estes atos se tornarão válidos e o preceito constitucional restará preterido.

28. Sem dizer do inegável prejuízo decorrente da falta de orientação técnica da parte, em exata oposição aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

29. A proporcionalidade restaria aí ofendida em seu sentido estrito, ao passo que se verificam maiores desvantagens do que benefícios na realização do meio proposto pelo legislador. No dizer de Canotilho⁷ *“deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à “carga coactiva” da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da justa medida, meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.”*

31. Diante disto, é de se concluir que a Constituição não deixa espaço à interpretação que dispensa a presença do advogado no processo de prestação jurisdicional.

32. Calham, em conclusão, as valiosas lições do Ministro Celso de Mello⁸, segundo o qual *“...uma Constituição democrática – muito mais do que um estatuto político de organização do poder e de garantia*

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2007, p. 270

⁸ Celso de Mello, Prefácio da obra “Constituição do Brasil Interpretada”, Atlas.

jurídica das liberdades públicas – reveste-se de alta significação emblemática, pois representa a expressão mais intensa do processo de transformação histórica da sociedade e do Estado, nela concentrando-se o modelo legitimador das práticas governamentais e do exercício dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos. A defesa da Constituição, por isso mesmo, não se expõe nem deve submeter-se a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias, fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito”

CONCLUSÃO

33. Diante destes vários elementos, arremata-se com a assertiva de que proposta legislativa contida na parte final do parágrafo único do art. 86, bem como na parte final do *caput* do art. 89 do Projeto do novo Código de Processo Civil, estão acoimadas de vício constitucional, bem como não atendem aos contornos do moderno estado democrático de direito, devendo ser suprimidas do texto em gestação.

31. É o parecer.

Quanto ao art. 333, § 4º do Projeto.

1. O referido dispositivo constante da proposta legislativa dispensa a presença de advogado na audiência de conciliação, possibilitando, destarte, que a própria parte compareça perante a autoridade judiciária, ou conciliador, e celebre acordo independente de assessoria técnico-profissional.

2. Com efeito, a proposta, neste ponto, incide na mesma cinca dos arts. 86 parágrafo único e 89, antes tratados, na medida em que torna prescindível a presença de advogado em ato processual decisivo para a solução do conflito apresentado.

3. Ocorre que, o comando constitucional constante do art. 133 da Carta, que determina ser o advogado “*indispensável à administração da justiça*”, tem seu alcance nitidamente definido sobre casos tais, de modo que sua alinhada interpretação não deixa caminho outro, senão exigir que a parte, em qualquer ato processual, esteja devidamente representada por advogado e aparelhada, por isto mesmo, de orientação técnica suficiente a lhe esclarecer as vantagens e desvantagens das propostas, a fim de tomar a decisão mais segura e adequada possível.

4. O dispositivo da proposta em comento certamente causará um grande efeito prático. Não há dúvidas de que haverá uma considerável corrida ao judiciário por parte de réus que, citados, optarão por comparecer à audiência de conciliação sem advogado, na tentativa de solucionar o litígio sem as despesas inerentes da contratação de profissional capacitado para orientá-los. Faz parte da cultura da nossa sociedade não sopesar os custos e benefícios decorrentes da contratação, de forma que, possibilitando lei que atuem as partes sem advogado, assim o será.

5. Disto decorre outra conclusão. Ao dispensar a representação por advogado em audiência de conciliação, a proposta sujeita a parte (geralmente o réu) a uma inegável situação de desvantagem no processo. Estando uma parte representada por profissional capacitado, articulado e dotado de linguagem e conhecimentos técnicos, certamente, ainda que se fale em conciliação somente, haverá um desequilíbrio.

6. O dia-a-dia forense bem demonstra que, em qualquer tipo de solução processual - auto-composição ou prestação jurisdicional propriamente dita – o que impera e realmente importa é a **contraposição dialética**. O debate determina a exata compreensão e interpretação, tanto pelas partes como pelos julgadores, da dimensão do direito invocado e discutido, possibilitando a tomada de conclusões.

7. O desequilíbrio resultante da proposta vergastada, portanto, ressaí precisamente da disparidade de armas entre as partes, caso qualquer uma delas não esteja representada por profissional habilitado.

Seguramente estar-se-á facultando que uma das partes, desconhecendo as conseqüências da lide, recuse ou aceite um acordo em evidente prejuízo a si próprio.

8. A conclusão que se chega é que a dispensa do advogado em audiência fere a Constituição em seu artigo 133 e também no art. 5º caput, além de estar em descompasso com a própria linha axiológica da proposta do novo CPC que, claramente, prestigiou os princípios constitucionais, o devido processo legal e a igualdade.

9, Ademais disto, relembre-se que o escopo de facilitar a auto-composição não se contrapõe à figura e presença do advogado, pelo contrário, o profissional da advocacia existe para que a justiça seja perfeitamente administrada e prestada da maneira mais justa possível. Esta é a vontade constitucional.

10. Debalde age o legislador ao tentar facilitar a solução do conflito, se esta solução é defeituosa ou desequilibrada. O que realmente interessa, em verdade, é o resultado que mais se amolda à ordem jurídica justa.

11. Opina-se, finalmente, pela supressão total do § 4º do Art. 333 da proposta.

PARECER “III”

Relator do Parecer: Dr. Julio Cesar Souza Rodrigues

OBJETO: Art. 723 II DO PROJETO.

Redação:

Art. 723. Em se tratando de execução por quantia certa contra devedor solvente, cumpre ainda ao credor:

I -....;

II – pleitear medidas acautelatórias urgentes⁹, inclusive a indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado, para posterior penhora;...

Nossa análise se restringe à redação do inciso II do mencionado dispositivo, onde sustentamos alteração deste inciso, pelas seguintes razões, vejamos.

Quando da nossa defesa pela ‘titulação de mestrado’ na PUC/SP, falamos sobre “medidas acautelatórias no processo de execução”¹⁰ e, neste momento, vamos adaptá-la ao Projeto do novo CPC.

1. Conceito

1.1 De início, é preciso considerar que todas medidas acautelatórias são “urgentes”, pois é da essência delas a *urgência*; nesse caso, portanto, o legislador não precisa reafirmar o que já é da própria natureza dessas medidas. Ademais, se não fossem marcadas pela urgência, não haveria a necessidade desse remédio extraordinário.

1.2 Desse modo, bastaria constar no inciso II do art. 723 “medidas acautelatórias”, e saberíamos tratar-se de medida urgente.

1.3 A lei, ao proporcionar tais medidas, no próprio processo de execução, concede ao credor não só o direito de salvaguardar seu crédito, mas também o de proteger os bens dados em garantia à execução.

⁹ Equivale a redação atual do art. 615, III, do CPC.

¹⁰ Ver de minha autoria, *Medidas acautelatórias no Processo de Execução*, Saraiva, 2002.

1.4 Por sua vez, já naquela ocasião, sustentamos que as *medidas acautelatórias* seria uma espécie do gênero *medidas cautelares* (*tutelas de urgência*), as quais apresentam uma *similaridade* com as *cautelas-de-ofício*, previstas no art. 797 do CPC (art. 284 do Projeto do novo CPC).

1.5 Assim, as medidas acautelatórias nada mais são do que um conjunto de *providências cautelares* tomadas pelo juiz *ex officio* ou a requerimento das partes para preservar a eficácia ou utilidade do processo de execução ou do processo de conhecimento.

1.6 Outras medidas acautelatórias também podem ser decretadas pelo juiz no curso do processo de execução, tais como: as contidas nos artigos (Projeto) 491, III, 500, 502, 699, 753, 755, 776, 814, 844, entre outras.

2. Objeto

2.1 Têm o credor e o devedor (esse em menor proporção) a possibilidade de pleitearem *medidas acautelatórias* (art. 723, II) no andamento do processo de execução (*como incidente dele*), com intuito de garantir o resultado prático da ação executiva. Lembrando que esse mesmo resultado poderá ser defendido *ex officio* pelo juiz, já que, como afirmado anteriormente, as medidas acautelatórias, apresentam uma *similaridade* com as *cautelas-de-ofício* (art. 284 do Projeto).

2.2 Tais medidas ou providências acautelatórias têm como objeto assegurar o resultado útil da ação de execução em curso, constituindo meios de resguardar bens do devedor para uma efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva.

2.3 Dessa forma, sendo as medidas acautelatórias uma espécie de tutela de urgência, têm também o objetivo de harmonizar de maneira sólida a *segurança, rapidez e efetividade* do processo, na busca constante da ordem jurídica justa.

3. **Natureza e finalidade**

3.1 Têm-se tais medidas acautelatórias como simples *incidentes* do processo de execução, tanto é verdade, que são concedidas a pedido da parte ou *ex officio* no próprio processo em andamento.

3.2 Por sua vez, como as medidas cautelatórias apresentam uma *similaridade* com as cautelas-de-ofício, podemos classificá-las como ato judicial de natureza administrativa.

3.3 Desse modo, tais providências, tomadas pelo juiz de ofício ou a pedido das partes, têm como propósito preservar a eficácia ou utilidade do processo de execução, ou seja, garantir a plena satisfação do crédito do credor.

3.4 A iniciativa de ofício (faculdade) de tais providências determinadas pelo juiz já pressupõe processo ajuizado pelo credor. Por isso que as medidas acautelatórias, tidas como *incidentes* do processo em curso, formalizam-se em função desse processo preexistente, ao qual se vinculam e do qual dependem.

3.5 Em que pese serem tais medidas ato judicial de natureza administrativa e incidentes do processo em andamento, também cultiva o interesse na necessidade de segurança para a garantia do resultado útil e eficaz do processo em questão.

3.6 Quer-nos parecer ainda que as medidas acautelatórias enquadram-se também como *tutela diferenciada*, pois, dispõem de uma característica comum, isto é, buscam assegurar a efetividade do processo em andamento, de sorte a incidir sobre ele.

3.7 Por outro lado, a finalidade das medidas acautelatórias é indiscutivelmente a de assegurar um resultado prático e efetivo do processo em curso. Por isso, tendo conhecimento de que o executado está a praticar

ato (alienando ou ocultando bens) que venha a prejudicar o êxito da ação executiva, deve o juiz determinar medidas que impeçam a realização de tal ato prejudicial.

3.8 Não podemos esquecer que as medidas acautelatórias são outras providências colocadas pelo legislador para que se consiga uma efetiva prestação da tutela executiva, manifestadas por meio do poder geral de cautela do juiz, ora garantindo a execução, ora evitando um dano em razão do ato a ser realizado pelo devedor.

4. Requisitos essenciais para concessão das medidas acautelatórias no processo de execução

4.1 O legislador não fixou de forma certa quais seriam os requisitos necessários para a concessão das medidas acautelatórias, por isso se impõem à remissão as providências cautelares previstas no Capítulo I (Disposições Gerais), Título IX – Tutela de Urgência e Tutela da Evidência, do Livro I, Parte Geral do Projeto do novo CPC.

4.2 Outro fato ensejador dessa remissão é que às medidas previstas no art. 723, II, do Projeto, sendo elas espécie do gênero tutelas de urgência, e apresentando uma *similaridade* com as cautelas-de-ofício, aplicam-se também, por analogia, as cautelas-de-ofício do art. 284 do Projeto.

4.3 No caso, as medidas dos arts. 284 e 723, II, do Projeto, não têm qualquer autonomia procedimental, dependem elas do processo em que ocorrem, e só podem ser concedidas em situações excepcionais. A primeira, desde que autorizados por lei; a segunda, em situações previstas na lei e em outras situações que justificam a defesa do direito do credor na satisfação de seu crédito.

4.4 Assim, se o credor pleitear qualquer medida acautelatória, deverá fazê-lo por intermédio de simples petição escrita, sem que seja preciso apresentar sua qualificação ou muito menos a do devedor. Tal petição será

dirigida impreterivelmente ao juízo da execução, já que se trata de *incidente* do próprio processo em andamento.

4.5 Também não indicará a lide e seu fundamento, pois tal requisito só é exigido quando se tratar de tutelas de urgência requeridas em procedimento preparatório (art. 277 e 280, *caput* do Projeto), com natureza cautelar ou satisfativa, o que não é o caso.

4.6 Por outro lado, indaga-se nesse momento se também os requisitos essenciais para a concessão das tutelas de urgência, isto é, o *fumus boni iuris* (*plausibilidade do direito*) e o *periculum in mora* (*risco de dano irreparável ou de difícil reparação*), seriam aplicados nas medidas acautelatórias.

4.7 Veja-se que o *periculum in mora* integra, segundo Galeno Lacerda, a *condição peculiar* não só da ação como de toda função cautelar, dentre as quais estão incluídas as medidas acautelatórias.

4.8 Nesse caso, estando demonstrada a existência ou não de necessidade de segurança do processo em andamento, em razão de risco iminente, sem dúvida que a avaliação dessa necessidade e desse risco (*periculum in mora*) evidenciará o *interesse legítimo* do credor em eliminá-lo, requerendo assim as medidas acautelatórias dentro do próprio processo executivo.

4.9 O risco de dano, o perigo para o resultado prático e eficaz do processo de execução em curso, aliado ao interesse da parte, justificam a concessão das providências cautelares, visando resguardar a eficácia da função jurisdicional.

4.10 Esclarece Galeno Lacerda que o “receio de lesão”, deve ser *objetivo*, baseado em motivo sério, isto é, em fato que represente ameaça atual ou virtual. Não basta o simples temor subjetivo, desacompanhado de razões concretas.

4.11 Assim, do exame feito destacamos que o *periculum in mora* identificado como o *interesse legítimo* deve estar presente no momento da concessão das medidas acautelatórias. Por isso, se não houver dano, perigo que venha a comprometer o resultado prático do processo de execução em andamento, não há por que deferir as providências cautelares.

4.12 De outra parte, quanto à *plausibilidade do direito (fumus boni iuris)*, que constitui uma pré-avaliação do direito alegado pelo autor em ação principal, não há por que exigí-lo como requisito para deferimento de medidas acautelatórias, já que tais medidas não configuram ação propriamente dita, mas sim providências cautelares, que integram, *incidenter tantum*, os próprios autos do processo de execução ou de conhecimento no qual referidas providências se tornam necessárias para plena efetividade do processo.

4.13 Nas medidas acautelatórias não se examina a aparência do direito (*fumus boni iuris*) exatamente porque não constituem ação. Nelas não se cogita da aparência do direito; essa pesquisa é feita no próprio processo onde ocorre o pedido das medidas ou seu deferimento de ofício, e nesse processo já resulta razoável convicção da existência ou inexistência desse direito.

4.14 Outro fato que reforça esse posicionamento é que nas medidas acautelatórias o credor não necessitará ajuizar ação principal, pois tais medidas somente poderão ser concedidas dentro do processo já existente.

4.15 Portanto, dos requisitos essenciais para a concessão das tutelas de urgência apenas o *periculum in mora* deverá estar presente no momento do deferimento das medidas acautelatórias.

4.16 Por fim, não há por que indicarem provas, pois pressupõe-se existirem documentos no processo que comprovem o estado de perigo, já que, na maioria das vezes, tais medidas são concedidas *ex officio*.

No entanto, se as providências cautelares forem requeridas pelo credor, as provas documentais deverão integrar o próprio pedido.

5. Procedimento das medidas acautelatórias

5.1 Guardadas as devidas proporções ao dispõem os artigos 294 a 296 do Projeto do novo CPC, as medidas acautelatórias devem ser observadas formalidades práticas em juízo para a realização da medida. Como tais medidas são as que nascem no curso do processo principal, já que são incidentes dele, os procedimentos dessas providências acautelatórias são diferentes, pois carecem da qualidade de processo e ação.

5.2 Nesse caso, as medidas serão sempre concedidas no curso de um processo já iniciado. Assim, o juiz jamais poderá conceder medidas acautelatórias sem que tenha havido o ajuizamento de um processo, decorrente de provocação da parte.

5.3 O deferimento das providências acautelatórias não depende da iniciativa do exeqüente, embora, na prática, o conhecimento da situação de perigo seja comunicado ao juiz pelo próprio credor.

5.4 As medidas acautelatórias podem ser requeridas durante o andamento do processo de execução toda vez que concorrerem os pressupostos motivadores de sua concessão e, principalmente, a verificação de alguma situação de perigo.

5.5 Por isso ao juiz é lícito deferir a medida, desde que comprovados seus requisitos (*juiz competente, legitimidade das partes, interesse legítimo resultante do periculum in mora, possibilidade jurídica do pedido*), inclusive sem oitiva do executado, já que o contraditório, nesse momento, poderá comprometer a eficácia da medida acautelatória dentro do processo de execução.

5.6 Por outro lado, poderá, ainda, o juiz conceder medidas acautelatórias de ofício, isto é, sem oitiva de nenhuma das partes (exeqüente

e executado), quando já existirem no processo de execução provas suficientes que venham comprovar situação de perigo, e possam comprometer o resultado do respectivo processo.

5.7 Destarte, se a função acautelatória das medidas se justifica, exatamente, pela necessidade de segurança do processo em curso em face de determinado risco, a concessão dessas providências revela-se indispensável à consecução desse propósito.

5.8 Portanto, quando o juiz, pela exposição dos fatos, pelas provas documentais já produzidas ou por aquelas acompanhadas com o pedido do exeqüente, chegar à convicção de que, com a intimação do executado, poderá este tornar inútil a medida pela alienação, subtração ou destruição do bem, capaz de causar prejuízo ao exeqüente, deverá o magistrado deferir tais medidas sem ouvir o executado ou, ainda, deferi-las *ex officio* sem oitiva das partes.

5.9 Por sua vez, sendo concedida a providência acautelatória, o juiz, aí sim, deverá determinar a intimação do executado, pois terá ele a oportunidade de se insurgir contra tal decisão, por meio do agravo de instrumento.

6. Sugestão de redação do art. 723, II, do Projeto

6.1 Feitas essas ponderações sobre as medidas acautelatórias no processo de execução, levando em consideração o que já expusemos na obra de nossa autoria, apresentamos a seguinte sugestão para a redação deste dispositivo.

Art. 723. Em se tratando de execução por quantia certa contra devedor solvente, cumpre ainda ao credor:

I -.....;

II – pleitear medidas acautelatórias por simples petição escrita, nos próprios autos, quando houver risco de

dano irreparável ou de difícil reparação que venha a comprometer o resultado prático do processo de execução;

É o parecer, salvo melhor juízo.

PARECER “IV”

Relator do Parecer: Dr. André Luiz Maluf de Araújo

**OBJETO: A SISTEMATIZAÇÃO OU DISPOSIÇÃO
SOBRE O CAPÍTULO DA TEORIA GERAL DAS**

**PROVAS E DOS MEIOS DE PROVA NO PROJETO DE
LEI DO NOVO NCPC. ARTS. 257/276 § ÚNICO - ARTS.
364/466 § ÚNICO.**

1. Se a intenção da Comissão de Juristas criada para projetar um Novo Código de Processo Civil, foi justamente de corrigir excessos contidos no Código anterior, principalmente no que tange a celeridade e efetividade, até pela quantidade de remendos que foram feitos durante anos, não deveriam dividir dentro do NCPC o tema sob provas.

2. Correto, basta ver o projeto do NCPC para ver que a Comissão criada, colocou no “LIVRO I – Parte Geral - Título VIII- Capítulo I – “DAS PROVAS” – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS”, que começa no artigo 257 e termina no artigo 276 § único.

3. Mais adiante, após falar sob outros temas, retoma o tema “DAS PROVAS” no “LIVRO II – Do Processo de Conhecimento - Capítulo XII”, agora falando sobre os meios de prova admitidos – tema que inicia no artigo 364 e termina no artigo 466 § único.

4. Esta disposição ou Estruturação utilizada pela Comissão precisa ser revista, pois que o tema “DAS PROVAS”, tem que estar num Livro só, até pelo fato de que esta matéria e suas subdivisões, pertencem a Teoria Geral do Processo, como já acontecia nos Códigos anteriores e como acontece em alguns dos países com quem temos similitudes processuais, senão vejamos:

5. **ITÁLIA**
CÓDICE DI PROCEDURA CIVILE/2005

O Tema “Lá Instrucion La Causa” está contido na Seção II – Livro II do CPC Italiano, que vai do artigo 175 até o artigo 266.

6. **FRANÇA**

CÓDIGO DE PROCÉDURE CIVILE/ COM AS ALTERAÇÕES DE 2009

O tema "L'Administration Judiciaire de La Preu" está contido no Título VII- do NCPC- Nouveau Código de Procedure Civile, que vai do artigo 132 até o artigo 316.

7. ALEMANHA ZPO – ZIVILPROZESSORDNUNG-

O Sistema Alemão é o que contém maiores dispersões, mas mesmo assim, procura concentrar o tema “Provas” entre os artigos 144 até o artigo 455. O NCPC seguiu nesta linha, mas sem as observações contidas na ZPO.

8. ESPANHA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL - Ley 1/2000

O Sistema Espanhol concentra o tema “Las Puebas e Disposiciones Generales” entre o artigo 281 e o artigo 386, tudo num Livro só (Libro II De Los Procesos Declarativos). Um dos melhores neste particular.

9. PORTUGAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – COM AS ALTERAÇÕES DE 2006

O Código Processual Civil Portugues, concentra o tema “Provas” dentro do Título II - Capítulo III - “Processo de Declaração”, que vai do artigo 511 ao artigo 645 .

10. ARGENTINA CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

O Código Processual Civil Argentino concentra o tema “Provas” dentro do Livro II “Proceso de Conocimiento” – Capítulo V, que começa no artigo 360 e vai até o artigo 480.

DA CONCLUSÃO

11. O Instituto “Das Provas” como falava o grande processualista Sul Americano **Sentis Melendo**, com todas as suas subdivisões (teoria geral, objeto, fontes, meios, valoração) é um estudo só, e não pode sofrer a mutilação que sofreu no NCPC (parte num Livro e parte no outro). Esta matéria complementa inclusive outros institutos processuais.

12. Ademais, até como técnica de disposição, esta estruturação é questionável.

13. Em brevíssima síntese, era o que tínhamos, esperando a manifestação dos demais membros desta Comissão Provisória, inclusive para complementar ou corrigir qualquer senão.

PARECER “V”

Relator do Parecer: Dr. Ricardo Trad Filho

OBJETO: Art. 70 e art. 749 do Projeto.

Redação:

Art. 70. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a dois por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou.

(...)

Art. 749. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor ou do responsável, a fim de satisfazer o direito do credor.

1. Atinente ao disposto no artigo 70.

1.1 Outra questão digna de nota, porque está ligada umbilicalmente ao processo de fortalecimento da eficácia da tutela jurisdicional, diz respeito à multa por litigância de má-fé.

1.2 Todos sabem: o legislador quer num primeiro momento intimidar e secundariamente punir o litigante de má-fé.

1.3 Pelo Código de Processo Civil em vigor, a parte que mente em Juízo e induz o Magistrado a erro, por exemplo, está sujeita à penalidade correspondente a 1% sobre o valor atualizado da causa.

1.4 A proposta é de majorar a multa para 2%, consoante estabelece o artigo 70 do projeto.

1.5 Estudando o tema, não pude deixar de fazer uma espécie de analogia entre a multa fixada contra aquele que maneja agravo interno quando manifestamente infundado o recurso e a multa prevista contra o litigante de má-fé.

1.6 No que toca ao recurso de agravo manifestamente infundado, a multa já prevista pode variar entre 1% e 10% do valor corrigido da causa (par. 2º do artigo 557 do CPC em vigor). Referente à multa por litigância de má-fé, repita-se, a proposta é de majorá-la para 2%.

1.7 Neste diapasão, calha indagar: qual a atitude mais reprovável? Induzir o Magistrado a erro ou interpor recurso manifestamente infundado?

1.8 Penso que todos (ou quase todos) elegeriam a primeira alternativa.

1.9 Por que, então, não se majorar a pena pecuniária para o litigante de má-fé para variar entre 2% a 10% do valor atualizado da causa, em substituição aos 2% a que faz referência o artigo 70 do Projeto?

1.10 Se o objetivo maior é o de desestimular a parte mal-intencionada e coibir a chicana processual, penso que a elevação da multa em 1% (de 1% passaria a 2%), data vênia, não teria o efeito desejado.

1.11 Em contrapartida, estabelecida em abstrato a previsão da multa em até 10% do valor atualizado da causa, reputo que a sanção ora tratada cumpriria a contento a dupla finalidade: intimidar e punir.

1.12 Razão pela qual sugiro que o artigo 70 do Projeto do Código de Processo Civil passe a vigor com a seguinte redação:

“Art. 70. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá variar entre 2% a 10% sobre o valor atualizado da causa, e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou”

1.13 E no que toca às causas de valor inestimável e naquelas de valor irrisório, segundo as regras comuns de experiência, sou pela inclusão de parágrafo único ao texto do artigo 70 supra-referido, nos seguintes termos:

“Par. único: nas causas de valor inestimável e nas de valor irrisório a multa será fixada em valor fixo consoante a apreciação eqüitativa do Juiz ou do Tribunal”.

2. No que toca ao artigo 749...

2.1 Tal norma está inserida no capítulo IV, que trata “da execução por quantia certa contra devedor solvente”. O novo texto sugerido pelos ilustres professores está assim confeccionado, verbis:

“Art. 749. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor **ou do responsável**, a fim de satisfazer o direito do credor” (grifo e negrito de agora).

2.3 Interessante ressaltar que no texto em vigor a norma aqui tratada menciona apenas a expropriação de bens do “devedor”, ao passo que a norma contida no Projeto inclui a expropriação de bens do “devedor ou do responsável” (grifo e negrito de agora).

2.4 Vale a indagação. Qual foi a intenção dos ilustres redatores do Projeto?

2.5 A meu ver, na essência, foi a mesma que norteou a redação das demais normas: supressão de incidentes complexos e por isso mesmo indesejáveis, e, em última análise, anseio por celeridade.

2.6 Penso, porém, que a nova redação deixou em aberto o conceito do vocábulo “responsável”, o que certamente dará ensejo a discussões em torno da real intenção do novel legislador, o que desde já podemos evitar.

2.7 Portanto, para evitar celeumas e equilibrar valores, sugiro, modestamente, que a redação da norma processual, neste particular, continue como atualmente consta da redação do art. 646 do CPC em vigor. No que se sugere a seguinte redação ao art. 749 do projeto:

Art. 749. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor.

3. É o parecer

PARECER “V”

Relator do Parecer: Dr. Nilton Kiyoshi Kurachi

OBJETO: Art. 73, § 1º e art. 941 do Projeto.

Redação:

Art. 73. § 1º A verba honorária de que trata o caput será devida também no cumprimento de sentença, na execução embargada ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente.

Art. 941. Os embargos de declaração não têm efeito suspensivo e, salvo quando intempestivos, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes.

1. Quanto ao Art. 73 § 1º do Projeto.

1.1. Como a impugnação aos cálculos no procedimento de cumprimento de sentença será nos próprios autos, necessário que fique expressa a condenação de verba honorária também nas impugnações ao cumprimento de sentença, para que haja condenação do credor em honorários sobre o que indevidamente, e não raro, de má-fé postula, o que coibiria aventuras jurídicas e a busca em receber valores que não são devidos.

2. Quanto ao art. 941 do Projeto

2.1 A finalidade dos Embargos declaratórios é justamente sanar obscuridade, contradição ou omissão da decisão proferida. Não se mostra coerente que os embargos opostos para sanar questão visando obter a correta interpretação do julgado não tenha efeito suspensivo e dessa forma, decisão obscura, contraditória ou omissa tenha efeitos concretos imediatos.

2.2 Certamente, os embargos serão opostos quando a parte vislumbrar essas situações na decisão, sob pena de tê-los considerados protelatórios sujeitando-os ao pagamento de multa de até cinco por cento sobre o valor da causa, conforme previsão do parágrafo 1º.

2.3 Sugestão de redação;

Art. 941. Os embargos de declaração têm efeito suspensivo e, salvo quando intempestivos, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes.

3. É o parecer.

ENCERRAMENTO

Com a firme convicção de que as questões tratadas neste relatório sejam tomadas como relevantes no debate do projeto do Novo Código de

Processo Civil, bem como que as sugestões formuladas neste documento sejam integralmente acolhidas pelo Poder Legislativo, tem-se por encerradas as atividades desta comissão, para que sejam as conclusões encaminhadas às autoridades competentes.

Campo Grande – MS 1 de setembro de 2010

Leonardo Avelino Duarte

Presidente da OAB/MS

Coraldino Sanches Filho

Presidente da Comissão

Jully Heyder da Cunha Souza

Secretário da Comissão