

ANOTAÇÕES SOBRE O DIREITO INTERTEMPORAL E AS MAIS RECENTES ALTERAÇÕES DO CPC

Teresa Arruda Alvim Wambier¹

WAMBIER, T. A. A. Anotações sobre o direito intertemporal e as mais recentes alterações do cpc. **Rev. Ciên. Jur. e Soc.** da Unipar. Umuarama. v. 12, n. 1, p. 5-15, jan./jun. 2009.

RESUMO: Em vista das inúmeras mudanças havidas no CPC, observa-se a necessidade de se analisar essas alterações à luz do direito intertemporal. Há inúmeros casos em que as regras do direito intertemporal acabam sofrendo variações. Também urge a necessidade da análise do princípio da fungibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Intertemporal. Direito Processual. Reformas processuais. Aplicabilidade. Princípio da Fungibilidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Análise de casos. 3. Uma palavra sobre a lei 11.232. 4. A questão do princípio da fungibilidade. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O direito intertemporal agora é matéria obrigatória para nós, por causa das inúmeras mudanças que têm havido no CPC e das que estão por vir.

As doutrinas nacional e estrangeira muito comumente afirmam que as normas de direito intertemporal são diferentes, para o direito material e para o direito processual.

Não me parece, todavia, que haja diferenças substanciais, já que toda lei é vocacionada a disciplinar o presente.

Diz-se que a lei processual incide imediatamente.

Porque seria diferente a situação do direito material?

Incidir IMEDIATAMENTE significa incidir NO PRESENTE.

As situações do passado estão preservadas, tanto no plano do direito material, quanto no do direito processual.

O que define a separação entre passado e presente para o direito mate-

¹Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, da International Association of Procedural Law – IAPL, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do Instituto dos Advogados do Estado do Paraná – IAPR e do Estado de São Paulo – IASP, do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Advogada.

rial são três fenômenos: ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

Penso que a idéia de direito adquirido, de certo modo, quase que engloba as outras duas. O que está por trás destes fenômenos é a idéia de SITUAÇÃO CONSOLIDADA.

2. ANÁLISE DE CASOS

O direito material tem origens remotíssimas. O direito processual nasceu na segunda metade do século XIX. Portanto há questões já “resolvidas” no direito material, que ainda geram polêmica no plano do processo.

CLARO que no processo também há um passado, um presente e um futuro. E isso tem que ser compatibilizado com a regra, no sentido de que as novas normas processuais incidem IMEDIATAMENTE.

Quais os critérios que separam o passado do presente? O que caracteriza as situações consolidadas no processo, que não são atingidas pela NOVA LEI?

O plano dos recursos fornece exemplos expressivos destes critérios.

Proferida a decisão, adquire a parte o direito ao recurso, com todos os seus contornos (seu desenho, seu perfil), que serão disciplinados pela lei antiga, ainda que o recurso seja interposto sob a égide da lei nova.

Tem-se, então, o momento em que a decisão é proferida.

A lei em vigor diz que contra esta decisão o recurso adequado é o recurso X, que tem efeito suspensivo e que o prazo para a sua interposição é de 15 dias.

Se no 9º dia do prazo, entrar em vigor uma norma que diga que o prazo é de 10 dias, o prazo do recorrente permanece sendo o de 15 dias.

O recorrente não é nem prejudicado por um prazo menor, nem beneficiado por um prazo maior, estabelecido pela nova lei.

Assim é que, quando se alterou substancialmente o procedimento do agravo, em 1995, agravos que tivessem sido interpostos no antigo regime, deveriam ter seguido a lei revogada até o seu julgamento. Assim entendeu o STJ, naquela ocasião. Em 1998, a lei criou a regra de que recursos especiais e extraordinários interpostos de agravos deveriam ficar retidos. Mas os REsp e REExt. só deveriam ficar retidos se interpostos depois de ter entrado em vigor a lei que determinou haver estes casos de retenção.

Esta, sem dúvida, é a posição correta. Foi sustentada por muitos ministros, por exemplo, Min. Franciulli, mas, por razões não jurídicas, acabou não prevalecendo no STJ.

Vê-se, pois, que o valor que deve orientar a escolha das soluções de direito intertemporal é a PREVISIBILIDADE. Este valor deve orientar a escolha entre duas ou mais soluções possíveis, sob o ponto de vista dogmático.

O Estado de Direito se caracteriza por não surpreender os jurisdicionados.

No que diz respeito, especialmente, à execução, são incontáveis as situações problemáticas.

1. O primeiro problema a ser abordado, e um dos mais sérios, é a solução de direito intertemporal que há de ser aplicada às regras que qualificam ou desqualificam certo documento como título executivo.

Devem incidir imediatamente, atingindo os documentos que já existem? Alguém que tem um documento, que é título executivo, não vai mais poder executá-lo? E aquele que tem um documento que não era título executivo, agora pode valer-se do processo de execução?

O art. 585 III agora não qualifica mais o seguro de acidentes de que resulte morte ou incapacidade como título executivo.

Os contratos celebrados antes de a lei entrar em vigor não poderão mais ser executados?

As execuções, que têm como base tais contratos, deverão ser extintas?

Há uma posição no sentido de que estas normas incidem, sim, imediatamente. Porque seriam normas processuais! Isto porque o titular do crédito teria o direito adquirido ao crédito, mas não à sua forma de obtenção pela via processual.

Se se entendesse que o direito à forma de execução se incorpora ao direito de crédito, se deveria dizer que os contratos de depósito celebrados à luz do direito vigente abrangeriam o direito à prisão do depositário infiel, o que não faz sentido.

Trata-se, evidentemente, de um excelente argumento. Mas imaginem se entrasse em vigor hoje uma norma que subtraísse aos cheques e às notas promissórias a qualificação jurídica de títulos executivos. Todos os documentos constituídos à luz do sistema anterior não seriam mais títulos executivos?

E as execuções com base nesses ex-títulos seriam extintas?

A simples formulação destas perguntas já começa a mostrar que não é esta a solução ideal.

O direito à prisão do depositário infiel não integra a eficácia do contrato de depósito. Trata-se de mera técnica processual.

Mas o direito à execução integra a eficácia do título. Mas ainda, hoje, o art. 586 deixa claro ser a obrigação líquida, certa e exigível, e não o título propriamente dito.

No momento da formação do título, o titular do direito o adquire com os contornos que a lei em vigor diz que este direito tem.

A exequibilidade do crédito é um atributo que diz respeito ao seu grau de eficácia, disciplinado pela lei vigente à época de sua constituição.

A incidência “imediate” da nova norma seria, na verdade, aplicação retroativa.

Coisa diferente é a alteração do entendimento jurisdicional, que, de certo modo, atinge situações do passado. Como ocorreu com o cheque especial.

Antes da reforma, só poderia haver execução dos aluguéis se houvesse contrato escrito. Agora, o art. 585 V diz que é possível a execução de crédito documentalmente comprovado.

Mesmo se se tratar de contrato celebrado e de aluguéis vencidos ANTES da vigência da nova lei?

Execução que estivesse em curso antes da nova lei, baseada em documentos que não eram contrato escrito, teria sido, por assim dizer, convalidada pela nova lei?

Parece que aqui o raciocínio não pode ser diferente.

2. Pode ocorrer que a execução se tenha iniciado à luz das normas revogadas, e que não tenha sido expedido mandado de citação.

Não tendo sido expedido o mandado e, portanto, não tendo a citação sido realizada, o mandado deve ser expedido de acordo com a nova lei, não gerando, a citação, o efeito de provocar o devedor para pagar ou nomear bens à penhora.

Tendo sido expedido o mandado, mas não tendo ainda sido realizada a citação, este deve ser recolhido e adaptado às novas regras.

3. Isto porque, na verdade, a regra é a de que, realizada a citação sob a égide do sistema antigo, o executado tem o direito de nomear bens à penhora. Este é um efeito da citação que, embora ocorra no ambiente da lei revogadora, dá-se de acordo com o que diz a lei revogada, que disciplinou o ato e seus efeitos.
4. Outra situação peculiar é a da execução em que haja litisconsórcio passivo, realizada a primeira citação sob a égide da lei antiga. Parece que a melhor solução é a de se aplicar a mesma lei a todos os litisconsortes. Por várias razões: pela incidência necessária do princípio da paridade de tratamento das partes e, analogicamente, do princípio contido no art. 292 do CPC. Como conciliar, praticamente, a convivência de dois procedimentos diferentes?
5. Mas se ocorrer de o oficial de justiça citar o executado, já em vigor a nova lei, mas com o mandado que estabeleça ter o executado 24 horas para pagar ou nomear bens à penhora, qual a solução?

O devedor não pode ser prejudicado. Esta é a regra que deve orientar o raciocínio.

Pode-se aqui fazer uma analogia com o mandado de citação de que não conste que o réu deve contestar sob pena de incidirem os efeitos da revelia. Penso

que estes não devem incidir.

Se o executado pagar em 3 dias, deve extinguir-se a execução. Ele pode pagar em 3 dias, porque este prazo está na lei.

Pode nomear bens à penhora, porque o mandado diz isso.

E o prazo de 15 dias para embargar, contados da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, deve correr?

Não pode correr. O teor do mandado, se equivocado, determina como será o procedimento da execução nesta 1ª fase do procedimento.

6. Pode o executado pedir para pagar o débito parceladamente?

A resposta seria afirmativa, porque depois a execução corre de acordo com a lei em vigor.

7. O executado foi citado antes da reforma. Entrando em vigor a nova lei, escoou-se o prazo de 24 horas dentro do qual o devedor deveria pagar ou nomear bens à penhora.

O que deve o juiz fazer? Na situação imaginada, o prazo da nova lei já se teria escoado, ou estaria correndo, e, segundo a lei antiga, nem teria começado. Então o prazo será de 10 dias após a penhora, como era no regime revogado? Parece-nos que não, pois isso significaria **NÃO ESTAR INCIDINDO A LEI NOVA**. Ou de 15 dias, a partir da entrada em vigor da nova lei? A lei nova incide, mas o executado não pode ser **SURPREENDIDO!** Ou deverá o magistrado intimar o executado para embargar em 15 dias, ainda que não tenha havido penhora? Esta última parece ser a melhor solução, pois prestigia a regra da incidência da lei nova, sem surpreender o jurisdicionado.

8. Incidindo o regime anterior, tendo o executado sido intimado para apresentar embargos em 10 dias após a penhora, e, durante este prazo, tendo entrado em vigor a nova lei, estes seriam recebidos sem efeito suspensivo (art. 739 § 1º, na redação revogada), porque já estaria incidindo a nova lei?

A resposta aqui, ao que parece, deve ser negativa. Os embargos devem ser recebidos no efeito suspensivo, se o executado foi intimado, quando ainda em vigor a lei anterior.

9. Estando a execução em curso, pode o exequente realizar a “averbação premonitória”, a que se refere o art. 615-A?

No nosso entender, sim. Porque isso pode ser feito a qualquer tempo. Não há um momento em que isso deveria ser feito, que teria sido “superado”. A regra incide imediatamente.

10. Quando se tratar de execução iniciada antes da reforma, em que não tenha sido realizada a penhora, pode o juiz determinar que o executado, no prazo de 5 dias e sob as penas do art. 601, indique bens penhoráveis (sua localização e seus valores)?

Pela mesma razão que nos leva a responder afirmativamente à questão anterior, pensamos que sim, já que não se trata de ato do juiz que tenha um momento específico para ser praticado.

11. Segundo a nova lei, a quantia depositada em caderneta de poupança até 40 salários mínimos é impenhorável.

A norma incide nas execuções em curso, em que não tenha havido penhora?

E se já tiver havido penhora?

A tendência é a de que se repita aqui a discussão que houve quando entrou em vigor a lei que disciplina a impenhorabilidade dos bens de família.

Houve uma opinião no sentido de que a execução decorrente dos negócios jurídicos celebrados antes que a lei entrasse em vigor não seria atingida. Não vingou.

Será que o credor teria direito adquirido ao patrimônio do devedor como sua garantia, *lato sensu*?

Parece que a posição mais correta é a que considera haver situação consolidada a favor do credor depois da penhora.

Esta gera uma situação consolidada para o credor.

12. O executado foi intimado para embargar em execução iniciada antes da nova lei e que chegou até a penhora. Foi intimado para embargar em 10 dias. Se essa intimação ocorreu antes de a nova lei entrar em vigor, os embargos são recebidos com efeito suspensivo. Caso contrário, a nova lei incide a partir daqui e os embargos não são recebidos com efeito suspensivo; só o serão, se estiverem presentes os requisitos do art. 739-A § 1º. O que conta é a intimação e não o momento de interposição dos embargos.

Porque da intimação nasce o direito de embargar, com seus contornos.

Imaginem se assim não fosse! O executado seria intimado à luz do regime anterior: cinco dias depois, a lei nova entraria em vigor.

Se o devedor se apressasse, faria jus ao efeito suspensivo!! Se entrasse com embargos no 6º dia do prazo, não teria este direito!

Deve-se ter presente aqui uma regra básica de hermenêutica: deve ser afastada interpretação que leve ao absurdo!

13. Embargos apresentados antes da reforma terão sido recebidos com efeito suspensivo. Claro que este efeito deve permanecer, entrando em vigor a nova lei.
14. Se a nova lei entrar em vigor quando já realizada a penhora, já tendo sido intimado o devedor e já estiver correndo o prazo, dos embargos do devedor, a parte terá 10 dias para oferecê-los. O prazo não se transforma em prazo de 15 dias, de acordo com a nova lei.

Serão recebidos com efeito suspensivo.

A situação de um juiz ter, diante de si, uma série de execuções idênticas, umas suspensas pelos embargos e outras não, pode chocar, mas pode ser resolvida da seguinte forma.

À luz da lei revogada, havia entendimento no sentido de que o juiz poderia RETIRAR o efeito suspensivo dos embargos, como antecipação de tutela para o exequente. Porque não haveria antecipação de tutela na execução?

No sistema atual, o juiz pode dar efeito suspensivo à execução, se presentes os pressupostos. É o avesso do sistema anterior.

Mas, manejando os dois sistemas, o juiz pode criar situação isonômica. Desde que haja, é claro, requerimento dos interessados.

15. Tendo sido os embargos decididos, entrou em vigor a nova lei.

Pode o exequente requerer a adjudicação, com base no art. 685-A? Ou deve pleitear a arrematação?

Deve requerer a adjudicação, pois a nova lei já está incidindo.

16. Antes da reforma, realizou-se a arrematação e o arrematante realizou o pagamento. Em seguida, apresentaram-se embargos à arrematação, em que se alegou, por exemplo, pagamento posterior da dívida.

Estes embargos suspenderam os efeitos da arrematação e não foi expedida a carta.

Desde então, vinha pleiteando o arrematante, sem sucesso, a expedição de tal carta, argumentando que não poderia ser atingido pelo eventual acolhimento dos embargos à arrematação (questão que, antes da reforma, era controvertida).

Tendo entrado em vigor a nova redação do art. 694 (segundo o qual “a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado”), voltou o arrematante a requerer a expedição da carta de arrematação, requerendo ainda, subsidiariamente, a desistência da arrematação (cf. nova redação do art. 746 § 1º) e a restituição do valor pago.

Ambos os pedidos foram indeferidos pelo juiz de 1º grau, que afirmou que a nova redação do art. 694 somente diz respeito a arrematações realizadas na sua vigência (isto é, após a reforma da lei 11.382), não se admitindo, pelas mesmas razões, a desistência da arrematação.

Contra esta decisão, o arrematante interpôs agravo de instrumento, que aguarda julgamento no Tribunal.

Incidem, no caso, as novas redações dos arts. 694 e 746 § 1º?

Não incidem. Mas o pedido da expedição da carta de arrematação deve ser deferido, pois já à luz da lei revogada, o terceiro não sofria os efeitos da procedência dos embargos à arrematação.

3. UMA PALAVRA SOBRE A LEI 11.232

Sabe-se que existe muita controvérsia acerca da incidência da lei que trata do cumprimento de sentença nas execuções por título judicial já instauradas.

Segundo boa parte da doutrina, a nova lei não atinge os processos em curso. É a opinião de respeitadíssimos autores, como, por exemplo, Humberto Theodoro Jr., de, Athos Gusmão Carneiro, Luiz Rodrigues Wambier.

Porque a nova lei teria extinto o processo de execução de título judicial. Os que estão em curso, devem terminar. A lei teria criado uma outra forma de gerar a satisfação do crédito, o cumprimento da sentença.

Segundo outros, a nova lei incide, mas, é claro, deve colher o processo na fase em que ele está. Porque, segundo estes autores, na verdade, a alteração da lei 11.232 teria sido meramente procedimental.

Mesmo para aqueles que entendem que incide a nova lei, SURGEM PROBLEMAS:

Devem os embargos, interpostos sob a égide da lei anterior, ser recebidos como impugnação?

Claro que não. A parte tem o direito aos embargos, com seus contornos.

Outro problema. Extinguindo-se os embargos, propostos sob a égide da lei antiga, e sendo estes rejeitados, o recurso cabível seria o agravo? Ou a apelação?

De acordo com o sistema em vigor, cabe agravo da decisão que rejeita a impugnação. No sistema anterior, o recurso da decisão dos embargos era sempre a apelação.

A dúvida existe. Decorre do fato de a doutrina ser dividida quanto à incidência da nova lei nas execuções em curso, e mesmo para aqueles para quem incide a lei, a dúvida se coloca: a sentença dos embargos devem sujeitar-se ao recurso que caberia da decisão da impugnação, tivesse sido esta apresentada já sob a autoridade da nova lei?

Não há como negar a existência, neste caso, do pressuposto para a incidência do princípio da fungibilidade.

4. A QUESTÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Para concluir, parece oportuno dizer-se algo sobre o princípio da fungibilidade. Sabe-se que o objetivo deste princípio é o de não prejudicar a parte, quando há dúvidas a respeito de qual seja o caminho adequado para se pleitear algo no processo ou por meio de um processo.

Não tem mais sentido se entender que esse princípio só incide na esfera dos recursos!

Porque não há dúvidas SÓ NA ESFERA DOS RECURSOS!!! E porque nas outras esferas a parte haveria de ser prejudicada?

Há inúmeras situações em que há discussão na doutrina, e nas divergências na jurisprudência, a respeito de qual seja o caminho adequado.

Nestes casos, existem as tais zonas cinzentas, e isto não pode prejudicar a parte.

Os exemplos são incontáveis:

Sabe-se que muitas vezes os tribunais de 2º grau retêm recursos extraordinários e recursos especiais, quando seria o caso de este subir imediatamente, porque se está diante de uma exceção à regra geral. Os meios de que se tem válidos as partes para destrancá-los são o agravo, interposto, da decisão que determina a retenção; cautelar, diretamente no Tribunal Superior, e, em tese reclamação e mandado de segurança também contam com o apoio dogmático para serem considerados medidas adequadas para esta finalidade. Há interessante decisão do Min. Peluso considerando haver fungibilidade entre esses meios (petição 3598 MC/RJ Ministro Cezar Peluso DJU 10/02/2006).

Existe uma posição minoritária nos tribunais brasileiros no sentido de que liminar em mandado de segurança não seria impugnável por meio de agravo, mas por meio de outro mandado de segurança. De rigor, o que caberia ao tribunal em que predomina esta posição fazer, ao realizar o juízo de admissibilidade de um agravo: ressaltar a sua posição e julgar o agravo no mérito.

Só mais um exemplo seria oportuno. Tendo sido proferida a decisão de mérito sem que tenha sido citado um dos litisconsortes necessários, parte da doutrina considera que o meio adequado para impugná-la seria uma ação de natureza declaratória. Outra parte entende que se trata de situação que dá ensejo à ação rescisória. Também nesta hipótese parece que a parte não pode ser prejudicada por divergência doutrinária.

Os exemplos são inúmeros, mas abordá-los todos fugiria muito ao âmbito do assunto central desta exposição.

5. CONCLUSÃO

Para encerrar, gostaríamos de fazer duas observações, extremamente relevantes:

- a) **Para que incida o princípio da fungibilidade não é necessário que haja CONVERSÃO de um meio no outro - de uma ação na outra. O Tribunal deve, em meu entender, RESSALVAR sua opinião e julgar o mérito do pedido NO MEIO, (NO VEÍCULO) pelo qual a parte**

optou, DESDE QUE SE TRATE DE UMA ZONA CINZENTA.

- b) No fundo, o princípio da fungibilidade diz respeito a entendimentos. Quando há vários entendimentos na doutrina ou na jurisprudência, quanto a qualquer assunto no processo, ligados a FORMAS de se pleitear algo, todos têm de ser respeitados, desde que não se desrespeite o princípio da isonomia.**

Em que situações este princípio seria desrespeitado?

Por exemplo, se não se decidir uniformemente quanto à incidência da multa no cumprimento de sentença. Nestes casos o magistrado tem que decidir intransigentemente, de acordo com sua opinião. Deveria haver a regra de direito intertemporal EXPRESSAMENTE PREVISTA NA LEI.

Se levarmos isto às últimas conseqüências, esta regra se aplica até aos prazos.

Existindo por exemplo dois entendimentos a respeito da forma de se contar certo prazo, não pode ser tido como intempestivo o meio manejado pela parte, se ela contou o prazo de acordo com um entendimento possível, e referendado pela jurisprudência ou parte dela.

Concluindo, então, diríamos que a diretriz fundamental para a interpretação da norma processual, principalmente nesta fase de proliferação de problemas e de entendimentos diferentes, é não prejudicar aquele que age amparado em doutrina e em jurisprudência. Este não pode ser surpreendido com uma PORTA FECHADA!

NOTES ON THE INTERTEMPORAL LAW AND THE MOST RECENT AMENDMENTS IN THE CPC

ABSTRACT: In consideration of the innumerable alterations in the CPC, an analysis concerning them in light of the intertemporal law is necessary. There are innumerable cases in which the rules of the law vary. It is also necessary to analyze the principle of the fungibility.

KEYWORDS: Intertemporal law. Procedural law. Procedure reform. Applicability. Fungibility principle.

NOTAS SOBRE EL DERECHO INTERTEMPORAL Y LAS MÁS RECIENTES ALTERACIONES DEL CPC

RESUMEN: Frente a inúmeros cambios ocurridos en el CPC, se observa la necesidad de análisis en esas alteraciones a la luz del derecho intertemporal. Hay inúmeros casos en que las reglas del derecho intertemporal acaban sufriendo variaciones. También urge la necesidad de análisis del principio de la fungibilidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho Intertemporal. Derecho Procesal. Reformas procesales. Aplicabilidad. Principio de la Fungibilidad.

Recebido em / Received on / Recibido en Março de 2009
Aceito em / Accepted on / Acepto en Abril de 2009