

## **BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA MEMÓRIA DE CÁLCULO, NA SISTEMÁTICA DA LEI N. 10.444, DE 2002**

**Francisco Antônio de Barros e Silva Neto**

*Juiz Federal em Pernambuco*

Como cediço, na redação originária do Código de Processo Civil existiam três modalidades de liquidação das obrigações, para fins de propositura da ação executiva, quais sejam por cálculo do contador, por artigos e por arbitramento.

Na “Reforma de 1994”, como ficaram conhecidas as alterações realizadas no diploma processual civil pelas Leis n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13 de dezembro daquele ano, suprimiu-se a modalidade de “liquidação por cálculo do contador”, reservando-se ao exequente a apresentação de sua memória atualizada e discriminada da dívida.

Com efeito, o procedimento de liquidação por cálculos do contador ostentava diversos inconvenientes, sobretudo pela adoção do rito ordinário, a implicar nova citação, defesa, julgamento, recursos *et cetera*.

Além disso, de certo modo se deturpavam as atribuições do contador judicial, chamado a elaborar os cálculos necessários à execução, em favor do credor, substituindo uma atividade facilmente exercida por qualquer contador privado. Como servidor pago pelo Estado, sua função se resume a colaborar com o órgão julgador, prestando esclarecimentos na matéria de seu ofício, mas não se destina a assessorar diretamente as partes, salvo em casos excepcionais.

Hoje em dia, inclusive, há diversos programas informatizados que permitem ao credor, muitas vezes, dispensar o recurso aos profissionais de contabilidade, procedendo o próprio causídico à elaboração dos cálculos, mediante simples multiplicação do valor originário de cada parcela pelo coeficiente de correção monetária, acrescendo-se os juros legais ou contratuais.

Na expressão do professor Cândido Dinamarco, “bastando fazer as contas, era uma superfetação exigir os trâmites de ida ao contador, contraditório

entre as partes, às vezes volta ao contador, e depois sentença homologatória sujeita à apelação *etc.*”<sup>1</sup>.

Em pouco tempo o próprio advogado efetivará um ato que, na sistemática anterior, demoraria meses, merecendo encômios a solução encontrada pelo Código.

Entretanto, a relativa simplicidade da elaboração da memória atualizada da dívida tem como premissa o conhecimento, pelo credor, dos dados sobre os quais recairão as operações aritméticas.

*Verbi gratia*, a apuração do *quantum debeatur* em processos envolvendo a aplicação de reajustes na remuneração de servidores públicos demanda os dados constantes dos contracheques dos beneficiados, relativos ao período compreendido entre o nascimento do direito e aquele de sua efetiva efetivação, mediante inclusão do aumento na folha de pagamentos.

Do mesmo modo, em processos relativos aos expurgos inflacionários das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, faz-se necessário o saldo das referidas contas, no momento em que deveria ter incidido o índice expurgado.

Saliente-se que, no caso, não há que se falar em “alegação e prova de fato novo”, a ensejar liquidação por artigos. A extensão do direito ao reajuste ou à aplicação dos expurgos inflacionários, e *a fortiori* as alegações pertinentes aos seus fatos constitutivos, já restou dantes reconhecida. Falta apenas o conhecimento do montante sobre o qual incidirão tais percentuais, não se discutindo “fato novo ligado à sentença, ao seu conteúdo”<sup>2</sup>.

Em outros termos, não se trata de “fatos que, mesmo sem alterar o sentido (conteúdo) da sentença, são indispensáveis para a fixação deste mesmo conteúdo”<sup>3</sup>.

É possível que, diligentes, os titulares desses direitos conservem tais peças ou tornem a obtê-las junto aos depositários desses dados, resolvendo a questão. Mas igualmente possível a hipótese em que os documentos que contêm tais dados se encontrem em poder do devedor ou de terceiro alheio ao processo, inacessíveis ao credor.

---

<sup>1</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 318-9.

<sup>2</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, t. IX, atual. Sérgio Bermudes. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 405.

<sup>3</sup> MOURA ROCHA, José de. Sistemática do novo processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 218.

No caso dos expurgos inflacionários aplicáveis às contas fundiárias, retomando-se o exemplo, nos termos do Decreto n. 99.684/90, compete à Caixa Econômica Federal, “a qualquer tempo”, fornecer “ao trabalhador informações sobre sua conta vinculada” (art. 22, parágrafo único).

A Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001, por sua vez, expressamente determinou:

*“Art. 10. Os bancos que, no período de dezembro de 1988 a março de 1989 e nos meses de abril e maio de 1990, eram depositários das contas vinculadas do FGTS, ou seus sucessores, repassarão à Caixa Econômica Federal, até 31 de janeiro de 2002, as informações cadastrais e financeiras necessárias ao cálculo do complemento de atualização monetária de que trata o art. 4º.*

§ 1º A Caixa Econômica Federal estabelecerá a forma e o cronograma dos repasses das informações de que trata o caput deste artigo.

§ 2º Pelo descumprimento dos prazos e das demais obrigações estipuladas com base neste artigo, os bancos de que trata o caput sujeitam-se ao pagamento de multa equivalente a dez por cento do somatório dos saldos das contas das quais eram depositários, remunerados segundo os mesmos critérios previstos no art. 5º.

§ 3º *Os órgãos responsáveis pela auditoria integrada do FGTS examinarão e homologarão, no prazo de sessenta dias, a contar da publicação desta Lei Complementar, o aplicativo a ser utilizado na validação das informações de que trata este artigo.”*

É de conhecimento público que, após a edição dessas normas, vem sendo divulgado pela Caixa Econômica Federal o valor devido a cada titular de conta fundiária, com base nos índices já pacificados pela jurisprudência.

Cumpre à referida instituição, portanto, trazer aos autos os extratos analíticos, capazes de permitir a elaboração dos cálculos a serem apresentados pela parte credora.

Entretanto, o Código de Processo Civil silenciava a respeito da obtenção desses dados até a Lei n. 10.444, de 2002, acrescer ao seu art. 604 o seguinte parágrafo:

“§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do

credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência.”

De qualquer sorte, a requisição judicial dos dados necessários à elaboração da conta não representa inovação, apenas consolidando diretriz pretoriana bastante antiga.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, já entendia que a “determinação para que o INSS forneça os elementos informativos ao cálculo dos benefícios previdenciários, decorrentes de decisão judicial, não fere as disposições contidas no art. 604 do CPC”<sup>4</sup>.

Quando ainda compunha o colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, posicionava-se o hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki:

*“O atendimento desta espécie de requisição é irrecusável, seja pela parte contrária, seja por terceiro que detém o documento (ou a informação), salvo nas estritas hipóteses do art. 358 do CPC. É inteiramente descabido, em casos tais, invocar a inexistência de ônus da prova para justificar a recusa. A coleta de provas indispensáveis à entrega da prestação jurisdicional não se faz apenas em atendimento do interesse de uma parte e contra o interesse de outra. Constitui, isto sim, acima de tudo, atividade ínsita à própria função jurisdicional, que, embora não possa ser instalada por iniciativa do juiz, deve se desenvolver por impulso oficial (CPC, art. 262), até a sua satisfatória entrega. Não é por outra razão que o Código impõe que o juiz, mesmo de ofício, ‘determine as provas necessárias à instrução do processo’ (art. 130).”<sup>5</sup>*

Em se tratando de documentos em posse do devedor, tem-se aparentemente a criação de um ônus, subordinado à consequência de se “reputarem corretos os cálculos” no caso de falta de apresentação dos dados.

<sup>4</sup> RESP 227032/PR, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 29/11/1999, p. 195.

<sup>5</sup> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 46.544, DJU 17/05/2000, p. 144.

Na feliz expressão de James Goldschmidt, existiria no caso mero “imperativo do próprio interesse”<sup>6</sup>, em relação ao qual não haveria qualquer direito correlato, de titularidade do Estado ou da parte adversa. Restaria a critério do devedor apresentar tais peças, ciente do risco de (tão somente) sofrer prejuízos financeiros no caso de não atendimento à solicitação.

Em outros termos, “no máximo” o devedor perderia a faculdade de impugnar a correção dos cálculos apresentados pelo credor, não lhe sendo aplicáveis quaisquer sanções em decorrência de sua inércia ou da ilegitimidade de sua recusa.

Contudo, como já aventara a jurisprudência, não se trata de simples ônus do devedor, mas de verdadeiro dever processual, identificando-se em seu conteúdo o atendimento ao interesse público e não apenas ao interesse privado.

A providência em comento não atende apenas ao interesse do devedor, mas sobretudo ao poder-dever do Estado-juiz, de conceder ao vencedor tudo a que faria jus com o adimplemento voluntário da obrigação – nada mais, nada menos.

É dever das partes trazer a Juízo todos os dados de que disponham, úteis a que o processo alcance sua missão de pacificar com Justiça. *Rectius*, trata-se de dever de toda a coletividade, independentemente do epíteto que ostentem na relação processual (parte, terceiro, auxiliar do Juízo *etc.*). E como afirma Carnelutti, apenas a “falta de maturidade do pensamento científico” explicaria a identificação da obrigação de informar, a serviço do processo de conhecimento, e sua não subsistência no tocante ao processo de execução. Em suas palavras, trata-se de “algo muito difícil de compreender”<sup>7</sup>.

Lícito ao magistrado, portanto, determinar as providências necessárias ao fornecimento desses dados, quer mediante provimento mandamental, quer pelo manuseio de providência de índole executiva, como a busca e apreensão<sup>8</sup>, sem excluir a possibilidade de aplicação de multa diária, independentemente de pedido do credor, caso seja considerada pertinente.

---

<sup>6</sup> GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. Barcelona: Labor, 1936, p. 84.

<sup>7</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil, v. 1, trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 431.

<sup>8</sup> “Essa possibilidade de busca e apreensão decorre da regra do próprio art. 601, que se refere à multa, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 229).

Ainda que o art. 604, §1º, do Código de Processo Civil, refira-se ao prazo máximo de trinta dias para cumprimento da diligência, a grande variedade de hipóteses recomenda não se tratar de lapso peremptório. A complexidade no fornecimento desses dados difere de caso a caso, impondo a fixação de prazo razoável para atendimento ao comando judicial, tal qual previsto no art. 461, §4º, daquele estatuto.

Com efeito, observe-se que não são raros os casos em que os dados em comento se estendem por centenas de documentos, como nas execuções referentes às ações coletivas. O tempo necessário à organização dos arquivos a serem impressos e à extração de “fichas financeiras”, por exemplo, pode exceder o trintídio preestabelecido sem que represente, de per si, descumprimento ao dever de atendimento ao comando judicial.

Como em outras searas da atividade judicial, o bom senso representa melhor parâmetro que qualquer outro que possa de logo ser previsto na legislação.

Indo além, ressalte-se que o art. 14, do Código de Processo Civil, na atual redação, considera dever das partes “e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo” cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Trata-se de postura exigida não apenas no processo de cognição, mas em toda extensão do fenômeno da processualidade.

No mesmo sentido, especificamente quanto à atuação do devedor, o Código de Processo Civil considera ato atentatório à dignidade da Justiça o descumprimento injustificado às ordens judiciais (art. 600, III). E exemplificava Mendonça Lima “como ocorrer a hipótese: deixar de juntar um documento; não prestar uma informação; não cumprir a diligência no prazo marcado, dificultando o caso *etc.*”<sup>9</sup>.

Além da possível multa cominatória, o devedor que descumpre seu dever de prestar informações ficará submetido às sanções dos arts. 14, parágrafo único, 18 e 601, do Código de Processo Civil<sup>10</sup>. *Habemus lege*, portanto.

<sup>9</sup> MENDONÇA LIMA, Alcides de. Comentários ao Código de Processo Civil, v. VI, t. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 617.

<sup>10</sup> Neste sentido: PAULA, Adriano Perácio de. “A reforma do Código de Processo Civil: considerações acerca da Lei 10.444, de 07.05.2002” in Revista de processo, a. 27, n. 108, out./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

Outro aspecto relevante do art. 604, §1º, do Código de Processo Civil, diz respeito à “presunção de correção dos cálculos apresentados”, como consequência do não atendimento à requisição judicial.

Considerando-se o momento processual no qual a discussão se põe, ainda não há cálculos a se reputarem corretos, justamente porque a parte credora necessita dos mencionados dados para elaborá-los. O dispositivo legal, portanto, refere-se necessariamente aos cálculos “a serem apresentados” quando da exordial da execução.

Caso se interprete literalmente o dispositivo legal, não atendendo o devedor à requisição dos dados necessários à memória (ou sendo afastadas as escusas por ventura apresentadas), perderia a prerrogativa de interpor embargos à execução fundamentados no excesso de execução.

Os cálculos que viessem a ser apresentados pelo credor se encontrariam revestidos de imunidade, alheios a qualquer possibilidade de impugnação, o que representa nítida violação ao contraditório.

Saliente-se, inclusive, que essa interpretação criaria uma incompatibilidade entre os dois parágrafos do art. 604, do Código de Processo Civil, ao passo em que o primeiro dispositivo vedaria a discussão do possível excesso enquanto o segundo parágrafo instituiria uma sede prévia de impugnação ao valor do crédito, independente da manifestação do próprio devedor.

Pode-se argumentar em sentido contrário, fazendo-se um paralelo entre a situação do devedor nos embargos à execução e nessa fase preliminar à elaboração dos cálculos.

Como cediço, apresentados os cálculos pelo credor e seguro o Juízo, caberia ao devedor alegar mediante embargos a falha dessa memória, comprovando suas alegações com os elementos necessários à verificação do correto *quantum debeatur*<sup>11</sup>. Caso não se comprovasse o excesso, a execução seguiria com base nos cálculos apresentados pelo credor.

No caso do art. 604, §1º, do CPC, a sonegação de informações conduziria ao mesmo fenômeno: a permanência dos cálculos (a serem) apresentados pelo credor. A inovação do Código apenas “anteciparia” essa situação jurídica para o momento de elaboração dos cálculos.

Há, porém, um fator relevante a servir de *discrímén* entre tais hipóteses: o caráter potestativo que assume a apresentação dos cálculos pelo credor, nos termos do art. 604, §1º, do CPC, inexistente na sucumbência do embargante

---

<sup>11</sup> “Instruída a execução com o título próprio, é do devedor o ônus de elidi-lo” (STJ, RESP 154565/PR, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 16/12/2002, p. 309).

pela ausência de prova de possível excesso, em face da óbvia preexistência da memória da dívida.

Nesse caso, ainda que a não apresentação de provas, por parte do embargante, seja voluntária ou decorrente de negligência, dantes o devedor já se encontrava em condições de aferir o possível prejuízo, mediante ciência da memória acostada à exordial da execução. Tendo-lhe sido concedida oportunidade de impugnar os valores atribuídos à obrigação, respeitou-se o contraditório, independentemente do possível fracasso do embargante.

Como expõe Luiz Manoel Gomes Júnior, a recusa do devedor em apresentar os dados necessários à conta não impõe “a aceitação de cálculos absurdos e sem qualquer base fática, ficando tudo sob o controle do magistrado, evitando o enriquecimento ilícito do exequente”<sup>12</sup>.

No seu aspecto essencial, a discussão não é recente. Observe-se que o ônus<sup>13</sup> previsto no art. 359, do Código de Processo Civil, ressoa-se das mesmas críticas ora formuladas à interpretação literal do art. 604, §1º, daquela lei<sup>14</sup>.

Moacyr Amaral Santos, destacando que o referido artigo impõe a admissão de certos fatos como verdadeiros “ainda que das provas dos autos outra devesse ser a conclusão”, exalta o sistema do Código revogado:

*“O poder de apreciação do juiz era o mais amplo possível, atento à consideração de que ‘só o exame do documento’ pudesse ‘confirmar ou destruir as alegações do requerente’, as quais poderiam ser consideradas provadas, se fossem verossímeis e coerentes com as demais provas dos autos.”<sup>15</sup>*

Pestana de Aguiar, não obstante considere conveniente a mudança, expressamente consigna que a admissão de tais fatos como verdadeiros pode não ser decisiva:

<sup>12</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. “A reforma do CPC. Lei 10.444/2002. Considerações iniciais” in Revista de processo, a. 27, n. 107, jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

<sup>13</sup> Ônus em termos, aplicando-se as mesmas ressalvas dantes mencionadas, decorrentes do dever de colaboração com a instrução do processo.

<sup>14</sup> Há, inclusive, quem defenda a aplicação, por analogia, das regras sobre a ação exorbitante ao incidente em comento (p. ex. DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Processo de execução e processo cautelar” in JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A nova reforma processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 249).

<sup>15</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 134.



*“Queremos dizer, a livre convicção motivada do juiz, presente no campo geral da prova, embora ausente no campo especial da exibição, poderá dar o devido valor probatório à prova legal sub censura, sem chegar a lhe atribuir força decisiva, quando por si não tiver tal alcance.”<sup>16</sup>*

Embora no tocante à apresentação da memória da dívida não haja espaço propriamente para a “livre convicção” judicial, não se pode, na perspectiva diametralmente oposta, impor-lhe postura meramente passiva, recepcionando como verdadeiros cálculos absurdos.

Trata-se, portanto, “de presunção relativa, que pode não ser acolhida pelo magistrado, se entender como manifestamente incorretos os valores alcançados pelo credor”<sup>17</sup>.

Com mais vigor, o ativismo judicial há de prevalecer quando a inércia ou a recusa ilegítima partir de terceiros, não sendo suficiente a mera advertência legal de cometimento de “desobediência”.

Como ressaltava Moura Rocha, o direito processual civil não pode remeter todas as violações ocorridas em seu seio ao direito penal, competindo-lhe estabelecer meios próprios de prevenção geral e específica como forma de preservar, operacionalmente, sua própria autonomia. Nas palavras do mestre:

“Na instrumentalização processual surgiria a necessidade de se impor contra os métodos peculiares à época, mas, a obstaculá-lo havia o acúmulo das leis penais, sancionadoras. Mais o privatismo dominando o direito processual civil. O processo, tal qual a administração, ante a impossibilidade de atuação das apontadas leis penais, teria de se armar trazendo para o seu seio os meios de defesa contra tudo o que lhe impedisse ou dificultasse alcançar os seus fins.

(...)

Note-se que não se pretendia conferir a certas sanções qualquer caracterização penal, de expiação ou de retribuição ou de qualquer outra ordem.

---

<sup>16</sup> PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 144.

<sup>17</sup> Op. cit., nota 14, p. 250. Em sentido aparentemente intermediário, afirma Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR que o devedor permanece com a prerrogativa de impugnar o cálculo apresentado, desde que “demonstre de maneira precisa que o erro verificado na planilha do exequente não tem qualquer pertinência ao documento ou aos dados por ele não fornecidos” (Comentários à novíssima reforma do CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 218).

Serão elas portadoras, digamos assim, da advertência por ‘haver sido adotada atitude pouco condizente com a estrutura social a que o processo se propõe a corrigir’. É de se evidenciar que não se pode ver aí qualquer caráter criminal. Há no caso, tão somente, atentado à estrutura processual<sup>18</sup>.”

Ademais, o recurso *sic et simpliciter* à tutela penal da autoridade das decisões judiciais poderia restar inócuo em se tratando de servidor público, em relação ao qual ocorreria atipicidade relativa, deslocando-se o possível delito para as raias da prevaricação<sup>19</sup>, cujo elemento subjetivo é de difícil prova.

À semelhança do exposto em relação ao devedor, enfim, o terceiro possui dever de colaborar com a prestação jurisdicional (em qualquer de suas vertentes), encontrando-me igualmente sujeito ao disposto no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e, em prol da coerência do próprio sistema, à aplicação da multa diária de índole coercitiva (art. 461, do CPC) e à atividade executiva do Juízo, mediante mandado de busca e apreensão dos documentos (art. 362, do CPC).

Outra questão levantada pelo referido parágrafo do art. 604, do CPC, diz respeito ao *modus* de elaboração da memória analítica, quando não fornecidos os dados em comento.

Resta nítido que, não sendo apresentadas as informações de posse do devedor ou de terceiro, não se pode ter por prejudicado o título executivo, tornando-o definitivamente inexecutável. O credor não há de virar “refém”, à míngua desses dados, competindo-lhe buscar meios alternativos de alcançar o *quantum debeatur*.

Por exemplo, impossibilitada a apresentação de extratos das contas fundiárias, pode-se proceder à verificação das contribuições para o FGTS efetuadas pela empresa, calculando-se aproximadamente o saldo.

Caso não sejam localizadas as peças concessórias do benefício previdenciário, necessárias ao cálculo da revisão da renda mensal inicial, pode-se em

---

<sup>18</sup> MOURA ROCHA, José de. “As sanções no processo civil” in Estudos sobre processo civil, v. 2. Recife: Universitária (UFPE), 1982, pp. 188, 193.

<sup>19</sup> Neste sentido, entre diversos outros arestos: “O Código Penal distingue (Título XI) crimes funcionais e crimes comuns. Evidente, quando o funcionário público (CP, art. 327) pratica ato de ofício, não comete delito próprio de particular. Assim, inviável a infração penal – desobediência (CP, art. 330 – crime cometido por particular contra a Administração Pública, Título XI, Cap. II). Em tese, admitir-se-á prevaricação (CP, art. 309). Urge, no entanto, a denúncia descrever elementos constitutivos dessa infração penal” (HC 2.628/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 05/09/1994, p. 23122).

alguns casos invocar como paradigma empregado da mesma empresa, de função semelhante à do aposentado ou instituidor da pensão.

Entretanto, essa prática gera um distanciamento – maior ou menor – entre o valor devido e o cobrado, desviando-se o processo do contido no respectivo título: é possível a ocorrência de saques do FGTS no período em comento, de modo que o saldo eventualmente existente não corresponda à soma dos depósitos e acessórios aplicados à conta; igualmente não seria raro que o empregado invocado como paradigma percebesse vantagens individuais, não sendo o espelho fiel da situação do instituidor da pensão; e assim por diante.

Ademais, sem os documentos em comento, tem-se a utilização de fatores que permitem inferir apenas de modo indireto essa base de cálculo da dívida, o que pode provocar uma associação ao conceito de “fatos novos” e, *a fortiori*, impor liquidação por artigos.

Neste sentido, decidiu o colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão já mencionado, relatado pelo hoje Ministro Teori Albino Zavascki: “somente depois de esgotadas, sem êxito, aquelas providências [*requisição dos dados ao devedor ou terceiro*] é que se justificará a propositura, pelo credor, da ação de liquidação por artigos, com a adoção de outros meios probatórios indispensáveis à apuração do débito”<sup>20</sup>.

Com a vênua do eminente processualista, parece-nos que mesmo nessa hipótese não há “fato novo” para fins de liquidação por artigos. O conteúdo da sentença já se encontra devidamente identificado em toda sua extensão, restando aferir a base de cálculo e efetuar operações aritméticas.

Essa aferição pode ser feita diretamente, com base em documentos em poder das partes ou de terceiros, ou indiretamente, mediante outros parâmetros que permitam inferir aproximadamente tais dados.

Em ambos os casos é necessária uma atividade cognitiva para percepção dessa quantia-base, apenas existindo divergência quanto ao grau de complexidade dessa análise, pois no segundo caso não ocorre a mesma evidência presente no primeiro. Em outros termos, em ambos os casos não se está a buscar dados *aliunquae*, restando líquida a obrigação.

Ademais, a liquidação por artigos, nessa hipótese, conduziria a um novo desgaste do credor, que aguardaria novo processo de cognição para ver iniciada a satisfação de seu direito. A inércia, ou mesmo o dolo, do devedor findaria implicando novo adiamento da realização do direito, locupletando-se às custas do desgaste alheio.

<sup>20</sup> Op. cit., nota 5.

Caso a memória atualizada da dívida, elaborada com base nesses parâmetros alternativos, distancie-se do contido do título, resta preservado o contraditório mediante a possibilidade de interposição de embargos, nos quais compete ao devedor alegar (e demonstrar) tal eiva.

Em socorro ao devedor, caso haja conduta abusiva do credor, resta invocável a parte final do parágrafo segundo do art. 604, do Código de Processo Civil, assim redigido:

“§ 2º Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.”

Quanto à primeira parte, trata-se de prática comumente adotada no Judiciário, utilizando-se excepcionalmente os préstimos do contador judicial para subsidiar as execuções propostas por beneficiários da assistência judiciária.

No tocante à parte final do dispositivo, tem-se mais uma providência no sentido de equilibrar a situação das partes do processo executivo, evitando-se, como na perspectiva tradicional, dar prevalência apenas aos interesses do credor. Em outros termos, controlam-se os excessos, independentemente de onde provenham.

Em sentido contrário, preleciona Adriano Perácio de Paula:

*“A parte final do §2º, ao nosso sentir, rompe com o princípio da efetividade processual, porque uma execução aparentemente excessiva somente implicará numa penhora que acoberte o valor obtido por cálculo do contador judicial, ainda que a execução se faça pela importância pretendida.*

*Ou seja, consagrou-se algo similar ao exemplo de um credor que tendo direito a 100 (cem), perceba apenas 40 (quarenta). Pelo que se não estivesse contida esta disposição numa lei, não teríamos nenhuma dúvida em afirmar que se trata de enriquecimento sem causa.”<sup>21</sup>*

<sup>21</sup> PAULA, Adriano Perácio de. Op. cit., nota 10, p. 80.

Entretanto, observe-se que, pela redação da lei, verificada a aparência de abusos na memória da dívida, não se fulmina a execução quanto ao valor excedente, mas apenas se adia a penhora quanto a este saldo.

Considera-se seguro o juízo, para fins de oferecimento dos embargos do devedor, mediante penhora em valor equivalente ao reputado razoável, mas não se obsta a execução do valor indicado pelo credor.

Interpostos os embargos, nessa sede se discutirá a contento a matéria, expungindo-se em termos definitivos o possível excesso ou, reconhecendo-se sua inexistência, abrindo-se a via para o reforço de penhora e os demais atos do processo executivo. Não haveria se falar, no caso, em “ter direito a cem e receber quarenta”.

O ponto nevrálgico da questão, bem destacado no excerto transcrito, porém, diz respeito à hipótese em que não haja processo cognitivo incidental a comportar a produção de provas e a discussão mais aprofundada da matéria. O juiz poderá, ou não, sem pedido do devedor, proceder à correção definitiva da memória da dívida ?

Sem obviamente esgotar o debate, tem-se que ambas as respostas são passíveis de críticas, aparentando que a lei se confiou no “caráter pedagógico” dos cálculos do contador do juízo e em sua aceitação pelo credor.

Por um lado, a postura ativa do magistrado, nesses casos, esvaziaria a utilidade dos embargos à execução. Ciente de que o juiz, *ex officio*, tende a limitar a continuidade da execução no tocante ao excesso apurado pela Contadoria, o que moveria o devedor a opor embargos à execução ?

Como o resultado prático de sua conduta corresponderia, provavelmente, ao de sua inércia, a interposição de embargos apenas lhe pareceria útil quando a alegação de excesso fosse cumulada com outras alegações ou, ainda, quando fosse utilizada para procrastinar o feito.

Neste sentido, pronunciava-se Antônio Cláudio da Costa Machado em comentários à “Reforma de 1994”, ainda atuais:

*“Não é justo submeter o devedor à constrição judicial muito maior do que a supostamente devida. Assim sendo, impugnado o cálculo (haja ou não concomitante nomeação de bens), o magistrado deve ouvir o credor e fixar, com ou sem o auxílio do contador (art. 261, por analogia), o valor provisório para fins de penhora. Deste ato não cabe recurso, porque existe meio próprio para apuração definitiva do quantum, que é a ação incidente de embargos. Se, no entanto, o*

*devedor não embargar, a fixação provisória perde o seu efeito, haja vista que só por embargos é possível o enfrentamento da pretensão executória*<sup>22</sup>.”

No mesmo sentido, afirmam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier: “não havendo embargos, a execução prossegue pelo *quantum* indicado pelo exequente e não se discute mais se estaria ou não correto, em qualquer outra sede”<sup>23</sup>.

Com o respeito devido aos eminentes processualistas, tal perspectiva não parece condizer com a atual extensão dos poderes do juiz. Em outros termos, representa flagrante passividade judicial verificar um nítido excesso de execução e silenciar a respeito, sobretudo quando se reconhece que o erro da memória de cálculo “encarta-se no contexto de admissibilidade da execução”<sup>24</sup>, matéria de ordem pública sujeita ao controle *ex officio* do julgador.

Em comentários oferecidos à “primeira fase” da reforma do Código de Processo Civil, prelecionava Carreira Alvim:

*“Essa modalidade de cálculo, por ato do credor, não afasta os poderes do juiz na condução do processo executório, podendo coibir, no nascedouro, eventuais pedidos de execução extra ou ultra petita, sendo até aconselhável que o faça, porquanto, pelo novo rito, a impugnação só pode ter lugar por ocasião dos embargos, que, para serem admitidos, dependem da garantia do juízo (art. 737) – salvo na execução contra a Fazenda Pública –, e a admissão de cálculos em flagrante desconformidade com o título executivo pode trazer prejuízos irreparáveis ao devedor.*

*Para esse fim, pode o juiz valer-se, inclusive, da colaboração do contador, para fundamentar eventual sentença terminativa, se não for possível conter o cálculo nos limites do título; sem prejuízo, evidentemente, de que promova o credor nova execução.*<sup>25</sup>”

<sup>22</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A reforma do processo civil interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 84.

<sup>23</sup> Op. cit., nota 8, p. 234.

<sup>24</sup> Op. cit., nota 8, p. 231, citando vários autores.

<sup>25</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Código de Processo Civil reformado. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 279-280.

A nova redação do art. 604, do Código de Processo Civil, enfim, amplia o âmbito da atuação da tutela de evidência no controle do processo executivo, permitindo-se ao magistrado não apenas barrar a via executiva quando lhe falte título hábil, mas igualmente restringi-la ao *quantum* correto quando a memória se afastar daquele título.

E como em toda atividade judicial, resta a indagação: constitui-se direito da parte devedora ou mera prerrogativa do Estado-juiz ? Em outros termos, caso o magistrado não identifique *ad limine* o excesso e determine a citação do devedor, ser-lhe-á lícito invocar tal matéria sem prévia garantia do Juízo ?

A despeito da redação literal do dispositivo legal, que aparenta estabelecer uma fase prévia ao recebimento da exordial e, portanto, sujeita à preclusão, a reforma do Código de Processo Civil finda por ampliar o rol da exceção de pré-executividade, que passa a combater o excesso evidente na indicação do *quantum debeat*.

#### Bibliografia

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**, v. 1, trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de Processo Civil reformado**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Processo de execução e processo cautelar” *in* JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, 245-256.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. “A reforma do CPC. Lei 10.444/2002. Considerações iniciais” *in* **Revista de processo**, a. 27, n. 107, jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 117-129.

- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A reforma do processo civil interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VI, t. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MOURA ROCHA, José de. **Sistemática do novo processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- \_\_\_\_\_. “As sanções no processo civil” *in* **Estudos sobre processo civil**, v. 2. Recife: Universitária (UFPE), 1982, 169-197.
- PAULA, Adriano Perácio de. “A reforma do Código de Processo Civil: considerações acerca da Lei 10.444, de 07.05.2002” *in* **Revista de processo**, a. 27, n. 108, out./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 71-84.
- PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IX, atual. Sérgio Bermudes. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. IV. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.