

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Robson Carlos de Oliveira

**Os poderes do juiz na execução por quantia certa contra
devedor solvente**

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Robson Carlos de Oliveira

Os poderes do juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito (Direito das Relações Sociais) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora:

DEDICATÓRIA

Dedico esta tese aos meus pais, JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA E VERA LÚCIA DE OLIVEIRA, pelo esforço de vida e dedicação aos filhos.

Dedico ainda à minha querida esposa, ANA CRISTINA PENHALBEL MORAES, amor da minha vida e que tanto me apoiou durante todo o desenvolvimento desta tese, especialmente nos momentos mais difíceis.

Dedico também ao Dr. JOSÉ GOMES DA SILVA, grande amigo que ganhei na Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Dedico finalmente à minha orientadora Professora Doutora TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, exemplo de pessoa e de jurista. Durante vários anos como seu aluno e orientando, inicialmente no mestrado e após no doutorado, com ela aprendi a estudar o Direito Processual Civil sob a angulação da máxima efetividade dos pronunciamentos jurisdicionais e do equilibrado exercício dos poderes do juiz. Foi ela quem me possibilitou publicar artigos em coletâneas que coordenou, bem como na Revista de Processo. Graças a ela publiquei uma obra. Essa tese jamais teria chegado ao seu termo se não fosse seu incondicional auxílio. Jamais esquecerei suas lições de processo - e de vida.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através de sua Presidência, Corregedoria-Geral e Escola da Magistratura Federal, por ter disponibilizado meios econômicos e condições adequadas à conclusão desta tese.

RESUMO

Autor: Robson Carlos de Oliveira

Título da tese: Os poderes do juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente

Esta tese tem o objetivo de examinar e compreender o exercício dos poderes do juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente. Cresce a cada dia a consciência de que o Estado-juiz, no exercício da parcela de soberania que lhe confere a Constituição Federal, deve outorgar provimentos jurisdicionais que redundem em respostas efetivas e concretas em favor daquele que veio a júizo. O jurisdicionado e a sociedade não aceitam mais do órgão jurisdicional respostas formais, retóricas e desprovidas de resultados práticos. Esta postura despreocupada com as conseqüências dos atos jurisdicionais era própria do Estado liberal, mas hoje não encontra apoio nas necessidades dos cidadãos carentes de tutela. A exigência de aprimoramento do instrumento de efetivação do direito material provocou sucessivas Reformas no Código de Processo Civil, especialmente no que diz respeito ao processo de conhecimento. A execução civil, particularmente a execução por quantia certa contra devedor solvente, não foi objeto de tantas Reformas, a não ser mais recentemente com a edição das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006. Antes ou depois da edição destes diplomas, procurou-se demonstrar que os poderes do juiz têm matriz em normas constitucionais, como aquelas que garantem ao cidadão o acesso qualificado à Justiça e em tempo razoável, de tal sorte que os poderes jurisdicionais não se vinculam totalmente aos estritos quadrantes das regras jurídicas. Com apoio em autorizada doutrina demonstramos que o repertório de que se vale o juiz no exercício de seus poderes é muito maior do que apenas aquele outrora concebido pelo Estado liberal. Contemporaneamente, o juiz se vale das regras, dos princípios jurídicos, da doutrina e da jurisprudência para adequadamente decidir, garantindo a eficácia de seus pronunciamentos. Verificamos que, se essa idéia é aceita, com certa tranqüilidade nas demandas cognitivas, o mesmo não ocorre na execução por quantia certa. Nesta os pronunciamentos dos juízes ainda se encontram demasiadamente vinculados aos valores liberais clássicos, apoiados em dogmas próprios do positivismo jurídico, que enfocam determinados direitos fundamentais do devedor como óbices absolutos à efetividade da jurisdição. Todavia, o juiz também na execução por quantia certa contra devedor solvente tem grande liberdade para exercer os poderes que o sistema jurídico o investe visando a adequadamente tutelar os direitos fundamentais do credor. Analisamos os conceitos e os lineamentos dos institutos fundamentais do Direito Processual Civil, bem como aqueles próprios da execução civil, na primeira e segunda partes da tese, pois não é possível examinar o exercício dos poderes do juiz na execução forçada sem antes compreender sua estrutura e funcionalidade. Na derradeira etapa desta tese, esboçamos uma tentativa de sistematização dos poderes do juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente, ao mesmo tempo em que analisamos vários exemplos de como esses poderes podem e devem ser exercidos em cada fase em que a execução pode ser dividida, a partir da análise da jurisprudência. Concluímos que o exercício dos poderes jurisdicionais na execução por quantia certa deve ser animado pela mesma eficácia com que são exercidos nas ações cognitivas.

Palavras-chave: Juiz – Poderes – Execução - Quantia.

ABSTRACT

Author: Robson Carlos de Oliveira

Title of the thesis: The judge's powers to execute certain amount against solvent debtor.

This thesis has the objective to examine and understand the exercise of the judge's power to execute certain amount against solvent debtor. The conscience grows each day that the State-judge, in the exercise of the part of the sovereignty that is given for him by the Federal Constitution, must grant jurisdictional provisions that result in effective and concrete answers in favor of that one who came to judgement. The jurisdictional person and the society do not accept formal and rhetorical answers, and lack of practical results from jurisdictional organ. This relaxed attitude with the consequences of the jurisdictional acts was particular to the Liberal State, but today it does not find support to the needy citizens' necessities of protection. The demand of improvements of the effective instrument of the material right has provoked successive Reforms in the Civil Process Code, specially what concerns to the process of knowledge. The civil execution, particularly the execution for certain amount against solvent debtor, was not an object of so many Reforms, unless more recently with the publication of the Laws 11.232/2005 and 11.382/2006. Before or after the publication of these diplomas, it has tried to demonstrate that the judge's powers have origin in constitutional standards, like those that guarantee to a citizen the qualified access to the Justice and in reasonable time, so that the jurisdictional powers are not totally linked to the strict quadrants of the legal rules. With support in authorized doctrine we demonstrate that the repertoire which the judge uses in the service of his powers is much bigger than that one that was formerly conceived by Liberal State. Contemporarily, the judge uses the rules, the legal principles, the doctrine and the jurisprudence to decide appropriately, ensuring the efficacy of his pronouncements. We check that, if this idea is accepted, with certain tranquillity in the cognitive demands, the same thing does not take place in the execution for certain amount. In this the judge's pronouncements are still too much linked to the classic liberal values, supported on own dogmas of the legal positivism, which tackle determined basic rights of the debtor like absolute obstacles to the effectiveness of the jurisdiction. However, the judge in the execution of certain amount against solvent debtor also has great freedom in order to exercise the powers that the legal system invests him aiming the appropriately tutor the creditor basic rights. We analyse the concepts and the traces of the basic institutes of the Civil Processual Right, as well as those pertaining to civil execution, in the first thesis and the second one, since it is not possible to examine the exercise of the judge's powers in the forced execution without understanding its structure and functionality. At the last stage of this thesis, we outline an attempt of systematizing the judge's power at the execution for certain amount against solvent debtor, at the same time in which we analyse several examples like these powers can and must be practised in each phase in which the execution can be divided, from the analysis of the jurisprudence. We conclude that the exercise of the jurisdictional powers in the execution for certain amount must be stimulated by the same efficiency with which they are practised in the cognitive actions.

Keywords: Judge - Powers - Execution - Amount

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA	5
1.1 Relevância e delimitação do tema	5
1.2 Acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF): dimensão constitucional do direito a tutela jurisdicional adequada, tempestiva e eficaz	12
1.3 O princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) explicitado pela EC 45/2004 (“Reforma do Poder Judiciário”) e sua aplicabilidade à execução civil: o “tempo inimigo” como fator de prejuízo aos credores e à efetividade da jurisdição	23
1.4 Tutela jurisdicional e institutos fundamentais do Direito Processual Civil. A sistematização do Direito Processual Civil e a conquista de sua autonomia enquanto novo ramo do Direito através do distanciamento do direito material	37
1.4.1 Jurisdição	38
1.4.2 Ação	47
1.4.2.1 Teorias da ação	49
1.4.2.1.a Teoria imanentista da ação	49
1.4.2.1.b Teoria da ação como direito autônomo	51
1.4.2.1.c Teoria da ação como direito abstrato	56
1.4.2.1.d Teoria da ação como direito público subjetivo, autônomo e abstrato a um pronunciamento jurisdicional de mérito. Posicionamento prevalente de Enrico Tullio Liebman e sua influência na doutrina nacional	57
1.4.2.2 Condições da ação	59
1.4.2.2.a Possibilidade jurídica do pedido	63
1.4.2.2.b Interesse processual	64
1.4.2.2.c Legitimidade das partes	66
1.4.3 Processo	69
1.4.3.1 Teorias do processo	69
1.4.3.1.a Processo como contrato	69
1.4.3.1.b Processo como quase-contrato	70
1.4.3.1.c Processo como relação jurídica: o nascimento do Direito Processual Civil com a obra de Oskar von Bülow	70
1.4.3.1.d Processo como situação jurídica	73
1.4.3.1.e Processo como multiplicidade de relações jurídicas .	74
1.4.3.1.f Posicionamento prevalente	74
1.4.3.2 Pressupostos processuais	80
1.4.3.2.a Pressupostos processuais positivos de existência	80
1.4.3.2.b Pressupostos processuais positivos de validade	84
1.4.3.2.c Pressupostos processuais negativos	89

1.4.3.3 Objeto litigioso do processo (lide, pretensão ou fundo do litígio)	92
1.4.3.4 Objeto do processo	100
1.4.4 Defesa ou exceção	103
1.5 Tutela jurisdicional: conceito voltado à (re)aproximação entre direito processual e direito material	109
1.6 Os valores do Estado Liberal e do Estado contemporâneo e seus reflexos ideológicos no poder dos juízes: a constatação de que os valores liberais clássicos, que não mais se justificam na atual realidade social e econômica, ainda orientam os pronunciamentos jurisdicionais, ocasionando uma tímida atuação dos juízes	118
1.7 Tutela jurisdicional e interesse público	146
1.8 Classificação das espécies de tutela jurisdicional	151
1.8.1 Considerações preliminares	151
1.8.2 Tutela jurisdicional declaratória	156
1.8.3 Tutela jurisdicional constitutiva	160
1.8.4 Tutela jurisdicional executiva	161
1.8.4.1 Considerações preliminares: a sentença condenatória como pressuposto à execução forçada	161
1.8.4.2 Raízes históricas da <i>summa divisio</i> entre processo de conhecimento e processo de execução baseado em título executivo judicial e a adoção dessa estrutura em nosso sistema jurídico até o advento da Lei 11.232/2005	166
1.8.4.3 Ações condenatórias, ações executivas <i>lato sensu</i> e ações mandamentais: diferentes espécies de tutela jurisdicional ou mera variação procedimental de cumprimento de tutela jurisdicional executiva?	173
1.8.4.3.a Delimitação da controvérsia e sua conexão com o objeto deste trabalho	173
1.8.4.3.b Ações executivas <i>lato sensu</i>	175
1.8.4.3.c Ações mandamentais	180
1.8.4.3.d Semelhanças entre ações executivas <i>lato sensu</i> , ações mandamentais e ações condenatórias, especialmente após a Lei 11.232/2005, que autorizam concluir que todas essas ações instrumentalizam a realização da tutela jurisdicional executiva	185
1.8.4.4 Tutela jurisdicional executiva e processo sincrético. Técnica legislativa que permite o exaurimento da jurisdição mediante a realização de suas finalidades através de atos satisfativos num único processo dividido em fases processuais	198
1.8.4.5 Tutela jurisdicional executiva como resultado e como meio tendente à obtenção da satisfação. Os meios executórios coercitivos e sub-rogoratórios, como manifestação de tutela jurisdicional executiva	202

1.8.4.6 Tutela jurisdicional diferenciada e a inserção da execução civil em seu âmbito. Constatação de que a “diferenciação” na maneira de prestar tutela jurisdicional executiva depende menos de alterações legislativas e mais de mudança de postura dos juízes frente à execução civil	207
2. LINEAMENTOS DA EXECUÇÃO CIVIL POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE	217
2.1 Considerações preliminares	217
2.2. Ação executiva, processo executivo, procedimento executivo, fase executiva, execução civil e execução por quantia certa contra devedor solvente	219
2.3. Características funcionais e estruturais da execução civil	224
2.3.1 Atividade jurisdicional transformadora da realidade fática por meio da efetivação da sanção processual. A execução civil como função jurisdicional do Estado	224
2.3.2 Especial posição das partes credora e devedora perante o sistema jurídico	234
2.3.3 Dinâmica processual direcionada a desfecho único	241
2.3.4 Desencadeamento de operações práticas independentemente da investigação da <i>causa debendi</i> : o título executivo como condição necessária e suficiente à execução civil	243
2.3.4.1 Teorias acerca da natureza jurídica do título executivo	245
2.3.4.1.a Teoria documental (posicionamento de Francesco Carnelutti)	245
2.3.4.1.b Teoria do ato jurídico (posicionamento de Enrico Tullio Liebman)	247
2.3.4.1.c Outras teorias acerca da natureza jurídica do título executivo	250
2.3.4.1.d Análise crítica das diversas teorias acerca da natureza do título executivo em conexão com o exame de sua função na execução civil	253
2.3.4.2 Conteúdo do título executivo	269
2.3.4.2.a Identificação das partes	270
2.3.4.2.b Identificação da natureza da prestação	271
2.3.4.2.c Limites da pretensão	271
2.3.4.3 Títulos executivos judiciais e extrajudiciais	272
2.3.4.4 Atributos da obrigação retratada no título executivo	279
2.3.4.4.a Certeza	281
2.3.4.4.b Liquidez	283
2.3.4.4.c Exigibilidade	286
2.4 Execução, cognição e contraditório	289
2.5 Execução civil e inadimplemento	293
2.6. O objeto da execução: análise da existência de lide na execução civil e as diversas conseqüências decorrentes de sua extinção	295
2.7 As diversas classificações da execução civil	308
2.7.1 Execução direta e execução indireta	309

2.7.2	Execução forçada	313
2.7.3	Execução específica e execução genérica	316
2.7.4	Execução frutífera e execução infrutífera	324
2.7.5	Execução definitiva e execução provisória	326
2.7.6	Execuções especiais	329
2.7.7	Execução por quantia certa contra devedor solvente e execução por quantia certa contra devedor insolvente	330
2.7.8	Execução imprópria	330
2.8	Princípios da execução civil	334
2.8.1	Os princípios jurídicos como importante parte do sistema jurídico e o seu papel como fator de equilíbrio desse mesmo sistema	334
2.8.2	Princípios informativos e princípios fundamentais do Direito Processual Civil	337
2.8.3	Princípios fundamentais da execução civil	338
2.8.3.1	Princípio do título ou da <i>nulla executio sine titulo</i>	343
2.8.3.2	Princípio da autonomia da execução e princípio do sincretismo entre cognição e execução	346
2.8.3.3	Princípio do resultado, da utilidade ou da máxima efetividade da execução	350
2.8.3.4	Princípio da menor onerosidade ao devedor	353
2.8.3.5	Princípio da realidade ou da responsabilidade patrimonial	361
2.8.3.6	Princípio da especificidade da execução	363
2.8.3.7	Princípio da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas ..	365
3	OS PODERES DO JUIZ E A EXECUÇÃO CIVIL	382
3.1	Noções da palavra poder e significado da expressão “poderes do juiz”	382
3.2	O juiz e o seu papel na relação jurídica processual	385
3.2.1	Capacidade geral	390
3.2.2	Capacidade especial objetiva	392
3.2.3	Capacidade especial subjetiva	394
3.3	Poderes do juiz, suas matrizes constitucionais e a execução civil	397
3.4	A independência do juiz no Estado Constitucional Democrático e de Direito ..	421
3.4.1	Independência política	422
3.4.2	Independência jurídica	459
3.5	Poderes e deveres do juiz	430
3.6	Poderes do juiz, dogmática jurídica e positivismo jurídico	436
3.7	Formação do juiz contemporâneo, seu recrutamento e aperfeiçoamento	451
3.8	Poderes do juiz e segurança jurídica	459
3.8.1	A fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais como fator de controle e de segurança jurídica	459
3.8.2	A marcada tendência contemporânea de alta concentração de poderes nas mãos do juiz, especialmente por meio de normas jurídicas que contenham conceitos jurídicos vagos	472
3.9	Poderes do juiz e os dogmas jurídicos: a relativização dos dogmas como condição indispensável para efetividade da execução civil	492
3.10	Poderes do juiz e os direitos fundamentais	506
3.10.1	Conceito de direitos fundamentais	508
3.10.2	As dimensões dos direitos fundamentais	512
3.10.3	Direitos fundamentais e a Constituição Federal de 1988	517
3.10.4	Regime jurídico dos direitos fundamentais	522

3.10.5 O direito fundamental à efetividade da execução civil como direito fundamental implícito ou decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal (art. 5º, § 2º), e a concretização dos direitos fundamentais na execução civil através dos poderes do juiz	529
3.11 Classificação dos poderes do juiz na execução civil	547
3.11.1 Considerações preliminares	547
3.11.2 As classificações dos poderes do juiz adotadas pela doutrina nacional e estrangeira	549
3.11.2.1 Análise das diversas classificações, sua adaptação e aplicação à execução civil	560
3.11.2.1.a Primeira constatação: inexistência absoluta de separação entre poderes jurisdicionais e poderes administrativos do juiz	560
3.11.2.1.b Segunda constatação: a classificação dos poderes do juiz realiza-se de acordo com a atividade preponderantemente, mas não exclusivamente, exercida em cada fase do procedimento <i>in executivis</i>	564
3.11.2.1.c Terceira constatação: existem subespécies de poderes do juiz dentro de categorias maiores estabelecidas a partir da atividade preponderantemente exercida nas fases da execução civil	571
3.11.2.1.d Quarta constatação: existem poderes do juiz que não se encaixam nas categorias geralmente aceitas pela doutrina, mas que são igualmente importantes para a plena realização da tutela jurisdicional executiva	572
3.11.3 Esboço de uma classificação dos poderes do juiz na execução civil	574
3.11.3.1 Poderes ordinatórios	574
3.11.3.2 Poderes instrutórios	579
3.11.3.3 Poderes satisfativos	580
3.11.3.4 Poderes decisórios	581
3.11.3.5 Poderes saneatórios	583
3.11.3.6 Poderes coercitivos	600
3.11.3.7 Poderes sancionatórios	618
3.11.3.8 Poderes acautelatórios	619
3.11.3.9 Poderes conciliatórios	651
3.12 Os poderes do juiz na fase postulatória da execução civil	672
3.12.1 Controle de admissibilidade na ação de execução	674
3.12.1.1 Declaração, <i>ex officio</i> , de incompetência relativa como consequência da declaração de nulidade de cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão (art. 112, parágrafo único, do CPC, com a redação determinada pela Lei 11.280/2006)	676
3.12.1.2 Apresentação de cópia do título executivo	689
3.12.1.3 Apresentação tardia do título executivo	691

3.12.1.4 Título executivo extrajudicial estrangeiro	693
3.12.1.5 Contratos baseados em obrigações bilaterais	696
3.12.1.6 Execução hipotecária vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação: os avisos de cobrança como prova da exigibilidade	699
3.12.1.7 Documentos que não caracterizam título executivo	699
3.12.1.7.a Contrato de adesão de consórcio	700
3.12.1.7.b Contrato de abertura de crédito em conta corrente e sua diferença com o contrato de crédito fixo	701
3.12.1.7.c Certidão do Tribunal Regional Eleitoral reconhecendo valores devidos a seus servidores	703
3.12.1.8 Cumulação de execuções	704
3.12.1.8.a Vários títulos em que figuram todos os executados como co-devedores, relativos a uma mesma dívida	705
3.12.1.8.b Vários títulos em que os executados não figuram como co-devedores, mas sejam relativos a uma mesma dívida	706
3.12.1.8.c Cumulação de execuções baseadas em títulos judiciais e extrajudiciais: impossibilidade após a Lei 11.232/2005	708
3.12.1.9 Emenda à petição inicial e análise das situações de conversão do procedimento	710
3.12.1.9.a Conversão de ação de execução em ação de conhecimento	712
3.12.1.9.b Conversão de ação de conhecimento em ação de execução	713
3.12.1.9.c Conversão de ação de execução em ação monitória	715
3.12.1.9.d Conversão de ação monitória em ação de execução	718
3.12.1.10 Procedimento da ação de execução: análise das principais alterações introduzidas pela Lei 11.382/2006 na fase postulatória da execução forçada	719
3.12.2. Controle de admissibilidade no cumprimento de sentença: as alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005	725
3.12.2.1 O cumprimento de sentença como fase em processo sincrético e não nova ação	725
3.12.2.2 Execução <i>per officium iudicis</i> : parcial retorno ao medievalismo	731
3.12.2.3 O “novo” conceito de sentença	732
3.12.2.4 A eficácia executiva da sentença condenatória	736
3.12.2.5 A sentença declaratória e a inexistência de eficácia executiva	737
3.12.2.6 A inexistência de fixação de nova verba honorária e do pagamento de novas custas	744
3.12.2.6.a Possibilidade de fixação de nova verba honorária e do pagamento de novas custas na execução individual de sentença coletiva	745

3.12.2.7 Multa pelo não pagamento da quantia fixada em sentença condenatória	748
3.12.2.7.a Natureza jurídica	748
3.12.2.7.b Momento de incidência	753
3.12.2.7.c A inexistência de outras condicionantes à incidência da multa que não seja a ausência do pagamento, no prazo legal	766
3.12.2.7.d Multa e pagamento parcial	769
3.12.2.7.e Multa e execução individual de sentença coletiva	769
3.12.2.7.f Multa e decisões interlocutórias com força executiva	770
3.12.2.7.g Multa e acordos judiciais descumpridos	771
3.12.2.7.h Multa e Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais	771
3.12.2.7.i Multa e sentença arbitral	774
3.12.8. O requerimento executivo	775
3.12.9 A memória discriminada e atualizada do débito	777
3.12.10 O procedimento <i>in executivis</i> no cumprimento de sentença	792
3.12.11 A competência concorrente para execução do julgado	793
3.12.12 Direito intertemporal	796
3.13. Os poderes do juiz na fase instrutória da execução civil	802
3.13.1. Os poderes instrutórios, o ativismo judicial e os modelos liberal, publicístico e social de processo civil	802
3.13.2 Os poderes do juiz e o princípio dispositivo	807
3.13.2.1 Principais argumentos em prol da iniciativa, <i>ex officio</i> , do juiz na instrução probatória	814
3.13.2.1.a A determinação, <i>ex officio</i> , de realização de provas não desrespeita o princípio da imparcialidade do juiz	814
3.13.2.1.b O exercício dos poderes instrutórios pelo juiz independe da natureza do direito controvertido objeto da lide	817
3.13.2.1.c As regras de distribuição do ônus da prova e sua compatibilidade com a iniciativa, de ofício, na produção de provas	822
3.13.2.1.d Adaptação dos argumentos anteriores ao objeto deste trabalho e a constatação de que o juiz pode, na execução civil, determinar, <i>ex officio</i> , a pesquisa de bens ou adotar outras medidas visando à penhora e futura expropriação de bens	824
3.13.3 A quebra dos sigilos bancário e fiscal como condição indispensável à realização da penhora, após esgotadas as diligências extrajudiciais na busca de bens penhoráveis	828

3.13.3.1 A manutenção desse entendimento mesmo após a vigência da Lei Complementar 118/2005, que acrescentou o art. 185-A ao Código Tributário Nacional, e a vigência da Lei 11.382/2006, que acrescentou o art. 655-A ao Código de Processo Civil	841
3.13.4 A indisponibilidade de bens, na execução civil: medidas acautelatórias urgentes (art. 615, III, do CPC)	843
3.13.4.1 Bloqueio de numerários em execução movida pelo devedor	843
3.13.4.2 Bloqueio de veículos no departamento de trânsito	845
3.13.4.3 Remoção de bens	852
3.13.4.4 Anotação da condição de devedor nos registros forenses	854
3.13.4.5 Indisponibilidade de bens e a execução fiscal	856
3.13.5 Penhora sobre faturamento da empresa e possibilidade de nomeação do seu representante legal como depositário fiel, independentemente de sua aceitação	860
3.13.6 Invasão da residência do devedor como medida necessária à descrição dos bens que a guarnecem, a fim de possibilitar eventual penhora: inexistência de ofensa a direito fundamental do devedor ...	870
3.13.7 O dever do executado indicar quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora, sob pena de prática de ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 600, IV, do CPC)	874
3.13.8 Averbação nos órgãos de registro de bens sujeitos à penhora, pelo próprio credor, acerca da existência da demanda executiva como medida preparatória de futura constrição e hábil à caracterização da fraude à execução (art. 615-A do CPC)	877
3.13.9 Novas feições da expropriação a partir das alterações introduzidas pela Lei 11.382/2006	883
3.14. Poderes dos juízes e fase satisfativa da execução civil	887
 ANOTAÇÕES DE NATUREZA CONCLUSIVA (REFERENTES ÀS DIVERSAS ETAPAS DE QUE SE COMPÕE ESSA TESE)	 889
 BIBLIOGRAFIA	 920

LISTA DE ABREVIATURAS

1º TACSP – Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo
2º TACSP – Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo
a. - ano
a.C. - antes de Cristo
AC - apelação cível
Ag – agravo de instrumento
AgRgAI - agravo regimental no agravo de instrumento
Ajuris.- Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (periódico)
art.- artigo
c.c - combinado com
CC.- Conflito de competência
Câm. - Câmara
CF.- Constituição Federal (CF de 05.10.88)
cit.- citado; citação
civ – civil ou cível
CLT - Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943)
Conv. - convocado
Coord.- coordenação
CP - Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940).
CPC - Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973).
CPC-39 - Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608/1939)
CPP – Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941)
CTN - Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966)
d.C. - depois de Cristo
D.E.- Diário Eletrônico
Des. – Desembargador; Desembargadora
DJ - Diário da Justiça
DJU - Diário Oficial da Justiça da União
DOU – Diário Oficial da União
ed. - edição
e.g.- *exempli gratia*
HC.- *Habeas Corpus*
i.e. - isto é
inc.- inciso; incisos
j.- julgado em
JTACSP - Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo (periódico - editora Lex).
JTJSP – Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (periódico – editora Lex)
LICC - Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657/1942)
Min.- Ministro; Ministra
MS - Mandado de Segurança
n.- número
p.- página
§ - parágrafo
RE - Recurso Extraordinário
rel.- relator; relatora
RePro.- Revista de Processo (periódico)

REsp - Recurso Especial
RMS - recurso em mandado de segurança
RSTJ - Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT - Revista dos Tribunais
RTJ.- Revista Trimestral de Jurisprudência (periódico)
s/d - sem data
ss.- seguintes
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
T.- Turma
t.- tomo
TJ - Tribunal de Justiça
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná
TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF - Tribunal Regional Federal
v.- volume
v.g.- *verbi gratia*
v.u.- votação unânime
ZPO.- Zivilprozeßordnung (Ordenança Processual Civil)

INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos por meio da tutela jurisdicional executiva há muito tempo passa por notória e indiscutível crise. Àqueles que se socorrem dessa espécie de tutela jurisdicional, é comum o sentimento de *insatisfação* diante da ineficácia dos meios executivos na obtenção do bem da vida buscado pelo credor.

Essa insatisfação é conseqüência da deficiência do sistema jurídico na outorga de adequadas medidas executivas acessíveis ao demandante. Como o juiz só pode utilizar os meios executivos previstos no sistema, essa deficiência acaba por refletir uma imperfeita entrega da prestação jurisdicional. Sob outra angulação, a ineficácia da execução civil, por vezes, também é gerada por uma tímida atuação dos juízes, receosos de utilizarem os poderes de que são explícita ou implicitamente investidos.

Em contrapartida, esse mesmo e ineficiente sistema, que não consegue, num tempo razoável, satisfazer aquele que pede a outorga da tutela jurisdicional executiva, supervaloriza o valor segurança jurídica em detrimento do valor efetividade e mune o demandado de uma série de medidas e garantias defensivas, que podem paralisar o processo e o impedir de cumprir sua finalidade legal e constitucional, consistente na entrega adequada, tempestiva e eficaz da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).

Sob o receio de oprimir o demandado, sem lhe assegurar o devido processo legal, tem-se assistido a um agigantamento de construções doutrinárias e jurisprudenciais em defesa dos *direitos fundamentais do devedor*, sem correspondente preocupação com a situação daquele que vem a juízo apresentando ao Estado-juiz título que retrata obrigação com atributos de certeza, liquidez, e exigibilidade, e que lhe franqueia (ou presume-se que lhe deveria franquear) o acesso efetivo aos atos de satisfação.

As mencionadas falhas revelam um sistema jurídico *inseguro* aos jurisdicionados que nele não depositam confiança suficiente para pleitear medidas

que possam se aproximar, tanto quanto possível, dos resultados previstos no próprio sistema jurídico e que sejam hábeis a restaurar a ordem jurídica violada.

Este trabalho se ocupa de pontuar as notórias deficiências da tutela jurisdicional executiva, no Código de Processo Civil, e de buscar alternativas para supri-las com elementos existentes dentro do próprio sistema, sob o enfoque do poder do juiz. Enfatizamos os aspectos ligados à execução por quantia certa contra devedor solvente por acreditarmos que ela mereça, atualmente, maior atenção dos operadores do Direito, na medida em que a *crise do adimplemento* nela se revela de maneira mais evidente. Trata-se da espécie de execução civil mais comum no foro, o que também levou à sua escolha como objeto de exame. Enrico Tullio Liebman enfatiza ser ela a execução “mais importante”.¹

Não se busca, através deste ensaio, uma descomedida supervalorização do poder jurisdicional, e sim uma *equilibrada atuação* por parte dos membros do Poder Judiciário. Por essa razão, as imperfeições e alternativas do sistema são trabalhadas sob a ótica dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos, especialmente da legalidade e da proporcionalidade, que, em última análise, conferem o alcance e também os limites em que se *legitima* a prestação da tutela jurisdicional.

Trata-se de atualíssimo e importantíssimo tema, que é da realidade de todos os operadores do Direito, e de cuja discussão podem advir respostas para uma melhor operacionalização do ordenamento jurídico, particularmente em se tratando da tutela jurisdicional executiva, da qual não prescinde a maioria das lides deduzidas em juízo, e que, infelizmente, não tem recebido a devida atenção dos juristas e tribunais, sob o enfoque da efetividade.

¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed., com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980, n. 13, p. 29: “O tipo de execução mais importante é o primeiro. Ocorre ele com freqüência muito maior do que os outros, porque na vida de nossos dias é mais freqüente a existência de obrigações de dar quantia certa de dinheiro e também porque muitas vezes as obrigações de conteúdo diferente, não podendo receber execução específica, convertem-se em obrigações derivadas do equivalente em dinheiro. A posição especial desta espécie de execução é consequência da função econômica da moeda, que é a de servir como medida comum do valor das coisas e como instrumento universal de pagamento das obrigações. Todos os bens econômicos podem ser avaliados em termos monetários e todos podem também ser convertidos (liquidados) em dinheiro. Por isso, qualquer obrigação pode, em caso de necessidade, ser substituída pelo equivalente pecuniário; e de qualquer patrimônio se pode extrair dinheiro, enquanto houver bens. Deste modo qualquer espécie de crédito pode, em *ultima ratio*, ser satisfeita por meio de dinheiro”.

Não se buscam soluções prontas e acabadas, mas antes compreensão dos vários problemas que circundam o tema, com sugestões que possam dobrar as rígidas estruturas legais e mitigar *dogmas* repetidos há décadas pela doutrina e pela jurisprudência, sem nenhum questionamento e que têm contribuído, infelizmente, para manter a tutela jurisdicional executiva subjugada - por mais contraditório que isso possa parecer - à idéia de insatisfação.

As imperfeições de nosso ordenamento jurídico têm sido corrigidas ao longo do tempo pelo profícuo trabalho da doutrina e da jurisprudência, cuja recíproca influência tem redundado em projetos de lei que, aos poucos, têm provocado fissuras na inflexível estrutura do Código de Processo Civil de 1973. Assim se deu, por exemplo, com a antecipação de tutela (arts. 273 e 461, § 3º, 461-A, § 3º do CPC e art. 84, § 3º, do CDC), quando inexistiam no Direito Processual Civil pátrio normas gerais que garantiam a precipitação dos efeitos executivos em demanda com natureza cognitiva.

Apesar das inúmeras dificuldades que a execução civil apresenta, assiste-se ainda a tímidas discussões e sugestões sobre questões de altíssima relevância.

É dever de todos os operadores do Direito contribuir para que a outorga da tutela jurisdicional executiva seja adjetivada pela adequação, tempestividade e efetividade; enfim, que seja harmônica com os direitos fundamentais *de ambas as partes*. É disso que se ocupa este trabalho.

O tema escolhido, que tem por objeto a execução civil por quantia certa contra devedor solvente, é adjetivado menos pela inovação do que pela proposta de discussão, compreensão, releitura e sistematização dos diversos assuntos que o envolvem, sempre enfocados sob a angulação dos objetivos buscados pelas várias Reformas do Código de Processo Civil, especialmente no que diz respeito ao processo de conhecimento e, mais recentemente, na execução civil, e que servirão de supedâneo na construção de caminhos para atalhar os resultados práticos que da execução se esperam. Ao final de cada tópico, seguem algumas impressões pessoais sobre os assuntos abordados ordenadamente alistadas ao final do trabalho.

A análise da doutrina e da jurisprudência, mostra-se indispensável e foi adotada ao longo de todo o estudo.

TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA

1. 1 Relevância e delimitação do tema

A legitimação de um Estado se faz sentir através do eficaz funcionamento de seus Poderes, i.e., desde que as atividades inerentes a cada Poder realizem concretamente os objetivos aos quais são voltadas.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, uma vez vedada a autotutela, mercê da avocação por parte do Estado do poder-dever-função de resolver os litígios que lhe são trazidos, sua atuação só pode ser considerada efetiva e não meramente retórica, quando cumpre a promessa encartada na Constituição Federal de impedir ou reparar lesão ou ameaça de lesão a direito, de forma adequada, tempestiva e eficaz (art. 5º, XXXV, da CF).

O processo, desde quando foi reconhecido como objeto de uma ciência autônoma, ou seja, do Direito Processual Civil, em meados da segunda quadra do século XIX e início do século XX, passou a ocupar a atenção dos juristas como instrumento de aplicação das normas de direito material, sem com elas se confundir.

Sua autonomia, como objeto de estudo de novo ramo do Direito, era a garantia de um Estado que cumpria adequadamente sua função, tutelando os valores vigentes à época, ou seja, garantindo a inviolabilidade da propriedade, reafirmando a força obrigatória dos contratos e a intangibilidade da liberdade do cidadão contra as agressões estatais, tão comuns no período absolutista.

Esses valores do Estado liberal foram refletidos nas diversas espécies de tutela jurisdicional elaboradas pelo Estado no desempenho de sua função constitucional de “dizer” o Direito. Três espécies de provimentos jurisdicionais veiculados no processo de conhecimento cuidavam de tutelar os

interesses daqueles que solicitavam a entrega da prestação jurisdicional: declaratório, constitutivo e condenatório.

A satisfação daqueles que tiveram seus direitos violados e pleiteavam provimento jurisdicional condenatório só se concretizava através de sentença com força executiva, prolatada após amplo contraditório garantido às partes, e que franqueava ao agora credor um novo processo dotado de meios subrogatórios da vontade do devedor, hábeis em tese a realizar imperativamente e no mundo dos fatos a regra de direito material há muito transgredida.

A confiança nesse modelo era algo indispensável. Através dela se obtinha segurança jurídica. O juiz só poderia agir dentro dos limites da lei, cumprindo fielmente seus comandos. Os poderes do juiz eram neste modelo os poderes da lei, sendo praticamente vedado o uso de métodos exegéticos, sob pena de subversão da ordem jurídica.

Subjaz ao Código de Processo Civil de 1973, em grande medida, essa concepção.

A tutela jurisdicional executiva tem suas raízes nesse sistema de busca de certeza obtida através de precedente processo de conhecimento. Esse longo caminho não impedia, antes assegurava, que o devedor se insurgisse contra a pretensão de satisfação do credor através de meio legalmente previsto (embargos), que fazia paralisar por completo a marcha do processo executivo, independentemente do conteúdo da matéria alegada, ainda que fosse evidentemente protelatória e desprovida de um mínimo de verossimilhança.

O pleno alcance da satisfação do credor, com a realização no plano do processo da entrega daquilo exatamente que ele tinha o direito de obter na relação jurídica de direito material (sobreposição de efeitos jurídicos aos fáticos), demandava longo caminho.

A dinâmica e a complexidade das relações sociais e dos conflitos delas emergentes passaram a gerar, além de danos individuais, igualmente lesões de projeção difusa no corpo social, de tal sorte que toda essa complexa tessitura social colocou à mostra a insuficiência desse sistema calcado na premissa de plena certeza para autorizar a concretização dos pronunciamentos jurisdicionais. A obtenção de

certeza demanda tempo, e nem todas as espécies de direitos poderiam aguardar pacientemente todas as etapas de um processo que servia a esses cânones. Relevou-se, então, a falta de efetividade das tradicionais técnicas de tutela jurisdicional.

A efetividade passou, assim, a ocupar o centro de atenção dos processualistas, que começaram a observar que não bastava ao sistema jurídico um processo tecnicamente diferenciado do direito material, mas que se revelava incapaz de outorgar a proteção aos valores e aos bens jurídicos contemplados em suas regras.

Com olhos voltados para a busca de um processo realmente efetivo, que outorgasse ao jurisdicionado uma resposta tempestiva, adequada e eficaz às suas pretensões, através de técnicas de sumarização da cognição, minimizou-se a busca de certeza para que a parte autora obtivesse a tutela (proteção) do seu direito, desde que apresentasse provas consistentes que convencessem o juiz quanto à verossimilhança de suas alegações, e houvesse fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ficasse caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Nesse sentido, houve a introdução no sistema jurídico pátrio, como norma geral, do instituto da antecipação de tutela previsto nos arts. 273 e 461, § 3º, do CPC, por meio da Lei 8.952, de 13.12.1994, cuidando, este último dispositivo, da antecipação de tutela nas obrigações de fazer e não fazer. No plano coletivo, norma anterior à Lei 8.952/1994, e com idêntico conteúdo, já havia sido introduzida no sistema jurídico, com a promulgação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11.09.1990 (art. 84, § 3º).

Ademais, a exigência de um processo autônomo de execução, após longo trâmite do processo de conhecimento, em determinadas espécies de pretensão (obrigações de fazer ou não fazer), acabou se revelando ineficaz e, portanto, desnecessária, razão pela qual houve a introdução no sistema de regras que autorizavam o imediato cumprimento do comando judicial, dentro da mesma relação jurídica processual, por meio de técnicas adequadas, que inclusive poderiam ser utilizadas em ordem sucessiva e de ofício, conforme se mostrassem ineficazes, sem necessidade de se guardar estreita correlação com o pedido inicial e com o

dispositivo da sentença, tudo em nome da efetividade do processo (art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC e art. 84, §§ 4º e 5º, do CDC, este em nível coletivo).

Nesse aspecto, pode-se dizer, com Teresa Arruda Alvim Wambier,² que hoje “parece que a tônica da preocupação dos processualistas, no lugar de tentar responder em que medida se aplica o processo de conhecimento ao de execução, é desmistificar a separação absoluta entre os processos de conhecimento e de execução, que, em *estado puro*, só existe no plano das idéias”.

A Lei 10.444, de 07.05.2002, aprimorou os arts. 273 e 461, em busca de maior efetividade (art. 273, §§ 3º, 6º e 7º e art. 461, §§ 5º e 6º), além de criar a imediata exeqüibilidade do julgado, tratando-se de pretensão visando à entrega de coisa (art. 461-A).

Mais recentemente encontra-se a Lei 11.232, de 22.12.2005, que aboliu a segmentação, outrora existente entre processo de conhecimento e execução de título judicial, permitindo, a requerimento do credor, a realização de atos de satisfação no âmbito da mesma relação jurídica processual, mas em fase subsequente, nominada pelo legislador de “cumprimento de sentença”.

O procedimento, que gerava a automática paralisação dos meios executivos pela simples oposição de embargos e se apoiava na irrestrita busca de certeza jurídica, foi em boa hora alterado pelas Leis 11.232, de 22.12.2005 e 11.382, de 06.12.2006, que aboliram e condicionaram a suspensão da marcha executiva a requisitos que já constavam expressamente do sistema (art. 273, *caput*, e inc. I, do CPC): relevância da fundamentação e risco de dano de difícil ou incerta reparação para a parte autora (art. 475-M e art. 739-A do CPC).

Registre-se, desde logo, que essas leis vieram a contribuir, em muito, para uma retomada de harmonia do sistema. Veja-se: nos processos de conhecimento, conotados por ampla margem de investigação e de busca de certeza – e de tempo para que seja atingida –, admitia-se que a parte autora obtivesse, no início da demanda, a precipitação de alguns efeitos executivos, apoiados em prova

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação à obra *Processo de execução e assuntos afins*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 9.

inequívoca que convencesse o juízo acerca da verossimilhança das alegações e houvesse risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ou seja, o sistema passou a tolerar riscos em prol de direitos com grande aparência de certeza. Todavia, depois de proferida sentença, e obtida a segurança que o sistema tanto prestigiava, o sistema incidia em manifesto equívoco, porque, para a suspensão da execução, não se exigia daquele que transgrediu a ordem jurídica e figurava no pólo passivo da relação jurídica processual nenhuma razoabilidade de suas alegações e correspondente risco de que sofresse a investida estatal em seu patrimônio para satisfazer o direito do credor. Enfim, a certeza almejada só prejudicava aqueles que tinham razão, em maior ou menor grau de certeza. Logo, se o devedor pretendia se opor à execução, devia – e atualmente deve - demonstrar que seus fundamentos são relevantes, além do manifesto risco de continuidade dos atos executivos.

A notável e profícua evolução que se verificou na outorga de tutelas jurisdicionais e que redundou em maior concentração de poderes nas mãos dos juízes, revelando uma preocupação do legislador infraconstitucional de que seja prestada uma tutela jurisdicional específica e própria para cada caso concreto e que se amolde exatamente às suas peculiaridades, *infelizmente não guardou correspondente avanço no plano da tutela jurisdicional executiva, especialmente na execução por quantia certa contra devedor solvente.*

Ainda balizada por rígidas estruturas traçadas legais, a execução civil, tão importante para o jurisdicionado, patenteia sua incapacidade de cumprir a promessa de outorga de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e eficaz.

Na clássica lição de Chiovenda,³ o

“minimo necessario di corrispondenza tra il diritto e il processo, si desume dalla natura stessa dell’ordinamento giuridico e dall’esistenza stessa del processo: *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”.

Ainda segundo esse autor:⁴

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Nápoles: Nicola Jovene, 1928, p. 81.

“Tendo em conta que a atividade do Estado, para operar a atuação da lei, exige tempo e despesa, urge impedir que aquele, que se viu na necessidade de servir-se do processo para obter razão, tenha prejuízo do tempo e da despesa exigidos: *a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão.*”

A falta de efetividade dessa técnica processual se deve mais à “cautelosa” maneira com que os juízes a utilizam e as partes a solicitam, do que propriamente à rigidez das regras encartadas no Código de Processo Civil. O que se quer dizer e chamar a atenção é que os valores próprios do Estado liberal, que animaram a concepção da execução civil tal qual retratada no CPC-73, não mais se fazem presentes, mas continuam, por incrível que possa parecer, a impedir o progresso da Ciência Processual, manietando o juiz a dogmas repetidos há décadas sem nenhum questionamento, fazendo com que ele ainda seja a “boca” (*rectius*: o escravo!) da lei.

A gravidade dessa constatação é facilmente verificada por qualquer jurisdicionado que necessite se valer da execução por quantia certa contra devedor solvente.

Falta de bens penhoráveis, devedor recalcitrante e ameaçador, que invoca a todo instante agressão a preceitos fundamentais como forma de paralisar o andamento de um processo ou fase que foram concebidos para ser simples e rápidos, dando aparência de legitimidade a meios de defesa visivelmente protelatórios, além de burocracia estéril prevista em lei, que não contribui absolutamente nada para a satisfação do direito do credor, são alguns dos pontos de estrangulamento que empecem a execução civil de cumprir sua finalidade, e que consomem do erário gastos expressivos com uma movimentação que se releva, a todas as luzes, inútil, porque não produz resultados práticos.

Como disse Teresa Arruda Alvim Wambier:⁵ “fenômeno interessante vem ocorrendo com a sociedade de massas, em que atualmente

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, n. 34, p. 159

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação à obra *Processo de execução e assuntos afins*, p. 9.

vivemos. Todos têm crédito e passou a ser ‘conveniente’ dever. Nem os próprios credores alimentam expectativas quanto a receber tudo o quanto lhes é devido”.

A todo esse quadro, ajunte-se a concepção própria do Estado liberal, reproduzida nos pronunciamentos dos juízes, que deveriam velar pela rápida satisfação do direito do credor (art. 125, II, c.c art. 598, do CPC), respeitados, evidentemente, mas na justa medida, os direitos fundamentais de ambas as partes e não apenas do devedor.

A relevância deste trabalho centra-se exatamente na compreensão dos poderes do juiz, bastante aprimorados no processo de conhecimento, através das reformas do Código de Processo Civil (que merecem elogios e serão também analisadas, ainda que sucintamente), mas acanhados na execução civil por quantia certa contra devedor solvente.

Procurar-se-á demonstrar que o juiz, ainda que se trate de execução civil por quantia certa contra devedor solvente, não representa mais a “boca da lei”.⁶ Buscar-se-á evidenciar a amplitude dos poderes que existem e que podem ser legitimamente utilizados pelo juiz, porque encontram apoio no Texto Constitucional.

Demonstrar-se-á que é de crucial importância que exista uma mudança de mentalidade no trato com a tutela jurisdicional executiva fundada em título executivo, que não pode mais ser tratada como uma técnica formal e retórica de realização de direitos, mas sim que deve cumprir a única finalidade para a qual foi elaborada: *satisfazer tempestiva e adequadamente!*

Não obstante os notáveis avanços trazidos pela Lei 11.232/2005, que aboliu a segmentação entre processo de conhecimento e processo de execução de título judicial, a fase executiva desse processo, conceituado por grande parte da doutrina como *sincrético*, possui problemas comuns com relação à execução fundada em título executivo extrajudicial.

⁶ Essa expressão pertence a Charles-Louis de Secondat, o “Barão de Montesquieu”, e foi utilizada em sua clássica obra “O espírito das leis”. Como veremos adiante, ela serve para demonstrar a concepção própria do Estado liberal clássico, que visualizava no fenômeno decisório uma fortíssima vinculação dos juízes às leis, não permitindo qualquer margem de atuação fora dos rígidos quadrantes da legalidade estrita. Nesse aspecto, o juiz apenas reproduziria, por meio de suas decisões e no caso concreto, aquilo que exatamente consta da lei. Qualquer tentativa no sentido de corrigir, por exemplo, uma imperfeição da norma, seria interpretada como arbítrio.

Grandes avanços também ocorreram com a edição da Lei 11.382/2006, que aprimorou sobremaneira a execução de título extrajudicial. As regras desta última aplicam-se subsidiariamente à execução de título judicial no que couber (art. 475-R do CPC).

Atualmente, a execução civil por quantia certa contra devedor solvente abrange tanto a execução de título judicial quanto a execução de título extrajudicial, de tal sorte que todos os problemas ligados à ausência de efetividade do processo executivo ou da fase executiva merecem ser trabalhados, de maneira conjunta, em relação a essas duas espécies de tutela jurisdicional executiva.

1.2 Acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF): dimensão constitucional do direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e eficaz

Estabelece o art. 5º, XXXV, da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dispõe o art. 5º, LIV, da CF: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Por seu turno, o art. 5º, LV, da CF, estabelece: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ensina Arruda Alvim⁷ que:

“Modernamente, é universal a tendência de se entender como sendo Direito, unicamente, aquele emanado do Estado. O Direito, seria, por assim dizer, a própria expressão do Estado, que é a fonte única do Direito (...)”.

(...).

“À submissão da soberania a uma disciplina jurídica oriunda do corpo social, através de uma vontade idoneamente manifestada, denominam os autores de *racionalização do poder*. O fenômeno da racionalização do poder, estudado do ponto de vista histórico-jurídico, afigura-se-nos encontrar seu marco inicial decisivo e moderno na

⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1, n. 49, p. 192.

conhecida teoria da tripartição dos poderes (ou, melhor dizendo, de *funções*, desde que a soberania é uma”.⁸

Ainda, segundo o eminente jurista Arruda Alvim:⁹

“Consistiu tal ‘expediente’, que se generalizou, no Ocidente, historicamente, no perfeito instrumento de construção do Estado de Direito. Este princípio foi, para os juristas, o mais eficaz e lógico instrumento para a elaboração do Estado de Direito, tendo-se em vista as condicionantes históricas da época. Disto resultou ter sido o Estado de Direito do liberalismo um Estado apequenado, deixando espaço amplo para a prática de uma concepção de liberdade, pelos indivíduos, que sucessivamente veio a ser restringida, diante das circunstâncias desse *État gerdame* ter-se mostrado um ambiente em que a *liberdade do forte* prevaleceu sobre a *suposta liberdade* dos fracos, colocando segmentos vastos da sociedade em permanente desvantagem. As origens desse descompasso ancoram-se na Revolução Industrial, que ocorreu nessa quadra histórica. A crescente proteção do *fraco* contra o *forte* ocorre em todos os países.”¹⁰

Vedado ao particular fazer justiça com as próprias mãos, o Estado chamou para si o dever de decidir toda sorte de conflitos que lhe fossem trazidos à apreciação. Esse direito de invocar a prestação da tutela jurisdicional encontra matriz na Constituição Federal (art. 5º, XXXV). Trata-se, portanto, de direito cívico - um direito e uma garantia fundamental - não sujeito a nenhuma espécie de condicionante. Recebe várias denominações, entre elas direito de petição, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio da proteção judiciária entre outras.¹¹

O acesso à justiça é um direito garantidor de outros direitos. Trata-se de direito e de garantia fundamental, que conduz à apreciação, por parte do Poder

⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, n. 49, p.193.

⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, n. 49, p. 194.

¹⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, n. 49, p. 194.

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 2002, n. 73, p. 137-138: “Abbiamo visto che il potere di agire in giudizio è riconosciuto a *tutti* e abbiamo anche visto la ragione di questa illimitata apertura: una garanzia costituzionalmente sancita, che è il riflesso *ex parte subiecti* dell’istituzione dei tribunali da parte dello Stato; esse hanno il compito di rendere giustizia a chi la domandi e perciò una delle regole fondamentali del nostro ordinamento costituzionale assicura a tutti la possibilità di rivolgere loro analoga richiesta con l’effecto che il giudice prenda in esame il suo caso. Secondo un’opinione molto diffusa, questo potere appartiene alla categoria dei *diritti civici*; esso è del tutto generico ed indeterminato, inesauribile ed inconsumabile, e non è legato ad una fattispecie concreta”.

estatal, das demandas que retratam lesão ou ameaça de lesão a direito, especialmente dos direitos fundamentais, viabilizando sua tutela.¹²

Para J. J. Gomes Canotilho,¹³

“o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de causas e outras (cfr. Ac. TC 86/88, DR. II, 22-8-88). Significa isto que o direito à tutela jurisdiccional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um *processo judicial eqüitativo – due process (...)*”.

Assegurado aos indivíduos o acesso ao sistema jurídico, percebeu-se que não bastava genérica garantia encartada na Constituição Federal, que não representasse, no mundo dos fatos, uma prestação jurisdiccional qualificada. Àquele que busca proteção para seus direitos lesados ou ameaçados de lesão não interessa uma garantia que não traduza resultados práticos e concretos. Remarcam Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁴ que:

“A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdiccional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 218, 1999.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 1998, p. 405-406.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8. Os movimentos que se preocuparam com o rompimento de barreiras em prol do efetivo acesso à Justiça, nos países do mundo Ocidental, podem ser sintetizado, da seguinte forma: (Idem, p. 31): “Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘*enfoque de acesso à justiça*’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras de modo mais articulado e compreensivo”.

deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

A prestação da tutela jurisdicional deve pautar-se pela adequação, tempestividade e efetividade. Será adequada quando o Poder incumbido de prestá-la contiver as técnicas apropriadas a tutelar o direito material retratado pelo autor. Tempestiva, quando a resposta ao pedido da parte demandante se realizar em tempo razoável e sem dilações indevidas. Efetiva quando o pronunciamento jurisdicional entregar ao autor aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter.

Esses prejudicados da tutela jurisdicional estão aglutinados de maneira indissociável e inflexível, de tal sorte que não podem ser visualizados de maneira segmentada. Realmente, soaria desarrazoado e contraditório dizer que determinada técnica processual é efetiva, embora não seja tempestiva, ou então que o sistema está aparelhado com mecanismos processuais adequados à tutela dos direitos, embora não sejam efetivos.

Corretamente advertiu Teori Albino Zavascki¹⁵ que

“o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.” Por outro lado, “não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se seja também expedita, pois é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, ‘sem dilações indevidas’”.¹⁶

Como se observa, o direito de acesso à justiça na verdade deve ser entendido como direito *efetivo* de acesso à justiça. Nele se inserem garantias não só para aquele que solicita a prestação da tutela jurisdicional, mas também para aquele que suportará os efeitos da tutela requerida; a nenhum deles podem ser sonogados o direito ao contraditório e à ampla defesa, ao juiz natural, à proibição das provas obtidas por meios ilícitos, à motivação das decisões judiciais etc.¹⁷ No dizer de José

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 64.

¹⁷ GERAIGE NETO, Zaide. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, XXXV, da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29: “Nota-se que o princípio que prevê o

Afonso da Silva, o direito de acesso à justiça está associado a uma constelação de outros direitos e garantias fundamentais.¹⁸ Atividade jurisdicional sem respeito a esses postulados (devido processo legal) não é manifestação de uma ordem jurídica justa. Todavia, assim como o acesso à justiça deve ser *efetivo*, o uso do direito de defesa não pode significar *abuso* do exercício desse direito.¹⁹

Encontrando os direitos à efetividade da jurisdição e à segurança jurídica idêntica matriz constitucional, não há, entre eles, hierarquia alguma, pelo que deverão merecer do juiz estrita observância, o que pode ocorrer através da harmonização de princípios, verificando o magistrado, em cada caso concreto, qual o princípio prevalecente e que merece ser prestigiado, sem eliminação do outro.²⁰

direito de ação não pode ser entendido como a *simples* garantia do jurisdicionado em poder provocar o Poder Judiciário à salvaguarda de seus eventuais direitos. Isto é, essa garantia não pode ser interpretada como a mera possibilidade de o cidadão ingressar em juízo, mas muito mais do que isso, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional visa a garantir ao jurisdicionado um processo célere com a devida segurança, e efetivo com a necessária justiça, norteado à luz do *due process of law* e, por conseguinte, dos princípios da isonomia, do juiz do promotor natural, do contraditório e ampla defesa, da proibição da prova ilícita, da motivação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição – sem entrar no mérito de sua previsão constitucional ou não – e outros”.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 431: “O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo isto ínsito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV”.

¹⁹ Sobre o abuso do direito de defesa colhe-se na jurisprudência interessante acórdão: “PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. DEFESA. ABUSO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ (CTN, ART. 204). Para tudo há de haver um limite. A Constituição Federal assegura a ampla defesa (art. 5, inc. LV), mas não o abuso do direito de defesa. A alegação de que para o credor promover a execução fiscal, além da certidão da dívida ativa, tem de juntar ‘documentos válidos e legítimos para configurar o seu direito de credor, já que a certidão é um ato unilateral, não podendo, por si só, motivar em liquidez e certeza do direito’, clama os céus. É desconhecer o art. 204 do Código Tributário Nacional” (TRF da 3ª Região, 3ª T., Ap. Civ. 9601000852 (Processo: 9601000852/MG), rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ 30.04.1996, p. 27660).

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 65-66: “Por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que hão de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância. Todavia, a exemplo do que se passa em relação a outros direitos fundamentais, também entre esses podem ocorrer, no plano da realidade, fenômenos de tensão. Há, com efeito, um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-los: é o fator *tempo*. O decurso do tempo, todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Sempre que se tiver presente situação dessa natureza – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição – ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora. Ora, a harmonização – porque supõe *pluralidade* de elementos a serem harmonizados – não pode se dar, simplesmente, à custa da eliminação de um dos direitos colidentes. Isto não seria uma solução *harmonizadora* (conciliadora, congraçadora, conformadora) dos elementos em

O direito a uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e eficaz depende, além mecanismos processuais formalmente adequados a tutelar o direito material violado, também que os magistrados profiram seus pronunciamentos jurisdicionais segundo a estrita observância da pauta de valores encartada na Constituição Federal. “É necessário, antes de mais nada, que por direito de ação, direito ao processo, não se entenda a simples ordenação de atos, através de qualquer procedimento, mas sim o ‘devido processo legal’”.²¹

Do texto constitucional deflui, portanto, como remarca Ada Pellegrini Grinover, uma tutela jurisdicional menos genérica e abstrata do que a mera obrigação de resposta do Estado ao pedido da parte autora; a Constituição assegura a efetiva tutela dos direitos afirmados; não se limita a garantir direito aos pronunciamentos jurisdicionais mas também *garante uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça*.²² Essa interpretação da garantia constitucional transcende o âmbito processual, para compreender igualmente o substancial, norteadando e dando sentido à relação direito-processo.²³

Diante do atual contexto e papel do Estado, que deixou de lado aquela figura apequenada e omissa do período liberal, e foi estruturado sobre sólidos valores que dele *exigem* intervenção equilibrada na sociedade, pode-se dizer que, quando o constituinte entendeu relevante garantir a todos o acesso à justiça, não proclamou essa garantia sob um prisma retórico. A norma constitucional impõe uma ordem ao Poder Judiciário, obrigando os órgãos jurisdicionais a operar as normas processuais sob uma exegese que produza resultados práticos e supere as eventuais imperfeições do sistema.^{24 - 25 - 26}

conflito, mas sim uma solução de *desarmonização*, se assim se pode dizer, pois equivaleria a excluir do sistema jurídico, como se dele não fizesse parte, um dos direitos conflitantes. A solução conformadora deve ocorrer, isto sim, de modo a que *todos os direitos colidentes* sobrevivam, senão de modo absoluto, pelo menos relativizados, tendo-se sempre presente que ‘o intérprete ou o concretizador da Constituição deve limitar-se a uma tarefa de concordância prática que sacrifique no mínimo necessário ambos os direitos’”.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 156.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 157.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 179.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição, p. 218: “Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é um direito

Como ensina Ada Pellegrini Grinover²⁷ o

“importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico em que se vive”.

Luiz Guilherme Marinoni,²⁸ discorrendo sobre o devido acesso à justiça, especialmente sob o aspecto da tempestividade do processo e da inexistência de um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, ressaltou a tendência de se conferir maior poder aos juízes de primeiro grau de jurisdição e do manifesto equívoco de se entender que estes só atuam com zelo no desempenho de sua função constitucional sob a influência psicológica de que seus pronunciamentos

fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como uma garantia fundamental de justiça”.

²⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 27, ressalta que tem-se entendido “o texto constitucional, em sua essência, assegura ‘tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça’, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais. Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existente no sistema de instrumentos processuais organizado pelo legislador ordinário.”

²⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23: “(...) a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). (...) A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a falhar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.”

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 22.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição, p. 210: “Não é incomum, por outro lado, aludir-se à influência psicológica que o duplo grau tem sobre o juiz que está ciente de que a sua decisão será revista por um outro órgão do Poder Judiciário. Sabe-se, porém, que a cada dia torna-se mais premente a necessidade de se conferir maior poder ao juiz. O problema, portanto, é o de se exigir uma maior responsabilidade do juiz de primeiro grau, sendo completamente descabido aceitar que o juiz somente exercerá com zelo e proficiência as suas funções quando ciente de que a sua decisão será revista. Esse raciocínio despreza a importância da figura do juiz de primeiro grau, que deve ter maior poder e, portanto, maior responsabilidade para que a função jurisdicional possa ser exercida de forma mais racionalizada e efetiva. Dar ao juiz poder para decidir sozinho determinadas demandas é imprescindível para a qualidade e efetividade da prestação jurisdicional”.

serão revistos por órgãos recursais superiores. Entende o ilustre jurista que algumas demandas deveriam ser julgadas irrecorrivelmente pelos juízes de primeiro grau, além do que suas sentenças deveriam gozar de imediata executoriedade. Mauro Cappelletti,²⁹ igualmente, aponta os males decorrentes da profunda desconsideração da importância dos juízes de primeiro grau de jurisdição com a conexas glorificação dos órgãos recursais.

A tendência de serem conferidos maiores poderes aos juízes de primeiro grau de jurisdição pode ser notada pela constante utilização nas normas processuais, por obra das Reformas do Código de Processo Civil, de termos semânticos de conteúdo vago e que garantem ao juiz maior liberdade para aquilatar no caso concreto e de acordo com todas as suas circunstâncias qual a melhor decisão a ser tomada, com supedâneo em indispensável fundamentação (art. 93, IX, da CF), que constitui a garantia contra pronunciamentos arbitrários: “fundado receio”, “dano irreparável”, “difícil reparação”, “abuso do direito de defesa”, “manifesto propósito protelatório do réu” – art. 273, I e II, do CPC; “relevante fundamento”, “justificado receio de ineficácia”, multa “suficiente e compatível com a obrigação”, “prazo razoável para cumprimento do preceito”, “medidas necessárias”, multa “insuficiente ou excessiva” – art. 461, §§ 3º, 4º, 5º, e 6º, do CPC.

Embora na execução civil a existência de normas semelhantes não seja tão pródiga quanto no processo de conhecimento, os perfis do atual Estado Constitucional Democrático e de Direito exigem uma postura mais ativa dos magistrados na condução dos processos, idéia perfeitamente aceita quando se enfoca a atuação do juiz no processo de conhecimento,³⁰ mas qualificada como verdadeiro arbítrio quando adotada na execução civil.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977, p. 116.

³⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, n. 21-A, p. 89-91: “As primeiras grandes modificações sofridas pelo direito processual civil – sem ainda considerarem-se a incorporação ao sistema processual, das ações coletivas – consistiram, fundamentalmente, nos seguintes pontos: 1º) manter, em escala apreciável, o modelo estrutural legado pelo século passado, ainda que com modificações, *alteradoras da fisionomia individualista*, neste mesmo inseridas: a) o juiz não deve ser um espectador do litígio, senão que deve ser um juiz ativo, o que se traduz na possibilidade de determinar provas, para que tenha condições de conhecer a verdade, da mesma forma que é ao juiz que cabe conduzir o processo; b) o critério, mercê do qual deve o juiz apreciar as provas é o do seu *livre convencimento*, o que significa e importa, também, modificação do próprio valor que, em outros tempos, *aprioristicamente*, era atribuído a

A execução por quantia certa contra devedor solvente para ser considerada efetiva, depende obviamente de alterações legislativas, *mas em nossa opinião menos destas do que de uma adequada compreensão de sua dimensão constitucional, que, por sua vez, carece de mudança de mentalidade dos operadores do sistema, especialmente dos juízes.*

Explicamos menor: embora a tutela jurisdicional executiva mereça receber no plano legislativo algumas alterações para torná-la mais operativa, a realidade é que não se pode dizer que ela seja *totalmente inadequada* a tutelar os direitos dos credores retratados nos títulos executivos com que se apresentam em juízo.³¹

Como alertam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:³² “E que não se veja na alteração ininterrupta dos textos da lei a *solução* para todos os problemas da justiça brasileira, até porque, verdadeiramente, não é a mera alteração legislativa que fará com que o sistema funcione mais adequadamente aos seus fins”.

A execução civil possui, sem dúvida alguma, meios e técnicas capazes de satisfazer o credor, ainda que estes meios mereçam ser *aprimorados*. O

muitas provas, *mercê do que estas deveriam prevalecer, ainda que o juiz intimamente, pudesse estar convencido de não traduzirem elas a verdade; com isto afetou-se mais poder ao juiz, com vistas à apuração de uma verdade, dita ‘verdade real’*; c) distinguida a relação processual, ou o processo, do seu conteúdo, aquela fica, fundamentalmente, sob a fiscalização do juiz, quer no que diz respeito ao respectivo andamento, quer, ainda e principalmente, no que atine com os requisitos gerais de sua formação, *resguardando-se espaço para as partes no que diz respeito ao objeto do litígio, propriamente dito*; 2º) se, de uma parte, estas alterações procuraram reequilibrar o processo tradicional, envergando o juiz de maiores poderes, passando e devendo este ser um *juiz ativo*, de outra parte, todavia, não resolveu os problemas maiores, que consistem na possibilidade de equacionar a defesa de várias situações sociais: a) a dos mais enfraquecidos socialmente; b) aqueles que *difusamente* são os ‘titulares’ de determinados bens, tais como o meio ambiente, os bens estéticos, artísticos etc., e, mesmo, quaisquer outros ‘*interesses*’ que possam merecer proteção jurídica; c) ainda, de uma maneira especial, o consumidor estava inteiramente desprotegido, pelo sistema individualista.”

³¹ Em abono: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, n. 3.12, p. 83: “O princípio da efetividade, porém, não só obriga o legislador ordinário a predispor procedimentos adequados à tutela dos direitos, mas também vincula o doutrinador e os operadores jurídicos, obrigando-os à leitura das normas infraconstitucionais à luz do princípio da efetividade. O princípio constitucional da efetividade não permite que o processualista ‘entregue-se’ perante uma primeira, e muitas vezes não aprofundada, conclusão de inexistência de técnica processual adequada, transferindo o problema para uma discussão de *lege ferenda* e, assim, para uma futura e incerta reforma processual. Cabe-lhe buscar nas normas processuais, sempre a partir de uma leitura constitucional, os instrumentos adequados à efetiva garantia dos direitos. Afinal, como dizia Liebman, o Código de Processo Civil é apenas a lei regulamentadora das garantias de justiça contidas na Constituição”.

³² WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 10.

entreve está na eficácia desses meios, que permanece estancada pela supervalorização demasiada do valor segurança jurídica e constitui fator que redunde em um processo com *dilações indevidas* e que se eterniza *sem resultados práticos*. Nesse aspecto, corretamente Canotilho³³ alude a uma necessária “formatação judicial constitucionalmente adequada de instrumentos processuais já existentes”.

Sem um processo executivo, ou fase executiva em processo sincrético, que gere tutela jurisdicional adequada, tempestiva e eficaz, a promessa constitucional de efetivo acesso à justiça não estará sendo cumprida; o sentimento de insegurança e insatisfação daqueles que buscam essa espécie de prestação jurisdicional do Estado e o desprestígio do Poder Judiciário estarão sendo comprometidos em elevadíssima escala.

Uma Nação só pode invocar a condição de Estado Democrático de Direito se conseguir que seja prestada a promessa constitucional de acesso à justiça, de maneira *qualificada, e em todas as espécies de processo e de tutela jurisdicional, porque nenhum deles sobrepõe-se aos outros em grau de importância*.

Essa advertência é relevante, porque, entre as espécies de tutela jurisdicional em que mais se avultam problemas ligados à efetividade do processo, está a tutela jurisdicional executiva, mas, em nosso sentir, paradoxalmente e com ênfase à execução por quantia certa contra devedor solvente, é aquela que menos tem ocupado o centro da atenção dos operadores do Direito.³⁴ À noção de acesso à justiça, agrega-se a idéia de definitividade da manifestação jurisdicional e a suscetibilidade de vir a ser executada coativamente.³⁵

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 469.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 468: “A garantia do acesso aos tribunais perspectivou-se, até agora, em termos essencialmente ‘defensivos’ ou garantísticos: defesa dos direitos através dos tribunais. Todavia, a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também *dimensões de natureza prestacional* na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações (‘apoio judiciário’, ‘patrocínio judiciário’), dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos (...). O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades”.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 170.

Relevantes são as observações de Teresa Arruda Alvim Wambier³⁶ sobre a contemporânea noção de tutela jurisdicional executiva, totalmente vinculada à dimensão constitucional do acesso à justiça:

“Parece, efetivamente, que o interesse da doutrina se tornou sensivelmente mais vivo na exata medida em que se conseguiu estabelecer estreita relação entre a *execução* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e desta relação nasceu o inexorável alargamento considerável da expressão *execução*. Pode-se dizer que hoje o que surpreende é alguém usar a expressão *execução* no sentido estrito, pois o normal é essa expressão aparecer empregada em seu sentido mais abrangente. De fato, se a atividade jurisdicional tem por escopo, sob certo aspecto, satisfazer o credor, não se compreende a falta de estímulo da doutrina para tratar da *execução*, em quaisquer dos sentidos que se possa ao termo atribuir, já que *execução* significa sempre, de algum modo, a *realização concreta do direito*. Isto porque, cada vez mais, se entende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em consonância com uma preocupação típica do nosso tempo, que é a relativa ao acesso efetivo à justiça. Assim, hoje se concebe o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional como *direito à obtenção de um provimento jurisdicional efetivo e eficaz*.”

Os juízes não podem se colocar numa condição de conformismo com as deficiências do sistema, como pretexto para não adotar uma postura ativa e diligente na condução do instrumento de efetividade do direito material. Posicionamento em contrário, com a devida vênia, representa postura inaceitável, porque reforça a tão desgastada imagem que se tem da atuação jurisdicional. O comando emergente da norma constitucional em questão autoriza toda e qualquer conduta dos magistrados que, por meio da *execução*, consigam entregar aos credores aquilo que têm o direito de receber. Os limites a essa postura encontram-se nos direitos e nas garantias fundamentais. As deficiências formais do instrumento técnico não podem encarcerar a grandeza e a missão da atividade jurisdicional, ou como lembra Jhering: “O legislador não pode suprimir a inteligência do juiz”.³⁷

³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação à obra *Processo de execução e assuntos afins*, p. 11.

³⁷ JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*. Lisboa: José Bastos & Cia., s.d, p. 263-264 enfatizou a necessária e indispensável postura ativa do juiz nos processos, rechaçando qualquer forma de encarceramento da atividade judicante, especialmente através de dogmas como o de que estaria sempre preso aos limites das leis, ou então de que seus pronunciamentos devem retratar uma verdadeira equação algébrica. Confirma-se (Idem, *ibidem*): “(...) o juiz tem de guiar-se *exclusivamente* pelo direito. Portanto, o direito deve ser fixo e preciso. O desejo de submeter o juiz à lei tão estritamente quanto possível, deu lugar a que se criasse uma instituição que aparece muitas vezes na história do direito e nas mais diversas circunstâncias. Consiste ela na obrigação de citar o texto da lei, imposta, quer à parte que recorreu ao juiz

1.3 O princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) explicitado pela EC 45/2004 (“Reforma do Poder Judiciário”) e sua aplicabilidade à execução civil: o “tempo inimigo” como fator de prejuízo aos credores e à efetividade da jurisdição

Preceitua o art. 5º, LXXVIII, da CF: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O dispositivo em questão encerra verdadeiro princípio, que já se encontrava latente no sistema jurídico. Os princípios prescindem de norma expressa para que sejam reconhecidos como existentes, válidos e eficazes. Constituem uma espécie de norma jurídica, ao lado das regras. Possuem grande densidade normativa e atuam em situação de tensão com outros princípios antagônicos, permitindo ao julgador aplicar um ou outro princípio, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e sem eliminação do princípio não prevalente.

Assim, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi apenas explicitado. Essa Emenda Constitucional introduziu na Constituição Federal uma série de alterações, todas voltadas ao aprimoramento da atividade jurisdicional,

(processo romano das *legis actiones*, libelo do processo criminal moderno), quer ao próprio juiz ao pronunciar a sentença (processo criminal moderno): poderíamos chamar-lhe *legalismo em matéria de processo*. Essa prescrição faz da conformidade do ato do juiz com o direito material uma *condição de processo* desse ato: o ato de processo deve conter em si próprio a sua legitimação legal. Esta instituição tem por fim prevenir as arbitrariedades do juiz, recordando-lhe que a lei põe limites ao seu poder. Em compensação torna difícil o progresso do direito pela prática, fora do quadro da lei, e reserva-o quase exclusivamente para o legislador. Este resultado pode parecer favorável para o direito penal como garantia da aplicação adequada da lei, mas é antes de lamentar-se no tocante ao direito civil. Neste a obrigação imposta ao juiz de fundamentar a sua decisão, realiza a mesma idéia de um modo muito mais oportuno: obriga o juiz a justificar objetivamente o seu julgado sem ser forçado a adstringir-se à letra da lei. Há uma outra forma de organização do direito que tende ao mesmo fim, mas que atua de um modo ainda mais imperfeito. É a forma *casuística*, que em vez de dar ao juiz princípios gerais, cuja aplicação adequada se deixa à sua própria inteligência, só lhe fornece disposições de pormenor para cada caso particular, receitas jurídicas prevendo todas as espécies possíveis de negócios jurídicos, e que o dispensam de toda a indagação ulterior. Uma tal organização está antecipadamente condenada. De fato, como prever a variedade infinita dos casos particulares que podem apresentar-se? É querer tornar puramente mecânica a aplicação da lei e inútil a inteligência do juiz. Involuntariamente pensamos na fábula de Vaucanson, que digerira automaticamente: introduz-se a hipótese ocorrente na máquina de julgar, e vemo-la de lá sair em forma de sentença. A experiência fez a tal sistema a justiça devida. O legislador não pode suprimir a inteligência do juiz; por tal caminho apenas consegue adormecê-la.”

principalmente sob a angulação de sua tempestividade. A reunião dessas alterações convencionou chamar-se de “Reforma do Poder Judiciário”.³⁸

De qualquer forma, a explicitação de uma norma-princípio torna indene de dúvida o mandamento de otimização da atividade jurisdicional dirigido aos magistrados.

O princípio da razoável duração do processo não é novidade em outros sistemas jurídicos.

Estabelece o art. 6º, I, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 4 de novembro de 1950: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente *num prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

Como acentua José Rogério Cruz e Tucci:³⁹

“Foi, sem dúvida, a partir da edição desse diploma legal supranacional, que o *direito ao processo sem dilações indevidas* passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas as pessoas jurídicas) à *tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável*, decorrente da proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que têm os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas com estrita observância das normas de direito positivo”.

A Constituição espanhola, de 29.12.1978, contém regra expressa ao direito de acesso ao Judiciário sem dilações indevidas (art. 24.2),⁴⁰ e a cláusula do

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na Reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm e BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, p. 292-293, 2006: “Desde o início a *Reforma do Poder Judiciário* trazia em si uma proposta de renovação não somente da estrutura anatômica do Poder Judiciário, mas também das linhas-mestras de sua atuação. Importava acima de tudo, como todos sentiam, gerar instrumentos ágeis para uma atuação mais pronta e eficaz na oferta do acesso à justiça, além de meios para coibir certas mazelas da Instituição. De um lado, eliminar ou ao menos atenuar as lastimáveis demoras, que são fonte de corrosão dos direitos e alimento ao *tempo inimigo*, do qual com sabedoria falava Francesco Carnelutti. De outro, combater os focos de distorção dos sagrados deveres e compromissos dos magistrados, nem sempre empenhados em bem servir, nem sempre interessados em serem independentes, nem sempre orientados pelos melhores dos sentimentos humanos ou éticos”.

³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 238, 1999.

juízo rápido (*speed trial clause*) é expressamente contemplada pela 6ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos.⁴¹ O Código de Processo Civil português, em seu art. 2-1, dispõe que: “A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, *em prazo razoável*, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”.

A Corte Europeia dos Direitos do Homem fixou três critérios para aferição, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, do tempo razoável de duração de um processo: a) complexidade do assunto; b) comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; c) da atuação do órgão jurisdicional.⁴²

Através de emblemático julgado essa mesma Corte, em 25.06.1987, condenou o Estado italiano a indenizar uma autora de determinada demanda por danos materiais e morais decorrentes “do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda”.⁴³

⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas, p. 247: “*Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação conta si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias (...)*”.

⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas, p. 249-250, faz referência a minuciosa pesquisa realizada pela *American Bar Association*, sobre o tempo tolerável de duração dos processos ordinários da justiça norte-americana: “a) *causas cíveis*; a.1) *casos cíveis em geral*: 90% destes devem ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses; sendo que os 10% restantes, em decorrência de circunstâncias excepcionais, dentro de 24 meses; a.2) *casos cíveis sumários*: processados perante juizados de pequenas causas (*small claims*), devendo ser finalizados em 30 dias; a.3) *relações domésticas*: 90% destas pendências devem ser iniciadas e julgadas ou encerradas de outro modo no prazo de 30 dias; 98% dentro de 6 meses e 100% em um ano”.

⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas, p. 239.

⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas, p. 240-241. O acórdão está assim ementado e transcrito pelo autor: “Direitos políticos e civis – Itália – Duração dos procedimentos judiciais – Limites razoáveis – Caso concreto – Violação da Convenção – Ressarcimento do dano – Critérios de determinação (Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: arts. 6º e 50). – Excede os termos razoáveis de duração, prescritos pelo art. 6º, I, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o processo não particularmente complexo, tanto em matéria de fato quanto em matéria de direito, e que ainda não foi concluído depois de 10 anos e 4 meses de seu início. – O motivo no sentido de que o processo italiano é inspirado pelo princípio dispositivo não se põe em contraste com a Convenção, e também não dispensa o juiz do dever de atender aos limites de duração prescritos no art. 6º, I, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. – Com a finalidade de valorar a contribuição da parte à causa dos atrasos que determinaram a excessiva duração do processo, nem todos aqueles devidos a atos do defensor são imputados à parte. – O Estado italiano é responsável pelas delongas dos trabalhos periciais, como consequência da falta de exercício dos poderes de que o juiz dispõe, inclusive no tocante à inobservância dos prazos por ele deferidos. – O Estado italiano é obrigado a pagar à requerente, em face da excessiva duração do processo no qual é ela autora, a soma de 8.000.000 liras, determinada equitativamente ao ressarcimento, seja do dano material advindo das

Não convenceu a Corte o argumento apresentado pelo Estado italiano de que o processo civil daquele país é regido pelo princípio dispositivo e que por tal motivo não se poderia exigir do juiz do feito que desenvolvesse atividade voltada à busca de provas com maior rapidez. Com efeito, entendeu esse órgão jurisdicional que: “A Convenção, por certo, não impede os Estados signatários de fundar o processo civil no aludido princípio, todavia, não se dispensa ao juiz assegurar o respeito às exigências do art. 6º no que se refere a tempo razoável (...). De resto, nos termos do art. 175 do CPC, o juiz instrutor ‘exerce todos os poderes destinados ao mais rápido e leal desenvolvimento do procedimento’”.⁴⁴

A falta de maior ingerência do juiz no processo, no sentido de assumir uma atitude voltada a coibir atrasos injustificados, principalmente no que diz respeito à apresentação a destempo de laudos periciais, pesou sobremaneira no convencimento da Corte quanto à responsabilidade do Estado italiano. Com efeito, deliberou citado órgão julgante: “Na espécie, o perito atuava no âmbito de um procedimento judiciário subordinado ao controle do magistrado, a quem incumbe a instrução e rápida condução do processo”. Arrematou: “Quanto à sanção que ele podia impor ao perito, deve ser lembrado que, ao ratificar a Convenção, a Itália assumiu a obrigação de aparelhar sua organização judiciária de modo a permitir o cumprimento das condições do art. 6º, I, especialmente no que se refere a *tempo razoável* (...)”.⁴⁵

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), tendo nosso Governo, em 25.09.1992, depositado a respectiva Carta de Adesão. Pelo Decreto 678, publicado no DOU em 09.11.1992, foi promulgada e incorporada ao sistema jurídico nacional. Dispõe o art. 8º-1 (“garantias judiciais”), da citada Convenção que:

“Toda pessoa, tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração

despesas efetuadas e das perdas sofridas, seja do dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda”.

⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas, p. 242-243.

⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas, p. 244-245.

de qualquer acusação penal formulada contra ela, *ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza*” (Destaque nossos).

Era desnecessária, em nosso sistema jurídico, qualquer norma expressa a respeito da tempestividade da tutela jurisdicional, porque é imanente à norma-princípio contida no art. 5º, XXXV, da CF, a idéia de um processo sem dilações indevidas, que constitui direito e garantia fundamental. Nos termos do art. 5º, § 1º, da CF, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e, nos termos do § 2º, do mesmo dispositivo, os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De fato, como já ressaltamos anteriormente, os predicados da tutela jurisdicional (adequação, tempestividade e efetividade) só podem ser enfocados conjuntamente. Já disse Italo Andolina,⁴⁶ a respeito do art. 24 da Constituição italiana, que encerra princípio de acesso (qualificado) à justiça muito semelhante ao nosso, que: “ed è evidente che effettività della tutela giurisdizionale significa anche (per non dire soprattutto) tempestività della sua somministrazione al cittadino che la reclama”.

O surgimento do processo, como objeto autônomo de análise do Direito Processual, ocorreu na segunda quadra do século XIX e início do século XX. É perfeitamente natural, portanto, que as concepções liberais clássicas impregnassem todas as concepções doutrinárias e, num segundo momento, também as codificações, que emergiram num período histórico em que a liberdade do homem e o não intervencionismo do Estado eram dogmas absolutos. Via de consequência, os direitos para que fossem reconhecidos como existentes na liça judicial inseriam-se numa estrutura técnica criada pelo Estado com amplo espaço para o exercício ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Todas as pretensões

⁴⁶ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milão: Giuffrè, 1983, p. 30.

deduzidas em juízo inseriam-se nessa rígida estrutura, sob a suposição de que a igualdade de todos perante a lei estaria sendo garantida.

O Estado deveria manter-se equidistante das partes e não intervir no debate judicial inaugurado pelo autor, sob pena de desrespeitar o princípio da imparcialidade do juiz, tão caro à sociedade no período absolutista.

Era, portanto, intuitivo que um processo que se assentava sob esses pilares demandasse grande tempo para seu completo desenvolvimento e, finalmente, certificação dos direitos por meio de sentença, principalmente condenatória.

A efetivação dos direitos reconhecidos, através da execução civil, com realização de atividades práticas no patrimônio do devedor não escapava a essa estrutura fechada que privilegiava a qualquer custo a segurança jurídica.

O Estado deveria manter-se inerte aguardando a iniciativa da parte credora em promover nova ação que inauguraria novo processo. A agressão patrimonial dependeria em grande medida de diligências do próprio credor. Iniciativas *ex officio* ofenderiam, também neste segmento processual, o princípio da imparcialidade do juiz. O exercício do direito de defesa, novamente não poderia ser sonogado ao devedor, sob pena de se comprometer a segurança jurídica.

À efetividade dos direitos sobrepunha-se a segurança jurídica como garantia do cidadão contra indevidos abusos do Estado. Sistemas jurídicos construídos a partir dessas premissas, notavelmente desenvolvidos no continente europeu, serviram de paradigma para vários países no mundo (inclusive o Brasil). Fazem parte de uma época em que o Direito Processual Civil como fator de sua própria “sobrevivência” tinha a necessidade de explicitar sua autonomia a partir da construção de institutos jurídicos próprios, sempre com o grande distanciamento do direito material para que com ele não fosse confundido.

Nesse cenário é axiomático que o processo para que ultime as finalidades para as quais foi concebido tramite em tempo acentuado. A aceleração dos atos processuais poderia a qualquer instante comprometer a segurança jurídica e ferir a liberdade do sujeito passivo da relação jurídica processual.

Já advertiu Francesco Carnelutti⁴⁷ que o

“proceso dura; no se puede hacer todo de una vez. Es necesario tener paciencia. Se siembra, como hace el campesino, y hay que esperar para recoger. Junto a la atención hay que colocar la paciencia entre las virtudes necesarias al juez y a las partes. Desgraciadamente éstas son impacientes por definición; impacientes como los enfermos, puesto que sufren también ellas. Uno de los cometidos de los defensores es el de inspirarles la paciencia. El *slogan* de la justicia rápida y segura, que se encuentra siempre en las bocas de los políticos inexpertos, contiene, desgraciadamente, una contradicción *in adiecto*; si la justicia es segura no es rápida, si es rápida no es segura. Algunas veces la semilla de la verdade pone años, incluso siglos, para convertirse en una espiga (*veritas fila temporis*).”

Todavía, essa concepção de processo encontra-se totalmente divorciada da realidade social contemporânea dos homens de “carne e osso”, que não podem mais ser tratados como as pessoas “sem rosto” do direito liberal,⁴⁸ cujas pretensões deveriam pacientar a solução final ou sua realização prática à custa da constante busca ou reafirmação irrefletida da segurança jurídica.⁴⁹

Da mesma forma que a liberdade ilimitada causou à sociedade notórios danos, cujo ápice de opressão das classes mais abastadas sobre aquelas miseráveis ocorreu com a Revolução Industrial, a segurança almejada a qualquer custo nos processos alimentada pelo tempo excessivo acabou se revelando fonte de dano aos demandantes.

O “eixo metodológico” de trabalho do juiz contemporâneo deixa, portanto, de centrar-se na sobreposição do valor segurança sobre o valor efetividade do processo, para agora ocupar uma posição de *necessário equilíbrio* esses dois princípios igualmente importantes, que o sistema jurídico reputa como existentes, válidos e eficazes, mas *não absolutos*. De um modelo de *sobreposição de princípios* passamos a um *sistema de equilibrada justaposição*.

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1971, p. 177.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 15 e 17.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 15 e 17.

A manutenção e a operacionalização desse equilíbrio cabe ao juiz, cuja figura não pode mais ser equiparada àquela de um espectador passivo e cuja imagem, na feliz expressão de Mauro Cappelletti⁵⁰ ao referir-se aos países europeus em que as reformas processuais não conseguiram atenuar a excessiva duração dos processos, assemelhava-se a de um relógio gasto, que toda vez que se queria colocar em movimento inclusive por um segundo, haveria de ser “scosso e sbattuto” (sacudido e batido). A idéia de indolência dos magistrados com a função que exercem é igualmente lembrada por Calamandrei.⁵¹

Ao contrário, o papel do juiz no processo passa de espectador passivo a sujeito participativo e ativo na condução da relação jurídica processual e, principalmente, responsável direto pelo cumprimento das finalidades do sistema jurídico. Impossível, portanto, admitir que o processo continue a tramitar sob aquela angulação marcadamente individualista, cujos resultados interessavam apenas às partes litigantes. Como já afirmou Luiz Guilherme Marinoni,⁵² é justamente a idéia de neutralidade derivada da indiferença da lei pelo que se passa no plano da realidade social, que impede a concepção de um procedimento capaz de distribuir racionalmente o tempo do processo.

Nesse contexto, o processo deve tramitar em tempo razoável. Palavras de conteúdo semântico vago, cumpre serem interpretadas à luz dos elementos extraídos do próprio sistema. O tempo de duração de um processo deixa de ser razoável sempre que, garantido e respeitados os prazos processuais estabelecidos pelo próprio sistema como garantia fundamental ao contraditório e à

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*, p. 64. Esclarece o autor (idem, ibidem) que a imagem é descrição do autor vienense A. Menger acerca do processo civil austríaco anterior à reforma do final do século XIX. Mauro Cappelletti (Idem, p. 364) destaca que “la durata dei processi civili, anche di quelli in materia di lavoro e di previdenza sociale, raggiunge in Italia livelli tali da sconfinare, in molti casi, in una vera e propria denegazione di giustizia”. Esse autor relaciona prazos de trâmite processual longos nos diversos graus de jurisdição.

⁵¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 115: “Disse um juiz, que tinha certa fantasia, a um professor de direito processual: - Vocês passam a vida ensinando aos estudantes o que é o processo; seria melhor, para torná-los bons advogados, ensinar-lhes o que não é o processo. Por exemplo, o processo não é palco para histriões; nem uma vitrina para expor mercadorias; nem uma academia de conferencistas; nem um salão de desocupados que trocam frases espirituosas; nem um círculo de jogadores de xadrez; nem uma sala de esgrima ... - ... nem um dormitório ... – continuou timidamente o professor”.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 15.

ampla defesa, o processo ainda assim não consiga atingir os resultados ambicionados pela ordem jurídica.

Se o processo não ultimou seus objetivos, é porque está existindo desperdício de tempo e de atividade jurisdicional, que estão consumindo inutilmente dinheiro público sem resultados efetivos, o que pode ter por fonte a equivocada utilização das técnicas processuais por parte do magistrado ou a oposição injustificada por parte do demandado.

Já destacou Hélio Tornaghi⁵³ que: “A demora na decisão do litígio é forma atenuada de denegação de justiça.”

Por outro lado: “Não se busca a celeridade da prestação jurisdicional a qualquer custo, o que se pretende é um processo em que sejam respeitadas todas as garantias, porém sem dilatações indevidas e inoportunas”.⁵⁴

Como a responsabilidade na condução dos processos cabe ao juiz (apesar de serem exigidos obviamente das partes respeito à lealdade processual, que têm suas condutas ilícitas sancionadas quando desviam-se da ética e da boa-fé – arts. 17 e 18 do CPC), cabe a ele impedir que o processo transforme-se em fonte de dano ao sujeito ativo da relação jurídica processual. Na execução civil, o simples estado de insatisfação do credor é sem dúvida alguma fonte de dano, que foi qualificado como “dano marginal” ou de “indução processual” por Italo Andolina,⁵⁵

⁵³ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1, p. 382.

⁵⁴ NOTARIANO JÚNIOR, Antonio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61, 2005. Segundo TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 382: “O juiz deve zelar a celeridade do processo, mas sempre cuidando que não se mutilem as garantias, quer de observância do Direito objetivo, quer de respeito aos direitos subjetivos das partes ou de terceiros. O acerto da decisão prima sobre a sua presteza. É preciso que a ligeireza não se converta em leviandade, que a pressa não acarrete a irreflexão. O juiz deve buscar a rápida solução do litígio, mas tem de evitar o açodamento, o afogadilho, a sofreguidão. Deve ser destro, sem ser precipitado; pontual, sem imprudência. O juiz inconsiderado é ainda pior que o vagaroso. A observância rigorosa das formas e prazos legais é a melhor receita para conciliar a rapidez e a segurança”.

⁵⁵ ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 17. Segundo o eminente autor (Idem, p. 20): “(...) il danno marginale che individua il piano dogmatico del titolo esecutivo, si caratterizza, a mio avviso, per il fatto di essere una conseguenza diretta ed immediata della semplice permanenza, durante il tempo corrispondente allo svolgimento del processo, dello stato di insoddisfazione del diritto, o cosa che è lo stesso, di quella concreta situazione lesiva che si è visto stare all’origine del processo. Questo peculiare tipo di danno può essere indicato come ‘danno marginale in senso stretto’, oppure come ‘danno marginale da induzione processuale’, appunto in quanto esso è specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato, dalla distensione temporale del processo. Ancora una volta, la situazione del debitore inadempiente offre un ottimo terreno di verifica: è evidente, infatti, che il semplice protrarsi dello stato di insoddisfazione del diritto del creditore produce a

“in quanto va progressivamente ad aggiungersi a quello eventualmente già sofferto anteriormente alla proposizione della domanda”. Essa situação é gravíssima, na medida em que o processo, que da sociedade recebeu o próprio impulso para existir, rompe o contrato com a vida para celebrar o próprio rito em uma condição de dolorosa separação.⁵⁶

Segundo Carnelutti,⁵⁷ não “seria demasiado atrevido parangonar el tiempo a um enemigo contra el cual el juez lucha sin descanso”. O “tempo inimigo”, a que aludiu com grande sabedoria Carnelutti, não pode constituir fonte de dano ao demandante que tem razão, e a demora sempre beneficia o demandado que não a tem.⁵⁸

A situação jurídica patrimonial do sujeito ativo da relação jurídica processual não é neutralizada pelo estado de insatisfação; ao contrário, é agravada por ela.⁵⁹ De fato, o tempo desperdiçado em atos processuais que não traduzem resultado prático algum só prejudica aquele que foi obrigado pelo próprio sistema a vir a juízo. Como acentua Luiz Guilherme Marinoni,⁶⁰ em “um ‘processo condenatório’, a demora na obtenção do bem significa sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo, maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior o benefício conferido ao réu”.

Dispõe o art. 339 do CPC: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Estabelece o art. 125, II, do CPC que ao juiz compete velar pela rápida solução dos litígios. Normas do processo de conhecimento aplicam-se ao processo de execução com as adaptações necessárias (art. 598 do CPC).

Já dissemos anteriormente e reafirmamos mais uma vez: a efetividade da execução civil depende menos de alterações legislativas do que de

quest’ultimo, indipendentemente dal concorso di circostanze diverse ed ulteriori, un dano che frequentemente assume proporzioni assai rilevanti”.

⁵⁶ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 17.

⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*, p. 412.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 17.

⁵⁹ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 17.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 17.

mudança de mentalidade dos magistrados que a conduzem, para que se torne efetiva.

Se a função do processo é entregar à parte aquilo e exatamente aquilo que ela tem o direito de obter; se o processo não pode constituir fonte de “dano marginal” ao demandante que tem razão; e se o acesso à justiça só pode ser concebido como acesso qualificado especialmente pela efetividade e tempestividade da tutela que, por meio do processo se busca, não podemos, com o máximo respeito, assentir com a postura que considerável parte da magistratura ainda adota na condução da execução, ora aguardando pacientemente a adoção de diligências na busca de bens penhoráveis por parte dos credores,⁶¹ ora supervalorizando a segurança jurídica para permitir que o patrimônio do devedor se oculte e se distancie dos atos de agressão estatais, sob a suposta proteção de direitos fundamentais (direito ao sigilo), ou ainda pela indevida dilação do procedimento ao permitir manifestações inoportunas de devedores que dissimulam, sob o rótulo de “impugnação à ausência de requisitos de admissibilidade da execução”, o propósito de procrastinar a realização de atos satisfativos.

Singela reflexão da adoção dessa postura frente aos postulados atuais em que se assenta o Estado Democrático e de Direito, e do papel que o processo deve desempenhar na vida das pessoas, evidenciaria quão prejudiciais elas se mostram ao cidadão e à própria figura do Estado perante a sociedade, que nele passa a desacreditar.

Atualmente, aquele que se vale da execução civil pode, não raras vezes, enxergar-se como o personagem “K” de Franz Kafka, i.e., envolvido num procedimento sem qualquer lógica.

De fato, obrigar o credor a contratar advogado, pagar elevadíssimas custas, muitas vezes tendo que se dirigir aos órgãos jurisdicionais, mas, após anos

⁶¹ DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário: art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 362, 2005: “O que se cultua, no momento atual, é o denominado princípio de ofício, através do qual abre-se espaço para que o juiz exerça, em toda a sua plenitude, as atribuições que lhe são conferidas pela norma processual e, fazendo uso delas, imprima aceleração aos atos processuais e busque, onde for necessário, a verdade exigida para proferir o julgamento que lhe foi pedido. Assim, o fazendo, atua com segurança, presteza e credibilidade”.

de trâmite processual não obter por parte do Estado resultado prático algum dessa sucessão interminável de atos, escapa à lógica aos olhos do homem comum.

Não se olvide que se erguem na doutrina respeitadas vozes sustentando a responsabilidade civil do Estado em virtude do anormal funcionamento dos serviços jurisdicionais que ocasione dano em virtude intempestividade da tutela jurisdicional.⁶²⁻⁶³

Há várias décadas, já enfatizava o Ministro José Augusto Delgado⁶⁴ que a

“realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a denegação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade. Só o acionar já representa uma forma de pressão legítima e publicização do seu inconformismo contra a Justiça emperrada, desvirtuada e burocratizada (...)”.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:⁶⁵

“A afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo proveito que deles

⁶² SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 40-49, 2005; NOTARIANO JÚNIOR, Antonio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo, p. 59-62; BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 467-479, 2005. Conferir, ainda: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93 e ss.; FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 205 e ss.

⁶³ O STF, sistematicamente, tem se manifestado de maneira contrária à responsabilização objetiva do Estado, por atos judiciais. Confira-se: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DOS JUÍZES. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - RE provido. Agravo improvido.” (STF, 2ª T., Agravo Regimental no RE 228035/SC, rel. Min. Carlos Velloso, j. 10.02.2004).

⁶⁴ DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, p. 155, out.-dez, 1985.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 302.

seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma *postura mental* favorável a essa idéia instrumental. Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade. E pairam ainda no ar muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo o sistema e, para que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual”.

O princípio da razoável duração do processo deve conotar todo pronunciamento jurisdicional proferido na execução.⁶⁶ E se o procedimento legal já não atende mais às necessidades atuais da sociedade e mostra-se inoperante, compete ao magistrado dele extrair a máxima eficiência possível, contornando suas imperfeições pela via exegética⁶⁷ e com medidas que se mostrem legítimas e rendam os resultados práticos objetivados pela pretensão deduzida por meio dessa técnica processual,⁶⁸ que existe para que por meio dela se alcance a tutela dos direitos e não para que sirva como fonte de dano ao demandante.⁶⁹

⁶⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35: “O juiz, pois, como principal protagonista do processo, tem o poder-dever de assegurar a trajetória regular do processo, já que é investido de amplas prerrogativas para, de um lado, organizar a seqüência de atos, e, de outro, reprimir o comportamento abusivo dos litigantes”.

⁶⁷ SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º, da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39, 2005: “(...) a garantia de um processo mais célere, o que significa dizer, de uma tutela tempestiva, envolve não apenas questões procedimentais, mas também um maior comprometimento por parte dos Poderes Públicos em estruturar o Poder Judiciário e maior conscientização de todos os operadores de direito da importância de suas atitudes para contribuir para sua obtenção”.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 19: “Como os princípios constitucionais do processo incidem sobre a estrutura técnica do processo *de iure condendo* e *de iure condito*, cabe ao processualista não apenas ler as normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais, mas também extrair do sistema processual, as tutelas adequadas à realização concreta do direito à adequada tutela jurisdicional”.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. I, p. 302: “O processualista moderno deixou de ser mero teórico das normas e princípios diretores da vida interior do sistema processual, como tradicionalmente fora. Acabou-se o tempo em que o direito processual mesmo era visto e afirmado como mera técnica despojada de ideologias ou valores próprios, sendo sua exclusiva função a atuação do direito substancial. A consciência dos modos como o exercício da jurisdição interfere na vida das pessoas levou os estudiosos do processo a renegar essa pouco honrosa missão ancilar e assim inseri-lo no contexto das instituições sociais e políticas da nação, reconhecida sua missão relativa à felicidade das pessoas (bem-comum). Daí falar-se nos escopos sociais do processo, em seus escopos políticos e só num segundo plano em seu escopo jurídico de dar atuação à lei material. Afinal, processo e direito material compõem a estrutura jurídica das nações e acima da missão de um perante o outro paira a grande responsabilidade de ambos perante os membros da comunidade”.

Na autorizada lição de Enrico Tullio Liebman:⁷⁰

“Il giudice deve cercare di intendere la norma in tutto il suo significato, non solo in connessione con l’intero ordinamento e colmando le eventuali lacune della legge, ma anche ripensando la norma stessa nel contesto di una realtà sociale in continua evoluzione e perciò carica di esigenze e di valori nuovi”.

O juiz contemporâneo deve assumir a figura de um crítico a todos os fatores que impeçam a execução civil de ultimar sua finalidade.⁷¹

Já ressaltou o Ministro José Augusto Delgado⁷² que: “Há uma consciência nacional jurídica de que o juiz do final do século XX não pode se inserir em um contexto comportamental desassociado da realidade presente no momento da vivência da sua função jurisdicional”.

O temor daquele que pretende transgredir a ordem jurídica, como remarca Arruda Alvim,⁷³ varia em função do maior ou menor grau de certeza do real funcionamento da jurisdição, e este incumbe aos juízes.

Logo, traduzir os pronunciamentos jurisdicionais em resultados efetivos é acima de tudo *dever* dos magistrados e a essa vinculação encontram-se igualmente sujeitos na execução civil.

Esse dever foi explicitado pela EC 45/2004 que acrescentou a alínea “e” ao inciso II, do art. 93 da CF, dispondo que: “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

O descumprimento do dever de conduzir os processos em tempo razoável é sancionado pelo art. 133, II, do CPC ao dispor que responderá por perdas

⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 2.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 302-303: “(...) o processualista das últimas décadas tornou-se um crítico. Tomou consciência também da grande necessidade de optar por um método teleológico, em que os resultados valem mais que os conceitos e estruturas internas do sistema. E apercebeu-se de que o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número possível de pessoas – *universalizando-se* tanto quanto possível para evitar ilegítimos resíduos não-jurisdicionais e aprimorando-se internamente para que a idéia de ação não continue sobreposta à de *tutela jurisdicional*. O processualista moderno sabe que muito menos vale a formal satisfação do direito de ação do que a substancial ajuda que o sistema possa oferecer às pessoas”.

⁷² DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário, p. 365.

⁷³ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1, p. 289.

e danos o juiz quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

1.4 Tutela jurisdicional e institutos fundamentais do Direito Processual Civil. A sistematização do Direito Processual Civil e a conquista de sua autonomia enquanto novo ramo do Direito através do distanciamento do direito material

É indispensável em qualquer trabalho que pretenda analisar a tutela jurisdicional e como ela se concretiza em particularíssima técnica processual (execução civil), que sejam analisados os institutos fundamentais de Direito Processual Civil. Isso porque a própria existência do Direito Processual, como Ciência autônoma, está totalmente vinculada ao desenvolvimento de seus institutos, que constituíram forma de apartá-lo da posição ancilar e submissa de simples apêndice do Direito Civil. O desenvolvimento desses institutos garantiram suficiência lógica ao processo como objeto de análise do Direito Processual e possibilitaram seu progresso como eficiente instrumento de proteção dos direitos subjetivos e de manutenção da ordem jurídica.

Ao exame dos institutos fundamentais de Direito Processual Civil entrelaçam-se, ainda, noções igualmente importantes de Teoria Geral do Direito, como de direito objetivo e de direito subjetivo.

Não podemos ainda olvidar a lição de Enrico Tullio Liebman⁷⁴ acerca da importância que os conceitos assumem no Direito:

“Os conceitos doutrinários não têm outra finalidade legítima senão exprimir e condensar, em ordem logicamente coerente, a realidade fenomênica do direito. (...) os conceitos jurídicos nada mais são do que hipótese de trabalho, cuja exatidão deve ser constantemente verificada à luz do direito positivo, o único que ministra os dados, isto é, os materiais para a construção do sistema do direito”.

⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução de textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. XI.

Por outro lado, os perfis dos institutos fundamentais do Direito Processual Civil, delineados pela doutrina clássica, assumem particular relevância na medida em que nos servirão de pontos de reflexão no decorrer do trabalho, para averiguar a razão pela qual o processo, como síntese desses elementos, possui, ainda hoje, uma compreensão tão ligada aos conceitos, que, num primeiro momento, constituíram verdadeira “questão de sobrevivência” e auto-afirmação, na qualidade de ramo autônomo do Direito, mas que o conduziram a criar uma realidade própria e totalmente divorciada da vida real.

1.4.1 Jurisdição

Dispõe o art. 2º, do CPC: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

Estabelece o art. 262, do CPC: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

O sistema jurídico, no dizer de Donaldo Armelin,⁷⁵ estrutura-se com base em uma tessitura de relações jurídicas interligadas, subordinadas, vinculadas, conotadas, recíproca ou unilateralmente influenciáveis ou simplesmente indiferentes. De qualquer forma, porém, os direitos e obrigações não vivem no vácuo jurídico, de forma que as implicações decorrentes das modificações, extinções, criações e transformações de quaisquer delas são sensíveis àqueles, aos quais se vinculam direta ou indiretamente.

Diante da possibilidade de colisão de interesses, o sistema jurídico visando à sua adequada proteção tem de definir: a) quais são os interesses prevalentes ou juridicamente protegidos, com atribuição dos respectivos titulares; b) aqueles que restam excluídos de qualquer respaldo, por serem *meros interesses*.⁷⁶

⁷⁵ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*. Tese de doutorado (inédita). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1981, p. 12-13.

⁷⁶ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, p. 283.

Assim, o sistema jurídico estabelece através de verdadeira pauta de definições quais são os interesses suscetíveis de proteção, a fim de que, violados ou ameaçados de violação, revele-se, com nitidez, o titular do interesse prevalente na ordem jurídica e que merece ser por ela tutelado (protegido).

Essa pauta de definições encontra-se expressa em normas que ditam comportamentos a serem seguidos e prevêm sanções aplicáveis àqueles que transgridam esses comandos imperativos.⁷⁷ Ao conjunto de normas reguladoras das condutas dos indivíduos, vigentes em determinado sistema jurídico, denomina-se direito objetivo. Enfocado como um conjunto de normas das mais variadas espécies (civis, penais, tributárias etc), constitui um dado objetivo.⁷⁸ Se essas normas constituem regras escritas, elaboradas pelo Poder competente, então avança-se para a noção de direito positivo.

As normas são “mensagens”; apresentam-se como ordenação instituída, coisa feita e inconcussa, à qual o comportamento das pessoas se deve sujeitar. O Direito como norma ou conjunto de normas exerce papel semelhante aos das setas nas encruzilhadas dos caminhos, que são símbolos de um mandamento, a expressão visual de uma norma. “Siga por este caminho”, diz a seta. As normas ordenam o comportamento das pessoas ditando orientações de conduta e sancionando, i.e., punindo os transgressores.⁷⁹

O direito objetivo representa fonte de certeza e segurança jurídica à sociedade, vez que os indivíduos, segundo a pauta de valores incorporada pelas normas jurídicas, sabem exatamente quais condutas podem e quais não podem adotar e quais são as respectivas conseqüências jurídicas advindas desse comportamento.

Regrados pelo direito objetivo, os cidadãos estão autorizados a fazer ou ter o que o direito objetivo não proíbe. Podem, ainda, em caso de violação da norma jurídica, exigir, por meio dos órgãos competentes do Poder Público, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido. Essa autorização

⁷⁷ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, p. 284.

⁷⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 141.

⁷⁹ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 105-106

denomina-se direito subjetivo.⁸⁰ Subjetivo porque as autorizações com base nas normas jurídicas e em face dos demais membros da sociedade são próprias de sujeitos jurídicos, podendo ou não ser usadas por eles.⁸¹

Já disse Miguel Reale⁸² que “direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.

A expressão (subjetivo), ressalta Tércio Sampaio Ferraz Júnior,⁸³ tem carga valorativa positiva: a situação jurídica é considerada da perspectiva de um sujeito a quem ela favorece; por outro lado, surge em face de normas que restringem o comportamento dos outros e pressupõe a possibilidade de fazer valer sua situação em face de outros.

Ao lado dessa concepção de direito subjetivo, existe uma outra acepção com características muito semelhantes, mas ligada à limitação do poder estatal contra os indivíduos, ou, ainda, às obrigações deste para com os cidadãos. Fala-se, assim, em direitos públicos subjetivos.⁸⁴

A violação de direitos, ocasionada pelo desrespeito aos comandos imperativos contidos nas normas de direito objetivo, transgride a ordem jurídica, rompendo o equilíbrio e a normalidade que se espera sejam observadas nas relações que envolvem os cidadãos. Além disso representa ao prejudicado fonte de lesão,

⁸⁰ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 4. tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1974, p. 270-271: “O Direito Subjetivo não é a *faculdade* de coagir. É, isto sim, a *autorização* de usar essa faculdade. Insistimos: o Direito Subjetivo não é uma *faculdade*. As faculdades humanas não são *direitos*. As faculdades humanas são *qualidades* do homem, que independem do Direito. (...) O Direito Subjetivo é a *autorização*, dada pela norma jurídica, para o uso de determinadas faculdades. Por sua natureza, como sabemos, a norma jurídica é um *autorizamento*. Em conseqüência, ela dá *autorização*. A quem, a norma jurídica dá *autorização*? Ela dá *autorização* a quem for lesado pela sua violação. A que fica autorizado esse lesado? Esse lesado fica autorizado a exigir o cumprimento da norma jurídica violada, ou a reparação do mal resultante da violação. A norma dá o direito a usar uma faculdade. Mas, como é óbvio, não dá a faculdade. A *faculdade* não é o Direito Subjetivo. A *autorização* de usar a faculdade é que o é. Não se diga, portanto, que o Direito Subjetivo é a “*facultas agendi*”, a faculdade de agir. O Direito Subjetivo é, apenas, a *autorização*, dada pela norma jurídica, para o emprego dessa faculdade. (...) A idéia realista de que o Direito Subjetivo é uma *autorização* dada pelo Direito Objetivo nos leva a ampliar o conceito do Direito Subjetivo, a fim de nele incluir, não só a *autorização* de exigir o cumprimento de normas jurídicas violadas, mas também a *autorização* de *fazer e de ter* o que a norma jurídica não proíbe. (...) À vista do que acaba de ser explicado, o Direito Subjetivo se define: *Autorização dada pelo Direito Objetivo*.”

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 225.

⁸² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 258.

⁸³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 144.

⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 145 e REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 264.

assim entendida qualquer transgressão à ordem jurídica, que pode ou não ocasionar dano.

Apesar de a simples existência de normas expressas, assegurando a titularidade do direito àqueles que tenham sido violados em seus bens jurídicos por conduta ilícita, seja importante para impedir, pelas conseqüências desse agir, qualquer conduta em desconformidade com o sistema, a verdade é que nem sempre meros comandos genéricos são suficientes para impedir ou restabelecer agressão aos bens jurídicos tutelados, sendo, assim, necessária a intervenção do Estado para imperativamente efetivar o comando genérico e abstrato previsto nas normas de direito material.⁸⁵

Como disse Arruda Alvim:⁸⁶ “A eficácia da ordem jurídica depende de tal forma da atividade jurisdicional, que muitos condicionam a eficácia da lei à da atividade jurisdicional. Vale dizer, aquela não teria eficácia sem o indispensável complemento desta atividade”.

Cabe, assim, ao Estado a função de impedir ou de restabelecer a violação aos preceitos das normas de direito material.

Para tanto, o Estado especializou Poder que pudesse exercer parcela de soberania e fosse apto a cumprir esse fim, inclusive coativamente, o que fez através do Poder Judiciário, incumbido de aplicar o direito objetivo aos casos concretos. Essa especialização de atividade ancora-se na conhecida teoria da tripartição de poderes (*rectius*: de funções), que ganhou foros de universalidade com a Revolução Francesa de 1789 e cujos postulados animaram a concepção do Estado de Direito.

O Estado moderno é fruto de uma evolução consistente em: a) especializar as normas jurídicas de quaisquer outras normas; b) limitar a soberania estatal, o que ocorreu mediante o expediente político-jurídico da separação dos poderes, com o que se delineou a área de atuação legítima do Estado e foram

⁸⁵ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, p. 289.

⁸⁶ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, p. 289.

definidos os direitos públicos subjetivos dos cidadãos, e c) monopolizar e aglutinar toda atividade jurisdicional no Estado, atrofiando a chamada defesa privada.⁸⁷

Assim, vedada quase que absolutamente a justiça privada,⁸⁸ ao Estado-juiz compete cumprir a promessa encartada na Constituição Federal de manter a integridade dos direitos sempre que solicitada sua atuação. Qualquer tentativa individual de realizar justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite, é punida severamente, na órbita penal, vez que configuradora de delito (art. 345, do CP).⁸⁹ Enfim, violação ou ameaça de violação a direito só se restaura ou se impede, respectivamente, pela ação estatal, cuja esfera de atuação é inviolável e cuja autoridade não pode ser desprezada.⁹⁰

Nas palavras de Chiovenda:⁹¹

“Quanto mais se reforça a organização política, mais se restringe o campo da *autodefesa*, não, por certo, em virtude de um contrato entre os poderes públicos e o indivíduo, mas pela natural expansão da finalidade do Estado. Enquanto, de um lado, se regulam as relações entre os indivíduos por meio de normas de lei sempre mais numerosas e precisas, do outro se provê com o processo a assegurar a observância das normas”.

Segundo José Frederico Marques⁹² a “jurisdição pode ser conceituada como função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o Direito objetivo”. Ainda

⁸⁷ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v. I, p. 36.

⁸⁸ Dispõe o art. 1.210, § 1º, do CC: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

⁸⁹ “Se alguém tem ou supõe ter direito contra outrem, e este não o reconhece ou se nega a cumprir a obrigação correlata, não lhe é lícito arvorar-se em juiz, decidindo, unilateralmente, a questão a seu favor e tomando por suas próprias mãos aquilo que pretende ser-lhe devido, ao invés de recorrer à autoridade judicial, a quem a lei atribui a função de resolver os dissídios privados.” (STF, HC, rel. Min. Soares Muñoz – RT 587/418).

⁹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2, p. 523, sobre o crime de *exercício arbitrário das próprias razões* ensina: “O objeto da tutela jurídica é a administração da justiça, enquanto o cidadão se substitui ao poder público e à função jurisdicional do Estado, atentando contra a ordem jurídica e a tutela do direito. Dizia Carrara, § 2.855, que a índole jurídica deste crime residia no desprezo pela justiça, porque o particular de fato usurpa a prerrogativa do magistrado e, assim, revela desconfiança na administração da justiça”.

⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 11, p. 57.

⁹² MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1, p. 62.

segundo o mesmo autor:⁹³ “aplicação em concreto do direito objetivo, para solucionar conflito litigioso de interesses, o Estado a realiza através do *processo* e mediante o exercício de uma de suas funções básicas, que é a *jurisdição*”.

Giuseppe Chiovenda⁹⁴ define jurisdição como: “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”

Para Enrico Tullio Liebman⁹⁵ jurisdição é a atividade dos órgãos do Estado dirigida a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que a norma de direito vigente disciplina uma determinada situação jurídica.

Marco Tullio Zanzucchi⁹⁶ entende que para compreender bem a essência da função jurisdicional, deve-se partir da consideração de seu escopo e em relação a este pode-se dividir entre o escopo imediato e escopo mediato. O primeiro como realização de interesses (individuais ou coletivos) de outros sujeitos que, sendo diretamente ou indiretamente protegidos pelas normas de direito material, ou entrando em conflito com outros interesses, restam por quaisquer razões insatisfeitos. Escopo mediato é a reintegração do direito objetivo, a atuação da vontade da lei, que, realizando os interesses insatisfeitos, a jurisdição alcança.

Piero Calamandrei⁹⁷ ressalta que a jurisdição persegue, em primeiro lugar, uma finalidade eminente pública, e, apenas mediata ou indiretamente, a

⁹³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 1.

⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, n. 137, p. 3.

⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 4.

⁹⁶ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1947, v. I, p. 10-11.

⁹⁷ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1973, v. I, p. 175: “Parece claro, si uno se fija en el modo en que está formulado y actuado el derecho en el sistema de la legalidad, que la función jurisdiccional persigue, también en el proceso civil, una finalidad eminentemente *pública*: si a través de la realización de las garantías jurisdiccionales, pueden llegar a encontrarse concretamente satisfechos los intereses individuales que el derecho tutela, el ejercicio de la jurisdicción mira, en primer lugar, a hacer prácticamente operativa la ley, esto es, a hacer que la voluntad del Estado, expresada en la ley, sea respetada y obedecida. La satisfacción de los intereses individuales tutelados por el derecho, puede ser, para el Estado que administra la justicia, una finalidad mediata e indirecta; pero la finalidad primera que el mismo persigue *en el sistema de la legalidad*, es la de la observancia del derecho, *sólo porque es derecho e independientemente de su contenido*. De esta manera el Estado, a través de los jueces, se confirma a sí mismo, haciendo que su autoridad, del empíreo de las leyes abstractas, descienda al nivel de las vicisitudes humanas e intervenga con eficacia práctica em regular según las leyes la conducta de los ciudadanos: *el Estado defiende con la jurisdicción su autoridad de legislador*.”

satisfação dos interesses individuais. A finalidade primeira da jurisdição, segundo esse autor, é a observância do Direito; assim fazendo o Estado confirma a si mesmo: defende com a jurisdição sua autoridade de legislador.

Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco,⁹⁸ a jurisdição é poder-função-atividade. Explicam: “Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).”

O Estado realiza a promessa constitucional de reparar ou impedir a violação de direitos, por meio de órgãos (juízes) integrantes do Poder Judiciário, que representam a garantia não só ao demandante como também ao demandado de que terão suas postulações apreciadas por um representante do Estado legitimamente investido de parcela de soberania estatal e que atuará de maneira imparcial e independente na análise das alegações das partes (art. 5º, LIII, da CF).⁹⁹ Nesse sentido, alude a doutrina ao *princípio da investidura*.¹⁰⁰ Por outro lado, a jurisdição como parcela de soberania estatal encontra limites no território do país; os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do Estado (*princípio da aderência ao território*).¹⁰¹

⁹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

⁹⁹ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 29: “Se as partes conflitantes não conseguem solucionar determinada pendência, têm que recorrer a um terceiro – o juiz – através do processo, sendo isto o que determina o funcionamento da Jurisdição”. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 1, p. 64: “A jurisdição civil constitui monopólio do Poder Judiciário, justamente em virtude das garantias de que a Constituição e as leis cercam a magistratura. Jurisdição pressupõe órgão imparcial e independente que, se superpondo às partes em conflito, aplique a vontade concreta da lei, com justiça, isto é, dando a cada um o que é seu, segundo o que a ordem jurídica vigente prevê e estatui”.

¹⁰⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 145.

¹⁰¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 146.

Esses órgãos jurisdicionais no desempenho de sua atividade substituem a vontade das partes envolvidas no conflito de interesses retratado pelo autor. Um dos traços mais marcantes da jurisdição “reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma *atividade de substituição*: e – queremos dizer – a *substituição* de uma atividade pública a uma atividade alheia”, seja na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual não só das partes mas de todos os cidadãos, seja na atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida.¹⁰² “Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida *em lugar de outrem* (...)”.¹⁰³

Como conseqüência do monopólio do poder de decidir os conflitos de interesses, a jurisdição conduz à substituição de condutas particulares (pagar quantia, fazer, entregar coisa etc) por conduta estatal. Os pronunciamentos jurisdicionais, que substituem as condutas devidas por atos do Estado-juiz, representam fonte de garantia àqueles que têm acolhidas suas pretensões, como também àqueles que sofrem a execução dessas medidas, vez que o Estado não outorgará providência aquém, além ou fora do que foi pleiteado, guardando congruência com a pretensão deduzida (arts. 128 e 460, do CPC), e tampouco tolerará excessos na restauração da ordem jurídica.

Já disse Zanzucchi¹⁰⁴ que a essência da jurisdição está em ser uma atividade substitutiva, sub-rogatória e secundária em relação à atividade que, atuando a vontade da lei, espontaneamente deveriam realizar os interessados.

Essa especialíssima função do Estado não geraria certeza e segurança jurídica se pudesse, a qualquer momento, ser questionada por aquele que

¹⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, n. 140, p. 11.

¹⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, n. 140, p. 11.

¹⁰⁴ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processual civile*, v. I, p. 11. Segundo esse autor (Idem, v. I, p. 12): “Carattere essenziale della giurisdizione è infatti quello di essere (...) una attività sostitutiva e secondaria, una attività cioè con cui lo Stato-giudice persegue la realizzazione di interessi non suoi (attività primaria), ma di altri subietti (privati o Stato stesso, ma in una sua diversa posizione giuridica). Attraverso una tale realizzazione viene a realizzarsi anche la norma giuridica che era rimasta inattuata, a reintegrarsi l’ordinamento giuridico, che era stato violato, ad attuarsi la legge. Una finalità l’una e l’altra essenzialmente pubblicistica. Lo Stato infatti, che pone le norme giuridiche tutelatrici degli interessi dei singoli, è indirettamente interessato a che gli interessi stessi raggiungano quella soddisfazione, che, ponendo dette norme, ha inteso di garantire, e così siano risolti i conflitti che al riguardo possono sorgere fra i consociati; ed è poi naturalmente in modo diretto interessato a che le norme giuridiche, da lui poste, siano osservate, e l’ordinamento da lui creato, se violato, sia reintegrato; la giurisdizione tende a soddisfare tale interesse pubblico dello Stato, indiretto e diretto”.

sucumbiu na análise do conflito trazido a juízo. Ao comando emergente dos pronunciamentos proferidos pelos órgãos jurisdicionais (sentenças) deve-se sobrepor a qualidade de imutabilidade (coisa julgada) que impeça sua rediscussão.¹⁰⁵

A autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanção do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes, que se encontram perante o Estado-juiz em condição de sujeição, a qual consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal. Respeitados autores¹⁰⁶ chamam de *princípio da inevitabilidade da jurisdição* essa especial qualidade da jurisdição.

Se por um lado, o poder jurisdicional é exercido independentemente e até mesmo contra a vontade dos litigantes, por outro lado constitui dever dos órgãos jurisdicionais decidirem os conflitos que lhe são trazidos à apreciação, não podendo transferi-lo ou delegá-lo a quem quer que seja (*princípio da indelegabilidade*).¹⁰⁷ À falta de normas jurídicas, devem recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, suprindo as lacunas existentes no direito objetivo (art. 126, do CPC e art. 4º, da LICC). Não podem, portanto, os juízes declinar do ofício jurisdicional (*princípio da indeclinabilidade*).¹⁰⁸

Como concretização da soberania do Estado, a jurisdição só pode ser concebida como regularmente exercida pelos órgãos jurisdicionais, caso seja respeitado o contraditório regular, já remarcou Arruda Alvim;¹⁰⁹ i.e., todos os direitos processuais constitucionalmente garantidos e sintetizados sob a cláusula do devido processo legal.

¹⁰⁵ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 30: “Além da existência de um *órgão*, para que se considere existente a atividade jurisdicional, necessário é que se examine a *eficácia* ou a *autoridade* decorrente da solução dada ao caso concreto, submetido à apreciação do órgão. Essa *autoridade* tem que ser irrefragável e imutável, pela razão simples de que, se ela não fosse, não teria ocorrido efetivamente substitutividade, no seu real sentido. A substituição da atividade particular, pela atividade pública do órgão, ocorre precisamente em virtude de a solução deste valer, de forma absoluta, para todos e para o próprio Estado, se porventura, se quiser reviver o conflito já objeto de solução definitiva. A esta qualidade da sentença se dá o nome de *coisa julgada*.”

¹⁰⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 147.

¹⁰⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 146.

¹⁰⁸ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 77; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 200-201.

¹⁰⁹ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 31.

É conhecida a polêmica acerca da existência de atividade jurisdicional em situações nas quais os juízes não atuam de maneira a se sobrepor às partes substituindo suas vontades pela do Estado e decidindo o conflito de interesses trazido a juízo, gerando imutabilidade de seus pronunciamentos (sentenças),¹¹⁰ mas quando pela independência dos magistrados, sua idoneidade e responsabilidade que têm perante a sociedade, a eles é atribuída a função pública de administrar interesses privados, com a finalidade de formação de situações jurídicas novas.¹¹¹

Trata-se da chamada jurisdição “voluntária”. Embora nessas hipóteses a atividade do órgão jurisdicional não seja cunhada por grande parte das características supramencionadas da *jurisdição contenciosa*, e não se possa falar em partes, mas em interessados, a atribuição ao Estado do dever de decidir os pedidos formulados, seja sob roupagem conflituosa ou meramente agregadora de efeitos jurídicos, qualifica-se sem dúvida alguma como jurisdicional.¹¹² Com efeito, estabelece o art. 1º, do CPC, que a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo território nacional, conforme as disposições nele estabelecidas.

1.4.2 Ação

Não obstante a notável importância que a jurisdição exerce na vida em sociedade, o Estado-juiz só pode agir, via de regra,¹¹³ se provocado pela parte autora.

¹¹⁰ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 82: “(...) os atos de jurisdição voluntária são atos de direito público, praticados a pedido de interessados, que o Poder Judiciário realiza para reconhecer, verificar, autorizar, aprovar, constituir ou modificar situações jurídicas. Em confronto com a jurisdição contenciosa, esses atos podem ser qualificados de funções do *órgão judiciário* no exercício de atividade administrativa pertinente a interesses privados que surgem e se desenvolvem com a cooperação estatal, atuação essa que não tem por pressuposto um litígio ou pretensão”.

¹¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 161.

¹¹² A Lei 11.441, de 04.01.2007, introduziu significativa novidade no campo da jurisdição voluntária. Anteriormente, a separação, mesmo consensual, obrigatoriamente deveria ser realizada perante o Poder Judiciário. Com efeito, a separação consensual encontra-se alistada como um dos procedimentos de jurisdição voluntária (Capítulo III, do Título II, do Livro IV, do CPC - arts. 1.120 a 1.124). Todavia, a mencionada legislação introduziu o art. 1.124-A no CPC, permitindo que se realize também por escritura pública, mediante assistência de advogado, desde que não existam filhos menores ou incapazes do casal, e observados os requisitos legais quanto aos prazos.

¹¹³ Mencionem-se algumas situações em que é possível ao magistrado agir de ofício no sentido de fazer atuar a jurisdição: art. 989, do CPC (“O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal”); art. 1.129, do CPC (“O juiz, de

A atuação dessa parcela importantíssima da soberania estatal deve, enfim, ser estimulada, por ser naturalmente inerte. *Nemo iudex sine actore* é a máxima jurídica que retrata essa posição inicial dos órgãos jurisdicionais.¹¹⁴ Assim, através do exercício direito de ação, a parte autora provoca a atuação da jurisdição (arts. 2º e 262 do CPC).

Esse direito, num primeiro momento, mostra-se incondicionado, porque radicado em matriz constitucional (art. 5º, XXXV, da CF). O estabelecimento de controle ou limites, nesse primeiro momento, poderia impedir que a alegação de violação à ordem jurídica aportasse ao órgão incumbido de analisá-lo.¹¹⁵ Num segundo plano, para que a parte autora atinja a tutela almejada, é necessário que ela atenda a determinadas condições previstas no sistema,¹¹⁶⁻¹¹⁷

ofício ou a requerimento de qualquer interessado, ordenará ao detentor de testamento que o exiba em juízo para os fins legais, se ele, após a morte do testador, não se tiver antecipado em fazê-lo”); art. 1.142, do CPC (“Nos casos em que a lei civil considere jacente a herança, o juiz, em cuja comarca tiver domicílio o falecido, procederá sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens”).

¹¹⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 7-8.

¹¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 135: “Naturalmente la tutela giurisdizionale spetta in effetti soltanto a chi ha ragione, non a chi vanta un diritto inesistente. Ma l’unico modo di assicurare a chi ha ragione la possibilità di farla valere in giudizio è quello di permettere a tutti di rivolgere le loro domande ai tribunali ai quali spetterà il compito di esaminarle e di accoglierle o respingerle secondo che siano fondate od infondate”.

¹¹⁶ ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, n. 25, p. 35, acerca da diferenciação entre o direito de petição e o direito processual de ação: “(...) devem ser escandidos o direito de petição assim caracterizado do direito de ação, de natureza processual. O primeiro deles tem origem constitucional arraigado nos preceitos dos arts. 153, § 4º (atual art. 5º, XXXV), da Lei Maior, onde se veda ao legislador ordinário a proibição do acesso ao Judiciário do indivíduo lesionado em seu direito, e 153, § 3º (atual art. 5º, XXXIV, “a”), onde se defere a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos. Direito amplo, irrestrito, ao qual não pode se furtar de atender a autoridade judiciária, como órgão do Poder Público. O segundo, restrito às partes juridicamente vinculadas, direta ou indiretamente, à matéria por ele veiculada, exige, para o seu exercício, a implementação de condições impostas pelo próprio sistema jurídico. O primeiro deles assegura a formação de um processo até mesmo fadado a um término infrutífero. O segundo garante, uma vez regularmente exercitado, um processo que atinge a sua verdadeira e precípua finalidade, justificando a atuação da jurisdição na sua faina de impor o direito objetivo aos casos concretos, de forma definitiva e imutável. Inobstante, o direito de ação vincula-se ao direito de petição como a espécie ao gênero, já que se trata de um direito de petição balizado, no seu exercício, pelas chamadas condições de admissibilidade”. A respeito, manifesta-se ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 436: “O que interessa, primordialmente, é estudar a ação e construir sua teoria tendo em vista sua finalidade, sempre em função do interesse público, e não focá-la unilateralmente, só da perspectiva do autor. Esta finalidade é o acionar da jurisdição, para a aplicação da lei. Esta aplicação da lei, obviamente, mesmo no caso do efetivo exercício de ação improcedente, terá sido feita, pois se terá dado razão ao réu, e não ao autor. Inegavelmente, tal direito abstrato de ação existe, dado que diversas Constituições são expressas mesmo a respeito deste tipo de acesso ao Judiciário. Entre nós, o art. 5º, XXXV, da CF, é expresso no sentido de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Judiciário. Assim, tal texto, longe de consagrar um direito concreto, em nível constitucional, consagrada, isto sim, autêntico *direito abstrato* de agir, um *direito de petição*. Julgamos que o direito genérico de petição, expressamente consagrado em nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXV), é o meio ou veículo revelador do direito de ação, já agora situado no plano processual, à luz do preenchimento dos

chamadas condições da ação. Segundo dispõe o art. 267, VI, do CPC, será carecedor de ação aquele que não atender às seguintes condições: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

1.4.2.1 Teorias da ação

1.4.2.1.a Teoria imanentista da ação

Dominou, por muito tempo, a concepção de que o direito de ação confundia-se com o próprio subjetivo emergente da lesão sofrida no plano do direito material. A ação seria um lado ativo ou reativo do próprio direito subjetivo. Tratava-se da chamada teoria imanentista do direito de ação, própria de um período em que o Direito Processual Civil não existia como Ciência autônoma. Conseqüentemente, a angulação marcadamente privada do direito de ação impedia qualquer tentativa em diferenciá-lo do seu objeto (o direito afirmado como existente).

Contribuiu decisivamente para a diferenciação entre o direito subjetivo afirmado como existente e o exercício do direito de invocar a tutela do Estado, a conhecida polêmica entre os juristas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther, travada nos anos de 1856 e 1857.

Como se sabe, nessa época, em grande parte da Alemanha continuava em vigor o direito romano justiniano, reelaborado pelos juristas

requisitos por esse sistema exigidos (art. 3º e 267, VI, do CPC). Conferir, ainda, ALVIM, Arruda. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. I, p. 315.

¹¹⁷ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 48: “Assunto l’obbligo di render giustizia, posto il divieto di farsi giustizia da sè, s’intende come lo Stato abbia riconosciuto al cittadino il diritto di invocare la propria giustizia; il c.d. diritto di azione. Il quale in sè considerato, non è propriamente un diritto subiettivo, ma una potestà: una potestà correlativa alla potestà giurisdizionale dello Stato consistente nel potere di porre in essere i ‘presupposti’, necessari per l’esercizio, nel caso concreto, della funzione giurisdizionale (...)”. Esse mesmo autor (Idem, v. I, p. 49) aponta as seguintes características do direito de ação: trata-se de um poder público, que diz respeito aos cidadãos enquanto tais e ao próprio Estado; possui natureza secundária ou substitutiva frente ao interesse primário juridicamente protegido e insatisfeito; tem natureza abstrata, pois seu conteúdo diz respeito unicamente ao interesse de intervenção dos órgãos do Estado e é autônomo, pois prescinde da existência do direito material.

medievais e modernos, e continuava sendo aplicado o processo civil comum, com a recepção também muito ampla de concepções dos institutos romanos, de tal sorte que inexistiam trabalhos de direito civil e processo civil que não fizessem referência às fontes romanas em sua redação justiniana.¹¹⁸

Windscheid tinha profundos conhecimentos de Direito Romano e se notabilizou por sua extraordinária capacidade de transpor os princípios romanísticos para a Ciência Jurídica contemporânea. Ele pertence a grande escola germânica dos “pandectistas”, assim denominados por terem se inspirado em seus estudos de Direito Privado no Direito Romano.¹¹⁹

A Alemanha, apenas no início do século XX, teria um Código Civil próprio, tendo sido antes governada por um complexo de regras constituídas com base no Direito Romano modificado e completadas por leis e costumes regionais ou locais. Esse Direito Romano em vigor na Alemanha ainda no século XIX era chamado “Direito Romano Atual”, nome da obra fundamental de Savigny (*Sistema de Direito Romano Atual*).¹²⁰

Windscheid escreveu uma obra acerca da *actio* romana, comparando-a com a ação moderna (Klagerecht) e demonstrando as diferenças entre ambas. Sustentou a impossibilidade de qualquer aproximação conceitual entre elas e pugnava pelo abandono de sua utilização, até então voz corrente na doutrina. Na construção do seu raciocínio abordou o conceito de pretensão (Anspruch). Segundo entendeu o jurista alemão, a pretensão seria uma situação jurídica substancial, nitidamente distinta da ação em sentido processual e não identificável, por outra parte, com o direito subjetivo, do qual representava uma emanação.¹²¹ O sistema jurídico romano, segundo entendeu esse autor, era um sistema de ações e não um sistema de direitos. Para os romanos a *actio* seria um *prius* e o direito um *posterius*. Já para os modernos dar-se-ia o inverso. Para os romanos a ação teria

¹¹⁸ PUGLIESE, Giovanni. Introduccion. In: WINDSCHEID, Bernhard y MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução: Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. XIII.

¹¹⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 249.

¹²⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 249.

¹²¹ PUGLIESE, Giovanni. Introduccion, p. XIV.

poder criativo; para os modernos o direito é o que cria, e a ação o que é criado.¹²²⁻
123

Muther contestou as conclusões de Windscheid, reaproximando os conceitos romano e moderno de *actio* e de ação. Para o primeiro também em Roma havia prioridade do direito sobre a ação (direito à prestação da tutela jurídica, i.e., direito à emissão da fórmula), tendo por titular passivo o magistrado e não o adversário.¹²⁴

As divergências doutrinárias entre esses dois grandes juristas alemães constituem marco importante na história do Direito Processual, porque contribuíram decisivamente para o movimento de fundação do Direito Processual científico. A polêmica da ação estimulou a teoria do direito subjetivo como poder de exigir uma prestação alheia, preparou o campo para todo o vigoroso progresso da teoria da ação e propiciou especulações metodológicas acerca das relações entre direito substancial e processo.

Vale lembrar ainda que, embora discordassem da precedência da *actio* sobre o direito subjetivo no sistema romano, no que concerne ao direito moderno ambos aceitavam que a ação fosse um direito novo, nascido da violação de um direito subjetivo precedente. Essa constatação alimentou estudos acerca da diferenciação dos planos processual e material, contribuindo decisivamente para a uma diferenciação sistemática, que se implementaria anos mais tarde com a obra de Oskar von Bülow, e que constitui o marco de fundação do Direito Processual Civil.¹²⁵

1.4.2.1.b Teoria da ação como direito autônomo

Nesse processo de criação e sistematização do Direito Processual Civil, sob o enfoque do direito de ação, merecem destaque as lições de grandes

¹²² PUGLIESE, Giovanni. Introducción, p. XXI.

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 43.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 43.

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 44.

processualistas como do jurista alemão Adolf Wach e do doutrinador italiano Giuseppe Chiovenda. Embora não tenham criado uma autonomia plena entre o direito processual de ação e o direito material, vez que no primeiro vislumbravam, cada um a seu modo, o direito ao amparo ou à tutela concreta, constituem nomes que se destacam dentre aqueles que de uma maneira bastante avançada demarcaram os campos próprios do direito material e do direito de acionar a jurisdição (direito processual de ação).

Adolf Wach representa o autor mais importante na evolução moderna do conceito de ação processual, porque abalou, antes de todos, os alicerces da teoria civilista. Realizando-se um contraste entre os conceitos dominantes antes de Wach e o deste jurista, verificaremos que foi a partir das idéias lançadas em suas obras que se conseguiu superar a teoria civilista da ação, embora, como já mencionado, o conceito de Wach não crie uma autonomia plena. Por outro lado, Giuseppe Chiovenda foi o primeiro processualista que afirmou, na Itália, a autonomia da ação, embora, igualmente, em sua teoria o direito de ação não seja concebido como absolutamente autônomo.¹²⁶

Assim, iniciemos pelas lições de Adolf Wach, que foram fortemente influenciadas pelo trabalho de Muther, quando refutou as conclusões de Windscheid. A partir de estudos sob a ação declaratória, em cotejo com a ação condenatória, praticamente a única estudada até então e que se apoiava sobre a noção de prestação obrigacional, esse jurista tedesco pontuou conclusões até então não delineadas com precisão pela doutrina.

Com efeito, Adolf Wach, a partir da análise da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil alemão e da Exposição de Motivos do Código Civil alemão, observou que, entre as pretensões de proteção do direito, encontrava-se a pretensão declaratória como uma de suas modalidades.¹²⁷ Segundo esse jurista, a pretensão de proteção do direito constitui o ato de amparo judicial, que constitui o objetivo do processo. Ela vai dirigida contra o Estado, o qual deve outorgar tal

¹²⁶ Apud ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 429-431.

¹²⁷ WACH, Adolf. *La pretension de declaracion: un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho*. Tradução: Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 37. O trabalho original de Wach foi publicado em 1888, em homenagem a Windscheid.

amparo e se dirige também contra a parte contrária, frente a qual deve ser outorgada dita proteção. É de natureza de direito público e não constitui emanação ou expressão do direito privado subjetivo.¹²⁸

As noções de ação processual desvinculada do direito material foram destacadas por Wach.¹²⁹ Afirmou que “existen derechos de acción, independientemente de los derechos subjetivos privados que deben ser protegidos. Su existencia, hoy en día, ya no puede ser negada por nadie, en vista de la acción de declaración negativa”.¹³⁰ Repudiava a tendência de se empregar os conceitos romanos na identificação dos fenômenos jurídicos da modernidade.¹³¹

Ademais, nota-se grande avanço nas idéias de tutela jurisdicional que constituiria o fim do processo, mas que dependeria para ser outorgada de provocação da parte por meio do exercício do direito de ação. A missão do processo de entregar à parte aquilo que o direito material lhe assegura, i.e., outorgar tutela tal qual delineada pelo direito material, foi sistematicamente afirmada por esse autor. Nesse sentido:¹³²

“(...) todo lo que persigue la ley civil, el ordenamiento legal de la convivencia social de los individuos entre sí, debe ser realizable, porque la ley lo quiere y tal como la ley quiere. Los derechos subjetivos deben ser susceptibles de realización y comprobación en cuanto a su contenido y a la efectividad que les ha sido atribuida”.

O dever de o Estado proteger o direito da parte, i.e., a noção de que ele, ao assumir o monopólio da jurisdição, tornou-se igualmente obrigado perante o jurisdicionado a protegê-lo, pela via do processo, merece destaque na obra desse grande jurista.¹³³

¹²⁸ WACH, Adolf. WACH, Adolf. *La pretension de declaracion*, p. 39.

¹²⁹ WACH, Adolf. *La pretension de declaracion*, p. 40: “La pretensión de protección del derecho, o como suele decirse también, en forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente, no es lo mismo derecho privado subjetivo, ni mucho menos la pretensión [*Anspruch*] de derecho civil”.

¹³⁰ WACH, Adolf. *La pretension de declaracion*, p. 51.

¹³¹ WACH, Adolf. *La pretension de declaracion*, p. 47.

¹³² WACH, Adolf. *La pretension de declaracion*, p. 46.

¹³³ WACH, Adolf. *La pretension de la declaracion*, p. 59: “La pretensión de protección del derecho es de naturaleza publicista y se dirige por un lado contra el Estado, y por el otro, contra la parte contraria. Aquél debe otorgar la protección del derecho, el acto de administración de justicia, mientras que ésta deberá tolerarlo. Con la pretensión de protección del derecho se ha tendido el puente entre el derecho privado y el proceso. En él recibe aquél su reafirmación publicística. Se establece el Estado a sí mismo

Para Giuseppe Chiovenda,¹³⁴ os direitos dividem-se em duas grandes categorias: a) direitos a uma prestação; b) direitos potestativos. Os primeiros pressupõem sempre uma obrigação e sujeição respectiva de uma pessoa em realizar uma prestação. Já os segundos carecem dessa característica. Exercitam-se mediante simples declaração de vontade. Disse Chiovenda que, em muitos casos, a lei concede a alguém o poder de influir com sua manifestação de vontade sobre a condição jurídica de outro, sem o concurso da vontade deste. O direito processual de ação encarta-se na teoria de Chiovenda entre os direitos potestativos, como afirmou em 03.02.1903 em conferência ministrada na Universidade de Bolonha.¹³⁵

Esse notável jurista italiano deixa claro, em diversas passagens de sua obra, que o direito processual de ação é autônomo em relação ao direito material. Elenca, como fatos que contribuíram para essa clarificação conceitual, as obras de Adolf Wach, bem como a renovação dos estudos do direito público, que induziu os pesquisadores a considerar o processo como campo de uma função e de uma atividade estatal, no qual prevalece e domina a pessoa dos órgãos jurisdicionais e a finalidade da atuação, não tanto dos direitos dos indivíduos, quanto da vontade da lei.¹³⁶

Afirma Chiovenda que a ação é o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. É um poder que nos assiste, continua o eminente jurista, em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico de atuação da lei. Ele não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito.¹³⁷ Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem

como garantía y protección del derecho privado. Como hemos visto, se pone al lado de este último el derecho a condena, a la declaración, a ejecución o a medidas precautorias. Quién otro podría ser el obligado a prestar dicho resguardo que el Estado, del cual exclusivamente emana la protección del derecho? E él somente el actor su petición, y, lo que él pide no es un acto de gracia ni un acto discrecional sino su derecho. Es su derecho, que el demandado sea condenado, de que se decreten contra él medidas de compulsión, etc.” Sobre a tutela outorgada por meio do processo, conferir ainda: WACH, Adolf. *Manual del derecho procesal civil*. Tradução: Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, v. I, p. 42 e ss.

¹³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 10-17.

¹³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Tradução: Santiago Sentís Melendo, Temis: Bogotá, 1986, *passim*.

¹³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 21-22.

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*, p. 31, após citar exemplos como o direito de impugnar atos jurídicos diversos, contratos, testamentos, sentenças, atos executivos, enfatiza: “En todos estos casos nos encontramos frente a un poder del titular del derecho, de producir, mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso; y esto frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación respecto

que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade da lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública.¹³⁸

Não obstante a marcada autonomia do direito de ação, Chiovenda não o enxerga como um direito a qualquer pronunciamento do órgão jurisdicional, mas sim um pronunciamento favorável. Embora autônoma, a ação não seria abstrata, residindo nesse aspecto a relativa autonomia da ação na teoria deste jurista.¹³⁹ Esse posicionamento é aceito, entre nós, por Celso Agrícola Barbi.¹⁴⁰

Já vimos até agora que o direito processual de ação foi aos poucos, mediante grande esforço da doutrina européia do século XIX e início do século XX, enfocado como um direito absolutamente diverso do direito substancial ou material. A lesão ao direito da parte era vista como conteúdo desse direito, que com ele não se confundia. Vimos também que a autonomia do direito de ação ganhou acentuado destaque com as obras de Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda. Todavia, esses juristas a visualizavam como o direito à tutela jurisdicional, pressupondo um pronunciamento favorável do Estado-juiz, com que a autonomia teorizada por eles ficou bastante comprometida.

de él, sino que están solamente *sujetas*, de manera que no pueden sustraerse a él, al efecto jurídico producido”.

¹³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 21.

¹³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 23: “Se a doutrina de Wach contém um grande fundo de verdade, ao pôr em evidência a autonomia da ação, devem-se, não obstante, reconhecer como exagero inaceitável dessa idéia de autonomia da ação, aquelas teorias que, de um ou outro modo, reverterem ao conceito do denominado *direito abstrato de agir*, conjecturado como simples *possibilidade jurídica* de agir, independentemente de um êxito favorável. Teorias tais, passíveis de alguns sequazes inclusive na Itália, têm origem, uma mais, outras menos, na doutrina de Degenkolb, o primeiro a definir a ação (1877) como ‘*um direito subjetivo público, correspondente a qualquer que, de boa-fé, creia ter razão a ser ouvido em juízo e constringer o adversário a apresentar-se*’. Entretanto, o próprio fundador de tal teoria abandonou-a, reconhecendo que um direito de agir, correspondente, *não a quem tem razão*, mas a *qualquer* que a creia ter, não é um direito subjetivo, senão mera faculdade jurídica. Não há dúvida de que qualquer pessoa tenha a possibilidade material e também jurídica de agir em juízo; mas essa mera possibilidade (que assiste também a quem não se encontra naquela condição, tão difícil de positivar, que é a boa-fé, isto é, a convicção de ter razão) não é o que sentimos como ação, quando dizemos: ‘Tício tem ação’, pois, com isso, entendemos indicar o direito de Tício de obter um resultado *favorável* no processo”.

¹⁴⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 65: “(...) admitir-se a existência de ação sem que ao autor assista razão é o mesmo que reconhecer a possibilidade de um direito de não ter razão. Como bem argumenta Satta, quem age em juízo sem ter direito está evidentemente agindo contra o direito, pois a função jurisdicional existe para proteger o direito e não falsas pretensões”.

1.4.2.1.c Teoria da ação como direito abstrato

Reflexões acerca do direito de ação, demonstraram que o direito processual de ação não poderia ser focado sob uma ótica concreta do seu exercício, i.e., não poderia ser entendido como o direito a um pronunciamento favorável do juiz, porque aí se incorreria no equívoco de prendê-lo ao reconhecimento de que no plano do direito material o autor possuía a titularidade da relação jurídica que afirmara possuir. Ademais, essa concepção não explicava, satisfatoriamente, a inexistência do exercício desse direito em caso de improcedência do pedido, sem falar nas ações declaratórias negativas para as quais a inexistência do próprio direito constitui seu fundamento.

Assim, a ação seria o direito a um pronunciamento jurisdicional de mérito, independentemente do seu conteúdo (se favorável ou desfavorável). Trata-se da concepção abstrata do direito de ação da qual comunga Francesco Carnelutti,¹⁴¹ que o definiu como “derecho al proveimiento y, en particular, a la sentencia, no a la sentencia justa ou a la sentencia favorable”. Esse direito é exercido, segundo entende, contra o juiz e não contra o Estado.¹⁴²

Formularam a doutrina da ação, como direito autônomo e abstrato, Degenkolb, na Alemanha, em 1877 (*Einlassungszwang und Urteilsnorm*), e Plósz, na Hungria, em 1876 (*Beiträge zur Theorie des Klagerechts*). Adotaram-na Marco Tullio Zanzucchi,¹⁴³ Crisanto Mandrioli,¹⁴⁴ Ugo Rocco,¹⁴⁵ Eduardo Juan Couture¹⁴⁶ entre outros.

¹⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução: Nicelo Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Uteha: Buens Aires, 1944, v. II, p. 644.

¹⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. II, p. 644.

¹⁴³ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, 49.

¹⁴⁴ MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. 17 ed. G. Giappichelli: Turim, 2005, v. I, p. 49.

¹⁴⁵ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução: Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Temis-Depalma: Bogota-Buenos Aires, 1969, v. 1, p. 272 e ss.

¹⁴⁶ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. B de F Ltda: Montevideo, 2005, p. 46. Esse respeitável autor é conhecido pelo fato de destacar o direito processual de ação como espécie do gênero direito de petição (Idem, p. 61 e ss).

1.4.2.1.d Teoria da ação como direito público subjetivo, autônomo e abstrato a um pronunciamento jurisdicional de mérito. Posicionamento prevalente de Enrico Tullio Liebman e sua influência na doutrina nacional

Entre nós, prevalecem as lições de Enrico Tullio Liebman,¹⁴⁷ cuja permanência em nosso país por muitos anos marcou sensivelmente a concepção atual e moderna do direito de ação.

Segundo Liebman,¹⁴⁸ a ação como o direito ao processo e ao julgamento do mérito não garante um resultado favorável no processo; esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta, levando em consideração o direito e a situação de fato e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu.

Esse direito tem por garantia o genérico poder de agir, mas que em si mesmo nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular.

Importa nos meios necessários para a defesa das razões do autor, assim como o direito de defesa importa nos meios para defender as razões do réu. É um direito subjetivo diferente daqueles do direito substancial, porque dirigido ao Estado.

É um direito de iniciativa e de impulso, direito do particular de pôr em movimento o exercício de uma função pública, através da qual espera obter a tutela de suas pretensões.

Trata-se ainda de um direito fundamental do particular, a qualificar sua posição no ordenamento jurídico e perante o Estado, conferido e regulado pela lei processual mas reforçado por uma garantia constitucional em que encontramos esculpidos os seus traços essenciais.

¹⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 133 e ss; *Processo de execução*. p. 78 e ss.

¹⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 139-140.

Esses lineamentos do direito de ação são adotados por respeitáveis juristas nacionais como Arruda Alvim,¹⁴⁹ Cândido Rangel Dinamarco,¹⁵⁰ Alfredo Buzaid¹⁵¹ – todos seus alunos – entre tantos outros. O último autor citado, na qualidade de Ministro da Justiça foi o redator do Projeto que, convertido em Lei (n. 5.869, de 11.01.1973), representa nosso atual Código de Processo Civil.

Após examinadas essas teorias, pode-se concluir que a ação é um direito público subjetivo de solicitar o pronunciamento jurisdicional de mérito, independentemente do conteúdo que venha a assumir, ou seja, se favorável ou desfavorável à parte autora.

Trata-se, portanto, de direito autônomo (porque desvinculado do direito material), abstrato (independente do conteúdo do pronunciamento jurisdicional).¹⁵² Como encontra-se autorizado pelo sistema jurídico, é direito subjetivo, mas é igualmente público porque sua origem remota está na garantia constitucionalmente assegurada na Constituição de acesso ao Poder Judiciário. Tem por titular passivo o Estado, porque este é devedor da prestação jurisdicional, mas os pronunciamentos proferidos, uma vez acolhidos, dirigem-se contra o sujeito passivo da relação jurídica processual. As ações são dirigidas ao Estado, a alguém (*nei confronti*, na locução italiana).¹⁵³ Está radicado no direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e, portanto, informado por todos os direitos constitucionais processuais resumidos sob a cláusula do devido processo legal e balizado por condições impostas pela lei processual.

¹⁴⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 433-439.

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 344 e ss.

¹⁵¹ BUZAIID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 125 e ss.

¹⁵² ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 49, resume as características do direito de ação da seguinte forma: “La potestà di agire ha pertanto per suoi *caratteri*: di essere una *potestà pubblica*, spettante ai cittadini come talli ecc., e allo Stato stesso in persona del P. M.: - una potestà avente natura *secondaria* o sostitutiva di fronte agli interessi primari, giuridicamente protetti ed insoddisfatti, per la cui realizzazione può esser fatta valere, e quindi una potestà avente, di fronte a questi, valore di semplice mezzo surrogatorio – una potestà avente natura *astratta*, come quella che ha per suo contenuto unicamente l’interesse (c.d. interesse ad agire: art. 100 C.P.C), all’intervento degli organi dello Stato per la realizzazione di pretese insoddisfatte; interesse che ha sempre un identico carattere formale, qualunque siano la natura e la specie de queste pretese – una potestà de queste pretese del tutto *autonoma*, come quella che prescinde dalla loro esistenza e dalla loro fondatezza – una potestà spettante *di fronte allo Stato*; ma solo nel senso, che, in base ad essa, gli interessati, come abbiamo accenato, possono porre in essere i ‘presupposti’ necessari affinché nasca in loro il diritto subiettivo al rendimento, e, nel singolo organo giurisdizionale invocato, l’obbligo di rendere la sua attività, di addivenire cioè a quella prestazione obbligatoria di diritto pubblico, che è l’esercizio della attività giurisdizionale”.

¹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 154.

1.4.2.2 Condições da ação

Conquanto autônomo e abstrato, o direito de ação (e daqui por diante o usaremos como sinônimo de direito processual de ação) precisa necessariamente atender a três condições discriminadas pelo legislador processual civil para que se repute existente, tese que foi desenvolvida exemplarmente por Enrico Tullio Liebman. Essas condições são denominadas legalmente de condições da ação. São elas: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir (art. 267, VI, art. 295, II, III e parágrafo único, III, do CPC).

As condições da ação são requisitos constitutivos da ação, consoante ensina Enrico Tullio Liebman.¹⁵⁴ Sua ausência leva à inexistência do direito de ação, à inexistência da própria relação jurídica processual e de qualquer pronunciamento jurisdicional que tenha sido proferido no processo.

Arruda Alvim¹⁵⁵ leciona que as

“condições da ação, por alguns denominadas requisitos da ação, são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do Direito vigente), mediante a presença das quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final. Estas condições são uma resultante da experiência jurídica, estratificada pelo trabalho da doutrina.”

Condições da ação são requisitos preestabelecidos pelo ordenamento jurídico como fatores constitutivos do direito de pedir ao Estado-juiz um pronunciamento jurisdicional de mérito. Apesar de abstrato, o direito de ação só pode ser outorgado àquele que atender a essas exigências.¹⁵⁶

¹⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 142: “Esse sono come già accenato, i requisiti di esistenza dell’azione, e vanno perciò accertate in giudizio (anche se di solito, per implicito) preliminarmente all’esame del merito. Solo se ricorrono queste condizioni, può considerarsi esistente l’azione e sorge per il giudice la necessità di provvedere sulla domanda per accoglierla o respingerla. Esse possono perciò anche definirsi come le condizioni di ammissibilità del provvedimento sulla domanda, ossia come condizioni essenziali per l’esercizio della funzione giurisdizionale nei riguardi di una concreta fattispecie dedotta in giudizio”.

¹⁵⁵ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, p. 379.

¹⁵⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 34-35: “Aqui cabe ressaltar que a abstratividade imputada à ação serve apenas para distinguir o conceito a ela atribuído daquela posição doutrinária que reconhece na ação um direito a uma decisão favorável ao pedido do autor. Isto porque, na colocação, ora citada como premissa, o exercício regular do direito de ação está visceravelmente vinculado à implementação de requisitos fático-jurídicos que lhe dão individualidade

A ausência de qualquer uma das condições da ação leva à declaração de carência de ação, que importa extinção do processo sem julgamento do mérito (arts. 267, VI, 295, II, III e parágrafo único, III e 301, X, do CPC). São, a exemplo dos pressupostos processuais, questões prévias preliminares e que não geram preclusão *pro iudicato*; por conseguinte podem ser conhecidas a qualquer tempo e em grau de jurisdição (art. 267, § 3º, e art. 301, § 4º, do CPC).¹⁵⁷

O fato de ser declarada a carência de ação não quer por óbvio significar que o direito de ação não foi exercido; o foi, mas apenas em sua dimensão constitucional, enquanto direito incondicional de acionar a jurisdição provocando um pronunciamento judicial ainda que para declarar a parte autora carecedora de ação (processual).

Com o direito público subjetivo de invocar a tutela jurisdicional (direito de ação), entrosa-se o conceito de demanda como ato concreto de provocação do exercício da jurisdição realizado por meio de peça escrita levada à apreciação do órgão jurisdicional.

A demanda, doutrinariamente concebida, representa o exercício incondicionado do direito de acionar a jurisdição.¹⁵⁸

própria, ainda que inexistentes fora do processo. Evidentemente, tais supedâneos fático-jurídicos do pedido do autor podem não ter existência real, mas, uma vez retratados na inicial, adquirem vida própria no processo, e é com base neles que são aferidos os requisitos indispensáveis ao regular exercício da ação, ensejando destarte, o pronunciamento judicial sobre aquele pedido, desde que preenchidas outras condições de admissibilidade. Conseqüentemente, a ação, como um direito abstrato a uma decisão sobre o mérito, embora inteiramente desvinculada de uma solução favorável ao autor, está sujeita a condições que esgarçam sua abstratividade, por vinculá-la a certa realidade fático-jurídica - realidade essa pelo menos de ordem processual, como resultante de afirmação constante da inicial - à qual se deve reportar para ensejar um pronunciamento definitivo sobre aquele mérito.”

¹⁵⁷ Não obstante a letra dos dispositivos acima mencionados, essa regra, segundo majoritário entendimento doutrinário e jurisprudencial, não é absoluta nas instâncias extraordinárias (*lato sensu* – especial e extraordinária). É que, sendo os recursos extraordinário e especial recursos de estrito direito, vinculados a pressupostos de cabimento específicos previstos constitucionalmente (art. 102, III, e art. 105, III, da CF), eles não dão ensejo ao conhecimento, *ex officio*, pelo STF e STJ, de matérias de ordem pública (art. 267, § 3º e art. 310, §, 4º, do CPC), o que só ocorre na chamada instância ordinária (de primeiro e segundo grau de jurisdição). Imprescindível é o questionamento da matéria na instância ordinária para que o STF e STJ possam se manifestar a respeito.

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 168. ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação, direito de demandar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942, p. 120, define o poder de demandar como aquele cabível a qualquer pessoa de pedir ao Estado que declare a existência de uma situação abstratamente assegurada pela ordem jurídica a fim de que ela receba, se ocorrente, garantia concreta.

Para Alfredo Rocco,¹⁵⁹ a “demanda contiene una declaración de voluntad de la parte; esto es, de su intención de que el juez dicte sobre los puntos que se le sumeten”.

Na lição de Chiovenda,¹⁶⁰ a demanda judicial

“é o ato pelo qual a parte, afirmando existente uma vontade concreta de lei, que lhe garante um bem, declara querer que essa vontade se atue e invoca para esse fim a autoridade do órgão jurisdicional. Toda demanda judicial consta, pois, por definição, de duas partes: a) da afirmação de uma vontade de lei com a declaração da vontade de que aquela se atue; b) da invocação do órgão do Estado”.

Assim, essencial “à demanda tanto é a *declaração* de querer atuada determinada vontade concreta de lei, quanto a *invocação* do órgão do Estado que deve atuá-la”.¹⁶¹⁻¹⁶²

São elementos da ação: a existência de partes, a solicitação de uma determina espécie de tutela por parte do Estado, a fim de seja amparado determinado bem jurídico (pedido), que deve estar qualificado, antecedentemente, pela descrição de fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir). Esses elementos identificam e diferenciam as demandas entre si, impedindo a repetição de demandas em curso ou já definitivamente julgadas (art. 301, §§ 1º, 2º, e 3º, do CPC).

Inconfundíveis os planos em que se situam as condições da ação e o mérito. Aquelas são questões prévias preliminares em relação a este, que representa a própria lide a ser enfrentada pelo juiz. As condições da ação uma vez atendidas permitem que o juiz decida o mérito, julgando-o procedente ou improcedente.

¹⁵⁹ ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Tradução: Mariano Ovejero. Buenos Aires: El Foro, 2003, p. 168.

¹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, n. 243, p. 297.

¹⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, n. 244, p. 298.

¹⁶² Essa noção de demanda também se desenvolveu notavelmente no direito alemão, valendo, aqui, a menção à lição de ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução: Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955, t. II, § 83, p. 3-4. “Demanda es la *solicitud de otorgamiento de tutela jurídica mediante sentencia*; (...). Según esto, la demanda es la *forma de iniciación* de todos los procesos dirigidos al pronunciamiento de una sentencia. (...). La demanda decide sobre el contenido y extensión del procedimiento por ella iniciado, así como de la sentencia que lo cierra; da nacimiento al proceso y a relación procesal, y provoca la litispendencia de la pretensión reclamada (§ 263, I); contiene el programa de litigio (§ 253, II), y, por tanto, determina la clase y la *medida* de la tutela jurídica que se haya de otorgar (§ 308).” Segundo SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Tradução: Pietro Castro e Víctor Fairén Guillén. Barcelona: Bosch, 1950, § 43, p. 150: “La demanda es el escrito en que se pide el otorgamiento de tutela jurídica por medio de una sentencia. El actor con su demanda se dirige al Tribunal y contra el demandado”.

Na lição de Kazuo Watanabe:¹⁶³ “As ‘condições da ação’ são aferidas no plano lógico e da mera asserção do direito, e a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não procede, ainda, ao acertamento do direito afirmado.”

Essa tarefa desenvolvida pelo juiz deve resultar segundo Crisanto Mandrioli¹⁶⁴ em “*ipotetica accoglibilità*” para que o juiz inicie o desenvolvimento de qualquer atividade voltada ao pronunciamento sobre o mérito da demanda, por meio da verificação da verdade dos fatos afirmados.

Assim, o juiz verificará, de acordo com as alegações feitas na petição inicial, se a pretensão encontra-se prevista, abstratamente, no sistema jurídico, se o pronunciamento formulado resulta em providência necessária e útil ao autor e se as partes autora e ré são aptas a solicitar e a suportar os efeitos do pronunciamento estatal.

Destaque-se que, não obstante serem inconfundíveis as condições da ação e o mérito, a diferença entre eles, algumas vezes, torna-se bastante problemática como ocorre, por exemplo, nas ações renovatórias de locação, em que o juiz, liminarmente, decide pela carência, por não se tratar de locação comercial, ou quando o juiz declara a carência de ação na ação de usucapião proposta antes do decurso do prazo de prescrição aquisitiva.¹⁶⁵ No mesmo sentido estão a existência de posse nas ações possessórias e a existência de vínculo empregatício nas reclamatórias trabalhistas.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier:¹⁶⁶

“Casos há em que só o *momento* somado ao *grau de imediatidade da aferição do conteúdo da decisão* é que nos pode orientar no sentido de saber se a decisão é de mérito, ou não.” No caso da ação de usucapião proposta antes do decurso do prazo, entende a ilustre jurista que: “Neste caso, tido o autor como carecedor da ação (por falta da necessidade ou da utilidade – atuais e jurídicas), terá sido o mérito examinado, ainda que

¹⁶³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 94.

¹⁶⁴ MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 49.

¹⁶⁵ Os exemplos pertencem a WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59 e 63.

¹⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 63.

prima facie, e a decisão, em *ultima ratio*, sobre ele versa, ainda que proferida liminarmente”.

1.4.2.2.a Possibilidade jurídica do pedido

Para que a ação se repute juridicamente existente, é indispensável que a parte autora postule providência que esteja, em tese, abstratamente prevista no sistema jurídico.¹⁶⁷ Deve existir, *a priori*, amparo à pretensão deduzida em juízo. Trata-se da possibilidade jurídica do pedido, a primeira das condições da ação por nós examinada.

Não pode existir veto por parte do sistema quanto ao pedido formulado. Na realidade, como a demanda possui três elementos (partes, pedido e causa de pedir), não pode existir veto em relação a nenhum desses elementos. Na cobrança de dívida de jogo, por exemplo, o sistema veda a causa de pedir (art. 814, do CC). Já na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, a vedação encontra-se na especial qualidade da parte demandada, situação que impede a penhora de seus bens, vez que pertencentes à coletividade (art. 730, do CPC). Essa é a razão pela qual a expressão *impossibilidade jurídica da demanda* melhor atende à semântica processual.¹⁶⁸

Tratando-se de demanda que envolva pretensão, cujo fundamento tenha por base o direito privado, ainda que inexista previsão expressa, diante da vedação ao *non liquet* (arts. 4º, 126 e 335 do CPC) e não existindo veto pelo sistema, ela mostrar-se-á admissível.¹⁶⁹ “Conseqüentemente, a admissibilidade do pedido não pode ser confundida com a inexistência de norma jurídica prevendo seu acolhimento em tese, mas sim com a inexistência da vedação expressa do sistema ao pedido formulado.”¹⁷⁰

¹⁶⁷ ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 317-318.

¹⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 382 e ss.

¹⁶⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. II, p. 396: “Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltarão a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare em abstrato o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica.”

¹⁷⁰ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 50.

A máxima de que aquilo que não está expressamente proibido está permitido aqui tem plena incidência. Entretanto, tratando-se de demanda, cuja lide diga respeito ao Direito Público, apoiado em princípio inverso (apenas o que se encontra expressamente previsto em lei está permitido), ela mostrar-se-á admissível, apenas caso exista previsão expressa a respeito da pretensão.¹⁷¹

1.4.2.2.b Interesse processual

Dispõe o art. 3º do CPC, que: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.” O interesse a que alude o dispositivo legal é o interesse processual de agir, igualmente uma das condições da ação. Esse interesse se distingue do interesse substancial, cuja proteção é objeto da ação. É, portanto, um interesse secundário e instrumental a respeito do interesse substancial primário. Tem por objeto o provimento jurisdicional que se pleiteia do Estado-juiz como meio para obter a satisfação do interesse primário, que permaneceu lesado pelo comportamento da contra-parte ou mais genericamente da situação de fato objetivamente existente.¹⁷²

O interesse de agir consubstancia-se na conjugação do binômio necessidade e utilidade. Necessária é a pretensão que não possa ser atendida de outra forma, a não ser pela intervenção do Poder Judiciário. Útil é pretensão que reverta para o autor alguma vantagem prática e que não seja ilícita.¹⁷³

¹⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 56. “(...) visto que o processo civil cuida de regular a atividade do Judiciário, enquanto voltada às decisões sobre lides às quais se aplicam normas de direito civil, comercial, administrativo, previdenciário, tributário etc., será um pouco arriscado afirmar-se que está implicitamente admitido o que não está expressamente vedado, pois esse princípio só nos pode nortear diante de um conjunto de normas de direito privado. Isto porque, em direito público, deve atentar-se para princípio inverso: só é permitido o que o for de forma expressa, sendo vedado aquilo em que a lei não toca.”

¹⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 143.

¹⁷³ ALVIM, Arruda. *Código de Processo Civil comentado*, v. I, p. 272, menciona alguns aspectos básicos que têm sido considerados pela doutrina alemã para aferição do interesse processual: “(...) para se ter como existente o interesse processual (o *rechtliches Interesse*) no Direito alemão, dever-se-á indicar na ação um fim claramente identificável a ser conseguido por via do processo (cf. Eberhard Wieser, ob. ult. cit., § 2º, letra a, pág. 15). Ainda, ao lado do fim determinado, há que se evidenciar existir viabilidade (ob. ult. cit., pág. 15). Por outro lado, considerando-se os aspectos negativos, poder-se-á, melhor ainda, compreender o conceito. Assim, somente há interesse jurídico processual se se constatar a indispensabilidade da via judicial (ob. ult. cit., pág. 16); ainda, incurrerá interesse processual se o autor escolher meio processual

Outra face do interesse de agir é a adequação. Isto é, o provimento jurisdicional pedido deve ser apto a debelar a situação antijurídica retratada pelo autor.

Já disse Enrico Tullio Liebman¹⁷⁴ que o interesse de agir surge da necessidade de obter por meio do processo a proteção ao interesse substancial; pressupõe, portanto, afirmação da lesão a esse interesse e a idoneidade do provimento pleiteado, que deve ser apto a protegê-lo e satisfazê-lo.

Entende Teresa Arruda Alvim Wambier que, no binômio necessidade e utilidade, está embutida a idéia de adequação, pois, se a via escolhida é inadequada, por conseguinte, é inútil. Só a via adequada há de ser útil para que, teoricamente, possam ser atingidos os objetivos colimados.¹⁷⁵

Segundo Donaldo Armelin,¹⁷⁶ o interesse de agir pode ser “diagnosticado pela constatação de existência de vantagem jurídica, lícita, pois (patrimonial ou não patrimonial, como ocorre, nesta última hipótese, com o reconhecimento dos chamados direitos da personalidade, em si inestimáveis), emergente, potencialmente, da atuação da jurisdição provocada pela atuação do titular desse interesse”.

Por outro lado, ainda segundo esse autor,¹⁷⁷ a utilidade deve ser

mais caro ou dispendioso, ao invés de optar pelo veículo processual mais barato, hipótese em que se lhe há de negar o primeiro meio (ob. ult. cit., pág. 18); ainda, se o valor econômico for insignificante, não há que se dar como existente o interesse processual (ob. ult. cit., pág. 209); finalmente, o retrato de uma hipótese abstrata, exclusivamente, despida de conseqüências práticas, não permitirá se tenha como existente o interesse processual (ob. ult. cit., pág. 47).”

¹⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processual civile*, p. 143: “Sarebbe infatti inutile prendere in esame la domanda per concedere (o negare) il provvedimento chiesto nel caso che nella situazione di fatto che viene prospettata non si rinvenga affermata una lesione del diritto od interesse che si vanta verso la controparte o se gli effetti giuridici che si attendono dal provvedimento siano comunque già acquisiti o se il provvedimento sia per se stesso inadeguato o inidoneo a rimuovere la lesione od infine se il provvedimento domandato non può essere pronunciato perchè non ammesso dalla legge (es. la prigione per debiti).” Aqui, cabe uma observação: o último exemplo citado pelo eminente jurista refere-se a outra condição da ação (a possibilidade jurídica do pedido ou da demanda). Liebman abandonou esta última condição da ação na terceira edição do seu *Manuale*, em razão da Lei 898, de 01.12.70, que passou a admitir a desconstituição do vínculo matrimonial. Anteriormente, o melhor exemplo de impossibilidade jurídica da demanda residia justamente na postulação de divórcio sem correspondente permissão no sistema jurídico italiano.

¹⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 60.

¹⁷⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 50.

¹⁷⁷ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 59-60.

“aferida objetivamente, não só sob a ótica do autor da ação e titular do interesse de agir, como, também, sob a angulação da atividade jurisdicional, jungida ao princípio da economia processual, cuja atuação pressupõe a maximização dos resultados processuais com a minimização dos esforços e de dispêndio de tempo e dinheiro. (...) a opção por um provimento ou procedimento inadequado retira em grande parte a utilidade da ação, obrigando a máquina judiciária a esforço inócuo e, sob o prisma da administração da Justiça, detrimental para a coletividade. Se o direito processual estatui padrões para a situação da jurisdição na conformidade com o objeto litigioso veiculado no processo, o fez estabelecendo a craveira para a utilidade dessa atuação. Violar tais padrões atinentes aos provimentos e procedimentos será minimizar a utilidade operacional da máquina judiciária, que, se impossível a compatibilização do atrimente pedido com os cânones procedimentais, deverá rechaçá-lo, por inadmissível”.

Do exercício do direito de ação deve se obter proveito juridicamente útil àquele que postula o provimento jurisdicional e que não possa ser obtido senão por meio da intervenção dos órgãos jurisdicionais. A máquina judiciária não pode ser movimentada com dispêndio de esforços estatais, custeados por dinheiro público, sem que dessa atividade, em tese, se possa extrair resultado juridicamente útil, sob o enfoque daquele que aciona a jurisdição e também da própria atividade jurisdicional.

1.4.2.2.c Legitimidade das partes

Por fim, para que a ação repute-se juridicamente existente e o exercício do direito de ação admissível, devem as partes ser legítimas. Trata-se da titularidade ativa e passiva da ação, ou seja, a quem pertence o interesse de agir e em relação a quem ele existe.¹⁷⁸

Partes são os sujeitos do contraditório instaurado perante o Estado-juiz, ou aqueles que se situam num dos pólos da relação jurídica processual.¹⁷⁹

¹⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 145.

¹⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 20: “Partes são ‘os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz’, ou seja, os sujeitos interessados da relação processual. São os sujeitos integrados na relação processual e em cujas esferas jurídicas atuará o provimento a ser emitido pelo juiz. Como o conceito de parte envolve a idéia de destinatário de atos judiciais, ou sujeitos dos efeitos deste, é relevante associar a noção de parte à presença da pessoa como

Diante da autonomia do direito de ação, a noção de parte é processual, não se confundindo, assim, com o de parte integrante da relação jurídica material controvertida, de tal sorte que os sujeitos desta podem não ser os mesmos da relação jurídica processual.

Para que a ação seja considerada existente, deve se agregar à noção de parte uma especial qualidade, qual seja a de que, além de situar-se num dos pólos da demanda, possa, segundo as alegações contidas na petição inicial e as regras do sistema, solicitar o pronunciamento jurisdicional (parte autora) e suportar os efeitos desse pronunciamento em sua esfera jurídica (parte ré). Evolui-se, então, aqui, para o conceito de *parte legítima*.

Donaldo Armelin¹⁸⁰ conceitua a legitimidade para agir como sendo “uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo.”

A titularidade da ação apresenta-se como um problema de duas faces: a legitimidade ativa e passiva; resolve-se na pertinência do interesse de agir ao autor e na pertinência ao réu do interesse de defender-se, porque a tutela invocada pelo primeiro se destina a incidir sobre a situação jurídica do segundo.¹⁸¹

Diante da autonomia do direito de ação, é perfeitamente possível que exista descoincidência entre aquele que solicita a tutela jurisdicional e aqueles que se encontram na titularidade ativa e passiva da relação jurídica material e, portanto, serão atingidos pela coisa julgada material ou pelos atos executivos decorrentes do provimento jurisdicional.

Sujeitos que, nessa hipótese, situam-se num dos pólos da relação jurídica processual defendem direitos que não lhes pertencem. Atuam no processo e exercitam direitos processuais alheios. São chamados de *legitimados*

integrante de uma das posições inerentes à relação jurídica processual. Tal constitui uma projeção da garantia constitucional do contraditório, à luz da qual se constrói então o conceito de parte apto a possibilitar distinções entre pessoas que podem e pessoas que não podem ser atingidas pelos efeitos do processo. ‘A qualidade de parte coincide com a qualidade de sujeito da relação processual’ – entenda-se, como a de sujeito interessado sobre cuja esfera jurídica incide o provimento jurisdicional.”

¹⁸⁰ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 85.

¹⁸¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 146.

extraordinários. O que caracteriza a legitimidade extraordinária é a possibilidade de atos do assim legitimado influírem na esfera patrimonial alheia.¹⁸²⁻¹⁸³

Segundo Thereza Alvim:¹⁸⁴ “(...) o direito de ação é direito público subjetivo do legitimante, por força da própria Lei Maior, enquanto o legitimado extraordinário é aquele que exerce esse direito de ação de outrem, sendo, que algumas vezes, só atua no processo”. Segundo, ainda, a mesma autora:¹⁸⁵ “(...) pode ser afirmado, a legitimação extraordinária, admitida por lei, ocasiona uma descoincidência entre aquele que aciona a jurisdição e/ou atua no processo e o titular da lide”.

Destaca Donaldo Armelin¹⁸⁶ que os

“efeitos de direito material decorrentes do processo, não repercutem diretamente no patrimônio do substituto, pois a execução do julgado alcançará favorável ou desfavoravelmente a esfera patrimonial do substituído. Todavia, não escapará o substituto às conseqüências da atuação do princípio da sucumbência, em toda sua extensão, ficando, assim, responsável por custas, despesas processuais e honorários advocatícios. Da mesma forma, sujeitar-se-á à eficácia da coisa julgada emergente do processo de que participou, ficando adstrito aos seus efeitos, tal como o substituído”.

A legitimidade ativa e passiva *ad causam* ordinária é problema que diz respeito apenas aos titulares ativos e passivos da lide; não aos legitimados

¹⁸² ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 128.

¹⁸³ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 34: “Ora, a ação só poderá ser proposta por quem seja o titular do interesse subordinante ou prevalente (*titularidade ativa*); por outro lado, só poderá ser movida contra ou em face daquele que é titular do interesse subordinado (*titularidade passiva*). Em síntese, o direito de agir apenas poderá ser exercido pelo titular do interesse subordinante e contra o titular do interesse subordinado. Isso é o que ocorre normalmente, motivo pelo qual um terceiro, estranho aos interesses em litúgio, não pode, validamente, tentar conseguir uma decisão sobre a pretensão respectiva. Ocorre, pois, dentro daquilo que ficou acima exposto, um tipo de legitimação comum, normal, que por isso mesmo, é denominada de *ordinária*. Ao lado dessa espécie, entretanto, existe uma outra, denominada de *extraordinária* e na qual se verifica que ou não é o titular do interesse subordinante quem exerce a ação contra o titular do interesse subordinado ou, então, que a ação é proposta contra quem não é titular do interesse subordinado. Em outras palavras, legitimada para agir é uma pessoa que se não apresenta como titular do interesse subordinante ou subordinado; e essa legitimação é conferida pela própria lei”.

¹⁸⁴ ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 94.

¹⁸⁵ ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*, p. 95.

¹⁸⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 133-134.

extraordinários.¹⁸⁷ Essa descoincidência é motivada pela facilitação do acesso à justiça e só ocorre em situações expressamente admitidas em lei (art. 6º, do CPC).

1.4.3 Processo

A jurisdição só pode ser realizada por intermédio de um instrumento tecnicamente adequado e apto a proteger o direito alegado pelo autor. Este instrumento denomina-se processo. Pelo exercício do direito de ação, o autor estimula a atuação da jurisdição através do processo.

1.4.3.1 Teorias do processo

1.4.3.1.a Processo como contrato

O processo conquistou recentemente (1868) o *status* de objeto de estudo autônomo do Direito Processual científico, ganhando autonomia como ramo do Direito e desvinculando-se, de uma vez por todas, do Direito Privado.

Enlaçado pelas concepções romanísticas, o processo até então sempre foi focado pelo seu aspecto exterior (procedimento). Como a ação nada mais representava do que o lado ativo do direito lesado da parte, ação e processo não eram diferenciados da relação jurídica material.

Nesses termos, o processo foi concebido como contrato, em que as partes acordavam em se submeter à decisão da autoridade estatal. Invocava-se, aqui, a figura jurídica da *litiscontestatio*, própria do Direito Romano, para representar esse acordo de vontades. Era partidário dessa concepção Pothier. Rosseau observa

¹⁸⁷ Como será visto, oportunamente, a legitimidade extraordinária diz respeito à *legitimatío ad processum*, um dos pressupostos processuais de validade da relação jurídica processual. Nesse sentido, conferir a diferenciação entre legitimidade *ad causam* e legitimidade processual realizada por WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 85.

esse mesmo fenômeno de sujeição da vontade individual a uma vontade superior, em escala macroscópica da sociedade.¹⁸⁸

1.4.3.1.b Processo como quase-contrato

O processo também foi visualizado como quase-contrato, vez que não seria contrato, delito ou quase delito. A submissão das partes, por meio de manifestação de vontade (*litiscontestatio*), ainda assumia papel de destaque nessa teoria, que ganhou simpatia entre autores franceses. Adverte Couture que os seguidores desta teoria esqueceram-se de incluir a lei como uma das cinco das fontes do Código Civil francês, o que afastaria todas as equivocadas conclusões dos seus seguidores.¹⁸⁹

1.4.3.1.c Processo como relação jurídica: o nascimento do Direito Processual Civil com a obra de Oskar von Bülow

Em 1868, Oskar von Bülow publica sua obra *Estudo sobre as exceções dilatórias e os pressupostos processuais (Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen)*, que constitui verdadeiro marco de nascimento do Direito Processual Civil. Esse jurista criticou severamente a perspectiva que focalizava o processo apenas pelo seu aspecto exterior (procedimento), sem averiguar sua essência, que o distinguia da relação jurídica de direito material por ele abrangida e conduzida aos órgãos jurisdicionais.¹⁹⁰

Segundo Bülow, o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, é uma relação jurídica, cujos lineamentos não podem ser buscados nas relações jurídicas privadas, vez que, através do processo, os direitos e as obrigações processuais ocorrem entre os funcionários do Estado e as partes, as

¹⁸⁸ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 103.

¹⁸⁹ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 105-106.

¹⁹⁰ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 3.

quais se encontram numa situação de vinculação e cooperação com a atividade judicial.¹⁹¹

Trata-se de relação jurídica contínua, que avança gradualmente e se desenvolve passo a passo e, enquanto as relações privadas que constituem a matéria de debate se apresentam como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra “en embrión”;¹⁹² a “relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación”.¹⁹³

Logo, segundo observou, trata-se de uma relação jurídica pública, a qual se distingue da relação jurídica de direito material pelas *personas* entre as quais se desenvolve, e entre elas figura o órgão jurisdicional, sujeito imparcial e desinteressado no desfecho da lide, pelo seu *objeto*, que não se confunde com o bem da vida, objeto da relação jurídica material, mas é representado pela atuação jurisdicional, e pelos seus *pressupostos*, que, pela primeira vez, nominou de *pressupostos processuais*, que constituem os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para a tramitação de toda relação processual e que uma vez não atendidos impossibilitam o pronunciamento jurisdicional de mérito.¹⁹⁴

Após alistar os requisitos para existência do processo,¹⁹⁵ enfatiza que um “defecto en cualquiera de las relaciones indicadas impediría el surgir del proceso. En suma, en esos principios están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal; idea tan poco tenida en cuenta hasta hoy, que ni una vez ha sido designada con un nombre definido. Proponemos, como tal, la expresión “*presupuestos procesales*”.¹⁹⁶ Por outro lado, o tribunal

“no sólo debe decidir sobre la existencia de la pretensión jurídica en pleito, sino que, para poder hacerlo, también debe cerciorarse si

¹⁹¹ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 1-2.

¹⁹² BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 2.

¹⁹³ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 3.

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. 1, p. 88.

¹⁹⁵ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 5-6. Segundo esse autor (Idem, p. 5) seriam requisitos de admissibilidade e as condições prévias para tramitação de toda relação jurídica processual: “1) la competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal; la capacidad procesal de las *partes* (*persona legitima standi in iudicio* [persona legítima para estar en juicio]) y la legitimación de su *representante*, 2) las cualidades propias e imprescindibles de una *materia litigiosa civil*, 3) la redacción y comunicación (o notificación) de la *demanda* y la obligación del actor por las cauciones *procesales*, 4) el *orden* entre varios procesos”.

¹⁹⁶ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 5-6.

concurrentes las condiciones de existencia del proceso mismo (...). Este dualismo ha sido siempre decisivo en la *clasificación* del procedimiento judicial. El ha llevado a una división del proceso en dos capítulos, de los cuales uno se dedica a la investigación de la relación litigiosa material y el otro, al examen de los presupuestos procesales”.¹⁹⁷

A percepção de que o processo traduzia uma relação jurídica de direito público que submetia e vinculava as partes litigantes ao poder jurisdicional; que possuía objeto diverso da relação jurídica material retratada na lide e que sua própria existência estava condicionada a requisitos próprios, cuja análise pelo juiz antecedia ao exame da matéria deduzida em juízo, marcou a obra de Oskar von Bülow como aquela que definitivamente constitui o marco de independência do Direito Processual Civil como novo ramo do Direito, desvinculando-o totalmente das noções privatísticas em que estava imerso e cujos primeiros passos haviam sido dados por Windscheid e Muther, quando da polêmica da *actio* entre 1856 e 1857.

Não infirmam essas conclusões alguns equívocos cometidos por Bülow, como o de vincular o poder jurisdicional a um acordo público de vontades entre partes e juiz.¹⁹⁸ Os pressupostos processuais, pela primeira vez destacados como requisitos de existência da relação jurídica processual, conferiram autonomia e suficiência lógica ao processo, como objeto de análise de Ciência autônoma e que poderia desenvolver seus institutos sob angulação própria de seus princípios e, portanto, distinta do direito material.

Ademais, Bülow destacou a existência no processo de duas ordens de questões, que se colocam ao juiz como material de exame. A primeira diz respeito à própria admissibilidade da relação jurídica processual; aqui se inserem os pressupostos processuais. A segunda, concerne à própria matéria controvertida deduzida em juízo. Entre nós, como veremos adiante, prevalece doutrina e legalmente a divisão entre três ordens de questões, que o juiz deve analisar nessa seqüência: a) pressupostos processuais; b) condições da ação; c) mérito.

¹⁹⁷ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 6-7.

¹⁹⁸ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 2, disse que a relação processual “se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común”.

A tese de Bülow, que divisava as questões em dois blocos distintos - o primeiro relativo à admissibilidade da demanda, e o segundo concernente ao próprio mérito, i.e., à matéria controvertida -, foi seguida por expressivos doutrinadores alemães, como é o caso de Adolfo Schönke¹⁹⁹ e Leo Rosenberg.²⁰⁰

1.4.3.1.d Processo como situação jurídica

A teoria do processo como relação jurídica foi negada por James Goldschmidt que nele vislumbrou não a existência de um vínculo jurídico, mas sim de situações jurídicas. Com efeito, disse referido doutrinador que geralmente se admite que só se origina a relação processual quando são satisfeitos determinados pressupostos, os “pressupostos processuais”. Porém, sobre o conteúdo da relação processual domina a obscuridade mais absoluta. Diz ser infrutífero o seu conceito para a Ciência processual. Aos litigantes como tais não lhes alcança, em geral, nenhuma obrigação de natureza processual e a “obrigação de falar” que se atribui ao Estado é, como dever de administração da justiça, uma “relação política”.²⁰¹

Tem particular concepção sobre os pressupostos processuais, porque segundo entende os “presupuestos procesales no lo son, en realidad, del proceso; son, simplemente, presupuestos, *requisitos previos de la sentencia de fondo*, sobre los que se resuelve en el proceso”.²⁰²

Explica da seguinte forma aquilo que seria o centro de sua concepção sobre o processo:²⁰³

“Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes non son propiamente ‘relaciones jurídicas’ (consideración ‘estática’ del Derecho), esto es, non son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino ‘situaciones jurídicas’ (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de

¹⁹⁹ SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*, § 45, p. 159 e ss.

²⁰⁰ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, § 89, p. 44 e ss.

²⁰¹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução: Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, § 2º, p. 8.

²⁰² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, § 2º, p. 8.

²⁰³ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, § 2º, p. 8.

la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas”.

Esse posicionamento foi sustentado por James Goldschmidt em mais de uma obra. Segundo esse autor,²⁰⁴ ao “ser expectativas o perspectivas de un fallo judicial futuro, basadas en las normas legales, representan, más bien, situaciones jurídicas, lo que quiere decir estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas”.

1.4.3.1.e Processo como multiplicidade de relações jurídicas

Francesco Carnelutti²⁰⁵ não aceita a idéia unitária de relação processual. Para ele há no processo uma multiplicidade de relações jurídicas não se devendo unificá-las.

1.4.3.1.f Posicionamento prevalente

Como já ressaltado, Oskar von Bülow, ao isolar uma categoria própria – a que nominou de pressupostos processuais -, demonstrou que a relação jurídica que unia juiz e partes interessadas era uma relação de direito público, com características muito distintas da relação jurídica nela contida, ou seja, a relação jurídica material. E que, para o juiz decidir o pedido formulado, deveria anteriormente analisar a existência de pressupostos impostos pelo sistema

²⁰⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: EJEJA, 1961, v. I, p. 62.

²⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. II, p. 647: “Se hay, de una parte, una obligación y, de la otra, un interés protegido o también, dentro de ciertos limites, que fueron descritos, un derecho subjetivo, todo eso se puede y se debe expresar también diciendo que hay una *relación jurídica procesal*; o mejor, que hay *relaciones jurídicas procesales*, tantas cuantos son los conflictos (entre el interés en cuanto a la composición del litigio y los intereses de aquellos que deben proporcionar los medios al proceso) compuestos por el orden jurídico mediante la imposición de una obligación y, eventualmente, de un derecho. No habría necesidad de decir nada más sobre este punto, porque obligación y relación jurídica non son sino expresiones diversas de un mismo fenómeno; por eso es superfluo observar que, teniendo la obligación y el derecho carácter público y procesal, así ha de ocurrir también con la respectiva relación.”

jurídico, passando, uma vez constatada sua ocorrência, para a segunda etapa de análise.

De fato, o processo é uma relação jurídica, na medida em que constitui vínculo que une autor, juiz e réu. Anima essa relação jurídica um fim muito específico, qual seja, a sentença de mérito, no processo de conhecimento, ou a satisfação, no processo de execução. Para atingir essas finalidades essa relação movimenta-se pela prática de atos processuais, ora do próprio do juiz, ora das partes. Entrelaçados por liames de direito público, os sujeitos do processo na prática dos atos que o sistema lhes impõe, assumem posições jurídicas ativas (poderes e faculdades) e passivas (sujeição e deveres). A prática de um ato conduz essa relação à prática de novo ato e a diversa posição jurídica.²⁰⁶

Enfocada a relação jurídica processual pelo aspecto exterior, ou seja, por seu movimento e prática contínua desses atos, fala-se em *procedimento*. Enfocada em sua tessitura e finalidade, fala-se em *processo*.

Processo e procedimento, embora não se confundam, traduzem idéias que se complementam. Adjetiva o processo a idéia de relação jurídica envolvendo autor, réu e juiz, vocacionada à prestação da tutela jurisdicional,²⁰⁷ ao passo que contribui para a noção de procedimento a exteriorização da movimentação dessa relação jurídica por meio de atos sucessivos. O processo é uma unidade jurídica, uma relação jurídica, que une autor, réu e juiz, tendo aqueles direito a um pronunciamento, e este um dever de prestá-lo.²⁰⁸

Segundo Zanzucchi,²⁰⁹

²⁰⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 290-292.

²⁰⁷ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 109-110: “El proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin. Los sujetos son el actor, el demandado y el juez; sus poderes son las facultades que la ley confiere para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses. (...). La relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales. (...) Digamos, pues, que la relación jurídica procesal se compone de relaciones menores y que ellas (...) no solo ligan a las partes con los órganos de la jurisdicción, sino también, a las partes entre sí”.

²⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 17, p. 55-56; v. 2, n. 254, p. 329.

²⁰⁹ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 62.

“Il processo pertanto ha per suo contenuto un rapporto giuridico: il rapporto giuridico processuale. Il quale non è un rapporto statico, ma dinamico; se esplica cioè in una serie di atti [giuridici-processuale (...)] in un processo, nel ‘processo’. Il processo è dunque lo svolgimento de un rapporto giuridico (...)”.

Para Leo Rosenberg:²¹⁰

“El proceso está sugeto a una doble consideración: de un lado como procedimiento, es decir, como la totalidad de las actuaciones del tribunal y de las partes, que se ejecutarán sucesivamente teniendo cada una a la anterior por presupuesto y a la siguiente por consecuencia: pero dirigidas todas al logro de la tutela jurídica judicial y unidas por este fin común; o como relación jurídica, es decir, como la totalidad de las *relaciones jurídicas* procesales producidas entre el tribunal y las partes”.

Destaca Enrico Tullio Liebman²¹¹ que os atos processuais encontram-se entrelaçados tal qual elos de uma corrente dentro do processo e evidenciam o movimento dessa relação jurídica que se denomina procedimento. Esse fluxo tem origem no pedido inicial da parte autora e fim na resposta outorgada pelo juiz. Dentro dessa estrutura, os interesses conflitantes das partes acabam tendo uma mesma finalidade, que é o provimento jurisdicional final.

Concordamos com Teresa Arruda Alvim Wambier:²¹² tarefa menos árdua do que a de definir processo e procedimento, é a de aposentarem-se-lhes os traços mais marcantes. Ainda segundo a eminente jurista:²¹³

²¹⁰ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, § 2º, p. 8.

²¹¹ LIEMBAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 207. Ainda, segundo esse processualista italiano (Idem, p. 207-208): “Ciascun atto ha bensì uno scopo immediato proprio, che lo qualifica nella sua individualità, ma questo scopo immediato non ha altra ragion d’essere che quella di rappresentare un passo verso uno scopo più lontano, che è comune a tutti gli atti, ed è la formazione dell’atto finale, che riassumerà l’intero procedimento e ne costituirà il risultato. È possibile, o meglio è normale che le finalità pratiche dei vari soggetti siano diverse ed anzi contraddittorie, ma essi mirano a raggiungerle per mezzo di quell’unico atto finale in cui si unificano formalmente le diverse attività ed aspirazioni di tutti. (...) La struttura chiusa del procedimento si riflette anche sulla sua funzione. È infatti il solo atto finale, nel quale culmina il procedimento, ad avere un’efficacia giuridica esterna, cioè non meramente processuale; gli effetti degli altri atti sono invece interni allo stesso procedimento, in quanto lo fanno progredire verso la sua meta e nello stesso tempo mirano ad influire direttamente o indirettamente sul contenuto dell’atto finale.”

²¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 27.

²¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 27. No mesmo sentido, encontra-se a lição de ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 43: “Devemos na determinação da finalidade do processo ter sempre em vista que, por seu intermédio se objetiva uma *sentença*. É nesse sentido que Couture ensina que a idéia de processo é, necessariamente, *teleológica*. A *sentença*, pois, é a *causa final* do processo. De outra parte, devemos outrossim considerar, para bem apreender o fenômeno, o aspecto formal do processo, com o que se verificará que todo processo se apresenta como uma seqüência

“Nesse caso, os traços característicos do processo são: a sua finalidade e a correspondência com uma *relação jurídica* de aspecto determinado. Por outro lado, o traço que merece relevância – no que diz com o procedimento – é o *aspecto exterior* de um desenrolar de atos, que caracteriza a movimentação desta relação jurídica, a que se aludiu, no tempo. Esta movimentação deve levar à consecução da finalidade, também há pouco referida”.

Assim,

“para a noção de *processo*, interessam fundamentalmente as idéias de *relação jurídica* – que é a que se estabelece entre os sujeitos do processo: autor, juiz e réu – e a de *finalidade* – no sentido de vocação do fluxo dos atos consecutivos e interligados, que porão em movimento a relação já referida, vocação esta que consiste, concretamente, na obtenção de um pronunciamento judicial de caráter definitivo”.²¹⁴

Constituiria, enfim, manifesto equívoco visualizar o processo apenas como uma relação jurídica estática, sem finalidade voltada à obtenção de um pronunciamento jurisdicional, da mesma maneira que se incidiria no mesmo erro conceber o procedimento como mero movimento de atos.²¹⁵ Processo e procedimento são conceitos que se afastam, “não por se referirem a objetos

de atos, desenvolvendo-se através de atos processuais, até a sua conclusão normal (sentença de mérito). Como essa conclusão é sempre a finalidade do processo – e somente por desvio de regra da normalidade é que o processo não atingirá a sua conclusão normal – diz-se que, apesar da multiplicidade de atos praticados, todos eles se dirigem a um mesmo fim, daí nascendo a noção de *unidade* de tais atos. A *causa material* do processo, isto é, o que dá conteúdo material ao processo, é precisamente o *conflito de interesses* que, trasladado da vida social e inserido num esquema jurídico, é colocado diante do magistrado (pretensão). E, para terminar esta visão do processo, pelo enfoque das quatro causas da Filosofia perene, consideremos a *causa eficiente*, mediante a qual, em virtude de uma ação, dá-se determinado efeito. A causa eficiência do processo é então a *ação*, atendendo-se ao fato histórico, sempre verificado em nossa civilização, de que é mediante a ação que tem início a atividade jurisdicional. A ação movimenta a jurisdição. A *causa formal* do processo é a *relação jurídica processual*”. Ainda segundo Arruda Alvim (*Direito processual civil*, v. I, p. 314): “O *processo* se caracteriza pelo seu teleologismo e por ser uma relação jurídica; vale dizer, pelo fim que nele se objetiva; já o procedimento é o aspecto exterior da mesma realidade, a forma que assume o processo, tendo pois o procedimento íntima ligação com o movimento processual”.

²¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 27.

²¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 16, p. 50, que aceita a concepção de processo como sendo uma relação jurídica processual adverte: “Vimos que o processo é um *complexo de atos*. Não se trata, porém, naturalmente, de uma série de atos dissociados e independentes, senão de uma sucessão de atos vinculados pelo objetivo comum da atuação da vontade da lei e procedendo ordenadamente para a consecução desse objetivo; de onde o nome de *processo*”. Em complemento, arremata (Idem, n. 16, p. 51): “Todas essas atividades e situações - atividades das partes e vicissitudes do processo, inclusive não comparecimento do demandado - estão sujeitas a determinadas regras concernentes ao seu modo de expressão, ao conteúdo, ao tempo, ao lugar (*prazos e formas processuais*), e têm uma seqüência ordenada em lei, que se chama *procedimento*”.

diversos, mas por dizerem respeito a *aspectos diversos do mesmo objeto* e, pois, observáveis na mesma realidade fática.”²¹⁶

No dizer de Donaldo Armelin:²¹⁷

“O processo é sempre um instrumento de atuação da jurisdição. Desde que o Estado monopolizou o poder de resolver coercitivamente os conflitos inter-subjetivos de interesses, isto é, se fez a criação de um instrumento jurídico apto e aparelhado tecnicamente, através do qual a atividade jurisdicional fosse desenvolvida relativamente às partes que participam daquele conflito. Daí o surgimento do processo que, sob qualquer enfoque pelo qual se o examine, quer sob a angulação predominantemente sociológica, quer sob um prisma marcadamente jurídico, não dissimula a sua natureza instrumental em face da jurisdição. Por outro lado, a jurisdição carece do instrumento processual para atuar. Não se concebe jurisdição sem processo da mesma forma como seria inviável processo sem jurisdição”.

O posicionamento de James Goldschmidt, de que o processo é uma situação jurídica, não pode ser aceito. Registre-se, inicialmente, que esse grande processualista não exclui a categoria dos processupostos processuais como importante para a Ciência Processual. Dá-lhe, todavia, enfoque próprio: ao invés de aceitar a tese Bülow de que constituíam requisitos de admissibilidade da demanda, classificou-os como “pressupostos da sentença de fundo”.²¹⁸ Os exemplos que alista (competência do Tribunal, capacidade de ser parte, capacidade processual, poder de representação legal, chegando inclusive a falar em impedimentos processuais, como a litispendência etc.) muito se aproximam daqueles citados por Bülow. Logo, a

²¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 27.

²¹⁷ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, p. 8. Continua o mesmo autor (Idem, p. 8-9), conectando, em perfeita síntese, os institutos fundamentais do Direito Processual Civil: “O agir jurisdicional se faz processualmente e o processo que não veicular atividade jurisdicional encartar-se-ia no âmbito da atividade administrativa, ainda que sob o pálio do Poder Judiciário. Com o direito de ação que se exerce provocando criação do processo, este e a jurisdição englobam institutos fundamentais da atividade estatal na aplicação do direito objetivo a casos particularizados por conflitos inter-subjetivos de interesses. A ação, como direito subjetivo público pré-processual outorgado ao indivíduo em face do Estado para provocar a atuação da jurisdição exercita-se também necessariamente através do processo que, por sua vez, resulta desse exercício e serve de meio de conexão entre o indivíduo e o Estado para fins de obtenção da prestação da tutela jurisdicional. Destarte, o processo serve, mesmo concomitantemente, de instrumento de exercício de um direito individual subjetivo público e de atuação de um poder estatal estimulado pelo exercício regular daquele direito. Sua íntima vinculação com a jurisdição estabelece entre ambos relações de interdependência que resultam em características comuns. O processo, portanto, de um modo geral retrata as condições de atuação da jurisdição e, reflexamente, a ideologia que anima o Estado onde esta se engasta”.

²¹⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, § 42, p. 242-243.

angulação de uma determinada categoria por concepção particular, já remarcou Arruda Alvim,²¹⁹ não diminui sua utilidade; ao contrário, justamente pela maneira bastante diversificada pela qual se explica o processo, é que a categoria fica especialmente valorizada.

As vicissitudes citadas por James Goldschmidt, como qualificadoras do processo, dizem respeito ao próprio mérito. A relação jurídica processual não sofre tais vicissitudes, porque os pressupostos processuais decorrem claros do sistema processual. As vicissitudes atingem mais a lide (*res in judicium deducta*), a qual é retratada no processo, mas constitui ente jurídico diverso da relação jurídica processual.²²⁰ A segmentação dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito do próprio mérito, como matérias distintas ao exame do juiz, representou a conquista de autonomia do Processo Civil. Dizer que esses pressupostos não seriam de admissibilidade do processo, mas de uma sentença de fundo é caminhar na contra-mão do avanço conquistado.

Por outro lado, a concepção de Carnelutti, que enxerga não uma relação jurídica, mas várias relações jurídicas como representativas da idéia de processo, também não merece trânsito. É evidente que entre os sujeitos do processo existem diversos vínculos. Mas todos eles têm uma única finalidade, já ressaltada. Portanto, embora toda unidade seja intrinsecamente uma pluralidade, como ressaltou Couture,²²¹ dizer que processo é um complexo de relações jurídicas ignora esse aspecto teleológico que lhe é peculiar.

A relação jurídica processual pode ser retratada por um triângulo, em cujos vértices inferiores encontram-se as partes e em sua cúspide o juiz. Todos recebem e sofrem reciprocamente os influxos desses vínculos. A representação gráfica da relação jurídica como uma relação angular, com vínculos entre autor e réu, é falha, porque exclui a figura do juiz e do poder estatal. Igualmente, a figura triangular dessa relação, com vínculos apenas entre autor e juiz e juiz e réu,

²¹⁹ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 269.

²²⁰ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 272.

²²¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 130.

desconsidera os liames existentes também entre autor e réu, como, por exemplo, ocorre com os deveres de lealdade processual, tão importantes ao processo.²²²

1.4.3.2 Pressupostos processuais

Para que a parte obtenha a tutela jurisdicional pleiteada, deve atender a determinados pressupostos relativos à relação jurídica processual que se estabelece entre autor, juiz e réu. Trata-se, como já ressaltamos, dos chamados pressupostos processuais (art. 267, IV, do CPC), que se dividem em: a) pressupostos processuais positivos de existência; b) pressupostos processuais positivos de validade; c) pressupostos processuais negativos.

1.4.3.2.a Pressupostos processuais positivos de existência

Para que o processo exista, é indispensável jurisdição, ou seja, que o órgão ao qual se dirige a demanda esteja investido do poder-dever-função do Estado-juiz de decidir as lides que lhe são trazidas à apreciação. É necessária, igualmente, a existência de uma petição inicial, ainda que inepta (art. 295, I e parágrafo único, do CPC), e que o autor esteja representado por advogado (capacidade postulatória).

A capacidade postulatória, diante da atual redação do art. 4º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que considera nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoa não inscrita na OAB, a exemplo dos atos praticados por advogado impedido, suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia, só pode ser entendida como pressuposto processual de existência do processo no que diz respeito à apresentação de instrumento de mandato, vez que o art. 37, parágrafo

²²² COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 109-110.

único, do CPC considera inexistentes os atos processuais praticados por profissional sem sua exibição.²²³

Por fim, para que o processo exista, é necessária a citação do réu. Na verdade, desde a propositura da demanda, que ocorre com a distribuição da petição inicial, onde houver mais de uma vara, ou quando simplesmente despachada, em se tratando de vara única (art. 263, 1ª parte, do CPC), o processo já existe juridicamente, todavia, num segmento ainda muito restrito, porque a relação jurídica processual envolve apenas autor e juiz. Diz-se que a relação jurídica processual encontra-se angularizada.

É possível, por exemplo, que o juiz extinga o processo, inclusive com resolução do mérito, pronunciando de ofício a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5º; art. 269, IV, c.c art. 295, IV, do CPC), ou julgue *initio litis* improcedente o pedido, tratando-se de matéria unicamente de direito e já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos (art. 285-A do CPC, acrescentado pela Lei 11.277/2006), ou então que aprecie e defira em favor do autor medidas liminares cautelares (art. 797 do CPC), ou ainda que antecipe alguns efeitos da tutela jurisdicional (arts. 273, 461, § 3º, do CPC).

Dispõe o art. 285-A, *caput*, do CPC, acrescentado pela Lei 11.277/2006, que, quando a matéria controvertida for unicamente *de direito*, e no *juízo* já houver sido proferida sentença de *total improcedência* em outros *casos idênticos*, *poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada*. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação (§ 1º). Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso (§ 2º).

Segundo entendeu o legislador processual civil, assim agindo, o magistrado estaria dando rendimento ao princípio da razoável duração do processo, explicitado pela EC 45/2004, ao inserir no art. 5º da CF/88 o inciso LXXVIII. Mitigou-se a garantia ao contraditório e à ampla defesa, abolindo-se a citação seguida de oportunidade para apresentação de defesa pelo réu, na suposição de que

²²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 50-51.

a inovação trará agilidade para a prestação jurisdicional. A citação do réu só ocorre se houver apelação pelo autor, quando então o demandado terá oportunidade para *contra-arrazoar*.

Trata-se, na verdade, de mais uma hipótese de indeferimento da petição inicial, que importa em julgamento do mérito diante da improcedência do pedido, a exemplo do que ocorre quando o juiz pronuncia liminarmente a decadência ou a prescrição (art. 295, IV, c.c art. 269, IV, do CPC). Todavia, o procedimento aqui difere daquele previsto no art. 296 do CPC, que faculta o juiz, após apresentação de apelação pelo autor, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão, e não havendo reforma os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente, sem citação do demandado. Temos então procedimentos diversos para hipóteses semelhantes em que o juiz julga *initio litis* extinto o processo com resolução do mérito (art. 285-A e art. 295, IV, do CPC).

Embora expressamente não conste do art. 285-A do CPC, um dos pressupostos para sua aplicação é a existência de súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça ou ao menos do próprio tribunal ao qual esteja vinculado o juiz. Essa interpretação se extrai da análise sistemática do ordenamento jurídico (art. 103-A da CF, regulamentado pela Lei 11.417/2006; arts. 120, parágrafo único, 518, § 1º e 557 do CPC). Entendimento diverso permitiria a criação de jurisprudência do próprio juízo, que poderia ser contrária até mesmo àquela do tribunal ao qual seria submetido o recurso de apelação, o que seria fator de multiplicação de recursos.

O caso submetido a julgamento deverá ser idêntico a outros previamente julgados, o que pressupõe absoluta identidade entre os fundamentos jurídicos da causa de pedir e do pedido, sob pena de omissão da sentença. Casos idênticos já deverão ter sido julgados *no juízo*, o que exclui julgamentos proferidos em outras varas ou comarcas. Nesse sentido, encontra-se o posicionamento de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, com o qual concordamos.²²⁴

²²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 2, p. 63-71.

A possibilidade de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido do autor, com base no art. 285-A do CPC, sem a necessidade de prévia citação do réu, reafirma a existência do processo enquanto relação jurídica angular e a possibilidade de serem gerados efeitos jurídicos sem a citação do réu. Entretanto, trata-se de hipótese excepcional expressamente admitida pelo sistema jurídico.

A prescrição se tem por interrompida com a propositura da ação (art. 219, § 1º, do CPC). Todavia, a propositura da ação e igualmente as medidas liminares deferidas só produzirão quanto ao réu os efeitos jurídicos que lhe são próprios, depois que ele for validamente citado (art. 263, 2ª parte, do CPC) e por este ato integrado à relação jurídica processual. Com a citação ocorre o fenômeno da estabilização do processo, que assume feição triangular, consoante já vimos anteriormente.²²⁵

Assim, constituem pressupostos processuais positivos de existência: a) jurisdição; b) petição inicial; c) capacidade postulatória e d) citação.

A ausência desses pressupostos, a exemplo da ausência das condições da ação, acarretará o vício da inexistência do processo. Trata-se de vício muito mais grave do que a nulidade, vez que o defeito em questão lhe antecede. Não se deve esquecer que o ato inexistente existe no plano dos fatos e o ato nulo existe jurídica e faticamente! Todos os atos realizados em processo inexistente são contaminados por idêntico vício. Eventual sentença proferida sequer transitará materialmente em julgado, sendo desnecessária a propositura de ação rescisória para inválidá-la, bastando simples petição de qualquer das partes, ou ação de impugnação autônoma, podendo (*rectius* devendo), ainda, o próprio juiz reconhecer, de ofício, o vício (art. 267, § 3º e art. 301, § 4º, do CPC), porque se trata de matéria de ordem pública, que se insere em sua atuação oficiosa. Aqui não se deve confundir existência jurídica com existência fática, porque o processo com vício de inexistência não produz efeitos jurídicos, embora tenha existência fática, cuja maior representação são os autos do processo.

²²⁵ ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*, cit., p. 73: “Claro está que, quando se diz processo existente, significa-se, para que nele possa ser decidida a lide. Havendo pedido e jurisdição, apesar de não triangularizada ou angularizada a relação processual, já existe processo (art. 263, do CPC), tanto assim que o juiz pode até mesmo extingui-lo com julgamento de mérito se entender ter havido prescrição ou decadência, nas hipóteses em que seja invocável de ofício, ou sem julgamento do mérito.”

1.4.3.2.b Pressupostos processuais positivos de validade

A fim de que a relação jurídica processual se desenvolva validamente, a petição inicial deverá ser apta, ou seja, deverá atender aos requisitos estabelecidos no sistema (arts. 282 e 283, 295, a contrário, do CPC). O juízo deverá ser absolutamente competente²²⁶ (arts. 111, *caput*, 1^a parte e 113 do CPC) e imparcial (art. 134 do CPC). Registre-se que a incompetência relativa (arts. 112, 304-311 do CPC) e a suspeição (art. 135 do CPC) são irregularidades sanáveis, configurando hipótese de nulidade relativa, que se convalidam se não argüidas, *opportuno tempore*. Já a incompetência absoluta e o impedimento são causas de nulidade absoluta do processo e da sentença nele proferida, que se contamina com semelhante vício, e constituem fundamento para ajuizamento da ação rescisória (art. 485, II, do CPC).²²⁷

²²⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 286: “Pela competência, atribui-se a função jurisdicional a um ou mais órgãos do Poder Judiciário, o que possibilita àquele ou àqueles órgãos (quando mais de um órgão for abstratamente competente), com exclusividade, o exercício desse poder, a partir do momento em que nele se fixe a competência, com a propositura da ação (art. 263) e com a ocorrência da prevenção (art. 219). (...) A competência, pois, é decorrência de uma especificação gradual e sucessiva do poder jurisdicional, que possibilita a sua concretização, num dado órgão do Poder Judiciário, relativamente a uma espécie ou mais de causas”. Noutra passagem (Idem, p. 295-296): “Competência é a atribuição a um dado órgão do Poder Judiciário daquilo que lhe está afeto, em decorrência de sua atividade jurisdicional específica, dentro do Poder Judiciário, normalmente excluída a legitimidade simultânea de qualquer outro órgão do mesmo poder (ou, *a fortiori*), de outro poder). Competência é atributo do órgão (juízo, tribunal, câmara etc.) e não do agente (= juiz).” MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000, v. I, p. 319: “Cada juiz ou tribunal exerce suas funções dentro dos limites impostos pela divisão do trabalho jurisdicional, derivando daí o instituto da competência. Esta pressupõe, portanto, a existência do poder jurisdicional, o qual é delimitado e circunscrito, por força da competência, para atuar em determinados casos e hipóteses. É assim a *competência* o poder jurisdicional que a lei delimita, no tocante ao respectivo exercício, quando atua *hic et nunc* dentro do âmbito que lhe traçam as normas legais. Dizem, por isso, os autores que a competência é a medida da jurisdição. Quando o poder jurisdicional, de abstrato se torna concreto, em face de algum litígio, determinada fica a competência, que é a medida usada no distribuir-se a jurisdição entre os vários magistrados ou órgãos jurisdicionais”.

²²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 46: “Quando se elencam os pressupostos processuais, costuma-se falar de competência e imparcialidade. Vale, aqui, ressaltar que estará presente o pressuposto processual da competência, se o juiz for relativamente incompetente – e o mesmo se pode dizer quanto à imparcialidade: estará presente o pressuposto processual, se o juiz for suspeito. Isto porque se trata de irregularidades sanáveis. Importam as noções de *incompetência absoluta* e de *impedimento* para a categoria dos pressupostos processuais, que consistem em nulidades absolutas, ou, simplesmente, nulidades *stricto sensu*, sendo, pois, vícios insanáveis, podendo até mesmo configurarem-se em fundamento legal de ação rescisória (art. 485, II).”

Ainda como pressupostos processuais positivos de existência do processo encontram-se a capacidade e a legitimidade processual ou *legitimatío ad processum*, cujos conceitos são inconfundíveis, embora relacionáveis entre si.

Capacidade processual é a aptidão genérica para estar em juízo e a possui a parte que possa exercer por si os atos da vida civil. O art. 5º, *caput*, do CC estabelece que aos 18 (dezoito) anos completos cessa a menoridade civil, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil, e o parágrafo único, do mesmo dispositivo, elenca outras hipóteses de cessação para os menores da incapacidade. Por seu turno, o art. 7º, do CPC, dispõe que: “Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em Juízo.” A pessoa jurídica representada por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores, também tem capacidade processual, porque é ente jurídico sujeito de direitos e obrigações.

Legitimidade processual, como conceitua Teresa Arruda Alvim Wambier,²²⁸

“é a situação jurídica específica que liga o sujeito, que tem a condição genérica de capacidade processual, a um dado objeto e/ou outro sujeito determinado. No caso do processo, verifica-se quando a lei processual outorga a alguém a possibilidade de exercer *concretamente* sua capacidade processual em relação a determinada situação.”

Embora marido e mulher possuam isoladamente capacidade processual, i.e., embora tenham aptidão genérica para a prática de atos jurídicos, não possuem por si só legitimidade processual para agirem sozinhos em ações reais (art. 1.647, II, do CC). Já os menores absolutamente incapazes não possuem nem capacidade processual e, então, o problema da legitimidade processual não se coloca. Os pais é que, possuindo estes atributos processuais, atuarão em nome deles, representando-os. Os relativamente incapazes só possuirão capacidade e legitimidade processual para estar em juízo se estiverem assistidos pelos seus pais; devem atuar de maneira concomitante com esses.

Segundo Donaldo Armelin

²²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 48.

“quando a parte tem condições legais de iniciar e prosseguir em um processo por si própria, nele praticando atos que produzem efeitos jurídicos configura-se a capacidade processual plena, contrastando com a capacidade mutilada do relativamente incapaz e a ausência total de capacidade do absolutamente incapaz. A assistência e a representação suprem a incapacidade parcial ou total, respectivamente.”

Para o suprimento da incapacidade o sistema jurídico criou os institutos da representação e da assistência, sendo a primeira um instrumento de cooperação social que utiliza atividade jurídica de um sujeito para a realização da dinâmica jurídica de outro sujeito. Já a segunda pode ser visualizada como uma forma menos intensa de tal cooperação, na qual a atuação do incapaz somente se aperfeiçoa no processo com a concomitante atuação de pessoa para tanto legitimada.²²⁹

A capacidade de ser parte é ainda mais ampla do que a capacidade para estar em juízo. Aquela abrange todos aqueles que podem figurar no pólo ativo ou passivo do processo como partes, como o nascituro, o menor, o pródigo, os quais devem ser representados ou assistidos.²³⁰ Adolfo Schönke²³¹ diz que a capacidade de ser parte é a capacidade de ser sujeito de uma relação jurídica, e corresponde a todo aquele que tem capacidade jurídica. Abrange, segundo esse autor, todas as pessoas naturais e jurídicas. “La tiene el concebido y no nacido (...)”.²³²

Donaldo Armelin²³³ enfatiza serem inconfundíveis a capacidade processual, ou seja, a capacidade para valientemente atuar no processo, com a personalidade jurídica definida em lei como aptidão para a titularidade de direitos e obrigações, no sistema jurídico. Esta é quase sempre pressuposto daquela, pois a existência do sujeito é fundamental e indispensável para a própria existência do direito, e, destarte, para o seu exercício. Segundo Arruda Alvim,²³⁴ “a capacidade de

²²⁹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 111.

²³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 49.

²³¹ SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*, § 23, p. 87.

²³² SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*, § 23, p. 87.

²³³ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 112.

²³⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 557.

ser parte é pressuposto pré-processual, pois antecede ao próprio processo. É a capacidade de ter direitos e obrigações”.

Não se olvide a possibilidade de o sistema jurídico atribuir, para efeitos meramente processuais, uma *capacidade judiciária* a certas coletividades despidas de personalidade jurídica perante o direito material, tal qual ocorre com o espólio, a massa falida e até mesmo com as sociedades sem personalidade jurídica (art. 12, III, V, VII, do CPC). Tércio Sampaio Ferraz Júnior²³⁵ ensina que a noção de *sujeito jurídico* é mais ampla do que o de pessoa física ou jurídica; toda “pessoa física ou jurídica é um sujeito jurídico. Mas a recíproca não é verdadeira. A herança jacente, os bens ainda em inventário, é um sujeito de direito, mas não é pessoa. O sujeito nada mais é do que o ponto geométrico de confluência de diversas normas. Este ponto pode ser uma pessoa, física ou jurídica, mas também um patrimônio. A ele se atribuem, nele convergem normas que conferem direitos e deveres.” Arruda Alvim²³⁶ lembra que “muitas vezes, há capacidade de estar em juízo, sem que se trate de pessoa física ou jurídica. Como exemplos, poderemos citar a massa falida ou o condomínio”.

Assim, primeiro o sistema estabelece quem pode ser parte (capacidade de ser parte), i.e., ser sujeito de direitos e obrigações. Depois, dispõe quem pode exercer por si só, numa angulação genérica, esses direitos e obrigações em uma relação jurídica processual (capacidade processual). Por último, preceitua quem pode, em determinado caso concreto, com relação a determinado sujeito passivo e com referência a específico objeto, exercer os direitos processuais (legitimação para o processo ou *legitimatío ad processum*). A legitimidade extraordinária é problema atinente aos pressupostos processuais de validade da relação jurídica processual.

Para que a relação jurídica processual se desenvolva validamente, a citação há de ser válida, i.e., realizada segundo as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil. Caso seja realizada de forma nula e ocorra revelia, o vício será a inexistência e não a da nulidade, porque os efeitos programados pelo sistema

²³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 159.

²³⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v, 1, p. 557.

(conhecimento do demandado acerca da ação proposta) não serão atingidos. A gravidade da ausência de eficácia do ato processual em questão (informação do demandado acerca da ação proposta) conduz à inexistência do próprio ato processual. Diante da existência de dois vícios processuais, um mais grave e outro menos grave, o regime jurídico a ser observado é sempre o daquele.²³⁷⁻²³⁸

A ausência dos pressupostos processuais positivos de validade resulta na nulidade do processo, podendo dar ensejo à rescindibilidade da sentença de mérito (art. 485, II e V, do CPC).

²³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 354-356: “Como já se viu, a diferença entre existência, nulidade e anulabilidade, sob um certo prisma, consiste numa gradação. Entretanto, no que diz respeito especificamente à citação, a eficácia, no sentido de *produção efetiva de efeitos*, é o critério para delimitar os contornos das áreas da nulidade e da inexistência. Considerando que a citação é ato de *comunicação*, deve a informação de que há ação judicial em trâmite chegar ao seu destinatário. A expedição da carta, mandado ou edital de citação, assim, é apenas *parte* da citação, que somente se perfaz quando o demandado *recebe* a informação. Por isso que, tão ou mais importante que a emissão da informação e sua validade, em si mesma considerada, é o conhecimento por parte daquele que ocupa o pólo passivo da relação jurídico-processual. Por isso, o comparecimento espontâneo do réu supre a falta ou nulidade da citação, consoante dispõe o art. 214 do CPC. Assim, a *citação nula, somada à revelia*, deixará de ser *nula*, para ser *inexistente*: neste sentido, *deve considerar-se inexistente a citação nula somada à revelia*. Não ocorre, neste caso, uma *transformação* da nulidade em inexistência. O que ocorre é que, se antes havia ato nulo – porque a emissão da citação não foi realizada validamente –, este vício deixa de ser considerado diante do vício mais grave, consistente no fato de a informação veiculada por meio da citação não ter chegado ao réu (= ausência de citação). (...). *A situação concernente à citação é, portanto, peculiar*. Não pode ser considerada separadamente de sua ‘eficácia’, cujo ‘sintoma’ seria a ausência de revelia. Assim, diante de uma citação viciada, há que se perguntar: houve revelia? Se houve, a situação será equivalente à da inexistência de citação. Se não houve, fica como se o vício não tivesse havido, por força do art. 214, § 1º, ou do expediente previsto no § 2º do mesmo artigo. *Concretamente, pois, não se configura a situação da citação nula: ou é inexistente, se, quando nula (isto é, tendo sido emitida de modo viciado), soma-se à circunstância da revelia, ou o vício se sana, com o comparecimento espontâneo*. Do ponto de vista estritamente técnico, não se pode, realmente, dizer que o *contestar* seja o efeito da citação. O efeito típico e específico deste ato processual é o de levar ao conhecimento do réu a circunstância de que contra ele está sendo movida uma ação, na jurisprudência contenciosa. A lei processual, então, estabelece *formas*, cuidadosamente, para que este objetivo seja efetivamente atingido. O alcance deste objetivo é de capital importância para a estrutura do processo civil do mundo ocidental, de regime democrático, de que deriva um princípio a que converge a grande maioria dos dispositivos do Código: *o do contraditório*. Sendo obedecidas, de forma ortodoxa, as regras que a lei impõe para que se proceda à citação, dá-se o objetivo por cumprido, pois as formas são integralmente reguladas, de molde que, por meio delas, quase que se *garante a eficácia do ato*. Todavia, se tendo *afastado dos cânones formais* estabelecidos, resta saber se a *sua finalidade foi atingida*: ora, a forma mais simples de sabê-lo é a ausência de revelia, ou seja, é o fato de o réu ter contestado a ação. Assim, uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e em que o réu tenha sido revel é *inexistente*, porque o foi, também, o processo”.

²³⁸ CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35-36: “A citação é, ainda, ato unitário, mas complexo. Apesar de compreender dois elementos (daí ser complexa): oferta do libelo, que muitos chamam de comunicação do pedido à outra parte em todos os seus termos, e também o chamamento do réu a se defender – que, para a doutrina italiana são elementos distintos – só se aperfeiçoa mediante a integração desses dois elementos (daí ser ato unitário).”

Assim, em resumo, constituem pressupostos processuais positivos de validade da relação jurídica processual: a) petição inicial apta, b) competência absoluta do juízo; c) ausência de impedimento do juiz; d) capacidade processual e legitimidade para o processo; e) citação válida.

1.4.3.2.c Pressupostos processuais negativos

Sob outra angulação, para que a relação jurídica processual se desenvolva validamente, ou seja, para que não seja contaminada por vício de nulidade absoluta, que possa conduzir à rescindibilidade de sentença de mérito nela proferida, além dos pressupostos processuais positivos de validade, que devem estar presentes para que exista e evolua, o sistema estabelece pressupostos processuais qualificados como “negativos”, vez que devem estar necessariamente ausentes. Enfim, o juiz deve verificar se fatores externos ao processo – daí então a denominação por alguns doutrinadores de pressupostos processuais extrínsecos²³⁹ - impedem seu regular desenvolvimento. Em caso positivo, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito (art. 267, IV, do CPC), tal como ocorre com a ausência das condições da ação ou a presença dos pressupostos processuais positivos.

Segundo Arruda Alvim,²⁴⁰ os

“pressupostos processuais negativos, pois, têm a função de, embora extrínsecos ao processo, impedirem a eficácia decorrente de um processo (relação jurídica processual) em que estão presentes todos os pressupostos processuais positivos. Têm, desta forma, a virtude de invalidar um processo que, se tão-somente considerado em si mesmo, seria válido.”

Quatro são os pressupostos processuais negativos: a) coisa julgada, b) litispendência, c) perempção e d) cláusula compromissória. Deve ser lembrado, todavia, que existe na doutrina grande divergência sobre quais e quantos seriam os

²³⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 558-559.

²⁴⁰ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 303.

pressupostos negativos, porque para alguns juristas muitos representam hipótese de carência de ação.

Vimos anteriormente que a demanda ou a ação possui três elementos, ou seja, partes, pedido e causa de pedir. A reprodução desses elementos em nova demanda, já existindo outra anteriormente ajuizada e em trâmite, ou então definitivamente julgada com sentença de mérito, é motivo impeditivo ao seu regular desenvolvimento.

Nessas hipóteses haveria desperdício de atividade jurisdicional com demandas que já foram anteriormente ajuizadas, e, no segundo caso, definitivamente julgadas. Por outro lado, o princípio do juiz natural seria desrespeitado se o próprio sistema não impedisse que demandas repetidas se desenvolvessem regularmente. Ademais, haveria risco de contradição de julgamentos. Daí, então, a grande importância dos elementos das demandas ou ações.

Na primeira situação citada, temos como pressuposto processual negativo a litispendência, aqui tomada no sentido de reprodução de ação que já se encontra em curso, e não como pendência de lide ou o fenômeno da instauração da relação jurídica processual. Arruda Alvim destaca-se, entre nós, como o jurista que realizou penetrante estudo acerca da litispendência.²⁴¹ No segundo, configura-se a coisa julgada, igualmente pressuposto processual negativo.

O Código de Processo Civil dispõe acerca desses pressupostos processuais negativos, dizendo inicialmente que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (art. 301, § 2º, do CPC), e que “verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada” (art. 301, § 1º, do CPC). Por fim, preceitua que “há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso” (art. 301, § 4º, do CPC).

Dispõe o art. 268, parágrafo único, do CPC que, se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no n. III -

²⁴¹ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I e II, *passim*.

quando não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias - , não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto (quarta demanda), ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito. Trata-se, aqui, da preempção (art. 267, V, do CPC), terceiro pressuposto processual negativo.

Alistamos como derradeiro pressuposto processual negativo a cláusula compromissória. Os art. 267, VII e art. 301, IX, do CPC referem-se à convenção de arbitragem como hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito. Todavia, convenção de arbitragem é gênero do qual compromisso arbitral e cláusula compromissória são espécies.

Dispõe a Lei 9.307/1996 que: “Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.” “Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

Apesar de o art. 301, IX, do CPC referir-se ao gênero convenção de arbitragem, como matéria preliminar à contestação, seu § 4º não recebeu nova redação pela Lei 9.307/1996 e continua a dispor que: “Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.”

Logo, estando o compromisso arbitral excluído das hipóteses em que o juiz poderá conhecer de ofício para extinguir o processo sem resolução do mérito, a outra conclusão não se pode chegar a não ser a de que apenas a cláusula compromissória constitui fator impeditivo ao regular desenvolvimento da relação jurídica processual e, portanto, o quarto pressuposto processual negativo, peculiaridade que não escapou à observação de Teresa Arruda Alvim Wambier,²⁴² de cujo posicionamento compartilhamos.

A presença dos pressupostos processuais negativos causa nulidade da sentença que venha a ser proferida no segundo processo. Deve o segundo feito ser extinto sem resolução do mérito (art. 267, IV, V e VII, do CPC). Trata-se de

²⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 77 e ss.

matérias de ordem pública da qual o juiz deve conhecer de ofício (art. 267, § 3º, e art. 301, § 4º, do CPC).

1.4.3.3 Objeto litigioso do processo (lide, pretensão ou fundo do litígio)

O processo como relação jurídica animada por um procedimento em contraditório e vocacionado à obtenção de um pronunciamento jurisdicional possui um objeto em razão do qual gravitam os interesses contrapostos das partes litigantes e em relação ao qual deve o órgão jurisdicional manifestar-se. Sua definição antes de constituir discussão puramente acadêmica assume na Ciência Processual importância indiscutível.

O objeto individualiza e qualifica a ação. A existência duas demandas com mesmo objeto, qualificado pela mesma causa de pedir e entre as mesmas partes, conduz à extinção do segundo processo, quando a primeira demanda ainda esteja em trâmite, ou já tenha sido definitivamente apreciada (art. 301, § 3º, do CPC).

Por outro lado, a comunhão de objetos ou a existência de objeto de uma ação que englobe o de outra, autoriza a reunião de ações, impedindo a ocorrência de julgamentos contraditórios, prestigiando a economia e a celeridade processuais (arts. 103-105 do CPC).

O pedido formulado não pode ser modificado a qualquer tempo, mas apenas antes da citação (art. 294 do CPC). Após ela, apenas com o assentimento do réu é que o objeto poderá ser modificado (art. 264, *caput*, do CPC). A cumulação de objetos litigiosos do processo tem sua admissibilidade pautada por cogentes requisitos legais (art. 292 do CPC). A defesa apresentada pelo réu encontra seus limites no objeto litigioso do processo e dos fatos e fundamentos jurídicos que o qualificam, sendo absolutamente dispensável e até mesmo inútil qualquer iniciativa em se defender fora desses quadrantes (art. 300 do CPC).

A segurança jurídica através do processo como um dos objetivos primordiais a que visam as sociedades tem estreita ligação com o objeto litigioso do

processo. O Estado-juiz não pode julgar aquém, além ou fora daquilo que a parte postulou (arts. 128 e 460 do CPC).

A jurisdição deve ser exercida na exata extensão delineada pelo autor, nunca aquém nem além disso. Ademais, o réu não pode ser surpreendido com pronunciamentos que apreciem lides sobre as quais sequer teve a oportunidade de se manifestar.

Após definitivamente julgada a pretensão, especialmente nas ações que envolvam a imposição de sanções, estas devem ser implementadas nos exatos termos em que o objeto litigioso do processo foi apreciado e acolhido pelo magistrado (art. 468 do CPC). Apenas nesses limites é que o pronunciamento jurisdicional tem força de lei e se torna de observância obrigatória pelas partes.

A maneira como a tutela jurisdicional do Estado se concretiza por intermédio do processo está totalmente vinculada ao objeto que por meio dele se deduz em juízo. O objeto do processo encerra a função jurisdicional a ser exercida por meio dele.

Portanto, a discussão em torno da essência do objeto litigioso do processo, como enfatizou Karl Heinz Schwab,²⁴³ não é somente de índole teórica, senão também de extraordinária importância prática. Enfim, é pólo metodológico de crucial importância à compreensão da mecânica do processo civil. Ainda segundo Schwab:²⁴⁴ “Todo proceso tiene un objeto en torno al cual gira el litigio de las partes y en todo procedimiento procesal este objeto es el fundamento de una serie de formas y fenómenos procesales que no pueden comprenderse sin comprender esse objeto del procedimiento.”

Até agora empregamos as expressões objeto litigioso do processo, pretensão, lide e pedido. Seriam elas representativas de uma mesma realidade jurídica? Exprimiriam elas uma mesma idéia?

Francesco Carnelutti remontou ao conceito de lide a idéia de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita.²⁴⁵ Para

²⁴³ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução: Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968, p. 4.

²⁴⁴ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 4.

²⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. I, p. 44.

esse jurista o processo teria como fim a justa composição da lide, ou seja, do conflito de interesses.²⁴⁶ A exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio representaria para Carnelutti a pretensão.²⁴⁷ Da resistência a essa subordinação emergem os conflitos que são compostos através do processo. Como esses conflitos podem ser retratados de maneira integral ou parcial, Carnelutti enxerga a existência de processos integrais e parciais.

Para Giuseppe Chiovenda,²⁴⁸ “o objeto do processo é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação.” Esse conceito encontra-se coerente com sua posição acerca da ação como direito concreto.

O objeto do processo, disse Adolf Wach,²⁴⁹ é uma relação jurídica privada e a imaginável diversidade dessa relação se reflete na diversidade de objeto processual. Segundo ele,²⁵⁰ a

“relación jurídica sólo es objeto del proceso dentro de los límites en los cuales se pretende la tutela jurídica procesal. Esto lo determina la demanda; el objeto procesal sólo llega a ser tal como objeto de la demanda; por ello, los tipos de demanda imaginables determinan el alcance y la dirección con los cuales las relaciones privadísticas pueden ser objeto del proceso”.

Jaime Guasp²⁵¹ conceitua como pretensão processual a declaração de vontade pela qual se solicita uma atuação de um órgão jurisdicional perante pessoa determinada e distinta do autor da declaração.

Segundo Adolfo Schönke,²⁵² o objetivo litigioso é somente a afirmação jurídica exposta, não a afirmação da existência de uma determinada ação de direito material. O objeto litigioso não é a pretensão de tutela jurídica. A pretensão pela qual o demandante se dirige ao Tribunal para obter tutela jurídica por

²⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. I, p. 254.

²⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. I, p. 44.

²⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 50.

²⁴⁹ WACH, Adolf. *Manual del derecho procesal civil*, v. I, p. 34-35.

²⁵⁰ WACH, Adolf. *Manual del derecho procesal civil*, v. I, p. 34-35.

²⁵¹ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4. ed. Madri: Civitas, 1998, t. I, p. 206.

²⁵² SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*, § 47, p. 165.

meio da sentença não pode ser objeto do juízo, porque tal pretensão não pode ser reconhecida ou desconsiderada pelo Tribunal, nem ser admitida pelo adversário.

Leo Rosenberg²⁵³ diz que a ZPO alemã usa o termo objeto litigioso em múltiplos sentidos. Algumas vezes significa o direito ou a relação jurídica sobre a qual deve o juiz se pronunciar. Porém, quase sempre o objeto litigioso significa o mesmo que pretensão, ou seja, em ações de condenação a afirmação de que o autor tem um direito a prestação pedida por uma relação de direito obrigacional afirmada ou por declarar; no caso de ações declaratórias, a afirmação de que existe ou não existe a relação jurídica, e, no caso de ações constitutivas, a afirmação de que ao autor corresponde um direito à constituição pedida baseando-se no direito material que faz valer para a afirmação de direito.

Inclusive significa, às vezes, objeto litigioso o objeto da pretensão processual ou o objeto pedido na demanda (§ 23), o objeto exigido (§ 268, inc. 3). Em caso de demandas de prestação é o que deve dar-se como pago, a coisa ou a soma, a cuja entrega ou transmissão deve ser condenado o demandado ou o direito que deve procurar.²⁵⁴ Todavia, adverte:²⁵⁵

“Los significados del objeto litigioso como pretensión y objeto de la pretensión son puramente *procesales*, y su sentido es completamente distinto del unido e los conceptos correspondientes del derecho *civil*”. Em outra passagem enfatiza que “la pretensión de la ZPO no es la pretensión del BGB (§ 194)”.

E arremata:²⁵⁶

“Y tampoco en las demandas y sentencias de condena significa lo mismo la pretensión procesal civil y la de derecho material; pues ésta no es sino el fundamento de la primera, se dirige contra el deudor y existe o no existe; mientras aquélla se dirige al tribunal y sólo se *afirma* en el proceso como existente o inexistente; de outro modo no tendría objeto el proceso cuando se estableciera la inexistencia de la pretensión de derecho civil reclamada”.

²⁵³ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, § 88, p. 27.

²⁵⁴ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, § 88, p. 28.

²⁵⁵ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, § 88, p. 29.

²⁵⁶ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, § 88, p. 29.

Karl Heinz Schwab²⁵⁷ remarca que “el objeto del litigio es un fenómeno de naturaleza procesal, que no debe ser identificado com la pretensión del derecho material”. Ressalta²⁵⁸ que, em regra geral, a Ordenança Processual Civil alemã (ZPO), ao se referir ao objeto do litígio, não fala em objeto litigioso, mas, às vezes, fala em pretensão (§§ 313, II; 322, I). Vários preceitos demonstram que a lei vê nessa pretensão o objeto litigioso. Porém, essa pretensão que constitui o objeto do litígio não é a pretensão de que fala o § 194 do Código Civil (BGB), porque as pretensões de direito civil somente podem prosperar mediante ações de condenação, porém não mediante ações de declaração ou constituição. E tampouco nas ações de condenação é a pretensão de direito civil a que constitui o objeto do litígio. Se fosse, um processo de prestação (condenação), que terminasse com a improcedência da demanda por falta de pretensão civil, haveria carecido de objeto.

Para Schwab:²⁵⁹

“La pretensión procesal es el objeto litigioso. Trátase de conceptos sinónimos, que pueden sustituirse el uno por el otro o intercambiarse sin dificultad (...)”. “La pretensión procesal es el objeto del litigio, pero también de la resolución, pues es sobre el objeto del litigio sobre el que el tribunal tiene que resolver (...)”.²⁶⁰ “Objeto litigioso es la petición de la resolución designada en la solicitud”.²⁶¹

Enrico Tullio Liebman²⁶² critica o posicionamento de Carnelutti acerca do conceito de lide, afirmando, como fez Piero Calamandrei, que se trata de um conceito sociológico e não jurídico.

Se remonta à lide a concepção de conflito de interesses, pode acontecer, diz Liebman,²⁶³ que o conflito entre duas pessoas não seja deduzido em juízo em sua totalidade, vez que as partes são soberanas na decisão de submeter ou não ao julgamento da autoridade judiciária o conflito de interesses que surgiu entre

²⁵⁷ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, § 1º, p. 3.

²⁵⁸ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, § 1º, p. 4-5.

²⁵⁹ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, § 1º, p. 5.

²⁶⁰ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, § 1º, p. 6.

²⁶¹ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, § 16, p. 251.

²⁶² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudios sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 131.

²⁶³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudios sobre o processo civil brasileiro*, p. 126-127.

elas e, assim, podem submeter-lhe só uma parte desse conflito. Nessa hipótese, constitui objeto do processo só aquela parte do conflito de interesses a respeito da qual pediram as partes uma decisão. “O elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é, portanto, o conflito existente entre as partes fora do processo e sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito.”²⁶⁴

Quanto aos conceitos de processo integral e parcial, Liebman²⁶⁵ diz que Carnelutti vê-se em face do problema da continência do processo com respeito à lide, que, a seu ver, é um problema falso, porque para o processo interessa o que for nele deduzido e efetivamente não importam os outros fatos que podem ocorrer pelo mundo afora.

Remarca Liebman²⁶⁶ que o objeto do processo não é o conflito de interesses em sua simples e natural realidade. Não é suficiente denunciar ao juiz a existência do conflito para que ele trate de resolvê-lo. Ao contrário, o autor, além de expor ao juiz as circunstâncias de fato e outros elementos que provocaram o conflito, deve pedir-lhe concreta providência que considere adequada ao caso e capaz de satisfazer seu interesse. Só em face desse pedido pode o juiz intervir, julgando se o pedido é procedente ou improcedente. Nem sempre o conflito é tão simples que possa comporta uma única solução, vez que, podendo ser enfocado de diversos pontos de vista e ensejando tantas soluções diferentes, é ao autor que cabe fazer os diagnósticos do caso concreto e escolher uma entre elas, apresentando-a ao juiz para que forme objeto de seu exame.

“Desse modo, o conflito de interesse não entra para o processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu pedido. Por sua vez, o juiz não age diretamente sobre o conflito, não o compõe – como diz Carnelutti – pois que ele constitui uma realidade psicológica praticamente inatingível: o que o juiz faz é verificar a procedência do pedido que lhe foi feito para, conseqüentemente, conceder-lhe ou negar-lhe deferimento, em aplicação do que a lei manda e preceitua”.²⁶⁷

²⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 127.

²⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 127.

²⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 129.

²⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 131.

Conclui o ilustre jurista que “o pedido do autor é o objeto do processo”. Ele é a manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária, requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo, que pode apresentar modalidades distintas: a prolação de uma decisão, quando o pedido assume feição dialética, porque admite necessariamente a possibilidade de desfecho do processo em duas direções opostas (procedente ou improcedente), ou o cumprimento de um ato destinado à realização da sanção. No primeiro caso, o processo é de cognição, no segundo, é de execução.²⁶⁸

Consta da Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil de 1973 que

“esforça-se o projeto por aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica. Haja vista, por exemplo, o vocábulo ‘lide’. No Código de Processo Civil vigente ora significa processo (art. 96), ora mérito da causa (arts. 287, 684, IV, e 687, § 2º). O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.

Está correto Liebman no exame que fez acerca do conceito de lide desenvolvido por Carnelutti. Embora a tese deste último seja digna de destaque por explicar a mecânica de desenvolvimento do processo a partir das necessidades emergentes da vida em sociedade, em que os conflitos interindividuais são conseqüências das relações jurídicas que envolvem os seres humanos, a angulação marcadamente sociológica e extraprocessual do instituto não autoriza que seja conceituada como um conflito de interesses, a não ser em sua dimensão endoprocessual, i.e, um conflito de interesses tal qual retratado pelo autor em sua petição inicial.

²⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 132-133.

O simples fato de o autor valorar esse conflito sobre sua ótica unilateral é suficiente para afastar qualquer conclusão de que a versão que apresenta em juízo corresponde à situação real de conflito havido entre as partes.

O juiz só decide aquilo que o autor lhe solicita, adjetivado com a narração dos fatos e fundamentos jurídicos que qualificarão a providência jurisdicional pleiteada.

O pedido formulado constitui o objeto litigioso do processo, noção que pode ser parificada à de lide, pedido, mérito, pretensão, fundo do litígio e é aceita por respeitáveis juristas pátrios, que adotaram as noções processuais germânicas e italianas e as conciliaram com os perfis do nosso sistema.²⁶⁹ Concordamos com esses posicionamentos. Com efeito, Teresa Arruda Alvim Wambier²⁷⁰ manifesta-se a respeito dizendo que: “O *petitum*, contido na petição inicial, determina a extensão do *decisum*, contido na sentença. Equivale o *petitum* à lide, à pretensão, ao objeto litigioso ou ao fundo do litígio”.

Três são as *espécies de processos* existentes em nosso ordenamento jurídico, que realizam as três diferentes *funções da jurisdição*: processo cognitivo, processo executivo e processo cautelar.²⁷¹ Esses processos outorgam, respectivamente, provimentos declaratórios, executivos ou cautelares, consoante a necessidade do autor de declaração (*lato sensu*) de direitos, imediata realização de

²⁶⁹ ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 387-388; *Direito processual civil*, v. II, p. 148-149; *Manual de direito processual civil*, v. 1, n. 135, p. 483-484. ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 7-8 ressalta: “Assim, poderíamos fixar o sentido da palavra lide como sendo o conflito de interesses, atual, qualificado pela pretensão do autor e resistência do réu, mas pareceríamos estar adotando plenamente a posição de Carnelutti. Salientamos que esse autor para designar o conflito de interesses extrajudiciais usa o termo *lide*. Esta entraria no processo nos limites da petição inicial. Ora, para nós, a pretensão só pode ser retratada através da ação, em processo; logo lide só existe no processo”. Nas palavras de LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 22, p. 59-60: “(...) pode-se afirmar que o conflito de interesses não se torna objeto do processo em sua realidade sociológica e natural, tal como surgiu entre as partes. Ele é apenas o substrato material do objeto do processo, entrando para este só depois de moldado pelas partes e vazado no pedido formulado ao juiz, transformado assim de entidade sociológica em figura propriamente jurídica. É, pois, para o pedido inicial que instaura o processo que se devem voltar os olhos ao querer identificar o objeto do processo”.

²⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 108.

²⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. I, p. 155: “Inclusive un profano está en condiciones de distinguir tres tipos fundamentales de proceso civil según la finalidad: una cosa es, por ejemplo, que un acreedor cuyo crédito niega el deudor solicite la intervención del juez para que juzgue si existe o no la deuda; otra, que si el deudor no paga, acuda al oficial judicial para que le haga obtener lo que el deudor no quiere dar, y otra, por último, que cuando el acreedor tema que el deudor le sustraiga sus bienes, pida que tales bienes sean secuestrados.”

operações práticas na esfera jurídica do sujeito passivo da relação jurídica processual, ou asseguramento do resultado útil dos dois primeiros.

Na primeira hipótese, o provimento pode ser declaratório, constitutivo, condenatório, ou executivo *lato sensu* e mandamental, para aqueles que adotam essas classificações.

Assim, de acordo com as características da matéria litigiosa retratada pelo autor, ele pleiteará os diversos provimentos jurisdicionais que se mostrarem adequados a tutelar, no âmbito do processo, o direito subjetivo violado. Ao juiz compete decidir a pretensão na exata conformação que lhe conferiu o autor, sob pena de vício desse pronunciamento (arts. 128 e 460 do CPC).

Nosso Código de Processo Civil adotou o conceito de lide aqui reproduzido e como representativo do pedido formulado. Nesse passo, o Código fala em julgamento antecipado da lide no art. 330, ou traduzindo a mesma intenção quando no art. 468 estabelece que a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Todos os processos, portanto, possuem lide, inclusive os executivos, mas dessa problemática e suas respectivas consquências práticas nos ocuparemos oportunamente.

Se o pedido formulado é a solicitação de um pronunciamento dirigida ao órgão jurisdicional, ela visa a determinado bem ou vantagem jurídica. Nesse aspecto, costuma-se diferenciar o pedido imediato (providência jurisdicional) do pedido mediato (bem da vida).

1.4.3.4 Objeto do processo

Arruda Alvim²⁷² discorda do posicionamento de Enrico Tullio Liebman quando este afirma que o pedido do autor é o objeto do processo, porque, assim agindo “afirma-se algo não rigorosamente exato. O que o pedido fixa é o objeto litigioso, ou, na terminologia carnelutiana, a lide. Isto sim. Porém, objeto do processo, na verdade, é também a contestação do réu, suas exceções, etc. Também

²⁷² ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. II, nota 96, p. 149.

sobre estas é o juiz obrigado a se pronunciar. A defesa não altera ou modifica o litígio, mas aumenta a tarefa do juiz. Tudo aquilo que se apresenta à inteligência do juiz e, afinal, seja determinante da atividade jurisdicional, é, inequivocamente, *objeto* do processo. Objeto litigioso, pois, é conceito menor do que objeto do processo”.

A asserção do eminente processualista, com a qual assentimos integralmente, divisa o objeto do processo do objeto litigioso do processo e é particularmente importante para compreender o abrangência da cognição do órgão jurisdicional.

Na obrigação de outorgar ao autor a providência jurisdicional pleiteada o juiz depara-se, a todo momento, com questionamentos apresentados pelas partes ou que ele faz a si mesmo independentemente da provocação delas.

No desenvolvimento do *iter* procedimental, os atos processuais associados às manifestações das partes exigem do juiz, com grande freqüência, a resolução de matéria duvidosa. Quanto inexistente questionamento sobre determinado fundamento da ação ou da defesa, pelas partes ou pelo juiz, ele se qualifica como *ponto*.²⁷³ Todavia, sendo este ponto duvidoso, estamos diante de uma *questão*.²⁷⁴ A preliminar invocada pelo réu, alegando carência de ação ou ausência de pressuposto processual positivo de existência é uma questão. Da mesma forma, a autenticidade ou falsidade de um documento levantado em defesa para ser solucionado *incidenter tantum* é uma questão.

As questões podem dizer respeito ao processo ou ao mérito. Temos, portanto, *questões processuais* ou *questões de mérito*.

Se da análise de determinadas questões dependem a própria análise ou o sentido em que serão decididas outras, as *questões* dizem-se *prévias*.

Caso a resolução de uma questão (subordinante) impeça a análise de outra (dita subordinada), encontramos-nos diante de uma *questão prévia preliminar*.

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. I, p. 240-241.

²⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. II, p. 15, em sua clássica definição sobre questão assim se manifesta: “Cuando una afirmación comprendida en la razón (de la pretensión o de la discusión) pueda engendrar dudas y, por tanto, haya de ser verificada, se convierte en una *cuestión*. La *cuestión* se puede definir, pues, como un *punto dudoso*, de hecho o de derecho, y su noción es correlativa de la afirmación”.

Caso sua resolução *predetermine* o sentido em que outra será decidida, então estaremos perante uma *questão prévia prejudicial*. Acolhendo o juiz a preliminar de carência de ação, deixará de examinar o mérito. Reconhecendo o juiz a paternidade do pai, julgará procedente o pedido de alimentos. Thereza Alvim²⁷⁵ desenvolveu notável estudo acerca das questões prévias no Direito Processual Civil pátrio.

Assim, durante o desenvolvimento da relação jurídica processual o juiz depara com questões ligadas aos pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

Já advertiu, com razão, Cândido Rangel Dinamarco²⁷⁶ que questões de mérito não se confundem com o próprio mérito, cujo conceito na Ciência processual é bastante preciso. Tanto é verdade que na parte dispositiva da sentença é que o juiz se pronuncia sobre o mérito, sobre o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o, e sobre esta parte será sobreposta a qualidade de imutabilidade do pronunciamento, gerando coisa julgada material e impedindo a rediscussão da lide, no âmbito daquela ou de qualquer outra relação jurídica processual envolvendo as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Os motivos sobre os quais se assentou a sentença não são abrangidos por ela. É o Código quem traça nitidamente essas diferenças (art. 469, I, II e III, do CPC).

Todavia, se a questão prejudicial foi guindada à categoria de lide, o julgamento sobre ela, com resolução de mérito, gerará coisa julgada material, porque de matéria controvertida que seria decidida *incidenter tantum* passou a ser deliberada em caráter *principaliter*. É o que acontece como efeito da ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 460 do CPC).

Portanto, quando o art. 468 do CPC diz que o juiz decidirá a lide *nos limites da lide e das questões decididas*, entenda-se, decididas com autoridade de coisa julgada material – reconvenção, ação declaratória incidental, denunciação da lide etc. Esse dispositivo reafirma o contido no art. 460, *caput*, do CPC, que estabelece ser defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa

²⁷⁵ ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada, passim*.

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 241-243.

da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

De qualquer maneira, a amplitude do “material” submetido à cognição do órgão jurisdicional gravita em torno de questões ligadas a essas três ordens, nesta escala: pressupostos processuais, condições da ação e mérito. O agrupamento das duas primeiras categorias Alfredo Buzaid nominou de “condições de admissibilidade do julgamento da lide”, ressaltando que: “Com esta expressão designamos todas as condições necessárias para que o juiz possa conhecer do mérito da causa e decidir o conflito de interesse, dando razão a uma das partes e negando-a à outra”.²⁷⁷

Essas três ordens de questões abrangem, obviamente, as alegações do réu, por meio de suas manifestações, especialmente através de sua peça de defesa. Portanto, concordamos integralmente com Arruda Alvim, quando enfatiza o caráter continente do objeto do processo como abrangente do objeto litigioso e também das alegações do réu.

1.4.4 Defesa ou exceção

Para Arruda Alvim,²⁷⁸ a ação e a defesa baseiam-se num mesmo interesse substancial: o autor pretende que o réu seja submetido ao seu interesse, e o réu que seu interesse não sucumba ao interesse do primeiro, de tal sorte que “o processo, pois, encerra um conflito de interesses tal como retratado na lide, e o retrato deste conflito encontra-se cunhado na petição inicial; e, na contestação do

²⁷⁷ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 114.

²⁷⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, n. 107, p. 309-310: “A ação e a contestação baseiam-se num mesmo interesse substancial: o autor pretende que o réu seja submetido ao seu interesse, que é por ele definido como jurídico, e o réu, contrariamente, deseja que o seu interesse não sucumba, por causa da prevalência daquele do autor. O processo, pois, encerra um conflito de interesses tal como retratado na lide, e o retrato deste conflito encontra-se cunhado na petição inicial; e, na contestação do réu, levantam-se questões, de fato e/ou de direito, preordenadas a evidenciar que ao autor não assiste razão. Quer a ação, quer a defesa, ligam-se a situações materiais nelas retratadas. Têm em comum, a ação e a contestação, o fim de objetivarem a prestação da tutela jurisdicional, constituindo-se, ambas, em direitos processuais subjetivos. Entretanto, embora apresentem o mesmo objetivo imediato (tutela jurisdicional), diferem no seu pedido mediato uma vez que, enquanto a finalidade da *contestação praticamente* é sempre única – obtenção de uma sentença declaratória negativa – a da ação varia.”

réu, levantam-se questões, de fato e/ou de direito, preordenadas a evidenciar que ao autor não assiste *razão*.”

A exceção, segundo Liebman,²⁷⁹ é o direito processual análogo e contraposto à ação, estando para o genérico poder de defender-se como a ação está para o poder de apresentar a pretensão em juízo, razão pela qual ela é também um direito ao julgamento, e, mais precisamente, ao julgamento sobre o fato extintivo, modificativo ou extintivo que se alega.

Constituindo a ação um substitutivo civilizado da vingança privada, a exceção é um substitutivo civilizado da defesa. O autor ataca mediante ação, e o demandado se defende mediante exceção.²⁸⁰

Vimos que o processo pode ser retratado geometricamente por um triângulo, onde em cada vértice encontram-se as partes e o juiz. Trata-se de relação jurídica de direito público que os enlaça em uma estrutura vocacionada à outorga de um provimento jurisdicional, e que se desenvolve pela prática de atos. Os provimentos jurisdicionais solicitados, uma vez acolhido o pedido do autor, interferirão na esfera jurídica do sujeito passivo da relação jurídica processual. Daí então a necessidade de que seja integrado a essa relação jurídica – estabilizando-a – e que a ele seja possibilitado o direito de apresentar resposta à pretensão deduzida pelo autor. O demandado não é obrigado a se defender. Confere-se a ele o ônus de apresentá-la.²⁸¹⁻²⁸²

²⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 79, p. 157.

²⁸⁰ COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al estudio del proceso civil*. 2. ed. Reimpressão. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 29.

²⁸¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 80.

²⁸² Diferenciam-se *faculdade*, *ônus*, *dever* e *obrigação*, consoante ensinam WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20-21: “Não é demais lembrar que as partes têm, predominantemente, no processo, ônus. Ônus, nesse sentido, são atividades que devem ser desempenhadas, e, uma vez desempenhadas, geram benefícios àquele que do ônus se terá desincumbido. Omissis aquele a quem cabia o ônus, as conseqüências negativas da omissão sobre este recaem. Cumprido o ônus, a parte dele se libera. O dever é permanente e não se esgota com o seu ‘cumprimento’. Diferentemente da obrigação, que também libera o adimplente, o dever se liga a uma *conduta*, e não a um ato isolado. O juiz, em contraposição ao que ocorre com as partes, tem, predominantemente, deveres. Não tem, no processo, nem obrigações nem facultades. A faculdade existe quando a parte pode *optar*, e o sistema jurídico é indiferente à sua opção. Optando pela possibilidade *A* ou *B* de ação, isso não implica a ocorrência de conseqüências diferentes. Portanto, a expressão ‘faculdade’, no mais das vezes, é imprópria para qualificar juridicamente a atividade do juiz e das partes. Estas têm ônus (de contestar, de provar, de recorrer etc) e aquele tem deveres (poderes-deveres). Muitas diferenças interessantes, cujo estudo aprofundado não é oportuno para os objetivos a que se destina este texto, existem entre estas quatro figuras: a obrigação é exigível, passível de ser transmudada em pecúnia; o ônus é inexigível, e o dever,

Essa resposta representa a garantia fundamental do demandado de que terá participação ativa – da mesma forma que o autor – na formação do convencimento do órgão jurisdicional, solicitando a produção de provas, sendo previamente cientificado de atos processuais a serem praticados etc. Fruto de evolução secular, o Estado Democrático de Direito não concebe a existência de processos que sonem ao demandado o direito de se defender. Exceção, portanto, representa o poder jurídico de que se acha investido o demandado e que o habilita a se opor à pretensão deduzida contra ele.²⁸³ Couture chega a dizer que é, de certo modo, “a ação do demandado”.²⁸⁴

A natureza jurídica da exceção está relacionada com o enfoque que se tenha acerca do direito de ação. Esta, segundo vitoriosa doutrina, é o poder de solicitar ao órgão jurisdicional um pronunciamento, fundado ou não (teoria da ação como direito abstrato de agir). A defesa, como resistência à pretensão deduzida por intermédio da ação, é o poder que o demandado possui de se opor a ela, ainda que destituído de qualquer razão na órbita do direito material.

Realmente, está correto o entendimento de que ação e exceção têm aspectos que se tangenciam, pois, embora os interesses das partes autora e ré sejam contrapostos, ambas visam à prestação da tutela jurisdicional, ainda que com conteúdos diversos.²⁸⁵

não passível de ser ‘transformado’ em pecúnia. É importante, todavia, que se tenham presentes estes três conceitos para se poder aquilatar o desacerto, à luz da terminologia que hoje se aceita como correta, da afirmação no sentido de que a preclusão seria a perda de faculdades processuais, ou a de que o juiz teria a faculdade de deferir uma prova ou de reunir ações conexas.”

²⁸³ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 73.

²⁸⁴ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 73.

²⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, n. 56, p. 73: “O direito de ação, manejado pelo autor, é voltado contra o Estado. Mas é exercido *perante* o réu. Dessa forma, se o pedido do autor for acolhido, a sentença produzirá efeitos na esfera jurídica do réu. O processo, por isso, não lhe pode ser estranho e há mesmo de assegurar-lhe participação em todos os seus atos e trâmites. Daí o princípio do contraditório que domina todo o sistema processual moderno e pelo qual fica garantido ao réu o direito de também deduzir em juízo sua pretensão contrária à do autor. Enquanto, todavia, o autor *pretende* que seu pedido seja acolhido pelo Poder Judiciário, o réu *pretende* justamente o contrário, isto é, que o pedido seja *rejeitado*. Em torno da lide, um procura demonstrar a legitimidade da *pretensão*, e outro a da *resistência*. O direito de resposta do réu é, por isso, paralelo ou simétrico ao de ação. E é, igualmente, um direito público subjetivo voltado contra o Estado. Autor e réu são tratados pelo Estado-juiz em condições de plena igualdade, pois têm direito ao processo e à conseqüente prestação jurisdicional que há de pôr fim ao litígio. Embora participe da mesma natureza do direito de ação, difere dele o direito de defesa, porque o primeiro é ativo e tem o poder de fixar o *thema decidendum*, ao passo que o segundo é passivo e busca apenas resistir à pretensão contida na ação, dentro do próprio campo que o pedido delimitou. Assim, o autor *pede* e o réu *impede*. Mas, não obstante, pode-se dizer que o direito de defesa, sendo análogo ou correlato ao direito de ação, merece mesmo ser

Trata-se, sem dúvida alguma, de um direito público subjetivo que pode ser exercido pelo demandado. Ele completa e dá sentido à *bilateralidade* em que se assenta o processo civil moderno (*audiatur altera pars*), que não permite a perda da liberdade ou mesmo de bens, sem devido processo legal.²⁸⁶ Essa última expressão, cujo correspondente no *commow law* é *due process of law*, agrupa o conjunto de garantias processuais constitucionais que garantem às partes a atuação da jurisdição de maneira legítima, sem excessos e com respeito a direitos invioláveis de ambos os litigantes, entre eles o direito à participação efetiva na relação jurídica processual. Costuma-se denominar o conjunto dessas garantias processuais previstas na Constituição de “Direito Constitucional Processual.”²⁸⁷⁻²⁸⁸

classificado como um *aspecto diverso* do próprio direito de ação. Ou, como quer Couture, é, ‘em certo sentido, a ação do réu’. Como há um direito abstrato de ação, há também um direito abstrato de defesa. Vale dizer: o exercício da defesa não está condicionado à existência efetiva do direito subjetivo que o réu invoca para justificar sua resistência à pretensão do autor. Dessa forma, o direito de defesa é sobretudo *processual*, e o objetivo primacial dele é tão-somente o de libertar o réu da causa. Acima de tudo, aspira-se, através de seu exercício, uma afirmação de liberdade jurídica. A resposta do réu, ou sua exceção em sentido lato, é, pois, o direito público subjetivo de opor-se à pretensão que o autor deduziu em juízo, no exercício do direito de ação”.

²⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 279: “Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo desenvolve-se como contradição recíproca. O réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado), a qual assume uma forma antitética à pretensão do autor. É nisso que reside o fundamento lógico do contraditório, entendido como ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los; e seu fundamento constitucional é a ampla garantia do direito ao processo e do acesso à justiça”.

²⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20-21: “Naturalmente, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional”. No mesmo sentido conferir: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 4. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 13, entende que o Direito Processual Constitucional é ramo destacado do Direito Processual que cuida de temas como a organização da estrutura judicial, dos princípios gerais do processo consagrados na Constituição, tais como o contraditório, o devido processo legal, e das ações previstas na Constituição com o fim de resguardar a integridade e implementar o próprio ordenamento constitucional. Discorda da dicotomia entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional.

²⁸⁸ A expressão *due process of law* pode ser utilizada como sinônima de devido processo legal em sentido material (*substantive due process*), dizendo respeito ao direito material e às garantias do cidadão contidas em cada ramo do Direito, como ocorre, por exemplo, no Direito Administrativo em que o princípio da legalidade impede o exercício do poder de polícia fora dos quadrantes da lei. Todavia, a expressão *due process of law* também pode ser enfocada como devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*), representativa do conjunto de garantias que permitem o acesso efetivo à justiça, seja deduzindo pretensão ou defendendo-se. Nesse sentido é a lição de NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 36-41.

Com efeito, dispõe o art. 5º, LIV, da CF que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. E o art. 5º, LV, da CF estabelece: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.²⁸⁹

O réu, ao apresentar resistência à pretensão do autor, não amplia o objeto da lide, tão só aumenta a cognição do órgão jurisdicional, seja arguindo matérias processuais ou fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Como já verificamos anteriormente, são inconfundíveis o objeto litigioso do processo (a lide, a pretensão) e o objeto do processo (lide mais alegações do réu).

Se a exceção tiver por conteúdo a relação jurídica processual ou o exercício do direito de ação, não dizendo respeito ao mérito, qualifica-se como exceção processual ou de rito. Será exceção processual dilatória se, uma vez acolhida, prolongar o julgamento do mérito, e exceção processual peremptória caso seu acolhimento conduza à extinção do próprio processo, sem análise do mérito.

Poderá o réu, ao apresentar sua defesa, negar o fato constitutivo do direito do autor, ou, reconhecendo sua existência, opor fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito. Nessa hipótese, a exceção qualifica-se como substancial ou de mérito direta e indireta, respectivamente.

O réu resiste à pretensão do autor apresentando contestação ou exceção de incompetência relativa do juízo, impedimento ou suspeição do juiz. Por intermédio da primeira e, via de regra por petição escrita e subscrita por advogado, deverá alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor (art. 300, do CPC). Antecedentemente ao mérito, cumpre alegar as matérias processuais alistadas no art. 301, do CPC. As segundas

²⁸⁹ TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2002, p. 9, acerca dos dispositivos da Constituição italiana que garantem a defesa como direito inviolável em qualquer procedimento (art. 24) e estabelecem que todo processo se desenvolve em contraditório entre as partes (art. 111) remarca: “Qui peraltro è necessario un duplice avvertimento. Benché la formula dell’art. 11 Cost. faccia pensare al processo ordinario di cognizione, la garanzia del contraddittorio, vale per ‘ogni procedimento’ (art. 24 cit.), per ‘ogni processo’ (art. 111 cit.), e dunque anche per i procedimenti sommari, cautelari o non cautelari, come per il processo esecutivo. D’altro canto, l’art. 24 supera il dubbio che il novo testo dell’art. 111 possa in qualche modo incidere sulla legittimità costituzionale dei processi o procedimenti a contraddittorio differito: come il processo ingiuntivo e, in caso de urgenza, i procedimenti cautelari e possessori”.

são opostas por petições escritas e, uma vez recebidas, suspendem o andamento do processo (arts. 265, III, e 304 do CPC). Seu conteúdo, como se nota, não conduzirá, uma vez acolhidas, à extinção do processo, mas apenas dilatará o seu trâmite.

Poderá ainda o réu, no mesmo prazo da contestação, por petição escrita e que será, em regra, autuada em apenso, impugnar o valor atribuído pelo autor à causa (art. 261 do CPC).

Todavia, além de resistir à pretensão do autor, poderá o réu deduzir contra ele sua própria lide, no mesmo processo, propondo reconvenção (arts. 315-318, do CPC) ou ação declaratória incidental (art. 5º, do CPC), situação em que o órgão jurisdicional julgará duas lides inseridas numa mesma relação jurídica processual. Em situações expressamente admitidas em lei é lícito ao réu na contestação não só resistir, mas também deduzir pretensão contra o autor, como ocorre nas ações possessórias (art. 922 do CPC), na ação de consignação em pagamento (art. 899, § 2º, do CPC), nas ações de procedimento sumário (art. 278, § 2º, do CPC), nas causas que tramitam perante os juizados especiais (Lei 9.099/1995, art. 31, *caput*) etc.

Assim, a resposta do réu abrange não só diversas formas de exceção, mas também de ações propostas por este contra o autor, a fim de que sejam decididas por única sentença (art. 297 do CPC).

O pronunciamento jurisdicional que julgue improcedente o pedido do autor importa em tutela jurisdicional em favor do réu de natureza declaratória negativa.²⁹⁰

Na execução, como veremos adiante, o demandado não é citado para contestar, mas simplesmente para pagar (art. 652 do CPC). A defesa manifesta-se sob a forma de verdadeira ação nominada de embargos do devedor na execução de título extrajudicial (art. 736 e ss., do CPC) ou impugnação na execução de título judicial ou cumprimento de sentença (art. 475-J, § 1º e 475-M, do CPC). Ocorre, aqui, fenômeno interessante: trata-se de ação, mas com conteúdo de defesa, tanto que não se admite, segundo melhor doutrina, a dedução de pedido de indenização de qualquer sorte nos embargos. Excepcionalmente, tratando-se de matérias de ordem

²⁹⁰ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 169.

pública ou relativas ao próprio mérito, poderá ser alegada no interior do próprio processo executivo, mas desde que prescindida de dilação probatória.

Registre-se que o termo exceção pode também ser empregado para indicar defesa que só pode ser conhecida quando alegada pela parte (incompetência relativa, suspeição, compensação etc), em contraposição ao termo objeção utilizado para indicar a defesa que pode ser conhecida de ofício pelo juiz (carência de ação, falta de pressupostos processuais).²⁹¹

Acrescente-se que não há simetria plena entre ação e defesa, porque aquela, como condutora de pedido da parte autora, dá ensejo à formação de coisa julgada e esta, como mera resistência, não.

1.5 Tutela jurisdicional: conceito voltado à (re)aproximação entre direito processual e direito material

A atuação da jurisdição estimulada pelo exercício do direito de ação e realizada através do processo, concretiza-se através de provimentos jurisdicionais, que representam as diversas técnicas processuais adequadas a amparar o direito violado ou ameaçado de violação.

Nesse aspecto, Luiz Guilherme Marinoni²⁹² destaca que:

“O direito à tutela jurisdicional, que é decorrência da própria existência do direito substancial e da proibição da sua realização privada, não é apenas o direito de ir ao Poder Judiciário, mas o direito de obter a via técnica adequada para que o direito material possa ser efetivamente realizado através da jurisdição. O direito à tutela, assim, é o direito à técnica processual (por exemplo, sentença e meios executivos) capaz de permitir a efetiva proteção do direito material. Trata-se, assim, do direito à adequada tutela jurisdicional”.

Segundo José Frederico Marques,²⁹³ se

²⁹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 282.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, n. 3.12, p. 81-82.

²⁹³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 265-266.

“está proibida a autodefesa e só as vias processuais atendem, na composição de litígios, os imperativos da vida jurídica que o Estado a todos impõe, a tutela jurisdicional às pretensões resistidas ou insatisfeitas é obrigação indeclinável do poder público. Se alguém, ao formular sua pretensão, através da ação, denuncia que a ordem jurídica foi violada ou está ameaçada de o ser, é dever do Estado estabelecer a paz e a justiça, aplicando os preceitos do direito em vigor para dar a cada um o que é seu. Nisso consiste a tutela jurisdicional. Obrigação a que o Estado não pode fugir, ela é, ao mesmo tempo, um instrumento de restauração da legalidade e do império da justiça”.

Remarca Karl Heinz Schwab²⁹⁴ que:

“El litigio gira alrededor del contenido de sentencia solicitado por el actor. La clase de tutela jurídica pedida, su forma, no debe separarse de su contenido. La autorización de la tutela jurídica, dada bajo forma de una sentencia de prestación (condena), declaración o constitución, forma parte de la resolución solicitada por el actor”.

Segundo Liebman,²⁹⁵ só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. O órgão jurisdicional dirá quem tem e quem não tem razão, acolhendo ou rejeitando o pedido.

Para Marcelo Lima Guerra²⁹⁶

“a função de proteção de direitos subjetivos, quando considerada da perspectiva de sua concretização, isto é, dos resultados produzidos, da proteção concreta dispensada a determinado direito subjetivo, é denominada, também tradicionalmente, de tutela jurisdicional. Assim, ao conceito de ‘jurisdição civil’, definido como ‘exercício da jurisdição caracterizado pela orientação à proteção de direitos subjetivos’, corresponde o conceito de ‘tutela jurisdicional’, definido como ‘proteção dispensada pelo órgão jurisdicional a determinado direito subjetivo’. Assim implicam-se mutuamente, sendo complementares”.

²⁹⁴ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, § 16, p. 242.

²⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 71, p. 135.

²⁹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 16-17.

Na lição de Donaldo Armelin,²⁹⁷ a idéia de tutela jurisdicional pode ser aceita como aquela representativa de “ato ou atos mediante os quais se atende a pretensão da parte”.

Enfatiza o Ministro e processualista Teori Albino Zavascki²⁹⁸ que:

“Tutelar (do latim *tueor, tueri* = ver, olhar, observar, e, figuradamente, velar, vigilar) significa proteger, amparar, defender, assistir. É com este sentido que o verbo e os substantivos *tutor* e *tutela*, dele derivados, são empregados na linguagem jurídica, nomeadamente nas expressões *tutela jurídica* e *tutela jurisdicional*. Com efeito, o Estado, que tem por objetivos fundamentais os de criar uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem pobreza e desigualdades, sem preconceitos e discriminações, na qual se garanta o bem de todos (art. 3º da Constituição), e que, para isso, exerce a administração pública e cria as normas reguladoras da convivência social, assumiu também o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas, dispensando aos indivíduos lesados ou ameaçados pela violação delas a devida *proteção*. Nenhum obstáculo pode ser posto ao direito de acesso ao Poder Judiciário, que fará a ‘*apreciação*’ de qualquer ‘*lesão ou ameaça a direito*’, segundo dispõe o art. 5º, XXXV, do Texto Constitucional. Assim, quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente, no amparo, na defesa, na vigilância, que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos”.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque,²⁹⁹ tutela jurisdicional é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial.

Adolf Wach³⁰⁰ diz que o objeto de todo processo é uma pretensão, a pretensão de tutela jurídica, é dizer, a pretensão de que se conceda tutela jurídica processual. A pretensão de tutela jurídica, segundo esse autor, é o meio de realizar a finalidade do direito material.

Jaime Guasp,³⁰¹ ao conceituar a jurisdição como a função específica estatal, pela qual o poder público satisfaz pretensões, destaca que, para se obter uma

²⁹⁷ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, p. 46, jan.-mar. 1992.

²⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 5.

²⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 30.

³⁰⁰ WACH, Adolf. *Manual del derecho procesal civil*, v. I, p. 42.

³⁰¹ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*, t. I, p. 91.

noção precisa da função jurisdicional, há que se renunciar a toda idéia que não parta da congruência que existe entre jurisdição e processo, pois ambos os conceitos são correlativos e qualquer um deles implica necessariamente o outro.³⁰²

Nessa perspectiva, após análise dos conceitos acima, melhor se afina com a idéia de tutela jurisdicional aquela que traz em si a noção de efetiva proteção do direito, realizada através das diversas técnicas processuais disciplinadas pelo legislador.³⁰³

Se o instrumento processual se mostrar eficaz na proteção do direito da parte, i.e., se a resposta técnica outorgada pelo Estado-juiz conseguir entregar à parte aquilo e exatamente aquilo que ela tinha o direito de obter, então ela será digna de ser subsumida ao conceito de tutela jurisdicional. Caso contrário, haverá inegavelmente jurisdição, ação, processo e defesa, mas não tutela jurisdicional em favor do autor.

A tutela jurisdicional alcança-se através de provimentos (prestações), por parte do Poder Judiciário, destinados a amparar o direito afirmado pelo autor, de acordo com suas peculiaridades. Ou dito de outra forma e unindo os institutos fundamentais da Ciência Processual: a tutela jurisdicional é a resposta técnica outorgada pelo Estado à provocação da parte autora por intermédio do processo, em relação a um direito afirmado como existente e que efetivamente conduza a sua proteção.

Essa idéia de tutela jurisdicional traduz as razões determinantes da própria existência do Direito Processual Civil: outorgar proteção às situações conflituosas retratadas na lide que reclamam providências do Estado-juiz.

Atualmente, doutrina de vanguarda tem denominado essas situações conflituosas de *crises jurídicas*³⁰⁴ (Cândido Rangel Dinamarco) ou de *crises de cooperação* (Andrea Proto Pisani).³⁰⁵

³⁰² GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*, t. I, p. 92.

³⁰³ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 21-22.

³⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I, n. 58, p. 149: “Conquanto não seja ainda de emprego generalizado na doutrina dos processualistas, a locução *crise jurídica* é muito expressiva e representa a matéria-prima do labor dos operadores do processo. *Crise* é dificuldade, é perigo, risco. *Crises jurídicas* são momentos de perigo nas relações entre pessoas ou grupos, suscetíveis de serem normalizadas pela imposição do direito material”.

A Ciência Processual obteve sua autonomia como sub-ramo do Direito demonstrando que o direito material não se confundia com instrumento de sua aplicação – o processo.

Diante dos equivocados postulados da doutrina civilista ou imanentista do direito de ação, que enxergava o processo como mero aspecto caudatário ou mero apêndice do direito material, todo o esforço da doutrina, especialmente a européia, voltou-se para a absoluta diferenciação entre o direito substancial, objeto da lide, e a relação jurídica processual em que essa se inseria. Os pressupostos processuais garantiram suficiência lógica do processo, auxiliando a sistematização e a delimitação da relação jurídica processual, impedindo que fosse enfocada com uma qualidade (lado reativo) do direito material discutido em juízo.

Tanto na conquista da autonomia do Direito Processual Civil quanto na sua manutenção, era quase “imprescindível”, como verdadeira “condição de sobrevivência” desse, que o processo fosse a todo momento diferenciado (*distanciado*) do direito material.

A menor aproximação entre ambos poderia representar retrocesso e perigo iminente ao novel ramo do Direito, que se consolidava com a sistematização de princípios e institutos próprios.

É perfeitamente compreensível que a doutrina e as codificações que se desenvolveram a partir dela fossem impregnadas por essa tendência de constante reafirmação da inexistência de uma maior ligação entre o processo civil e o direito material.

Doutrinadores de escol desenvolveram penetrantes estudos visando a demonstrar e a reafirmar a absoluta autonomia do processo. As lições anteriormente citadas, especialmente acerca do direito de ação, tiveram a finalidade de demonstrar quanto intensa eram as divergências travadas nesse campo. Ora foi enfocado como direito autônomo, mas concreto, ora como direito autônomo e abstrato, ora dirigido contra o Estado, ou contra o réu, ou contra ambos, e até mesmo conceituado como direito potestativo; enfim, a grande preocupação dos

³⁰⁵ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3 ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999, p. 32 e ss.

estudiosos do processo civil, do século XIX e da primeira quadra do século XX, voltava-se para a conceituação dos institutos de Direito Processual Civil.

Com conceitos precisos, institutos e princípios próprios, o Processo Civil jamais seria novamente confundido com o direito material. Esse intenso movimento de conceituação dos institutos processuais denomina-se *conceitualismo* e seduzia os grandes mestres responsáveis pelo desenvolvimento do Direito Processual Civil.

Os sistemas processuais foram erguidos justamente a partir dessa angulação do processo civil e sob os postulados dos valores do Estado liberal. Inseridos num contexto social e político que impunha o “necessário” distanciamento do Estado em relação às relações privadas, o órgão jurisdicional outorgava provimentos que conferiam a *mesma resposta* para todas as espécies de pretensões deduzidas; os meios de tutela a serem manejados pelo juiz já estavam predispostos de maneira taxativa; era impensável qualquer tentativa do magistrado no sentido de particularizar e diferenciar o julgamento de lides que não se encaixassem no modelo previamente concebido como abrangente de todas as situações litigiosas; ao direito processual cumpria dar uma (*rectius* qualquer) resposta ao pedido da parte. O amparo à pretensão veiculada pelo autor cumpria-se formalmente, mas não substancialmente.

Embora compreensível essa angulação de análise das relações entre o processo e direito substancial, quando do início do surgimento da Ciência Processual e durante certo período de construção de seus princípios, atualmente o operador do Direito deve trabalhar justamente no sentido de (re)aproximá-los ao máximo.

Se a preocupação outrora era distanciar o processo civil do direito material, atualmente assiste-se a movimento contrário. Não porque esteja a se confundir os ramos do Direito a que pertencem, mas pelos notórios males que o conceitualismo e a visão unilateral do fenômeno processual causou à sociedade, supervalorizando o processo a tal ponto que ele passou a ser concebido como *um fim em si mesmo, sem qualquer compromisso com a realidade da vida em sociedade*. Os processualistas e os sistemas jurídicos criaram uma *realidade própria*

do processo totalmente divorciada da realidade da vida das pessoas, o que é inconcebível, porque o processo é apenas uma técnica criada para proteção dos direitos subjetivos violados ou ameaçados de violação e cuja tutela encontra-se prevista nas regras de direito material.

Proto Pisani³⁰⁶ explica que por “crises de cooperação” devem-se entender situações em que o titular da situação de vantagem prevista no direito substancial não consegue, só por si, obtê-la a não ser através da intervenção do Estado. Por essa expressão devem-se entender não só violações já consumadas de uma obrigação mas também o perigo de uma violação futura e a mera contestação de um direito.

Explica esse jurista que o processo assume uma função instrumental em relação ao direito substancial, na medida em que objetiva assegurar as mesmas garantias do direito substancial ao titular do direito.³⁰⁷

Ainda segundo ensinamentos de Proto Pisani, a visão oitocentista do direito de ação merece releitura diante do atual estágio da Ciência Processual e das vicissitudes da sociedade, inconciliáveis com respostas meramente formais, retóricas e muitas vezes vazias de conteúdo prático. Segundo o Direito Constitucional atual, todos os direitos têm tutela jurisdicional nas formas e nos limites em que essa tutela é disciplinada no ordenamento processual, com a exigência, porém, de que as formas de tutelas jurisdicionais predispostas nas leis processuais devam ser efetivas, i.e., adequadas às específicas necessidades de tutela das singulares situações de vantagem do direito substancial.³⁰⁸

Consoante destaca Pisani, a teoria da ação reconhece a todos, pelo simples fato de afirmar-se titular do direito substancial, o poder de agir em juízo, colocando em movimento o processo. Todavia, nada ou pouco a teoria da ação diz acerca das modalidades e do conteúdo da tutela jurisdicional pedida através do exercício do direito de ação. Isso porque a ideologia liberal da igualdade formal de todos os cidadãos, no contexto em que a teoria da ação foi elaborada, deixou conseqüências negativas, enquanto determinou a convencer que esse direito fosse

³⁰⁶ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 50.

³⁰⁷ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 53.

³⁰⁸ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 53.

qualquer coisa de unitário, e que o processo colocado em movimento por meio desse direito também fosse considerado como uma categoria unitária e sempre idôneo a oferecer tutela jurisdicional a todos os direitos previstos na lei substancial, independentemente da especificidade dos seus conteúdos ou dos sujeitos reais que seriam titulares desses direitos.³⁰⁹

Esse quadro de coisas concorreu a convencer que a tutela jurisdicional pudesse se traduzir em resultados segundo formas unitárias, neutras, indiferentes aos interesses que constituíssem o substrato dos singulares direitos substanciais carentes de tutela. Essa forma de visualização do direito de ação criou uma perigosa separação entre direito substancial e o processo, que ainda não foi superada.³¹⁰

À noção clássica do direito de ação, deve-se agregar a necessidade de verificar - com referências às singulares categorias de direitos substanciais, e, em especial às singulares espécies de violações que esses direitos possam sofrer -, quais modalidades e quais conteúdos da tutela jurisdicional devam ou possam assumir para assegurar uma tutela efetiva, a fim de que o processo cumpra sua função instrumental de dar na medida do possível praticamente a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de obter, tentando superar os limites intrínsecos de uma análise que privilegie os perfis formais de igualdade.³¹¹

É impossível se conceber ou se pensar em tutela jurisdicional utilizando-se dos velhos e ultrapassados conceitos processuais do final do século XIX e da primeira metade do século XX. Importantes para reafirmar a autonomia do Direito Processual, hoje empecem o processo de cumprir sua nobre função constitucional, haja vista que segmentam e distanciam sub-ramos do sistema jurídico que têm seus princípios radicados e entrelaçados em origens comuns.

O direito material contempla as diversas formas de tutela que amparam aqueles que se encontram em situação de vantagem nas situações conflituosas (crises de cooperação). Cabe ao processo outorgar, por meio de provimentos técnicos, medidas que assegurem exatamente o cumprimento daquilo

³⁰⁹ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 53-54.

³¹⁰ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 53-54.

³¹¹ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 54.

que o titular do direito não conseguiu obter espontaneamente do obrigado. Encontrar os pontos de estrangulamento onde esses resultados não têm sido atingidos, reconduzindo o processo ao cumprimento do seu (único) objetivo constitucional, longe de tisonar a autonomia do Direito Processual, remarca seu compromisso de servir adequada, tempestiva e eficazmente, como instrumento de efetivação do direito material.

Sobre esses postulados é que se deve assentar qualquer concepção de tutela jurisdicional. A missão dos operadores do Direito é fazer com que todos, exatamente todos os provimentos jurisdicionais traduzam-se em efetiva tutela do direito da parte, i.e., que da pauta de técnicas existentes no sistema, o Estado-juiz utilize aquela que se mostrar mais adequada a restabelecer a ordem jurídica violada e entregar ao titular do direito o bem da vida por ele perseguido.

O processo civil deve sempre ser visto como garantia, por excelência, do direito material violado, na lição de Arruda Alvim.³¹² O caráter instrumental de aplicação do direito material impõe que, como qualquer instrumento, o processo deva realmente adequar-se, adaptar-se, conformar-se o mais estreitamente possível à particular natureza do seu objeto e de sua finalidade, ou seja, à natureza particular do direito substancial e à finalidade de tutelar os institutos do mencionado direito, como averbou Mauro Cappelletti.³¹³

³¹² ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 87, nota de rodapé n. 3, jan.-mar. 1976: “O processo civil é visto como garantia, por excelência, do direito material violado. Na medida em que haja infringência a qualquer norma de direito material, haverá necessidade do uso do processo, para que seja efetivamente *aplicável* o direito material que *incidiu*. Nesta perspectiva, no processo, aplicando-se o direito material, torna-se efetiva a incidência da norma material. (...). O direito processual civil, une-se ao direito material, e formam, ambos, um autêntico sistema, preordenado que é o direito processual a tornar efetivo o material, nas hipóteses de conflitos de interesses, não solucionados pelos litigantes. Guardam, assim, unidade sistemática, necessariamente emergente dos princípios que os unem, dado que, todo esse agregado, formativo de um sistema, alcança, desta forma e por essa razão, a dignidade de uma ciência”.

³¹³ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 23, p. 17, nov.- 1981: “Uma das primeiras e mais elementares noções, pelas quais costumamos iniciar o ensino do direito processual, é a relativa a seu caráter instrumental: a ‘instrumentabilidade’ do processo em geral, e do processo civil em espécie. O direito processual não é, realmente, um fim em si mesmo, porém instrumento volvido ao objetivo da tutela do direito substancial, público e privado; está, por assim dizer, ‘ao serviço’ do direito substancial, do qual tende a garantir a efetividade, ou melhor, a observância e, para o caso de inobservância, a reintegração. A instrumentabilidade do direito processual e, portanto, da técnica do processo, impõe, todavia, uma conseqüência de grande alcance. Como qualquer instrumento, também aquele direito e aquela técnica devem realmente adequar-se, adaptar-se, conformar-se o mais estreitamente possível à particular natureza de seu objeto e de sua finalidade, ou seja, à natureza particular do direito substancial e à finalidade de tutelar os institutos do mencionado direito. Tanto mais um sistema processual será perfeito e eficaz,

Essas noções mostram-se importantes, principalmente porque motiva este trabalho o compromisso de tentar encontrar possíveis caminhos para atalhar a entrega de resposta efetiva e concreta de tutela jurisdicional na execução por quantia certa contra devedor solvente. Não nos interessa “uma” ou “qualquer” resposta jurisdicional. Buscamos por meio deste estudo a melhor, aquela que renda maior resultado possível e aproximado das normas de direito substancial. Qualquer solução que se desvie desse compromisso mostrar-se-á inadequada e não será por nós adotada.

1.6 Os valores do Estado liberal e do Estado contemporâneo e seus reflexos ideológicos no poder dos juízes: a constatação de que os valores liberais clássicos, que não mais se justificam na atual realidade social e econômica, ainda orientam os pronunciamentos jurisdicionais, ocasionando uma tímida atuação dos juízes

O poder dos juízes está diretamente relacionado não só às regras disciplinadoras de como ele é ou deve ser exercido mas principalmente aos valores e princípios do Estado em que está inserto.

Nessa parte do trabalho, não pretendemos esmiuçar ou tratar de maneira exauriente os princípios e valores do Estado liberal, mas destacar aqueles que mais fortemente exerceram influência sobre o poder dos juízes, sob o ângulo de sua contenção, entender o porquê desse fenômeno e questionar sua aplicabilidade ao direito contemporâneo de nosso país.

A opressão do Estado imposta pelo absolutismo levou ao sucesso de movimentos liderados pela burguesia, especialmente no século XVIII, e que, resumidamente, visavam à preservação da liberdade individual contra toda sorte de opressão e arbitrariedades até então assistidas. Essa proteção contra o arbítrio estatal

quanto mais for capaz de adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias, àquela natureza e àquela finalidade.”

deveria estar garantida numa Constituição, cuja supremacia seria reconhecida por todo o corpo social.

A idéia de que o ser humano possuía direitos naturais inalienáveis (jusnaturalismo), entre eles o de propriedade, que não poderiam ser desrespeitados, e a supressão da intervenção do Estado nas relações econômicas deixando que elas se desenvolvessem naturalmente ao sabor das habilidades e capacidades de cada um, foram algumas das idéias que culminaram com a estruturação de um Estado não-intervencionista e fortemente influenciado pelos objetivos econômicos da classe dominante, que ora ascendia ao poder político. Esses valores não só constituíram fundamento para a ascensão da burguesia ao poder, mas, principalmente, para justificar sua manutenção.³¹⁴

A palavra “constitucionalismo”, como anota Santi Romano,³¹⁵ empregada em seu sentido antonomástico, designa as instituições e princípios adotados pelos Estados, principalmente no fim do século XVIII, que buscavam um governo contraposto àquele absoluto.

Segundo J. J. Gomes Canotilho,³¹⁶ constitucionalismo “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”.

Três grandes movimentos mundiais podem ser citados como responsáveis pela eclosão do modelo de Estado liberal, com as características acima citadas. O primeiro ocorreu na Inglaterra, através da chamada Revolução Inglesa, que teve seu apogeu em 1689; o segundo ocorreu com a independência das treze colônias americanas, em 1776, e o terceiro com a Revolução Francesa, de 1789.³¹⁷

³¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 89 e ss.

³¹⁵ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 42.

³¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 47.

³¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 125: “É através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõem do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático; o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração

A notável diferença entre eles reside na forma espontânea, lenta e progressiva, com que essa tendência se consolidou na Inglaterra, sem correspondência nos demais. A Constituição inglesa, de caráter consuetudinário, baseada em esparsos fragmentos escritos e estratificada em valores e idéias construídas lentamente ao longo do tempo, contrapôs-se às Constituições das treze colônias e à francesa, escritas e redigidas logo após a vitória sobre a monarquia. Na Inglaterra houve conciliação da monarquia com a aristocracia e os comuns, aludindo Canotilho³¹⁸ a uma “soberania colegial” fundada nos “direitos dos estamentos” dessas três classes, o que não ocorreu nos demais movimentos liberais, que romperam qualquer laço com a monarquia e nobreza.³¹⁹

Esses movimentos têm ligações contextuais, principalmente porque é inegável a influência das instituições e princípios do direito inglês nas Revoluções Americana e Francesa, embora, evidentemente, essas os tenham conformado e adaptado às suas próprias realidades.³²⁰

Merecem destaque, nesse quadro, o sistema de liberdades públicas e suas garantias constitucionais, notavelmente desenvolvidas pelos ingleses, através da *Magna Charta Libertatum*, de 1215, da Petição de Direitos de 1628, do *Habeas Corpus*, de 1679 e do *Bill of Rights*, de 1689.³²¹

Por sua vez, o direito americano e o direito francês, além de difundirem as instituições inglesas, exerceram influência no direito público europeu, especialmente pela noção de soberania nacional como atributo do poder de toda a nação e não apenas do monarca. Na América central e meridional, essas idéias também vingaram e constam em constituições escritas das populações que se emanciparam da dominação espanhola e portuguesa.³²²

No período que antecedeu à Revolução Francesa de 1789, assistiu-se a um comprometimento da imparcialidade dos magistrados, diante de sua notória

de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de Rousseau”.

³¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 52-53.

³¹⁹ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 43-49.

³²⁰ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 48-49.

³²¹ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 47 e 52.

³²² ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 54-55.

aliança e vinculação à nobreza. Emmanuel Joseph Sieyès, contemporâneo da Revolução, chega a falar em uma “aristocracia da Igreja, da Espada e da Toga”.³²³

Os magistrados eram escolhidos por aqueles que detinham o poder político. Suas decisões contavam com respaldo do soberano absoluto. Essa concentração de poder gerou uma imagem negativa dos juízes, na medida em que, sob o amparo do monarca absolutista, os magistrados cometiam arbitrariedades, além do que tinham comprometida sua imparcialidade quando alguma demanda envolvia particulares e a figura do próprio Estado. Nessa fase, os cargos dos juízes eram considerados verdadeira propriedade privada, que podia ser comprada, vendida, transferida por herança, ou mesmo alugada por determinado tempo, quando o titular não quisesse exercer a magistratura, mas pretendesse transferi-la, posteriormente, a um descendente, ainda menor de idade.³²⁴

Essa distorção do exercício de uma parcela da soberania deveria ser prontamente corrigida, e uma das maneiras de assim agir seria impedir que os juízes pronunciassem suas sentenças baseados em considerações pessoais sobre as circunstâncias do caso concreto.

Nesse contexto, desenvolveu-se a idéia de que todos, inclusive o próprio Estado, deveriam se submeter à vontade da lei, que, elaborada pelos

³²³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, capítulo II, p. 11: “Parece que, às vezes, as pessoas se surpreendem ouvindo a queixa de que existe uma tripla ‘aristocracia’: da Igreja, da Espada e da Toga. Pretende-se que isso não passe de uma maneira de se falar, mas esta expressão deve ser entendida ao pé da letra. Se os Estados Gerais são os intérpretes da vontade geral e, como tal, detêm o poder legislativo, não é verdade que, ali, onde os Estados Gerais não passam de uma assembléia clerical, nobiliárquica e judicial, haja uma verdadeira aristocracia? A esta terrível verdade deve ser acrescentado que, de uma forma ou de outra, todos os ramos do poder executivo também caíam na casta que domina a Igreja, a Toga e a Espada. Uma espécie de espírito de confraternidade faz com que os nobres se prefiram entre si ao resto da nação. A usurpação é total. Eles reinam de verdade”. A noção de insatisfação com os representantes do Poder Judiciário, principalmente pela falta de legitimidade desses, sob os olhos dos integrantes do chamado Terceiro Estado, formado principalmente por representantes da burguesia, extrai-se de outra passagem da obra de Sieyès (Idem, capítulo I, p. 2): “As funções públicas também podem, no estado atual, ser reunidas sob quatro denominações conhecidas: a Espada, a Toga, a Igreja e a Administração. Seria supérfluo percorrê-las detalhadamente para mostrar que o Terceiro Estado integra os dezenove vigésimos delas, com a diferença de que se ocupa de tudo o que é verdadeiramente penoso, de todos os cuidados que a ordem privilegiada recusa. Somente os postos lucrativos e honoríficos são ocupados pelos membros da ordem privilegiada. Seria isso um mérito seu? Para isso seria preciso que o Terceiro Estado se recusasse a preencher estes lugares, ou, então, que fosse menos apto para exercer essas funções. Sabemos que isso não acontece. Entretanto, se ousou fazer uma interdição ao Terceiro Estado. E lhe disseram: *Quaisquer que sejam seus serviços e seus talentos, você irá até ali; não poderá ir além. Não convém que você seja honrado*. Algumas raras exceções, sentidas como devem ser, não passam de zombaria, e a linguagem que se emprega nessas raras ocasiões é um insulto a mais”.

³²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11-14.

representantes do poder legitimamente investido dessa função (Poder Legislativo), expressaria a vontade do povo e garantiria isonomia de tratamento. Assim, a lei, como expressão legítima do sentimento comum, não poderia ser interpretada pelos juízes, vez que desse poder não estavam investidos. A eles caberia tão somente aplicar a lei subsumindo os fatos à regra jurídica, a fim de que dessa atividade fossem extraídas as respectivas conseqüências ditadas e já previstas pelo sistema. Por sua vez, o Poder Executivo estaria incumbido da função de executar o comando das leis.

O Estado garantiria a liberdade do cidadão, desde que houvesse essa *divisão de funções* entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que, por sua vez se autolimitavam a fim de fossem evitados excessos e a instalação do arbítrio.³²⁵

Segundo Montesquieu: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”³²⁶ E esses “três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente”.³²⁷

O princípio da legalidade, expresso na máxima de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão aquilo que a lei determina, passou a vincular a atividade dos juízes, porque gerador de segurança jurídica, liberdade e isonomia: “Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as

³²⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. 2. ed. 2. tiragem. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, livro XI, capítulo VI, p. 167-168: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

³²⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, livro XI, capítulo IV, p. 166.

³²⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, livro XI, capítulo VI, p. 176.

coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite”;³²⁸ a “liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”.³²⁹

Aos membros do Poder Judiciário cabia tão-só a tarefa de julgar. Ainda que dissociada dos valores vigentes à época em que editada ou mesmo injusta, a lei deveria ser aplicada porque, em última análise, interpretá-la na tentativa de adaptá-la à realidade do caso concreto seria o mesmo que transformar o juiz em legislador positivo e, portanto, subverter o rígido sistema de divisão e autolimitação de funções.

Algumas passagens da obra de Montesquieu bem exprimem a idéia de *vinculação dos juízes à letra da lei* e conseqüentemente da *absoluta contenção de seus poderes*. Segundo ele: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.³³⁰ Por outro lado, dos três poderes “o de julgar é, de alguma forma, nulo”.³³¹ Isso porque “os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que assumimos”.³³²

John Locke, em 1689, chega a afirmar que entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz.³³³

A vinculação do juiz à lei, segundo os postulados liberais clássicos geraria, *segurança jurídica*, porque todos de antemão já saberiam o resultado de sua aplicação. Aos juízes caberia então apenas cumprir essa tarefa de aplicá-la à situação trazida a juízo e declarar as respectivas conseqüências emergentes.

³²⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, livro XI, capítulo IV, p. 166-167.

³²⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, livro XI, capítulo III, p. 166.

³³⁰ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, livro XI, capítulo VI, p. 175.

³³¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, livro XI, capítulo VI, p. 172.

³³² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, livro XI, capítulo VI, p. 170.

³³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 56, após citar a idéia de Locke, diz que ela viria a ser superada pelo direito norte-americano de controle da constitucionalidade das leis pelos juízes (*judicial review*).

A segurança buscada pelo Estado liberal não se coadunava com provimentos jurisdicionais sumários, segundo particularidades da demanda, pois se corria, novamente, o risco de arbítrio por parte dos juízes. O direito à ampla defesa e ao contraditório, antes de qualquer atividade executiva, completava a estrutura de segurança e de previsibilidade absoluta buscada pelo direito liberal, repelindo provimentos que não fossem antecedidos de cognição plena e exauriente.

Disse Calamandrei³³⁴ que a defesa do direito que o Estado realiza, através da jurisdição, não se esgota nos raciocínios do juiz; a fim de que estes possam tornar-se realidade, é necessário que, por trás da balança do julgador, vigie a espada do executor. Mas, vice-versa, a espada do executor não pode se movimentar se antes o juiz não tiver pesado imparcialmente as razões da justiça. As lides trazidas a juízo acabavam sendo engessadas e enfeixadas nessa rígida estrutura sem possibilidade de adaptabilidade às suas características próprias.³³⁵

O conceito de ilícito acaba como que se fundindo ao conceito de dano, de sorte que apenas condutas que provocassem dano eram consideradas relevantes para o Direito. Com isso, em última análise, permitia-se ao réu a transgressão das regras jurídicas, sob o pretexto de sua reparabilidade em pecúnia. A prevenção contra o ilícito não se enquadra nesse arquétipo.³³⁶

O Estado liberal elegeu como dogma absoluto a preservação da liberdade humana. O art. 1.142, do Código de Napoleão é expresso a respeito: “Toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor”. Imunizava-se a vontade humana, sob o dogma e signo de sua incoercibilidade. Alvo de constrangimentos abusivos, no período das monarquias absolutas, agora deveria ser preservada a qualquer custo, não devendo o Estado, de forma alguma, intervir nas relações sociais.

Nesse sentido, o Estado liberal foi estruturado sobre regras, algumas previstas em texto normativo com máxima eficácia em relação a todas as demais e cuja finalidade era exatamente a preservação da liberdade individual, advindo daí a

³³⁴ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I, § 20, p. 167-168.

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 183.

³³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 34-47.

noção de Estado de Direito, Estado Democrático, Estado Constitucional e, ao mesmo tempo, de Estado-polícia.³³⁷

A patrimonialidade, elegida também como um dos dogmas do Estado liberal, lançou reflexos indelévelis no plano jurídico, pois as regras contidas nos Códigos e a doutrina que se desenvolveu a partir delas passaram a ser construídas com vista à preservação do elemento patrimonial nas relações sociais com importância para o Direito, como forma de perpetuação das relações de produção. Até mesmo as relações familiares passaram a ser pautadas mais pelos aspectos patrimoniais e menos pelos afetivos.³³⁸

Explica Arruda Alvim,³³⁹ citando a lição de Roger Perrot, que as demandas do século XVIII, tais como questões referentes ao direito de propriedade, sucessão ou concernentes aos regimes matrimoniais, não exigiam um processo expedito e permitiam que se esperasse uma solução final, até por tempo dilatado.

Além do estabelecimento de regras visando à intervenção mínima do Estado na seara econômica, o valor patrimônio, ocupando o centro de

³³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos teoria geral do Estado*, p. 90.

³³⁸ Relevantes são as observações e críticas de OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 244-251, ao Código Civil de 1916, que disciplinou as relações familiares sob o signo da patrimonialidade, olvidando aspectos sentimentais e afetivos que lhe são próprios, principalmente para uma população, como a brasileira, notoriamente desprovida, em sua maioria, de bens materiais de alto valor. Segundo o autor (Idem, p. 245-248): “Nosso Código Civil está sedimentado sob intenso conteúdo patrimonializante, no que se refere às relações familiares. Ele provoca verdadeira inversão de valores a tal ponto que aquilo que se poderia conceituar de acessório – ou seja, o eventual patrimônio existente na relação familiar – supera em importância o principal, vale dizer, o elemento pessoal-afetivo que deve existir na manutenção da textura familiar. (...). Verifica-se que a maioria dos dispositivos do Código Civil no que se refere às relações familiares tem nítido conteúdo patrimonializante, relegando a um segundo plano o elemento que deveria ser o vetor norteador da maior parte dos dispositivos legais: o elemento pessoal e afetivo. (...). O conteúdo liberal do Código Civil ‘tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis’. ‘A família, nessa concepção de vida, deveria ser referencial necessário para a perpetuação das relações de produção existentes, inclusive e sobretudo através de regras formais de sucessão de bens, de unidade em torno do chefe, de filiação certa’. A moderna concepção de família explicitada pela Constituição Federal não se coaduna com a visão estreita do Código Civil, neste particular. Antes lhe é adversa. (...). É neste contexto que se fala em ‘despatrimonialização’ da família, ou seja, em abandono da estreita e unilateral visão do legislador de 1916, para dar guarida à ‘repersonalização’ da família, ou seja, ao resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar e que são os efetivos responsáveis por sua manutenção. Entre eles estão: afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, carinho e toda característica que prestigie o mútuo respeito”. A respeito, conferir ainda: LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, *passim*.

³³⁹ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 79, nota 3, 1996.

importância para o direito liberal, permite a prática de ilícitos, justamente baseado na premissa de sua reparação em pecúnia.

No campo probatório, atribuía-se ao juiz um papel passivo, que, como mero coordenador de um jogo de habilidades entre as partes, deveria aguardar pacientemente, baseado em rígidas regras de distribuição do ônus da prova, os elementos de convicção que elas lhe trariam, coroando também no plano do processo o dogma do não-intervencionismo e do livre jogo das forças do mercado (*laissez faire*).³⁴⁰

Não é preciso muito esforço para se notar que a concepção de processo, própria do início da Ciência Processual, servia exatamente aos postulados do Estado liberal, pois cumpria as funções a que se destinava: outorgava tutela jurisdicional do tipo ressarcitória, impedindo qualquer medida de coerção que atuasse contra a liberdade dos indivíduos; buscava segurança jurídica, só permitindo atos de agressão patrimonial após amplo contraditório; o pronunciamento jurisdicional representa em certa medida uma conclusão silogística, tendo como premissas a letra da lei e os fatos trazidos à apreciação do juiz; todos as lides são tratadas como se não possuíssem características particulares dignas de tratamento diferenciado, recebendo idêntica resposta por parte do Poder Judiciário, e, assim, não se abria margem à atuação do juiz fora dos quadrantes da lei.³⁴¹

³⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, p. 202-204, jul.-set. 1983.

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 336-337: “A incoercibilidade do fazer, contudo, tem um significado que vai muito além da mera intangibilidade da vontade humana. Em uma primeira análise, é certo, o art. 1.142 do *Code Napoléon* constituiria apenas a consagração jurídica dos princípios da liberdade e da defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista. Entretanto, há uma íntima relação entre a ideologia liberal e a transformação do processo econômico, ou, em outras palavras, uma estreita ligação entre a concepção liberal de contrato, a igualdade formal das pessoas e o ressarcimento do dano como sanção expressiva de uma determinada realidade de mercado. Para o direito liberal pouco importa a qualidade do indivíduo contratante, se é pobre ou rico, se pertence a determinada classe ou não, se é o detentor dos meios de produção ou se vende a força de seu trabalho. Também não conta a qualidade do objeto do contrato; se é um bem de consumo ou um bem essencial; se é a propriedade de um meio de produção ou não. A essa abstração, ou seja, a essa indiferença pela diversidade das pessoas e dos bens, corresponde, no plano da sanção, a tutela ressarcitória, que não altera o natural funcionamento dos mecanismos de mercado. A tutela ressarcitória, limitando-se a exprimir o equivalente pecuniário do bem almejado, nega as necessidades de determinado grupo ou classe e a diversidade de importância dos bens. Nada mais natural quando o objeto é apenas preservar o funcionamento do mercado, sem qualquer preocupação com a tutela das posições social e economicamente mais fracas. Além disso, se os sujeitos são iguais e, portanto, livres para se autodeterminarem no contrato, não cabe ao Estado, no caso de inadimplemento, interferir na relação jurídica, assegurando o adimplemento *in natura*. Os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo negativo, gozando desta natureza a tutela de ressarcimento de dano”.

As ações estatais estavam, assim, equacionadas para garantir a expansão das qualidades e habilidades dos homens. Bastava que o Estado preservasse esse livre “jogo de destrezas”, através da contenção de sua ingerência e do (mero) reconhecimento de direitos fundamentais do ser humano.

Explica Canotilho³⁴² que

“a economia capitalista necessita de *segurança jurídica* e a segurança não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as freqüentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a *certeza do direito*. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado”.

Ainda segundo o mesmo autor:³⁴³

“As constituições liberais costumam ser como ‘códigos individualistas’ exaltantes dos direitos fundamentais do homem. A noção de indivíduo, elevado à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade, manifesta-se fundamentalmente de duas maneiras: (1) a primeira acentua o desenvolvimento do sujeito moral e intelectual livre; (2) a segunda parte do desenvolvimento do sujeito econômico livre no meio da livre concorrência”.

O tempo demonstraria que, a par das inegáveis conquistas angariadas pela sociedade com o Estado liberal, na realidade ele estava totalmente estruturado de forma a garantir a expansão e a manutenção do poder dos economicamente mais fortes.

Aos indivíduos desprovidos de riquezas, que apenas tinham a força de trabalho como única forma de sobrevivência, não eram proporcionadas

³⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 105. Afirma citado autor (Idem, p. 106): “(...) embora as constituições liberais não condensassem um código das liberdades econômicas, o pensamento liberal considerou como princípio fundamental da constituição econômica (implícita nos textos constitucionais liberais) o princípio de que, na dúvida, se devia optar pelo mínimo de restrições aos direitos fundamentais economicamente relevantes (propriedade, liberdade de profissão, indústria, comércio)”.

³⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 106.

condições efetivas de igualdade, e, como se sabe, tratar igualmente os desiguais é quebrar a promessa de isonomia.

A busca a todo custo por lucro e o dogma do não-intervencionismo fizeram com que grande parcela da população mundial fosse vítima dos ilimitados anseios da classe dominante, gerando uma massa de homens mal remunerados, desnutridos, doentes, submetidos a infindáveis horas de trabalho, reduzidos à mais absoluta miséria e que habitavam cortiços em condições sub-humanas, *tudo isso plenamente justificado em bases políticas, econômicas, sociais e principalmente jurídicas*.³⁴⁴

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:³⁴⁵

“Passando da teoria à prática, a burguesia, que numa ação revolucionária conquistara o poder político acrescentando-o ao poder econômico alcançado antes, manteve separados o domínio político, o econômico e o social. Vem daí a distinção absurda que se faz entre democracia política, econômica e social, como se fosse possível essa dissociação”.

(...).

“O Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as *técnicas de poder*, surgindo e impondo a idéia do *poder legal* em lugar do *poder pessoal*. Mas, em sentido contrário, o Estado liberal criou as condições para sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade”.

³⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 144.

³⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 234-235.

As primeiras tentativas de subversão desse estado de coisas foram prontamente coibidas por normas jurídicas “legitimamente” emanadas do Estado “Democrático” e “Constitucional” liberal. A Lei “le Chapelier”, de 1791, proibira, na França, todas as associações, declarando inexistir mais corporações no Estado, mas apenas o “interesse particular de cada indivíduo” e o “interesse geral”. O Código Penal francês, de 1810, previu o crime de coligação, reprimindo penalmente qualquer forma de insurgência contra o poder econômico da burguesia.³⁴⁶

O Estado liberal, então, colocou à mostra suas deficiências. Estava sedimentado em valores que formalmente garantiam a liberdade humana, mas que, na prática, nada mais representavam do que condições propícias para manutenção do poder econômico da classe burguesa. Logo, as finalidades do Estado liberal eram apenas as finalidades de uma única classe. A sociedade aprenderia que não basta a preservação formal de direitos se o Estado não adota medidas práticas que permitam aos homens o gozo empírico desses direitos, e isso não é possível com uma postura não-intervencionista, embora também não seja desejável o retrocesso às condutas arbitrárias e irresponsáveis do Estado absolutista.³⁴⁷

A partir dessa constatação, assiste-se a um movimento mundial ainda inacabado, que busca estruturar o Estado de forma a garantir materialmente os direitos fundamentais dos indivíduos, através de sua intervenção precisa e nas mais diversas áreas, como saúde, educação, economia, mas que, a pretexto de buscar o bem estar do povo e a prevalência do interesse coletivo sobre o particular, não justifique a prática de condutas totalitárias.³⁴⁸

³⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 144.

³⁴⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 120: “Se for dada preponderância absoluta e permanente a algum objetivo particular, este pode ser plenamente atingido, mas o Estado estará distanciado de sua própria razão de ser. Assim, por exemplo, quando a ordem, a segurança, o desenvolvimento econômico, o equilíbrio financeiro e outros objetivos fundamentais não levam em conta a liberdade individual, a igualdade de oportunidades e a justa distribuição das riquezas produzidas pela coletividade, o Estado não está cumprindo sua finalidade. Passa, então, a ser útil apenas aos beneficiários diretos daqueles objetivos particulares e, sobretudo, transforma-se em mero instrumento de grupos privilegiados, pois, para que tais objetivos particulares sejam atingidos, impõe-se uma estabilidade rigorosa e artificial, que reduz a mobilidade social e impede a correção de injustiças”.

³⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 238: “A consequência disso tudo é que já se pode considerar definido um novo *intervencionismo* do Estado na vida social. Desapareceram os limites entre o público e o privado, e o Estado, antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado, tendo cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista, justamente pelos grupos que mais se opunham a ela”.

Merecem destaque nesse contexto a Constituição alemã de Weimar, de 1919, a política do *New Deal*, de 1932, do Presidente americano Franklin Roosevelt, e publicação da Declaração dos Direitos do Homem, pela ONU, em 1948.

Ressalta José Carlos Barbosa Moreira³⁴⁹ que o Direito Processual Civil, contando com pouco mais de um século como disciplina jurídica de autonomia científica, teve como natural fase de seu desenvolvimento a construção de estruturas dogmáticas firmes, cuja prioridade refletia o conceitualismo que reinava, quase que absoluto, à época. Foram executados sobre fundações sólidas projetos arquitetônicos de impressionante majestade, não se atentando, todavia, para o risco de se deixar aprisionar na teia das abstrações e perder o contato com a realidade cotidiana. A fascinante sutileza de certas elaborações incidia no vício, não raro, do ocasional esquecimento de que nem tudo se devia resumir a um exercício intelectual da “arte pela arte” ou da “ciência pela ciência”.

O Código de Processo Civil de 1973, à época de sua edição, trazia em suas disposições notáveis evidências dessa concepção liberal clássica, notadamente no que diz respeito à intangibilidade da vontade do sujeito passivo nas obrigações de fazer e não fazer e à substituição do direito lesado pelo seu equivalente em dinheiro, o que se dava através de provimentos que autorizavam a realização de medidas sub-rogatórias a serem implementadas sobre o patrimônio do transgressor do sistema.

Com efeito, inexistiam, nessa época, regras como aquelas que hoje encontram-se previstas nos arts. 461 e 461-A do CPC, e art. 84 do CDC, à guisa de normas gerais nas ações visando ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa. Assim, aquele que viesse a juízo pedir tutela jurisdicional tendo em vista o cumprimento dessas obrigações, outro provimento não obteria senão uma sentença condenatória, que lhe franquearia acesso ao Judiciário através de nova ação, agora de execução (arts. 621-631 e arts. 632-645 do CPC).

³⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista de Processo* v. 31, p. 200.

A execução visando ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer mostrava-se totalmente ineficaz, na medida em que *obrigava* o credor, em caso de *recusa* do devedor e sendo fungível a obrigação a realizá-la, ou, então, obtê-la através de conduta de terceiros, para posteriormente *tentar se ressarcir* das despesas havidas.

Todo esse rito demonstrava a incoercibilidade da esfera individual do obrigado e, para não desrespeitá-la como dogma absoluto, o credor é que experimentava as conseqüências da *conduta antijurídica do devedor*, pois a única forma de obter satisfação era através de técnicas sub-rogatórias, não sendo, à época, o sistema dotado de medidas práticas para obrigar o devedor a adimplir sua prestação. A incongruência desse sistema era manifesta, pois *o processo descumpria as máximas chiovendianas*, na medida em que *tolerava dano àquele que tinha razão, além de não lhe entregar aquilo que ele tinha o direito de obter*.

Estabelecia o art. 287, do CPC, em sua redação originária:

“Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença”.

De nenhuma eficácia a imposição de multa, em sentença, pois, ainda que procedente a pretensão do autor, o Poder Judiciário lhe proporcionava um título para execução forçada. A essa altura, a lesão já estava implementada.³⁵⁰

O art. 287 do CPC, com a redação conferida pela Lei 10.444/2002,³⁵¹ está afinado com as atuais técnicas executivas voltadas à obtenção

³⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 294.

³⁵¹ “Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).” WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 81, acerca da atual redação do art. 287 do CPC, assim se manifestam: “O objetivo da alteração do dispositivo, segundo o que se deduz na exposição de motivos, foi o de adequá-lo à redação do art. 461, compatibilizando-o, aliás, com a possibilidade de que o juiz fixe essa multa sem provocação da parte, embora isto não esteja dito com clareza no art. 287. Na redação anterior havia previsão expressa ao pedido da parte (‘constará da petição inicial a cominação’), ao passo que na vigente redação o que se prevê é a possibilidade de requerimento da parte, dando espaço, segundo interpretação que se pretende deva prevalecer, portanto, à *cominação de multa diária pelo próprio juiz*. Essa possibilidade, já existente, como se disse antes, no art. 461, demonstra, mais uma vez, o extraordinário empenho do legislador no sentido de dotar o sistema de mecanismos (sanções idôneas) capazes de ‘convencer’ o réu da necessidade

do cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, *in natura*, ou não sendo possível, ao menos o resultado prático equivalente (art. 461, *caput* e § 5º, art. 461-A, *caput*, do CPC, e art. 84, *caput*, e § 5º, do CDC).

A execução com base em título executivo e visando às técnicas subrogatórias é deixada agora como última opção ao credor, numa verdadeira escala crescente de efetividade (art. 461, § 1º e 2º e art. 644,³⁵² do CPC, e art. 84, § 1º, do CDC).

Atualmente, são admissíveis medidas voltadas a *coagir o obrigado* a adimplir a prestação devida (*execução indireta*), sendo a multa diária uma das melhores técnicas nesse sentido (art. 461, §§ 4º, 5º e 6º, art. 461-A, § 3º, do CPC, e art. 84, §§ 2º, 4º e 5º, do CDC), que pode, inclusive, ser fixada e modificada, quanto ao valor e periodicidade, de ofício, pelo juiz caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Colocou-se fim ao mito da incoercibilidade da vontade daquele que se conduz contrariamente às regras do sistema, para, finalmente, melhor tutelar aquele que está de acordo com esse mesmo sistema, ou apresenta provas inequívocas de que assim esteja.

Mesmo tratando-se de execução de título executivo extrajudicial, fundado em obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, atualmente se mostra perfeitamente possível a fixação de multa pelo juiz, inclusive de ofício, a fim de coagir o obrigado ao cumprimento espontâneo da obrigação ou à entrega ou ao depósito da coisa (arts. 621, parágrafo único, com a redação conferida pela Lei 10.444/2002, e art. 645 do CPC, com a redação conferida pela Lei 8.953/1994).

Quebrou-se, de certa forma, o dogma da correlação entre pedido e provimento jurisdicional (arts. 128 e 460 do CPC), tratando-se de ações que visam ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, podendo o juiz deferir providência diversa da postulada, desde que adequada a realizar o direito da parte,

de cumprir a obrigação assumida, nos moldes em que o tenha sido. Esse esforço legislativo significa, em última análise, resposta aos anseios por maior efetividade do processo e é exatamente sob esse enfoque que deve ser visto, o que significa dizer que nenhuma interpretação restritiva deverá encontrar eco entre os operadores do direito”.

³⁵² “Art. 644. A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo. Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificando que se tornou insuficiente ou excessivo”.

com menor restrição possível da esfera jurídica do obrigado (art. 461, § 5º, do CPC e art. 84, § 5º, do CDC).³⁵³ Essa congruência foi, de certa forma, abalada quanto ao *pedido imediato* (provimento jurisdicional), mas não quanto ao *pedido de direito material* (*pedido mediato* ou bem da vida, cuja tutela se pede).

O dogma da coisa julgada restou também, em certa medida, superado, na medida em que se permite ao juiz, na fase executiva do cumprimento da sentença e nas ações antes citadas, adotar a medida que se mostre mais eficaz para atender a pretensão da parte, ainda que diversa daquela determinada no *decisum*.

Dizemos em certa medida, porque, como bem explicam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, em estudo ímpar a respeito do dogma da coisa julgada e suas hipóteses de relativização, tratando-se de provimentos jurisdicionais executivos *lato sensu* ou mandamentais, há que se diferenciar a *declaração do direito*, contida no dispositivo da sentença, da *atuação executiva do direito declarado*, vez que apenas a primeira fica unvida pela qualidade de imutabilidade do comando emergente do pronunciamento jurisdicional.³⁵⁴

O dogma da coisa julgada também foi relativizado em nosso sistema, por meio de regras expressas que disciplinaram as ações envolvendo direitos coletivos, que diante da magnitude dos direitos envolvidos, em caso de improcedência do pedido por deficiência ou insuficiência de provas permitem a

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 164-165: “Admitir-se o desenrolar de um contraditório que evidencia a existência de uma situação ilícita, retirando do juiz o poder de conferir a tutela jurisdicional adequada para a respectiva cessação, é desconsiderar não só o espírito das normas em questão (refere-se aos arts. 461, do CPC e art. 84, do CDC), como também o fato de que elas objetivam evitar, inclusive em nome da garantia de importantes direitos protegidos constitucionalmente, a degradação da tutela efetiva do direito em ressarcimento em pecúnia”.

³⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150-151: “(...) nas ações executivas *lato sensu* e mandamentais julgadas procedentes ou improcedentes haverá declaração da existência ou inexistência do direito pleiteado. Neste caso, considerando que as medidas executivas (sub-rogatórias ou coercitivas – aqui incluída a ordem proferida na ação mandamental) têm por fim a *realização do direito declarado*, não há que se falar, a respeito, em ocorrência de coisa julgada. Por isso que, consoante se demonstrará nos itens seguintes, nada impede que, frustrada uma medida em particular (p. ex., a ordem, na ação mandamental), o juiz empregue uma outra medida executiva. Por isso, impõe-se, em relação a estas espécies de ação, que se visualize o fenômeno da coisa julgada relacionada à sentença que declara o direito separadamente dos atos executivos que realizarão o direito eventualmente reconhecido. Tal separação é relevante, pois o fato de se realizarem atos executivos nestas ações não fazem com que elas deixem de ser classificáveis também como declaratórias ou condenatórias, por exemplo”.

propositura de nova demanda desde que fundada em novas provas (Lei 4.717/1965, art. 18; Lei 7.347/1985, art. 16; Lei 8.078/1990, art. 103).

Os provimentos jurisdicionais liminares antecipatórios de tutela, baseados em cognição sumária e introduzidos como normas gerais para toda e qualquer lide (arts. 273, 461, § 3º, 461-A, § 3º, do CPC e art. 84, § 3º, do CDC), bem como o processo sincrético tendo por objeto obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (art. 461, 461-A, e art. 84, CDC), dispensando novo processo (o de execução) para implementação do direito reconhecido em sentença, quebraram, respectivamente, o dogma da *nulla executio sine titulo* e da autonomia da execução.

Houve total mudança de angulação do objeto jurídico a ser tutelado através das diversas técnicas processuais previstas nos arts. 461, 461-A, do CPC e art. 84, CDC. Outrora, privilegiava-se a tutela jurisdicional ressarcitória, baseada na prática do dano, e, destarte, vinculada aos seus pressupostos, especialmente à prova de dolo ou culpa do obrigado. Agora, as atenções voltam-se, precipuamente, a evitar o dano.

Nesse campo, ganharam importância as chamadas ações inibitórias que visam a impedir a prática de um ato ilícito, sua repetição ou a continuação dos seus efeitos.³⁵⁵ As modificações legislativas privilegiaram uma tutela preventiva em contraposição a uma tutela meramente ressarcitória e intempestiva, vez que outorgada após a violação do bem jurídico que deveria ser considerado digno de tutela pelo sistema. Ato ilícito, portanto, como ressalta Luiz Guilherme Marinoni, deixa de ser considerado como todo ato que produz ou ameaça produzir dano, para agora ser concebido como qualquer ato contrário ao Direito e que pode, eventualmente, mas não necessariamente, causar dano.³⁵⁶

³⁵⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45: “O ajuizamento de uma ação inibitória objetiva evitar a violação de um direito do autor, pelo réu, a ser efetivada pelos atos que estejam em desacordo com o existente dever de conduta. Tem em vista atos futuros do sujeito passivo da obrigação, desejando que esses atos, quando praticados, o sejam na forma devida e legal. Em suma, pretende-se ver garantidos a integridade e o respeito ao direito afirmado, que depende, a princípio, de uma conduta lícita do devedor, prevista em lei ou contrato. O que tem o autor de uma ação inibitória em vista é, assim, impedir que um ato ilícito seja praticado, ou fazer cessar uma conduta ilícita já iniciada, mas que continua ou que pode se repetir”.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 45: “Note-se, porém, que se o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser

Citamos algumas alterações legislativas,³⁵⁷ que culminaram por corrigir deficiências, no plano do processo, de regras impregnadas por valores do Estado liberal não-intervencionista, orientado por ações dirigidas a permitir o “normal” funcionamento do mercado e das relações econômicas.

compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano”. Ensina ainda o ilustre autor (Idem, p. 46-47): “Imaginou-se por muito tempo que a lei, por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciava ilícito de dano, ou melhor, considerasse o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito. Entretanto, o dano não é uma consequência do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ato ilícito. É óbvio que o dano não pode estar entre os pressupostos da inibitória. Sendo a inibitória uma tutela voltada para o futuro e genuinamente preventiva, é evidente que o dano não lhe diz respeito. Na realidade, se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. Da mesma forma que se pode pedir a cessação de um ilícito sem aludir a dano, é possível requerer que um ilícito não seja praticado sem a demonstração de um dano futuro. A moderna doutrina italiana, ao tratar do tema, deixa claro que a tutela inibitória tem por fim prevenir o ilícito e não o dano. Frignani e Rapisarda, que possuem as principais obras a respeito da tutela inibitória na Itália, não vacilam em afirmar que a inibitória prescinde totalmente dos possíveis efeitos concretos do ato ou da atividade ilícita, e que sua dependência deve ficar circunscrita unicamente à possibilidade do ato contrário ao direito (ilícito). A distinção entre ilícito e dano abriu as portas para a doutrina esclarecer que a tutela preventiva objetiva impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. A diferenciação entre ilícito e dano não só evidencia que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a configuração de uma tutela genuinamente preventiva, que nada tem a ver com a probabilidade do dano, mas apenas com a probabilidade do ato contrário ao direito (ilícito). É certo que a probabilidade do ilícito é, com frequência, a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, o que se quer deixar claro, na linha da melhor doutrina italiana, é que para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória.”

³⁵⁷ Merecem ser citadas as diretrizes que têm norteado as chamadas mini-reformas do Código de Processo Civil, coordenadas por notáveis juristas brasileiros entre os quais se encontra o Ministro e processualista Sálvio de Figueiredo Teixeira. Com efeito ressalta esse jurista (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 889-890, 1996): “Desde a edição do Código de Processo Civil vinham sendo apontadas suas falhas e apresentadas críticas e sugestões para o seu aperfeiçoamento. Em mais uma tentativa, estavam a Associação dos Magistrados Brasileiros e o Instituto Brasileiro de Direito Processual, por sua Seccional do Distrito Federal, buscando caminhos para reformular a legislação processual quando, juntamente com o Ministério da Justiça, resolveram delegar a coordenação dessa tarefa à Escola Nacional da Magistratura (DOU de 30-3-1992). Ao assumir a missão, a ‘ENM’ adotou, como metodologia, dentro de uma linha prioritária de simplificar, agilizar e dar efetividade: a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) adotar uma postura pragmática, sem prejuízo do rigor científico, deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, valendo-se, para tanto, inclusive de experiências anteriores; c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para facilitar a tramitação e viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, sendo de recordar-se que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho e que os procedimentos no Parlamento muitas vezes também variam conforme a natureza e a relevância da matéria; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos se necessário (v.g., CPC arts. 272/273, 460/461, 478/479), mas sem alterar a fisionomia dos Códigos; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público.”

Essa mudança de mentalidade encontra amparo na atual noção de Estado Constitucional Democrático e de Direito, preocupado não só em garantir a tutela formal, mas material dos direitos fundamentais dos indivíduos, ainda que tenha que assumir uma postura intervencionista nas relações sociais e econômicas.

Esse “novo Estado” apóia-se na prevalência do interesse público sobre o particular e na relativização de direitos outrora considerados absolutos, como o direito de propriedade,³⁵⁸ sempre que de alguma maneira esse ou qualquer outro se mostrar nocivo à coletividade ou ao sistema jurídico. Trata-se de uma evolução da noção de soberania e de poder, impedindo o arbítrio, mas afastando as sérias conseqüências experimentadas pela sociedade, quando deu primazia à liberdade ilimitada dos indivíduos, sob uma angulação marcadamente patrimonial e econômica.

Explica J. J. Gomes Canotilho³⁵⁹ que constitui equívoco querer separar as duas grandes qualidades do Estado Constitucional, ou seja, divisar as

³⁵⁸ A Constituição Federal de 1988 contém diversas normas nesse sentido, valendo menção a algumas delas: “é garantido o direito de propriedade” (art. 5º, XXII), mas em contrapartida “a propriedade atenderá sua função social” (art. 5º, XXIII); “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição” (art. 5º, XXIV); “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” (art. 5º, XXV); “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (art. 184, *caput*)”; “as glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (art. 243, *caput*)

³⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 88-96. Enfatiza citado autor (Idem, p. 93-94): “O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma ‘linha Maginot’ entre ‘Estados que têm uma constituição’ e ‘Estados que não têm uma constituição’, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como *Estado de direito democrático*, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’”. Conclui (Idem, p. 95-96): “O Estado constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legitimação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: de onde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na forma democrática da vontade popular”.

noções de Estado de Direito e Estado Democrático que se imbricam, vício em que incorreu o liberalismo clássico. Trata-se de duas idéias inseparáveis. De nada vale a “domesticação do poder político” e sua contenção através da inibição e limitação do poder estatal (Estado de Direito), se não se articular o poder estatal de modo a ser exercido de uma maneira democrática e reconhecendo que sua legitimação decorre da idéia de soberania popular.

Essa concepção é importante porque retira as ações estatais de uma *nociva e absoluta inércia*, e passa impulsioná-las e a justificá-las num *equilibrado exercício de poder*.

Obviamente, qualquer pessoa que se disponha a examinar os valores prevalentes de um determinado período histórico deve compreendê-los dentro do seu contexto, não só histórico, mas político, cultural, econômico e jurídico. Não se pode, sob pena de grave incoerência, criticar princípios vigentes em um determinado período, utilizando-se de paradigmas que lhe são totalmente estranhos. Para compreender o passado e retirar de seu ambiente “a experiência da época, é imprescindível aprender a abstrair-se sobre o próprio passado, colocar-se no passado como se fosse o futuro. Esse exercício metodológico não é simples; ao contrário, é bastante complexo: abstrair-se sobre o passado implica necessariamente raciocinar com os parâmetros que o próprio passado impõe, sem se circunscrever aos seus próprios limites.”³⁶⁰

Os valores do direito liberal presentes nas regras ditadas para atuação dos juízes justificam-se pelas arbitrariedades cometidas pela magistratura no período absolutista e numa política voltada a conter qualquer atitude estatal contrária à liberdade humana. Se não o melhor, o amparo da lei foi a fórmula encontrada para garantir isonomia, liberdade, segurança e previsibilidade dos pronunciamentos jurisdicionais. A suposição de que a lei exprimia o sentimento comum da população e que era clarividente e desprovida de privilégios autorizava concluir que sua aplicação às demandas judiciais representava uma mera tarefa

³⁶⁰ BASTOS, Aurélio Wander. Introdução. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. XXVIII.

burocrática e mecânica, da qual não poderiam emergir questionamentos por parte do julgador.

Ora, se não vivemos atualmente sob os influxos dos valores liberais clássicos, nem tampouco o Estado possui a feição não-intervencionista que outrora possuía, ao contrário, hoje dele se espera e se exige uma atitude de interferência na sociedade em seus mais diversos setores a fim de coibir a prevalência do interesse particular a dano do interesse coletivo, por que razão então lemos com tanta habitualidade nos pronunciamentos judiciais que o “juiz é escravo da lei”, e, sob este pretexto, os magistrados acabam, por vezes, deixando de tutelar adequadamente os direitos fundamentais (e o direito ao acesso à justiça é sem dúvida alguma um direito fundamental), como se não possuíssem liberdade de atuação fora dos rígidos limites das regras jurídicas?

Por que os juízes têm tanta dificuldade em justificar seus pronunciamentos *no sistema jurídico*, ainda que decidam contrariamente ao contido na lei, quando se sabe que aquele não é constituído apenas por regras, mas também por princípios jurídicos, ainda que não positivados, principalmente os princípios constitucionais?

Quais postulados mantêm, ainda hoje, a atuação dos juízes manietada a dogmas ultrapassados, desde que “de acordo com a lei”?

Será que os juízes de primeiro grau de jurisdição, que de perto colhem as provas, ouvem testemunhas, que têm contado direto com as peculiaridades e individualidades do caso concreto, embora conscientes da necessidade de mudança de mentalidade e com ânimo de adotar uma postura não baseada na estrita legalidade, não acabam tendo sua atuação tolhida, de certa forma, pelo receio de reforma de suas decisões, através de pronunciamentos adjetivados com severas críticas por parte dos tribunais, justamente por não seguirem, digamos assim, um “padrão normal” de fundamentação?

A resposta a essas indagações, em nossa opinião, não encontra outra justificativa senão a de que a atuação dos magistrados, no mundo contemporâneo, infelizmente ainda se encontra presa à uma *irrefletida repetição de valores próprios*

do *Direito liberal*, que restringe a atuação dos juízes aos limitadíssimos quadrantes das leis, postura com a qual, evidentemente, não podemos concordar.

“Um dos principais motivos da crise do Estado contemporâneo é que o homem do século XX (e acrescentamos XXI) está preso a concepções do século XVIII, quanto à organização e aos objetivos de um Estado Democrático.”³⁶¹ Dizer que a atuação dos juízes está presa aos limites da lei, em nosso sentir é um equívoco tão grande quanto dizer que o Estado está reduzido a apenas um corpo normativo, desprezando todos os demais valores sociais.³⁶²

Ao fracasso dessa idéia a sociedade já assistiu há muito tempo, através das conseqüências de um liberalismo ilimitado sobre a camada mais pobre da população, como também através dos Estados totalitários. A dimensão e a magnitude da atuação dos integrantes de um dos poderes do Estado, não se coaduna com uma visão tão simplista do fenômeno decisório!

Ter consciência desse equívoco é o primeiro passo para que o sistema jurídico seja melhor operado, com todo o seu ferramental: lei, doutrina, jurisprudência e princípios jurídicos.

Dalmo de Abreu Dallari³⁶³ desenvolveu notável estudo das razões dessa postura formalista dos juízes, cujas lições nos serviram de apoio, para condenar o “formalismo e abstração fora da realidade”, evitar que o “legalismo expulse a justiça” e defender que os juízes lutem por uma “boa rebelião”.

Segundo esse conceituado autor,³⁶⁴

³⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 253.

³⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 109: “Como se tem procurado evidenciar, inclusive com o objetivo de assegurar o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, o Estado deve procurar o máximo de juridicidade. Assim é que se acentua o caráter de *ordem jurídica*, na qual estão sintetizados os elementos componentes do Estado. Além disso, ganham evidência as idéias da *personalidade jurídica* do Estado e da existência, nele, de um *poder jurídico*, tudo isso procurando reduzir a margem de arbítrio e discricionariedade e assegurar a existência de limites jurídicos à ação do Estado. Mas, não obstante a aspiração ao máximo *possível* de juridicidade, há o reconhecimento de que não se pode pretender reduzir o Estado a uma ordem normativa, existindo no direito e exclusivamente para fins jurídicos”.

³⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, *passim*.

³⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 80. Disserta, ainda, o mesmo autor sob o “culto da legislação” (Idem, p. 96): “No direito brasileiro, tanto na produção teórica quanto na jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar de brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se poderia denominar ‘culto da legislação’, reduzindo-se o direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. É uma atitude de acomodação, conservadora ou mesmo reacionária, motivo de conflitos entre o direito inscrito na lei e a realidade social. De um lado, essa atitude dispensa o esforço de atualização dos conhecimentos teóricos, permitindo o uso

“é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é ‘escravo da lei’. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei.”

“É comum que o excessivo apego às fórmulas consagradas, a necessidade de identificar as coisas segundo um rótulo já conhecido, ou mesmo o temor de parecer leviano ou sensacionalista, levem à aceitação passiva do que é verdade consagrada”.³⁶⁵

Sálvio de Figueiredo Teixeira alista como algumas das causas da inefetividade do processo contemporâneo a postura conservadora dos juízes, colocando o cargo à frente da função de realizar o bem comum, bem como o fetichismo de idéias e fórmulas herméticas.³⁶⁶

Rudolf von Jhering³⁶⁷ remarca a impossibilidade de se prender a grandeza da atividade jurisdicional à automática aplicação dos textos legais, lembrando, na história, tendências que obrigavam os magistrados a citar no corpo das sentenças os textos legais ou se valerem de fórmulas que abrangeriam, em tese, todas as conseqüências jurídicas para a situação litigiosa a ser decidida. Esses movimentos tinham em comum a intenção de “lembrar” o magistrado de que seu poder jamais iria além dos quadrantes da lei.

A nocividade dessa postura, quando levada às últimas conseqüências, lança seus reflexos, notadamente na execução civil por quantia certa contra devedor solvente. Nessa espécie de processo, ou fase de processo (cumprimento de sentença), com etapas procedimentais bem delineadas pelo Código de Processo Civil, não raras vezes tem-se utilizado o discurso formalista de que “o juiz é escravo da lei” para impedir uma prestação jurisdicional qualificada, equânime, que sem desrespeitar os direitos fundamentais do devedor, cumpra a

de teorias e autores há longo tempo consagrados, habitualmente muito citados e transcritos para dar a impressão de que as afirmações e conclusões têm sólido embasamento ‘científico’”.

³⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 211.

³⁶⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça*, p. 904.

³⁶⁷ JHERING, Rudolf von. *A evolução do direito*, p. 263-264.

finalidade objetivada pelo sistema: possibilitar através de atos de constrição patrimonial a satisfação da pretensão do credor!

A impossibilidade de quebra dos sigilos fiscal e bancário, sob o pretexto de que inexistente autorização legal para tanto, é um dos exemplos que fazem agonizar as pretensões executórias, conduzindo os feitos ao arquivamento *sine die* na vã esperança de um dia encontrarem-se bens penhoráveis. Posicionamentos como esses eternizam execuções e consomem inutilmente dinheiro público, num “vai-e-vem” inútil de abertura de vistas ao credor para manifestação e retorno aos escaninhos das secretarias e cartórios de todo o país.

Assiste-se, ainda hoje, a uma verdadeira proliferação dos valores liberais na justificativa de se conter o “arbítrio” e se evitar uma “parcialidade” do juiz em favor do credor.

Impedir que o juiz aja, de ofício, na busca de bens do devedor, no local de seu domicílio, através de ordens dirigidas aos oficiais de justiça para que tentem localizá-los junto aos escritórios imobiliários, departamentos de trânsito, ou mesmo através de diligências do próprio escritório judicial, na tentativa de localizar ações em que o devedor possua crédito a receber e que tramitam às vezes no próprio juízo, é o mesmo que dizer que o juiz deve, *sob pretensa imparcialidade*, assistir, paciente e de maneira descomprometida com suas funções, à eternização das execuções, as quais só se ultimam e estancam o consumo de dinheiro público em sua movimentação se houver constrições patrimoniais seguidas de expropriação, e cujos atos executivos não constituem medida de exceção, mas devem desencadear-se naturalmente, inclusive, de ofício, por ordem do juiz do feito.

Se no campo probatório, próprio do processo de conhecimento, já é ponto pacífico que o juiz não pode mais assistir de maneira irresponsável e pacientemente ao jogo de habilidade das partes, nem tampouco se contentar apenas com as provas trazidas por elas, tendo plena liberdade – e porque não dizer o dever – de orientar o instrumento de efetivação do direito material na direção da busca da verdade real e não na *construção de uma realidade artificial*, por que então não se pode adotar semelhante posição, adaptando-a às peculiaridades da execução civil, em seara onde não existe instrução probatória, mas as informações sobre a

localização de bens constituem questão de êxito ou de fracasso da tutela jurisdicional executiva?

Barbosa Moreira³⁶⁸ acentua, sobre essa postura ativa do juiz na colheita de provas que, nem “se afigurará talvez excessivo considerar que nesta matéria, não obstante algumas resistências, na verdade passou o tempo das declarações de princípio, e os esforços devem agora concentrar-se na realização de condições que estimulem os juízes a exercitar, *in concreto*, poderes que as leis já lhes atribuem *in abstracto*”. Outro ponto destacado por esse eminente jurista, também a respeito de uma postura mais ativa do juiz, refere-se à sua conduta no processo no sentido de fazer cumprir, efetivamente, a regra formal de igualdade das partes (art. 125, I, do CPC), especialmente, quando se trata de hipossuficientes, hipóteses, em que se convoca o órgão judicial a suprir, em certa medida, as falhas de atuação dos litigantes.³⁶⁹

Vedar a utilização pelos juízes das modernas técnicas eletrônicas, inclusive através da rede mundial de computadores, com apoio do Banco Central do Brasil, do Conselho da Justiça Federal, e Tribunais de Justiça e Regionais Federais, com vista à localização de dinheiro do devedor, em qualquer instituição financeira de todo o país, sob o dogma da prevalência absoluta e ilimitada do direito à intimidade e da pretensa quebra do princípio da imparcialidade do juiz, com o devido respeito é verdadeiramente dizer que o primeiro bem na gradação legal de penhora (art. 655, I, do CPC) tornou-se impossível de ser constricto, vez que não se tem assistido com tanta freqüência iniciativas do devedor em indicar ao juiz onde ele se encontra; ao contrário, as demandas evidenciam que os devedores utilizam-se do dogma do sigilo bancário para impedir a atuação da justiça, muitas vezes mantendo vultosas aplicações financeiras longe do seu domicílio.

E o que dizer da conduta altamente moralizadora de alguns juízes, tratando-se de execução de sentenças de repetição de indébito tributário, de determinar, de ofício, que, antes da expedição de alvará ou requisição de

³⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista de Processo* v. 31, p. 201.

³⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista de Processo* v. 31, p. 203-204.

pagamento, a respectiva secretaria proceda à verificação no âmbito da respectivo Estado (ou Seção Judiciária, ou, mesmo Região, se se tratar da Justiça Federal), acerca da existência de anterior ação idêntica, em que já houve recebimento de valores, valendo-se de simples pesquisa eletrônica com dados pessoais do credor. A prática evidencia que centenas de “segundas” ações, que resultariam em afronta ao patrimônio público, não seriam abortadas em sua finalidade escusa, não fosse o bom-senso de muitos juízes, *atuando de ofício*. Haveria, aqui, quebra ao princípio da imparcialidade? Deveriam esses juízes se omitir e permitir o levantamento dessas importâncias mesmo diante da existência de vários casos de duplicidade de ações, como aconteceu, por exemplo, com as ações do empréstimo compulsório?

Não é demais lembrar que *a esfera jurídica do devedor*, em seus mais diversos aspectos, *deve ser respeitada enquanto estiver de conformidade com o Direito*, como bem lembra Kazuo Watanabe.³⁷⁰ O princípio da menor onerosidade ou do respeito à intimidade do devedor devem ser contidos nesses rigorosos limites.

A automática aplicação dos textos legais aos casos concretos reduz a responsabilidade dos juízes, sob o pretexto de vinculação à lei, ainda que essa conduta provoque injustiças evidentes.³⁷¹ Entendemos que o abandono dessa postura não significa, ao contrário do que se pensa, arbítrio. Denota, isto sim, maior responsabilidade e comprometimento do magistrado com a função por ele exercida. Mais: insere a atuação dos juízes dentro do contexto e da idéia de Estado contemporâneo.³⁷²

³⁷⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 45-46, 1996.

³⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 97: “Além disso, procura-se com essa orientação justificar a falta de esforço ou de conhecimentos para a interpretação da lei segundo as circunstâncias sociais num dado momento histórico. Por último, procura-se, com a aplicação automática e literal dos textos legais, reduzir a responsabilidade do aplicador por decisões que, muitas vezes, contêm injustiças evidentes. Sempre que essa atitude é questionada, usa-se a desculpa de que o juiz não é legislador, não lhe sendo permitido reescrever a lei no momento de aplicá-la, adicionando-se, ainda, que se for admitida a interferência do juiz na fixação do sentido da lei, haverá uma lei diferente para cada juiz e assim o resultado será injusto, pois casos iguais serão julgados de maneiras diferentes”.

³⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 83-84: “É indispensável essa reforma de mentalidade para que o sistema judiciário não seja, como denunciou Marcel Camus, ‘uma forma legal de promover injustiças’. O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e serem conformes a esta. Do mesmo modo, a valorização exagerada de autores e doutrinas, característica de uma das expressões do racionalismo do século dezanove denominada ‘dogmatismo’, induz a contradição semelhante, pois pretende que a pessoa

Um dos grandes equívocos do direito liberal assenta-se na postura não-intervencionista do Estado. Já demonstramos as conseqüências negativas dessa posição. Hoje, é pacífica a idéia de que o Estado deve, sim, ter uma postura de intervenção equilibrada nos mais diversos setores da sociedade, a fim de que os direitos fundamentais sejam materialmente tutelados e não apenas formalmente garantidos.

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:³⁷³

“Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma está superado, reorganizando-se completamente o Estado de modo a conciliar a necessidade de eficiência, com os princípios democráticos”.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni:³⁷⁴

“E o direito processual não pode ser repetido, ainda que tenha sido construído por ilustres juristas, se foi pensado para outra realidade. É por este motivo que se diz que o direito processual não pode escapar à idéia do histórico, uma vez que os valores se expressam, como é evidente, por meio de formas que se inserem dentro da consciência das épocas.”

Também verificamos que constituiu erro do direito liberal focar isoladamente os aspectos econômicos e políticos da sociedade, deixando de visualizá-los organicamente como pertencentes à mesma realidade. Então indagamos: por que essas idéias, aceitas pacificamente e inclusive algumas guindadas à categoria de normas em nossa Constituição Federal, ainda são tão difíceis de ser implementadas na prática, através da atuação de um dos legítimos Poderes do Estado, o Poder Judiciário?

humana se adapte à racionalidade intelectual, mesmo que isso represente uma agressão às pessoas reais e concretas. Ao contrário dessas distorções, os juízes e todo o aparato judiciário devem atuar visando proteger e beneficiar a pessoa humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais”.

³⁷³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 186-187.

³⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 144.

Um Poder Judiciário *intervencionista* não significa, por óbvio, uma atuação parcial e totalitária, mas sim compatível com sua importância e desvinculada das concepções individualistas liberais, que estão fazendo prevalecer o interesse individual do devedor sobre o interesse público do próprio Estado em ver processadas as execuções civis, segundo determina nosso sistema jurídico. Ademais, não se olvide a norma de superdireito prevista no art. 5º, da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.³⁷⁵

Tal como a tutela ressarcitória utilizada pelo direito liberal permitia a violação do bem jurídico sob o signo de sua possível e eventual reparabilidade pecuniária, tenta-se, ainda hoje, impedir a prática de atos jurisdicionais executivos legítimos, unguídos por absoluta imparcialidade, a fim de que o juiz atue apenas “nos quadrantes da lei”.

Qualquer tentativa de se reprimir a atuação dos juízes e a utilização por parte destes dos legítimos poderes de que são investidos é postura que ofende sem dúvida alguma o Estado Constitucional Democrático e de Direito, porque impede o normal funcionamento de um dos poderes da República.

Não propomos neste trabalho o abandono puro e simples da legislação sob o pretexto de “se fazer justiça”, mas sim que, em casos excepcionais, e plenamente justificados, nos quais a lei pela sua natural deficiência em abranger todas as situações conflituosas ou se mostrar ineficaz, enfim, em *situações limites*, o juiz possa afastar sua aplicação ou suprir suas deficiências e decidir não mais contido nos restritos quadrantes de sua imperfeição, mas vinculado ao sistema jurídico. Inexiste, aqui, espaço para arbítrio, porque os princípios da proporcionalidade e razoabilidade servirão de balizas à atuação dos magistrados,

³⁷⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 97, ressalta a existência desse dispositivo de maneira a justificar uma atuação mais arrojada por parte dos juízes, não baseada exclusivamente na letra da lei. Com efeito, diz o citado autor (Idem, p. 97): “Como está bem claro, o juiz não só pode, mas na realidade *deve* procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção da justiça vigente no local e no momento da aplicação”. E conclui (Idem, p. 98): “Será mais fácil agora, não acarretando qualquer risco nem a renúncia a princípios éticos e jurídicos, inovar aplicando a Constituição, fazer a complementação das disposições legais já existentes, para adequá-las aos casos concretos, tomando por base os princípios e as normas gerais já integrados na legislação. É perfeitamente possível fazer isso com base no direito já existente, sobretudo na Constituição, sem a necessidade de substituir o legislador”.

além do que o controle de seus pronunciamentos será feito pela fundamentação das razões nas quais estejam alicerçados, sob pena de nulidade, como expressamente reconhece a Constituição Federal (art. 93, IX).

Na abalizada lição do Ministro e processualista Sálvio de Figueiredo Teixeira:³⁷⁶

“Vive-se, com efeito, uma nova fase, a da instrumentalidade, que descortina o processo como instrumento da jurisdição imprescindível à realização da ordem jurídica material, à convivência humana e à efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas, apresentando-se como tendências atuais do processo, dentre outras, a sua internacionalização e a preocupação com o social e com a efetividade da tutela jurisdicional.

Desvinculando-se do seu antigo perfil liberal-individualista, o processo contemporâneo, sem abandonar o seu prioritário escopo jurídico, tem igualmente objetivos políticos e sociais, na medida em que reflete o estágio histórico e cultural do meio em que atua”.

Sempre que esse quadro se desenhar, o juiz estará proporcionando, inegavelmente, uma tutela jurisdicional altíssimamente diferenciada e qualificada, porque as situações litigiosas devem ser tratadas diferenciadamente, de acordo com suas peculiaridades próprias.

1.7 Tutela jurisdicional e interesse público

A tutela jurisdicional não pode ser enfocada apenas sob a perspectiva do interesse das partes, mas também sob a angulação do interesse público do Estado-juiz, que objetiva através do processo tutelar adequadamente aquilo que sem sua intervenção não foi possível fazê-lo.

Enfatiza Marco Tullio Zanzucchi³⁷⁷ que os múltiplos poderes que o juiz exercita no processo constituem exercício do poder jurisdicional, pois este é um poder público exercitado no interesse da coletividade, isto é, uma pública função,

³⁷⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça, p. 886-887.

³⁷⁷ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 347: “*Premessa* – I molteplici poteri che il giudice esercita nel processo sono esplicazione della potestà di giurisdizione (...). Ma poichè la potestà giurisdizionale è una potestà pubblica esercitata nell’interesse della collettività, cioè una pubblica funzione, che lo Stato non solo può ma, concorrendo le condizioni di legge, deve esercitare, così nello stesso tempo tali poteri sono per il giudice il più spesso anche doveri (...)”.

que o Estado não só pode, mas, concorrendo as condições da lei, deve exercitar, e, assim, ao mesmo tempo, tais poderes são para o juiz também os mais freqüentes deveres.

Para Chiovenda³⁷⁸ o Estado moderno “considera como função essencial própria a administração da justiça; é exclusivamente seu o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto, poder que se diz ‘jurisdição’; e a que provê com a instituição de órgãos próprios (jurisdicionais)”. Acrescenta o mesmo autor que:³⁷⁹

“O dever fundamental, que forma como que a ossatura de toda relação processual, é, como se viu, o dever do juiz ou outro órgão jurisdicional pronunciar-se sobre pedidos das partes. A isto corresponde o dever de empreender tudo quanto necessário no caso concreto para pronunciar-se (ouvir as partes, presidir às provas), ou seja, para receber ou rejeitar, quanto ao mérito, os pedidos, tendo por fim a atuação da lei”.

Ugo Rocco,³⁸⁰ ao comentar o interesse do Estado no exercício da jurisdição, diz ele é movido por um interesse público, e disso não pode haver dúvida. Esse interesse é correlativo à finalidade mesma do Direito e do Estado, vez que aparece como um interesse, por assim dizer complementar frente ao que move o próprio Estado, como sociedade juridicamente organizada, a construir um ordenamento regulador das relações da vida entre os cidadãos.

Na lição de Leo Rosenberg,³⁸¹ a essência do processo civil não pode ser confiada apenas à dialética do processo. O juiz não pode esperar que do embate entre a destreza e habilidade das partes surja o suficiente esclarecimento da verdade. Constitui tarefa do juiz procurar, mediante enérgica condução do processo em contato com as partes, a outorga da prestação jurisdicional.

Salienta Moacyr Amaral Santos³⁸² que:

“Se a relação processual se instaura com a finalidade de alcançar a prestação jurisdicional num caso concreto, assegurando a paz social, a soberania da lei, ao interesse das partes, no desenvolvimento da relação, sobreleva o interesse público de que esta se desenvolva e atinja a sua

³⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 11, p. 39.

³⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 18, p. 57.

³⁸⁰ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. I, p. 48.

³⁸¹ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, § 1º p. 7-8.

³⁸² SANTOS, Moacyr Amaral. Execução. Anulação de Praça. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, p. 197, jan.-mar. 1980.

finalidade na consonância das normas e princípios que a regem, orientados pelos mais elevados princípios de justiça. Por isso mesmo ao juiz são concedidos, no exercício de suas atividades processuais, largos *poderes*, sem os quais não lhe seria possível conhecer, decidir e dar execução às suas decisões, satisfazendo desse modo a prestação jurisdicional visada pelo processo. No uso de tais poderes, entretanto, o juiz se colocará *entre e acima* das partes, como órgão desinteressado no cumprimento do *dever jurisdicional*.”

A atividade jurisdicional, em toda sua extensão, deve estar voltada a extrair, por meio do processo, o máximo de rendimento necessário à tutela dos direitos, ainda que a legislação processual mostre-se inadequada ou imperfeita e empeça esse objetivo. *Subjaz ao processo o interesse público do Estado-juiz em adequadamente tutelar o interesse da parte*. Qualquer postura que se acomode com soluções que redundem em entrega meramente formal da prestação jurisdicional, sem qualquer comprometimento com os resultados efetivos dessa atividade, agride o sistema jurídico, mostrando-se fora de sintomia com o atual papel que o Estado deve assumir na sociedade.³⁸³

A falta dessa visão transforma o processo em instrumento a serviço do exclusivo interesse particular das partes.

São evidentes os males causados pelo enfoque marcadamente privado no que concerne aos interesses a serem atendidos pelo processo. Tanto é assim que, convencido pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes (art. 129 do CPC).

Embora a jurisdição seja inerte, uma vez acionado o órgão jurisdicional, compete-lhe impulsionar e dirigir o processo de tal sorte que cumpra seu papel legal e constitucional de tutelar adequadamente o direito da parte. Trata-se do princípio do impulso oficial previsto nos arts. 2º e 262 do CPC. Nesse contexto, inserem-se os poderes de que são dotados os juízes.

³⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 87, p. 294: “O órgão executivo, no momento em que lhe aplica qualquer medida executiva, de coação, de sub-rogação ou de sanção, preenche uma função pública, a atuação da lei, representa exclusivamente o Estado em sua função jurisdicional, opera exclusivamente no interesse e pelas exigências dela”.

As partes têm disposição sobre a relação jurídica material retratada na lide. Pode o autor optar entre acionar ou não a jurisdição ou desistir do processo antes do seu término, prescindindo do assentimento do demandado na execução civil (art. 267, VIII c.c art. 569 do CPC). Pode, ainda, transacionar com o réu acerca do objeto litigioso, pondo fim ao processo (art. 269, III e art. 794, II, do CPC). Todavia, nenhuma das partes têm disponibilidade sobre a relação jurídica processual, que é conotada pelo interesse público do Estado em outorgar a tutela adequada à pretensão deduzida.

Ora, se o processo não é instrumento destinado a atender exclusivamente o interesse privado das partes, é absolutamente irrazoável que se espere do juiz uma postura passiva e descompromissada com os resultados obtidos pela atuação da jurisdição.

Piero Calamandrei³⁸⁴ diz que, uma vez colocada em movimento a máquina judiciária, a velocidade de sua marcha não pode depender da velocidade que lhe pretendem imprimir as partes, devendo o juiz estar provido de todos os poderes dirigidos ao mais rápido e leal desenvolvimento do procedimento. Esse mesmo autor ensina que o caráter privado da relação controvertida não deve obstaculizar a natureza pública da função que tem tal relação por objeto.³⁸⁵

Essas observações merecem destaque, porque, se no processo de conhecimento aceita-se sem grandes divergências uma postura ativa do magistrado na condução dos processos (determinando, por exemplo, provas de ofício), na execução civil qualquer iniciativa nesse sentido (ordenando, por exemplo, de ofício, a pesquisa de bens do devedor em registros públicos ou quebrando seu sigilo bancário e fiscal, a pedido do credor, ou ainda determinando penhora sobre o faturamento de empresa) é vista como indevida atuação do magistrado.

A jurisdição representa manifestação de poder estatal. O ofício jurisdicional, já vimos, é indeclinável. Uma vez solicitada a atuação do órgão

³⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I, p. 399-400.

³⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I, p. 395. Sobre o CPC italiano atual, ensina esse autor (Idem, v. I, p. 402), cuja lição aplica-se inteiramente ao sistema processual pátrio: “Así, el nuevo Código, entre el sistema del impulso de parte y el del impulso oficial, introduce un sistema intermedio que se podría llamar del *impulso de parte estimulado por el juez*. Esta es una consecuencia natural del principio según el cual, aun cuando las partes conservan el poder de disponer de la causa, la ‘dirección del proceso’ debe ser concentrada en las manos del juez (...)”.

jurisdicional, ele se torna devedor da prestação jurisdicional. Dizer que o juiz deve ser “mais ativo” no processo de conhecimento e “menos ativo” na execução civil é o mesmo que pretender estabelecer “graus” de intensidade de atuação do juiz de acordo com a espécie de processo, posição esta totalmente inaceitável.

Cumprido ao magistrado atuar com independência e imparcialidade na condução de qualquer espécie de processo, mas acima de tudo deve orientar seus pronunciamentos de tal sorte a que atendam o interesse público, fazendo com que eles sejam efetivos e não meramente retóricos, e que tutelem de fato o interesse violado ou ameaçado de violação.

Essa postura obviamente deve assumir também na execução civil, evitando sua dilação indevida ou como disse Giuseppe Tarzia,³⁸⁶ “*tempi morti non giustificati, contrapposti ai normali tempi di svolgimento del processo*”.

É de Liebman³⁸⁷ a abalizada lição de que

“é quase desnecessário declarar que deve rejeitar-se a opinião, que é feita, aliás, com frequência sempre menor em tempos recentes, segundo a qual a execução seria atividade puramente administrativa. Remonta ela à época em que o processo era definido como resolução de controvérsias, e não abrangia portanto a execução. O conceito moderno de função jurisdicional abrange necessariamente também a execução como atividade não simplesmente complementar da cognição e sim como parificada com esta em importância prática e interesse científico”.

Posicionamento em contrário agride os princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. Representa, assim, ofensa à própria Constituição.

Já ressaltou Nelson Nery Júnior que:³⁸⁸

“A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria,

³⁸⁶ TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*, p. 13.

³⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 2, p. 5.

³⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 19.

caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte”.

Tomando por base a lição supra do ilustre processualista, é hora de focalizar a atuação jurisdicional passiva e descomprometida com resultados efetivos na execução civil como séria ofensa à Constituição Federal.

1.8 Classificação das espécies de tutela jurisdicional

1.8.1 Considerações preliminares

Segundo Chiovenda,³⁸⁹ a ação, como poder em si, de pedir a atuação da lei por obra dos órgãos jurisdicionais não admite outra classificação que não a fundada na natureza do pronunciamento judicial a que a ação tende e a atuação da lei no processo pode assumir três formas: cognição, conservação e execução.

Para Enrico Tullio Liebman³⁹⁰, no sistema de Direito Processual Civil, a única classificação legítima e importante é a que se refere à espécie e à natureza do provimento pedido.

Costuma-se, assim, falar em ações de conhecimento, de execução e cautelar. Como o direito de ação, por intermédio do processo, provoca a atuação da jurisdição, através dessas diversas espécies de prestações jurisdicionais, costuma-se, igualmente, classificar ações e processos, com esse mesmo critério, de tal sorte que temos ações e processos de conhecimento, execução e cautelar.³⁹¹⁻³⁹²

³⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 10, p. 34.

³⁹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 76, p. 149.

³⁹¹ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, p. 216-217; ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 60.

³⁹² MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 266.

Todavia, partindo do conceito de tutela jurisdicional adotado neste trabalho, como já dissemos, nem sempre determinada ação conduzirá ao resultado efetivo pretendido pela parte autora, o que pode ocorrer em razão da improcedência do pedido ou da inefetividade técnica do instrumento processual em entregar à parte o bem da vida que ela tem o direito de receber.

Logo, não podemos estabelecer uma relação axiomática entre ações, provimentos jurisdicionais³⁹³ e tutela jurisdicional. As ações cautelares, por exemplo, porque destinadas sempre a conservar um direito a fim de que seja tutelado através de outro processo, nunca, salvo desvirtuamento de seu objeto, poderão tutelar efetivamente um direito. Logo, devem ser descartadas como espécie de tutela jurisdicional.³⁹⁴

Veremos adiante que a sentença condenatória não é hábil a amparar o direito da parte autora, porque o pronunciamento do juiz, só por si, não lhe entrega o bem da vida buscado.

Enfim, podem-se, sim, classificar ações e sentenças de acordo com a espécie de provimento jurisdicional postulado, mas não se pode, igualmente, classificar, a partir desse mesmo critério, as diversas espécies de tutela jurisdicional, devendo o intérprete observar quando o provimento consegue proteger o direito da parte, para daí serem estabelecidos critérios de diferenciação entre as espécies de tutela.

Dito de outra forma: como o processo civil preocupa-se com resultados efetivos e não meramente retóricos, embora importantíssima a classificação das ações para a Ciência Processual de acordo com a espécie de provimento jurisdicional solicitado, atualmente assume maior importância o estudo das diversas técnicas pelas quais o processo deve amparar o direito da parte. É por esta razão que o conceito de tutela jurisdicional não pode ser ligado

³⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, n. 57, p. 148-149: “Provimento é ato imperativo de exercício do poder em situações concretas. Uma sentença é provimento e a ordem para entregar o bem ao credor na execução também o é (...). Os provimentos consistem sempre em manifestações da vontade do Estado-juiz mediante o emprego de palavras. São pronunciamentos judiciais, no sentido de que, pelas palavras usadas, o juiz emite um preceito, determinação ou comando – seja ao julgar a pretensão mesma (mérito), ao pôr ordem no processo ou simplesmente ao dar-lhe impulso em direção ao provimento final (...)”.

³⁹⁴ Nesse sentido é a lição de GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 18, nota de rodapé n. 4.

inexoravelmente às espécies de provimentos jurisdicionais.³⁹⁵ Também é por esta razão que qualquer estudo que se realize, tendo por norte as diversas espécies de tutelas jurisdicionais, inevitavelmente será um estudo voltado à aproximação do Direito Processual ao direito material, outrora inconcebível.

Para Ovídio Araújo Baptista da Silva a razão da classificação das ações processuais, de acordo com a natureza do provimento pedido, só encontra justificativa se se ligá-la à idéia de pretensão e ação de direito material.³⁹⁶

As lições desse autor mostram-se pertinentes e importantes ao presente estudo. Seu posicionamento, em nosso sentir, não conflita com aquele adotado neste trabalho de tutela jurisdicional. Isso porque, partindo dos conceitos adotados pelo eminente jurista, as ações só passam a ter relevância se conduzirem a resultados efetivos, na ordem processual. Trata-se de entendimentos perfeitamente conciliáveis e que refletem o caráter instrumental do processo e sua íntima relação com o direito material, que não pode jamais ser esquecida.

Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva,³⁹⁷ pretensão de direito material expressa a idéia de uma especial condição em que o direito subjetivo se encontra capaz de permitir que seu titular exija o cumprimento de uma determinada conduta equivalente à prestação com que o direito será satisfeito e realizado. Se o direito subjetivo de uma parte não se encontra sujeito à condição ou termo, então ele é exigível. Uma vez exigida a prestação do obrigado, e vindo este a opor resistência ao seu cumprimento, nasce para o titular do direito a possibilidade de agir visando à

³⁹⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 23-24: “É intuitiva a idéia da complexidade do universo constituído pelas sentenças judiciais. Trata-se de conjunto composto de membros muito diferenciados, os quais podem, por isso mesmo, dar lugar à construção de várias categorias (classes, subconjuntos), segundo diferentes critérios de classificações. No entanto, dificilmente poder-se-á construir uma tipologia de sentenças exatamente correspondente a uma tipologia das formas de tutela jurisdicional e, em se tratando da tipologia aqui elaborada das modalidades de tutela jurisdicional, com base no critério da necessidade de proteção apresentada pelo direito subjetivo, tal correspondência é, simplesmente, impossível. É que, nem sempre a tutela jurisdicional é prestada através de uma sentença, bem como, de outra parte, nem toda sentença encerra prestação de tutela jurisdicional”.

³⁹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 189 e ss.

³⁹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 196.

sua realização, independentemente da colaboração do obrigado. Esse agir se qualifica como ação de direito material.³⁹⁸

Tratando-se de direitos absolutos, *v.g.*, ligados aos direitos da personalidade ou aos direitos reais, a pretensão dirige-se não a uma determinada pessoa, como nos direitos obrigacionais, mas sim a todos, a fim de que se comportem de tal sorte que o titular do direito possa dele desfrutar e, uma vez não atendida a pretensão, nasce então para o titular do direito violado a ação de direito material, que tem por fim realizar a pretensão.³⁹⁹

As pretensões e as ações materiais encontram-se amparadas por normas de direito material.

Aquele que empresta a determinado sujeito coisa fungível, uma vez vencido o prazo da devolução sem sua restituição em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, tem o direito de obtê-la porque assim lhe garante o direito material (art. 586 do CC). Havendo o proprietário de um imóvel realizado sua locação a outrem, e vencido o prazo estipulado no contrato, este não o devolve, tem aquele o direito de obter a desocupação de seu bem. Essa tutela está nos arts. 4º e 5º, da Lei 8.245/1991 e arts. 565-578 do CC. Se determinada pessoa desrespeitar a posse de outra e adentrar em imóvel que pertence a esta última, ela tem o direito de exigir que aquela seja retirada de seu bem, o que encontra apoio no art. 1.210 do CC.

A única missão do Direito Processual Civil é fazer com que – partindo-se dos conceitos do ilustre autor antes citado - se cumpram as pretensões e ações de direito material, ou seja, que as normas de direito material que amparam (que tutelam) os direitos subjetivos dos titulares dos direitos, em caso de acolhimento do pedido, sejam cumpridas. Nos exemplos acima o processo deve

³⁹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 197. Diz o eminente jurista (Idem, v. 2, p. 354): “Como temos reiteradamente afirmado, concebemos a *ação de direito material* como o agir próprio de cada direito, capaz – independentemente de qualquer participação ativa do obrigado – de realizar inteiramente o respectivo direito. A ação de despejo tem como resultado realizar o despejo; a ação de reintegração de posse, reintegra; a ação de depósito, que é aquela por meio da qual o depositante busca recuperar a posse da coisa entregue em depósito, consuma a *ação representada pelo respectivo verbo* e realiza a restituição do objeto depositado; a ação de reivindicação termina pela imissão do proprietário na posse da coisa que até então se encontrava na posse injusta do réu. A ação é, portanto, esse *agir para realização*, inerente a todo direito”.

³⁹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 203-204.

possibilitar ao mutuante o recebimento da coisa fungível, ao locador a devolução do imóvel e ao possuidor a restituição de sua posse.

Essa missão é cumprida pelo Direito Processual Civil, por meio das diversas espécies de ações, que se expressam, através do processo, como respostas técnicas aptas a realizar o núcleo (o verbo) contido nas regras de direito material,⁴⁰⁰ *e.g.*, entregar, devolver e restituir, de tal sorte que, nesse contexto, sejam dignas de ser qualificadas como ações que prestem tutelas jurisdicionais.

Caso as diversas ações e técnicas processuais disciplinadas pelo legislador não se mostrem aptas a obter aqueles resultados que o titular do direito espontaneamente não obteve, então o processo não passará de um instrumento retórico e sem nenhuma utilidade prática, pois àquele que busca a tutela do seu direito não interessa obter uma resposta meramente formal, mas que se traduza em resultados efetivos e que lhe entregue exatamente aquilo que tinha o direito de obter.

É por essa razão que a noção de efetividade da jurisdição passou a inquietar os juristas e tribunais, vez que, em diversos pontos, o sistema jurídico tem-se mostrado inoperante e desaparelhado (técnica, material e, principalmente, *culturalmente*) a vencer as deficiências encontradas, exigindo uma radical mudança de mentalidade de seus operadores. Assim, estudar as tutelas jurisdicionais de uma maneira totalmente desvinculada do direito material é opção que conduz à reafirmação do papel meramente retórico e descomprometido com resultados do processo, nos diversos pontos em que se mostra ineficaz.

Considerando as diversas maneiras pelas quais o direito subjetivo pode ser protegido ou as formas pelas quais podem ser debeladas as crises jurídicas lamentadas pelo demandante, encontramos no sistema jurídico pátrio basicamente três espécies de tutela jurisdicional: (a) tutela jurisdicional declaratória; (b) tutela

⁴⁰⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 427: “Quando se cuida de classificar as ações e sentenças, nunca é demais insistir no seguinte: todas as classificações possíveis de que se utilizam os processualistas dizem respeito às *ações* (no plural) de direito material e têm em mira classificar as respectivas sentenças de procedência (!), através das quais a função jurisdicional (substitutiva) realiza as ações (por meio de verbos) que competem ao direito reconhecido pela sentença.”

jurisdicional constitutiva e (c) tutela jurisdicional executiva. Adotam essa classificação Marcelo Lima Guerra⁴⁰¹ e Cândido Rangel Dinamarco.⁴⁰²

1.8.2 Tutela jurisdicional declaratória

A tutela jurisdicional declaratória e a tutela jurisdicional constitutiva são outorgadas por meio de ações cognitivas ou de conhecimento.

Nas ações de conhecimento, diz Liebman, o órgão jurisdicional é chamado a exercer a atividade mais característica de sua função, consistente em declarar entre dois contendores quem tem razão e quem não a tem.⁴⁰³ Prossegue esse mesmo autor dizendo que:⁴⁰⁴ “L’azione di cognizione è perciò propriamente *il diritto al giudizio sul merito della domanda*, non invece s’entende ad un giudizio di determinato contenuto, e perciò favorevole”.

⁴⁰¹ Nesse sentido: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 18: “Entre as diversas classificações possíveis da tutela jurisdicional, sobressai-se aquela relacionada com as diferentes maneiras de proteger o direito subjetivo. Sendo várias as necessidades de proteção que o direito subjetivo pode apresentar, diversas hão de ser também as *respostas* do órgão jurisdicional, dando lugar ao surgimento de mais de uma modalidade típica de tutela jurisdicional. As diferentes necessidades de proteção reveladas pelos direitos subjetivos podem ser reduzidas a três modalidades: a) *necessidade de eliminar incerteza jurídica acerca da existência ou inexistência de um direito*; b) *necessidade de alterar a situação jurídica entre dois ou mais sujeitos de direito, de modo a constituir, modificar ou extinguir um direito subjetivo*; c) *necessidade de realização concreta ou material de um direito subjetivo*. A cada uma dessas diferentes modalidades de proteção do direito subjetivo, corresponde, como não poderia deixar de ser, uma intervenção diferenciada do órgão jurisdicional, dando lugar a modalidades distintas de tutela jurisdicional.”

⁴⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 151: “Pelo aspecto das técnicas processuais, em resumo, a tutela efetiva e plena, capaz de debelar por completo a crise jurídica lamentada pelo demandante, será (a) *meramente declaratória*, (b) *constitutiva* ou (c) *executiva*. A tutela executiva será *executiva pura*, quando concedida mediante o emprego exclusivo do processo de execução (títulos executivos extrajudiciais); ou *condenatório-executiva*, quando concedida em dois tempos, mediante a realização de dois processos (o condenatório e o executivo); ou ainda *monitório-executiva*, quando é o resultado de um processo em que se produz o título para a execução e se executa (processo monitório). A tutela constitutiva e as executivas de toda ordem são *satisfativas*, porque acrescem ao patrimônio do sujeito algo mais que a mera certeza. A tutela condenatória não é satisfativa e não é tutela plena, porque nada acresce ao patrimônio do destinatário”.

⁴⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 77, p. 151. Com a devida vênia, discorda-se da respeitável colocação do ilustre mestre ao dizer que o juiz ao exercer sua atividade mais característica declara, entre dois contendores, quem tem razão e quem não a tem. O juiz, como regra geral, não diz que o réu tem razão, porque o réu não faz pedido, mas opõe mera resistência. O magistrado julga procedente ou improcedente o pedido formulado *pelo autor*. Assim, na realidade, o juiz ao exercer sua atividade mais característica, *julga* o pedido formulado *pelo autor* declarando-o *procedente* ou *improcedente*.

⁴⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 77, p. 151.

Para fazer atuar essa espécie de ação, deve o juiz conhecer os fatos historiados no processo, bem como averiguar quais as normas do sistema que conferem qualificação jurídica a eles, a fim de que, através de pronunciamento jurisdicional, diga concretamente se a pretensão do autor procede ou não.⁴⁰⁵ Em caso afirmativo, as normas previstas no sistema, até então existentes apenas como comandos genéricos e abstratos, através da força imperativa do pronunciamento do órgão jurisdicional, passarão a ser obrigatórias para os litigantes, que receberão, então, as conseqüências jurídicas previstas nessas normas. Diz Liebman:⁴⁰⁶ “Il giudice, appunto perchè giudica, é chiamato a fare una valutazione dei fatti dal punto di vista del diritto (...)”.

Como se nota, nas ações de conhecimento, o juiz, através de atividade voltada à busca da verdade, forma seu convencimento a respeito das alegações das partes, buscando dentro do sistema uma qualificação jurídica, a fim de dizer a partir das normas de direito material quais são as respectivas conseqüências jurídicas para as partes. O juiz, consoante didática síntese de Liebman *reconstrói os fatos e aplica o direito*.⁴⁰⁷ Trata-se de ação em que o juiz para subsumir os fatos às normas realiza investigação, análise do material probatório e das normas do sistema.

As ações de conhecimento, em caso de acolhimento do pedido, comportam ainda subdivisão em ações declaratórias, constitutivas e condenatórias. Estas últimas serão examinadas por ocasião do estudo da tutela jurisdicional executiva.

Através das ações declaratórias, objetiva-se segurança jurídica sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou sobre a autenticidade ou falsidade de um documento (art. 4º, I e II, do CPC). É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito (art. 4º, parágrafo único, do CPC).

⁴⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 78, p. 152-153.

⁴⁰⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 78, p. 155.

⁴⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 79, p. 155.

A declaração é também uma forma de tutela do direito, quando ele for dúbio ou tiver sido contestado e o interesse do seu titular ficar suficientemente amparado através dela.⁴⁰⁸

Nessa seara, o objetivo do autor limita-se à obtenção de segurança jurídica, idéia que melhor reflete a tutela jurisdicional prestada através dessa espécie de ação, segundo observa João Batista Lopes:⁴⁰⁹ “Se é verdade que, em muitos casos o ajuizamento da ação declaratória decorre da incerteza ou dúvida do autor sobre a existência, ou não, de relação jurídica (v.g., existe, ou não, obrigação de pagar um tributo?; quem é o legítimo proprietário do imóvel ? etc.) hipóteses há, e numerosas, em que tal não se verifica”.

Explica o eminente jurista que se o autor da ação declaratória pretende a outorga de provimento que ateste a inexistência de vínculo jurídico, seja no âmbito obrigacional, seja no âmbito tributário, não se pode dizer, tecnicamente, que o demandante tenha dúvida ou incerteza, de tal sorte que “pode haver interesse de agir sem que exista incerteza ou dúvida quanto à existência ou inexistência de relação jurídica”. Conclui que:⁴¹⁰ “Mesmo nos casos em que exista incerteza ou dúvida, não se vai a juízo para desfazê-las – afinal, o parecer de um jurista pode dirimi-las satisfatoriamente – mas para se obter declaração com força de coisa julgada”.

Essa eficácia outorgada por intermédio dessa espécie de ação demonstrou a total autonomia do direito de ação em relação ao direito material, pois o autor pode ter interesse (interesse processual), em demonstrar a inexistência de vínculo jurídico de qualquer sorte, i.e., inexistência de relação jurídica material.⁴¹¹

Na ação declaratória, o objeto da lide é a aplicação da regra preceptiva do mandamento legal, o seu preceito primário, e não a regra sancionadora, ou preceito secundário.⁴¹²⁻⁴¹³ Pretendendo o autor a declaração da

⁴⁰⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 83, p. 165-168.

⁴⁰⁹ LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 54.

⁴¹⁰ LOPES, João Batista. *Ação declaratória*, p. 54.

⁴¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 63, p. 273: “A ação declaratória foi, afinal, a que melhor serviu (particularmente a Wach, *Feststellungsanspruch*, 1888), para demonstrar a autonomia da ação.”

⁴¹² MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, n. 280, p. 36.

existência da relação jurídica ou autenticidade de um documento, a ação será declaratória positiva, e declaratória negativa em caso contrário.

A eficácia dessa espécie de ação garante que a sentença valha “como autêntico preceito disciplinador das relações jurídicas (ou relação jurídica) das partes, ou do conflito de interesses retratado na lide e questões a ela agregadas.”⁴¹⁴

Adverte Arruda Alvim⁴¹⁵ que, do

“ponto de vista dos elementos constitutivos da ação e sentença declaratória, deve ela ser considerada a mais simples de todas, pois nela encontramos exclusivamente o elemento declaração. Daí ser ela denominada ação e sentença de *mera* declaração, para ser distinguida das demais ações do processo de conhecimento, que, *lato sensu*, também são declaratórias (ao lado de conterem outro(s) elemento(s) que lhes conferem *especificidade*).”

Em caso de improcedência do pedido, ter-se-á, sempre, sentença de natureza declaratória negativa, porque, na lição de Arruda Alvim,⁴¹⁶ “dar pela improcedência da ação significa *negar o direito pretendido pelo autor, ou seja, afirmar-se-á, na parte dispositiva da sentença, que não existe aquele direito*”.

A sentença declaratória outorga tutela jurisdicional, porque ela própria, em caso de procedência, entrega ao autor aquilo que ele veio a juízo buscar: a obtenção de comando judicial gera segurança jurídica, desfazendo o estado de incerteza que pesava acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou falsidade ou autenticidade de um documento. A tutela ao direito da parte realiza-se tão-só pelo comando emergente da sentença, ao qual se sobrepõe a qualidade de imutabilidade do *decisum*.

⁴¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, § 25, p. 118: “A ação declarativa é ação a respeito de *ser* ou *não-ser* a relação jurídica. Supõe a pureza (relativa) do enunciado que se postula; por ele, não se pede condenação, nem constituição, nem mandamento, nem execução. Só se pede que se torne *claro* (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se *é*, ou se *não é*, a relação de que se trata. O enunciado é só enunciado de existência. A prestação jurisdicional consiste em simples clarificação”.

⁴¹⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, n. 290, p. 653.

⁴¹⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, n. 290, p. 654.

⁴¹⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, n. 289, p. 652.

1.8.3 Tutela jurisdicional constitutiva

A ação constitutiva visa a uma sentença que, além de declarar, também constitui, modifica ou extingue uma determinada relação jurídica. A eficácia constitutiva altera, por mínimo que seja, o mundo jurídico.⁴¹⁷

Para Chiovenda,⁴¹⁸ através das sentenças declaratórias o julgador verifica a vontade da lei preexistente, não se produzindo nenhum outro efeito que não o de fazer cessar a incerteza do direito. Por intermédio das sentenças constitutivas, além desse efeito, também se produz outro, qual seja, o efeito consistente em mudança jurídica, produzida através do pronunciamento jurisdicional.

As ações constitutivas, qualificadas pela prolação de provimentos da mesma espécie, representam genuína manifestação da tutela jurisdicional. Por meio de processos marcados pela investigação e busca da verdade, em caso de procedência, culminam com provimentos que realizam *inteiramente* o direito da parte, eliminando o estado de incerteza antes presente e modificando em algum aspecto a relação jurídica existente entre as demandantes.

O trânsito material em julgado das sentenças proferidas, só por si, *protege, realiza e “entrega”* à parte autora aquilo e exatamente aquilo que ela tinha o direito de obter, não sendo necessário nenhum processo ou fase posterior para esse fim. O contrato, em ações de rescisão contratual, e o vínculo matrimonial, em ações de divórcio litigioso⁴¹⁹, por exemplo, se desfazem pelo comando emergente da sentença de procedência.⁴²⁰

⁴¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, § 35, p. 203.

⁴¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 52, p. 195-198.

⁴¹⁹ O divórcio e a separação consensuais podem ser realizados judicialmente ou pela via administrativa, nos termos do art. 1.124-A do CPC, introduzido pela Lei 11.441/2007.

⁴²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 52, p. 198: “(...) a sentença constitutiva verifica uma preexistente vontade de lei, que visa à mudança doutra vontade de lei e *traz consigo aquela mudança mesma*”.

1.8.4 Tutela jurisdicional executiva.

1.8.4.1 Considerações preliminares: a sentença condenatória como pressuposto à execução forçada

A pretensão do autor pode ter por objeto não a declaração do direito de acordo com os fatos ou sua reconstrução histórica, mas sim a atribuição do bem da vida, por meio de medidas práticas realizadas no mundo empírico. Estar-se-á, então, frente à tutela jurisdicional executiva, que realizará, como técnica processual e por operações práticas, a entrega ao autor do bem da vida por ele buscado. As medidas executivas pelas quais haverá satisfação variarão, em regra, conforme o objeto da prestação.

Segundo Liebman:⁴²¹

“O conhecimento e julgamento da lide (processo de cognição) e a atuação da sanção (processo de execução) são duas formas igualmente importantes da atividade jurisdicional, que se complementam, estando uma a serviço da outra. Julgamento sem execução significaria proclamação do direito em concreto sem sua efetiva realização prática; e, por sua vez, execução sem cognição poderia resultar no arbítrio mais evidente”.

Na primeira hipótese, temos ação cognitiva, e na segunda, temos ação executiva.

Na cognição a atividade do juiz é predominantemente de caráter lógico e ideal; investiga os fatos, escolhe a regra jurídica, interpreta-a e aplica-a ao caso concreto. Enuncia uma regra jurídica que, atendidos os pressupostos exigidos pela lei, se torna imutável e obrigatória para as partes litigantes. Na execução, a atividade do órgão jurisdicional é predominantemente prática e material, visando a produzir, no mundo dos fatos, as modificações autorizadas pelo Direito.⁴²²

⁴²¹ LIEMBAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 2, p. 5.

⁴²² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 18, p. 44.

Há significativa diferença na posição jurídica das partes. Na cognição estão em condições de igualdade. Produzem provas, tentando convencer o julgador sobre a procedência ou improcedência da pretensão, devendo, em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o magistrado ouvi-las e, através da dialética, formar juízo sobre a matéria deduzida.

Já na execução, as partes não se encontram em pé de igualdade.⁴²³ Isso porque, partindo o juiz do pressuposto de que existe regra jurídica anteriormente enunciada, estabelecendo a posição jurídica de credora a uma das partes e de devedora a outra, sua atividade é totalmente voltada a entregar àquela o bem da vida, objeto da prestação devida, cuja obrigação previamente foi reconhecida. Nada mais há a convencer o juiz nesse ou naquele sentido. O devedor tem tão-só o direito de ver realizadas as operações práticas dentro dos estritos limites previstos no sistema, a fim de que não existam excessos.⁴²⁴

Diante dessa diversidade de fins, “é, pois, natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos, construídos sobre princípios e normas diferentes, para a obtenção de finalidades muito diversas”.⁴²⁵

Nesse sistema, todas as espécies de ações culminam com a prolação de uma sentença - uma das espécies de pronunciamento jurisdicional, art. 162, § 1º, do CPC -, cujo comando, atendidas as regras legais, tornar-se-á imutável para as partes e passará a reger a situação jurídica entre elas existente (coisa julgada material).⁴²⁶

Tratando-se de tutelas jurisdicionais declaratória e constitutiva, o trânsito em julgado é o que basta para entregar à parte aquilo que ela almeja, não sendo necessária nenhuma outra atividade, em outro processo, a não ser em sentido impróprio (execução imprópria).⁴²⁷ Enfim, a sentença, uma vez verificado seu trânsito material em julgado, realiza a proteção reclamada pela parte. É forma de tutela jurisdicional.

⁴²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 18, p. 44.

⁴²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 18, p. 44.

⁴²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 18, p. 44.

⁴²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 18, p. 44.

⁴²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 3, p. 6.

Nas ações condenatórias, além de declarar a existência de uma relação jurídica material vinculando autor e réu, o juiz vai além: constatado o inadimplemento deste em relação a uma obrigação, que tenha por conteúdo uma prestação de dar, fazer ou não fazer perante o autor, aplica também a sanção estabelecida em lei, como preceito secundário da norma. Esse efeito, incita o réu a adimplir a prestação devida, sob pena de coativamente sofrer as conseqüências previstas no sistema jurídico, inclusive podendo o Estado-juiz realizar, através de medidas práticas aquilo que não foi realizado voluntariamente pelo réu.⁴²⁸⁻⁴²⁹

Se no âmbito penal, explica Liebman,⁴³⁰ a condenação resulta na aplicação ao réu das penas previstas no sistema, no âmbito civil a condenação significa a sujeição do devedor às medidas executivas previstas pela lei relativas à obrigação não cumprida. Ainda, segundo esse autor, a condenação dá vida a uma nova situação jurídica (instrumental) consistente no poder do órgão judiciário de promover a execução forçada, e na sujeição do devedor ao seu desenvolvimento e aos seus efeitos. Afirma Liebman⁴³¹ que se “può dire che gli effetti di questa sentenza sono duplici: accerta l’existenza di un diritto ad una prestazione e il suo inadempimento, e conferisce al titolare del diritto una nuova azione, l’azione esecutiva”.

Segundo Chiovenda,⁴³² a ação condenatória, ao acolher o pedido do autor afirmando a existência de uma vontade concreta da lei, nada acresce à relação jurídica existente entre as partes. A ação, transitada em julgado, tem-se por consumada. Todavia, desse pronunciamento jurisdicional origina-se um novo poder jurídico, hábil a fazer atuar a vontade da lei verificada na sentença.

⁴²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 84, p. 168: “A questa maggiore intensità di effetti della condanna corrisponde una diversità del suo contenuto, in confronto a quello della sentenza di mero accertamento. Nella condanna vi è qualche cosa in più, che si aggiunge al solito accertamento. Questo provvedimento ulteriore, consequenziale all’accertamento, che il giudice non può pronunciare se non fu espressamente domandato, è la applicazione della sanzione stabilita dalla legge per l’atto illecito commesso dall’altra parte”.

⁴²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, § 25, p. 121: “A ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado *contra direito*, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (con-damnare). Não se vai até à prática do con-dano; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danoção, de que se acusou alguém, e pede-se a condenação. A ação executiva é que compete, depois, ou concomitantemente, ou por adiantamento, levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico”.

⁴³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 84, p. 169.

⁴³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 84, p. 168.

⁴³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 36, p. 171-172.

Ainda segundo esse autor,⁴³³ correlativo ao conceito de condenação é o conceito de prestação. A sentença de condenação supõe: a) a existência de uma norma que garanta um bem jurídico a alguém, fixando uma prestação a ser cumprida pelo réu, e b) a convicção do julgador de que, com base na força advinda do título executivo, se possa proceder por meio dos órgãos do Estado aos atos ulteriores para a efetiva obtenção do bem garantido pelo sistema.

Como o pressuposto da condenação é a certeza do inadimplemento, via de regra, a ação condenatória dá ensejo à cognição plena e exauriente sobre a existência do direito, não podendo acolhê-la sem que antes o juiz realize exame aprofundado de todas as questões que envolvam a lide.⁴³⁴

A ação condenatória se esgota também com o trânsito em julgado da sentença. A exemplo das demais espécies de ações de conhecimento ela “morre por consumação”.⁴³⁵

Isso porque a sentença condenatória, além de declarar a regra jurídica que regerá a relação estabelecida entre as partes, estabelece a sanção correspondente, ou seja, o juiz, após reconhecer que o autor tem o direito de obter o bem da vida que não lhe foi entregue voluntariamente pelo réu, enuncia as medidas e atividades práticas a serem desenvolvidas pelo Estado contra a vontade do obrigado a fim de entregá-lo ao autor. A sanção substitui a prestação não cumprida pelo devedor.⁴³⁶ A condenação prepara a execução através da escolha e disposição das sanções a serem sofridas pelo condenado.⁴³⁷

Todavia, a atuação da sanção não se fazia, até pouco tempo, no processo de conhecimento, que se consumava, i.e., que se esgotava com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Pretendendo a parte vencedora (credora) a atuação da sanção, através do desencadeamento de operações práticas, a fim de que, coativamente, obtivesse o bem da vida não obtido espontaneamente, deveria promover outra ação, qual seja, a ação executiva, que instaurava outro processo (de

⁴³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 43, p. 184.

⁴³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 84, p. 169-170.

⁴³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 18, p. 45.

⁴³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 17, p. 40-41.

⁴³⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 7, p. 17.

execução autônomo), por meio do qual se implementava a tutela jurisdicional executiva.

Fundada na divisão inconciliável de atividades, essa espécie de tutela jurisdicional remarcava sua diferença, porque *apenas no processo de execução*, enquanto segmento autônomo e diferenciado, *se podiam desenvolver atividades e operações práticas*, enfim, medidas executivas, que visavam a satisfazer o direito do credor, substituindo a vontade do obrigado.

Ocorria, aqui, a chamada “*unificação dos meios executivos*”, num segmento processual próprio, totalmente diverso do processo de conhecimento, sendo este destinado apenas às operações lógicas e ideais realizadas pelo juiz, que se consumavam com uma sentença do tipo condenatória, dotada das características antes mencionadas. Essa unificação dos meios executivos não permitia a mistura das atividades cognitivas e executivas,⁴³⁸ e reafirmava a *summa divisio* entre processos de conhecimento e de execução autônomo.

Com razão Ovídio Araújo Baptista da Silva⁴³⁹ explica que a sentença condenatória conforma-se com a premissa doutrinária que separa a jurisdição em cognição e execução, em *dictum* e *factum*. Com base nessa premissa, no processo de conhecimento o juiz apenas diz o direito aplicável ao caso e nada faz, ao passo que no processo de execução, dá-se o inverso, ele faz e nada diz.

⁴³⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 151-152: “Como temos procurado mostrar, a meta, laboriosamente alcançada pela doutrina, no sentido da *unificação dos meios executórios* tem como premissa o princípio de que não deve existir execução no ‘processo de conhecimento’. Vale dizer, a elaboração teórica dessa categoria processual denominada ‘processo de conhecimento’, com a feição e os limites que a doutrina lhe atribui, tem como pressuposto implícito o princípio de que nele não deverá ter lugar nenhuma espécie de execução jurisdicional. A construção desse complexo e gigantesco instituto jurídico conhecido como ‘processo de conhecimento’ pressupõe, portanto – uma vez que em seu interior não existe, por definição, execução -, que as formas de tutela processual que ele possa conceder à parte fiquem limitadas às três espécies clássicas de sentenças: as *declaratórias* e *constitutivas*, que, embora operando exclusivamente no mundo das normas jurídicas, bastam-se a si mesmas para a completa e cabal satisfação da pretensão posta em causa na respectiva demanda; e as *condenatórias*, cuja natureza é até hoje um mistério para a ciência processual, e cuja autonomia, no plano do direito material, não sem razão, tem sido posta em dúvida por muitos juristas, *que necessitam de um subsequente processo de execução*, distinto e autônomo, para realizar a pretensão originariamente posta pelo demandante, no antecedente ‘processo de conhecimento’. O princípio básico que alimenta a teoria do ‘processo de execução’, portanto, é o de que – tendo havido um prévio processo de conhecimento, de que resultou uma sentença condenando o devedor a *prestar* – haverá de ter lugar, nele, tão-somente, o cumprimento do julgado, não sendo admissível que o devedor condenado volte a discutir o que já fora objeto de controvérsia no ‘processo de conhecimento’”.

⁴³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 187.

“Se, como disse Carnelutti, no processo de cognição transforma-se o *fato em direito*, no processo de execução – agora no dizer de Micheli – dá-se o inverso”.⁴⁴⁰

Sempre adjetivou o processo de conhecimento a idéia de que através dele se busca uma sentença como ato final que o finaliza, ao passo que no processo de execução, objetiva-se a realização da sentença condenatória, antecedentemente proferida.⁴⁴¹

1.8.4.2 Raízes históricas da *summa divisio* entre processo de conhecimento e processo de execução baseado em título executivo judicial e a adoção dessa estrutura em nosso sistema jurídico até o advento da Lei 11.232/2005

A sustentação dessa estrutura segmentada de atividades jurisdicionais, através de dois processos autônomos, que guardavam entre si tão-só uma relação instrumental, tem raízes históricas no direito romano. As razões dessa constatação foram muito bem desenvolvidas, entre nós, por Ovídio Araújo Baptista da Silva.⁴⁴²

Segundo esse respeitável autor, o direito romano classificava as ações em pessoais (*actio in personam*) sempre que houvesse uma relação obrigacional que servisse de fundamento para a ação (*obligatio*). A fórmula dessas ações pressupunha sempre um dever de prestar por parte do réu. Havia, assim, uma obrigação que impunha ao réu o dever de cumprir determinada prestação. Essas ações eram decididas por um juiz privado (*iudex*), através de *condemnatio*. Esse provimento exortava o condenado a cumprir a obrigação, mas verdadeiramente não o obrigava, necessitando-se então de um espontâneo cumprimento da obrigação,

⁴⁴⁰ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. II, p. 354.

⁴⁴¹ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. II, p. 354.

⁴⁴² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 199. Mencionem-se, ainda, outros trabalhos do mesmo autor acerca do tema: *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, *passim* e *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 185 e ss.

porque a *obligatio* romana, em suas origens, correspondia a um *vinculum iuris* a que estava submetido o devedor, mas de natureza incoercível, incapaz de ser implementado, a não ser mediante o espontâneo cumprimento da obrigação.

Durante todos os períodos históricos em que pode dividido o processo civil romano (*legis actionis*, processo formulário e *extraordinaria cognitio*), aquele que pretendesse o recebimento de determinada soma em dinheiro de outrem deveria chamar a juízo o obrigado pleiteando a prolação de uma sentença de conteúdo condenatório.⁴⁴³

Nos dois primeiros períodos acima citados, a controvérsia era fixada por um *magistrado* (*pretor*), como representante do Estado, que, entretanto, não a julgava, mas apenas ajudava as partes a escolherem um *árbitro*, ou seja, um *juiz privado*. Este, de acordo com as diretrizes fixadas pelo pretor julgava a lide. Em caso de procedência, condenava o réu ao pagamento de determinada importância em dinheiro.

No período das *legis actionis*, passado o prazo necessário fixado na sentença para que o réu cumprisse a obrigação, o autor lançava mão da *manus iniectio*, chamando novamente a juízo o réu inadimplente. Se o réu confirmasse o não cumprimento da obrigação e não opusesse nenhuma forma de defesa contra a sentença, então poderia o pretor (magistrado) conceder ao credor ordem (*addictio*) que lhe garantia o poder de se apoderar do devedor, vendê-lo em praça pública e, nos tempos mais primitivos, até matá-lo. Todavia, caso o devedor se opusesse ao cumprimento da obrigação, oferecendo caução, inclusive com auxílio de terceiro (*vindex*), novo processo se iniciaria com idêntico rito e terminaria com nova condenação, agora em dobro.⁴⁴⁴

No período formulário, a *manus iniectio* foi substituída pela chamada *actio iudicati*, mas a natureza incoercível da obrigação, ainda baseada em sentença condenatória, manteve sua estrutura básica: a *actio iudicati* era a única via

⁴⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 2 e ss.

⁴⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 5.

processual à disposição do credor que não houvesse sido satisfeito após a prolação de sentença condenatória, e seu resultado seria uma nova sentença condenatória.⁴⁴⁵

É que da sentença condenatória outro efeito não decorria senão o de se promover nova ação. Os romanos entendiam que, a partir da sentença condenatória, deveria o obrigado ter um tempo razoável para que pudesse angariar o numerário a que foi condenado (*tempus iudicati*). Por outro lado, vencido esse prazo, a obrigação constituída pela sentença, que substituíra a anteriormente existente entre as partes, poderia ter sofrido modificação diante de uma série de causas impeditivas, modificativas ou até mesmo extintivas de sua existência, como novação, pagamento, compensação etc. Daí a necessidade de que se tivesse certeza acerca de sua higidez no plano jurídico, o que só seria possível após novo pronunciamento judicial, que substituiria a obrigação precedente.⁴⁴⁶

Enfim, *da sentença condenatória não decorria o automático efeito executivo*. Isso porque a sentença não era pronunciada por um pretor (magistrado) romano, como legítimo representante do Estado. Ao julgado não se agregava ordem do Estado romano (*imperium*). Ao contrário, a sentença era proferida por um árbitro privado. Logo, deste pronunciamento não poderia advir ordem executiva, porque representante do Estado romano ele não era, mas apenas um juiz privado escolhido livremente pelas partes. O único poder que lhe era atribuído pelo pretor era o de julgar a lide, e não o de executar seus julgados.⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 5.

⁴⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 14.

⁴⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 9: “A verdade é que a *actio iudicati* não constitui expediente de processo congeminado pelo pretor para atingir determinado objetivo prático. Corresponde, pelo contrário, e adere, intimamente, à estrutura orgânica do processo civil romano e à sua característica distribuição de poderes entre as pessoas que dele participavam. Os poucos elementos acima explanados demonstram que, efetivamente, quem era credor em virtude de uma sentença proferida a seu favor, devia proceder por meio da *actio iudicati*, pois esse, e não outro, era o direito que da sentença mesma lhe advinha. Esta não conferia ao vencedor o poder de se satisfazer direta ou indiretamente, sobre a pessoa ou sobre o patrimônio do devedor, numa palavra: de praticar atos executórios; tão-somente lhe proporcionava nova ação, isto é, novo direito de reivindicar judicialmente seu crédito, chamando o devedor perante o magistrado. A este (ou por ele a um *vindex*) ainda se garantia a possibilidade de negar ou contestar a pretensão do credor e só por falta dessa contestação, declarada pelo magistrado, se dava autorização ao credor para praticar os atos que, segundo as várias épocas, serviam para satisfazê-lo.”

⁴⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 12: “O *addicere* e o *duci iubere*, ou seja, os atos que autorizavam o credor a proceder à execução, inseriam-se no *imperium* do magistrado e não se podiam conter na sentença do juiz. Este, como ser um cidadão privado, destituído de qualquer poder próprio e autônomo, de outra faculdade não dispunha senão das que expressamente se lhe designavam. Essa transmissão de poderes, contudo, não lhe advinha do magistrado, que não podia, tampouco, julgar, e que se limitava a socorrer as partes reforçando, com seus *iussus*, isto é, com uma ordem especial e concreta, o

No período da *extraordinaria cognitio*, o pretor preside todo o processo, do início ao fim, ficando abolida a presença de um juiz privado escolhido pelas partes. Embora não se mencione mais a *actio iudicati*, ela ainda assim era necessária para que um credor insatisfeito e titular de uma sentença condenatória (titular de uma obrigação) chamasse a juízo o devedor a fim de que ele ou se submetesse ao julgado, ou apresentasse suas razões de defesa.⁴⁴⁹

Como o processo se desenvolvia perante o pretor não subsistia mais o caráter privado da sentença, que passou a assumir feição estatal. Não se exigia mais do devedor a prestação de caução para novamente se defender. Aboliu-se a condenação em dobro, resultante de nova *actio iudicati*. Enfim, em princípio, os motivos que justificavam a necessidade de certificação da existência da obrigação não subsistiam, o que sinalizava um possível efeito executivo da sentença condenatória.⁴⁵⁰

Todavia, os mesmos motivos que justificavam a estrutura do processo civil romano nas precedentes fases em que pode ser dividido para fins científicos, ainda aqui se faziam presentes: possibilidade de modificação da obrigação, de tal sorte que a *convocação do obrigado a juízo* apresentava-se como *fonte de equilíbrio entre os contendores*, a fim de que o órgão estatal tivesse certeza sobre a higidez do vínculo obrigacional tal qual constituído.⁴⁵¹

Apesar da manutenção desses princípios, pode-se concluir pela constante presença do Estado do início ao fim do processo. O pretor garantia o contraditório ao devedor, mas, após ouvidas suas razões e convencido de sua improcedência, bem como constatado o inadimplemento e a manutenção da obrigação, poderia ordenar atos executivos.⁴⁵²

Explica Liebman:⁴⁵³

dever do juiz de exercer o encargo que se lhe confiava; e outro poder não lhe transmitiam as partes que não o declarar a qual das duas assistia razão, visto não lhe poderem comunicar um poder que não tinham”.

⁴⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 16 e ss.

⁴⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 21-22.

⁴⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 25.

⁴⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 22-23.

⁴⁵³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 25.

“Mau grado a transformação do objeto da *actio* na última época do processo romano (...) permanece no direito romano, em todos os estádios de seu desenvolvimento, o princípio de que a sentença de condenação representa apenas o primeiro passo na marcha da realização do direito. Por ela se declarava a existência de uma obrigação, sem, entretanto, tornar-se preparado e maduro o ato executivo. Quando o credor se propunha obter permissão para executar a condenação, apresentando de novo incerta, pelo decurso do tempo desde o seu pronunciamento, a existência da obrigação, fazia-se mister nova verificação que precedesse imediatamente o início dos atos executivos, e o meio para consegui-lo era a *actio iudicati*”.

E conclui:⁴⁵⁴

“Tudo isso é plenamente lógico e natural num processo que tanto se singularizou pelo caráter privado. Tanto que, mesmo quando, na última época, o processo sofreu profundas modificações, a condenação conservou, por força da tradição, eficácia meramente obrigatória. No mundo romano não existe título executivo (...)”.

Até o advento da Lei 11.232, de 22.12.2005, que, salvo raríssimas exceções, aboliu a ação e o processo execução de título judicial, nosso sistema jurídico adotava exatamente essa estrutura segmentada e inconciliável entre processo de conhecimento e processo de execução baseado em título judicial.

Como se nota, os pontos de coincidência entre a estrutura das ações pessoais, sua execução, e a tutela jurisdicional executiva baseada em ação de execução fundada em título executivo judicial, em nosso Direito, são claros e não escaparam à perspicaz análise de Ovídio Araújo Baptista da Silva.

Com efeito, *proferida sentença condenatória*, que só por si não entregava à parte aquilo que ela veio a juízo obter, e havendo o trânsito material em julgado, *obtinha a parte título executivo judicial* (art. 584, I, do CPC ora revogado) *que lhe franqueava não a satisfação imediata, mas apenas o direito de promover ação de execução*, dando início a outro processo – processo de execução -, agora voltado a atos de satisfação.

Como – a exemplo do raciocínio que movia a *actio iudicati* – *poderiam existir* situações posteriores à sentença que extinguiriam ou modificariam a obrigação certificada em sentença, a nova ação servia exatamente ao sistema

⁴⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 25.

como (*suposta*) fonte de equilíbrio e de segurança jurídica. E, justamente porque eram inconciliáveis a cognição e execução num único processo, a defesa do devedor, após realização do ato construtivo, fazia-se por meio de *outra ação*, os embargos à execução, que tinham como *efeito imediato a suspensão automática* do curso do processo de execução (arts. 736 e 739, § 1º, do CPC - redação originária).

Em boa hora, a Lei 11.232/2005 aboliu, como regra e salvo raríssimas exceções, a ação de execução de título judicial de nosso sistema jurídico. Colocada à mostra as notórias conseqüências negativas de um sistema preocupado demasiadamente com a tutela dos valores liberais clássicos – e não com a tutela do direito da parte credora -, o legislador processual estabeleceu que, tratando-se de ação condenatória, sendo eficaz a sentença, o vencido tem 15 (quinze) dias (semelhante ao *tempus iudicati* da *actio iudicati*) para, espontaneamente, satisfazer a obrigação reconhecida em sentença, sob pena de ver acrescido o débito de multa na ordem de 10% (dez por cento), nos termos do art. 475-J do CPC.

Vencido esse prazo sem cumprimento voluntário, o credor, mediante requerimento expresso, instruído com memória atualizada do cálculo, solicita a expedição de mandado de penhora e avaliação (art. 475-B e art. 475-J do CPC), podendo, desde logo, indicar bens hábeis à constrição. O contraditório ficou assegurado, pela intimação do devedor ou de seu advogado, acerca do auto de penhora, tendo o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar impugnação, nos próprios autos (art. 475-J, § 1º, do CPC), que será resolvida mediante decisão interlocutória, salvo se puser fim à execução (art. 475-M, § 3º, do CPC).

A impugnação, cuja temática é restrita ao catálogo legal ou a ele equiparável (art. 475-L do CPC), passa por um juízo preliminar de admissibilidade, de tal sorte que o juiz só suspenderá o curso da execução desde que relevantes seus fundamentos e que o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 475-M do CPC).

Todos os desdobramentos trazidos pelo novo sistema serão objeto de estudo em item específico deste trabalho. Agora, a inovação legislativa serve para reforçar a idéia por nós defendida, com apoio em autorizadíssima doutrina, de

que a *sentença condenatória, que tem por objeto obrigação de pagar quantia, nunca representou efetiva tutela de direitos, nem antes, nem após o advento da Lei 11.232/2005.*

Realmente, através dessa espécie de sentença o direito subjetivo da parte não resta amparado, ao contrário do que ocorre com a tutela jurisdicional declaratória e constitutiva. Inegavelmente, tem-se ação, processo, provimento jurisdicional, mas diante do conteúdo da sentença condenatória e de sua insuficiência para amparar o direito da parte, necessitando de outro processo até o advento da Lei 11.232/2005 e, após ela, de nova fase (executiva), *inaugurada por requerimento do credor*, essa espécie de sentença não representa forma genuína de tutela jurisdicional.⁴⁵⁵

Essa espécie de provimento jurisdicional proferido no processo de conhecimento *tão-só instrumentaliza a atuação prática do Estado*, seja por meio da extinta ação de execução de título judicial, seja por meio da atual fase executiva, antecedida de fase cognitiva, num único processo ou como preferem alguns em *processo sincrético*. *A sentença condenatória não se encarta na categoria de sentenças auto-suficientes* (hipótese das sentenças declaratórias e constitutivas), *mas na categoria das sentenças instrumentais*.

⁴⁵⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 204-205. No mesmo sentido: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 26-27: “(...) não é rigorosamente exato falar em ‘tutela condenatória’, uma vez que não existe uma modalidade autônoma e específica de proteção aos direitos subjetivos – diferente das tutelas declaratória, constitutiva e executiva – que mereça ser chamada por tal denominação. Com efeito, se se quiser empregar a expressão ‘tutela condenatória’ ela só pode significar o mesmo que ‘sentença condenatória’, pura e simplesmente, mas que fique bem claro que tais expressões não indicam uma modalidade autônoma de tutela jurisdicional”. (...) “Dessa forma, somente as sentenças auto-suficientes é que podem ser classificadas segundo o critério do tipo de tutela jurisdicional prestada. Segundo tal critério, portanto, tais sentenças classificam-se em *sentenças declaratórias* e *sentenças constitutivas*. Insista-se, ainda, nesse ponto: por não encerrarem modalidade alguma de prestação autônoma de tutela jurisdicional, não se pode incluir uma sentença condenatória ao lado das declaratória e constitutiva, numa classificação feita segundo o critério da *modalidade de tutela jurisdicional prestada*, visto que somente as sentenças auto-suficientes podem ser classificadas segundo tal critério. As sentenças condenatórias integram, por sua vez, a classe das *sentenças instrumentais*.”

1.8.4.3 Ações condenatórias, ações executivas *lato sensu* e ações mandamentais: diferentes espécies de tutela jurisdicional ou mera variação procedimental de cumprimento de tutela jurisdicional executiva?

1.8.4.3.a Delimitação da controvérsia e sua conexão com o objeto deste trabalho

Embora não constitua objeto específico deste ensaio, não poderíamos nos omitir e deixar de analisar, ainda que brevemente, a problemática das chamadas ações executivas *lato sensu* e das ações mandamentais e suas possíveis diferenças e semelhanças em relação às ações condenatórias. Isso porque essa discussão, em última análise, envolve igualmente o moderno conceito de tutela jurisdicional e, por essa razão, merece nossa atenção. De resto, houve substancial alteração no Direito Processual Civil pátrio por meio da Lei 11.232/2005, com a eliminação de ação executiva após obtenção de sentença condenatória, o que está diretamente ligado ao debate sobre formas diferenciadas de tutela.

Considerável parte da doutrina encontra nas chamadas ação executiva *lato sensu* e ações mandamentais uma nota marcante e comum, hábil a lhes diferenciar das ações e sentenças condenatórias, e, inclusive, a lhes conferir o *status* de tutela jurisdicional.

Dizem os partidários desse posicionamento que encontramos no sistema jurídico situações em que o direito subjetivo da parte é protegido, i.e., realizado inteiramente num único processo, prescindindo-se, totalmente, da propositura de uma nova ação. Em tais processos ocorre verdadeira *aglutinação das atividades cognitivas e executivas*.

Inicialmente, o juiz conhece, averigua as provas e verifica se o direito material ampara a pretensão do autor. Com essa certeza (típica do processo de conhecimento), ele, em sentença, ordena ao réu o cumprimento de uma ordem ou, desde logo, determina a realização de operações práticas aptas a entregar à parte

o bem da vida buscado. Com o trânsito material em julgado da sentença, e em algumas hipóteses, antes mesmo disso ocorrer, o comando da sentença se implementa, no mesmo processo, cumprindo inteiramente a ordem ou a determinação judicial.

Como diz Araken de Assis,⁴⁵⁶ “o comando sentencial se encarrega de efetuar ablação de parcela do patrimônio do réu em proveito do autor antes e fora de uma nova relação processual (de execução)”.

Nessas espécies de ação e processo, haveria prestação de tutela jurisdicional, pois a parte obtém aquilo e exatamente aquilo que tinha o direito de obter. A nota marcante dessas ações residiria na circunstância de que a tutela do direito ocorreria dispensando-se outro processo. Enfim, bastaria apenas um processo, em que haveria a justaposição de atividades cognitivas e executivas. É o que se passa, por exemplo, nas ações possessórias (arts. 920-933 do CPC), na ação de despejo (Lei 8.245/1991, arts. 59-66) e no mandado de segurança (Lei 1.533/1951).

Embora o tema ainda se mostre bastante controvertido quanto à exata classificação doutrinária dessas ações e sentenças (se condenatórias, ou encartáveis em outra espécie), a doutrina, regra geral, frente a expressos dispositivos legais (arts. 461, 461-A e 929 do CPC; arts. 63 e 65 da Lei 8.245/1991; arts. 11 e 12 da Lei 1.533/1951; art. 84 do CDC), nunca negou a sua extrema vantagem em relação ao sistema tradicional baseado no rígido esquema *sentença condenatória-ação executiva* baseada em título judicial.

Cumprido, assim, alistar algumas das características específicas de cada uma dessas ações e os principais argumentos em prol da diferenciação entre elas e as ações condenatórias.

⁴⁵⁶ ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

1.8.4.3.b Ações executivas *lato sensu*

Segundo Donaldo Armelin,⁴⁵⁷ a existência de categorias novas de ações,

“que não se amoldam às já aceitas pela doutrina dominante permite que algumas ações em que a execução do julgado prescinde de formação de um processo específico, como ocorre com a ação de depósito, a de despejo, as ações possessórias e outras, em que a transformação do mundo empírico, normalmente reservada à ação de execução, opera no processo de conhecimento, sejam devidamente categorizadas. Aliás, a possibilidade de alterar a realidade fática não é um monopólio da ação de execução. Tal possibilidade pode ocorrer nos processos de conhecimento, sempre que se autoriza a antecipação da executividade, através da concessão de liminares, muitas vezes *‘inaudita altera parte’*. O que sucede é que os atos executivos, que têm o condão de alterar a realidade fática, estão centrados no processo de execução, mas não exclusivamente neste. Desde que se firmou a posição doutrinária e mesmo legal, como é o caso do nosso Código de Processo Civil, da absoluta separação do processo de conhecimento do processo de execução, surgiu a dificuldade de se explicar como certas ações de conhecimento provocam alteração da realidade, sem recurso à execução”.

Para Pontes de Miranda:⁴⁵⁸ “A *ação executiva* é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*).”

A característica fundamental dessas ações executivas *lato sensu* estaria no fato de que o comando sentencial determina operações práticas a fim de satisfazer o autor, entregando-lhe aquilo que tinha o direito de obter, prescindindo totalmente de outro processo, qual seja, o executivo. Todas as operações práticas implementam-se no mesmo processo onde foi prolatada a sentença. Não contêm ordem dirigida ao réu, mas sim prevêem todos os meios adequados para realizar no

⁴⁵⁷ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, p. 221-222.

⁴⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. 1, § 25, p. 122. Segundo a classificação adotada por esse autor (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. I, n. 2, p. 152 a ação executiva subdivide-se em: “a) ação executiva, por antecipação ou adiamento da executividade, de que são *exemplo* as ações de títulos extrajudiciais, mas de cognição incompleta ao tempo da eficácia executiva; b) ação executiva, sem antecipação ou adiamento da executividade, de modo que a sentença final é que é a ‘executiva’; c) ação executiva de sentença (‘execução de sentença’), que são títulos para se iniciar execução, já sem a elaboração da cognição completa, porque a sentença exequianda deixou atrás daquela elaboração e tende a explorar a cognição completa que traz em si”.

plano dos fatos aquilo que o Estado-juiz considerou no plano jurídico pertencer ao autor.

Explica Kazuo Watanabe⁴⁵⁹ que a sentença proferida nessas ações, pela *elevada carga de executividade* de que é dotada, é executável no próprio processo em que foi proferida, o qual *aglutina*, assim, as atividades de cognição e execução, inexistindo execução *ex intervallo* dependente da propositura pelo autor de nova demanda, agora executiva.

Alista Kazuo Watanabe⁴⁶⁰ as características mais significativas dessa espécie de ação, especificamente quando se referiu à ação de despejo: a) inadmissibilidade de embargos do executado, diante da inexistência de ação executiva; b) necessidade de dedução de toda a defesa na fase de conhecimento, e não através de embargos na fase de execução; c) execução promovida por simples mandado, sem necessidade de processo de execução forçada previsto no Livro II do Código de Processo Civil, que disciplina o processo de execução. Ressalta que, não sendo cumprido espontaneamente o comando judicial, os atos executivos são efetivados pelos auxiliares do juiz, inclusive com emprego de força e arrombamento. Ademais, embora se possa imaginar que, tratando-se de comando visando à desocupação de imóvel, aparente estar incidindo sobre ele, na realidade repercute sobre a liberdade individual das pessoas que ali estão.

Aqui não se ordena que o demandado faça, mas desde logo se determinam providências práticas que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Nesta seara, o poder atribuído ao juiz, para conciliar o resultado fático àquele previsto pelo sistema, é extremamente amplo, podendo adotar as *providências* que se revelarem, naquele caso específico, as mais adequadas.

Estabelecem o art. 84, *caput*, do CDC, e o art. 461, *caput*, do CPC, que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do

⁴⁵⁹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 22-23.

⁴⁶⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 23.

adimplemento. *Que providências?* Aquelas que se mostrarem mais eficazes e menos restritivas à liberdade e patrimônio do obrigado (art. 620 do CPC), enfim, *mais adequadas*, porque proporcionalmente ajustadas à situação litigiosa. As regras (art. 84, § 5º, do CDC e art. 461, § 5º, CPC) alistam, em caráter exemplificativo, algumas “medidas necessárias” (multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, com requisição de força policial etc).

A relevância do art. 461 do CPC, introduzido pela Lei 8.952/1994, e aprimorado pela Lei 10.444/2002, e do art. 84 do CDC (Lei 8.078/1990), está no fato de que esses dispositivos constituem previsão legal expressa para qualquer pretensão que necessite ser tutelada e diga respeito às obrigações de fazer ou não fazer, em nível individual e coletivo, respectivamente. Acresça-se ainda que os direitos não patrimoniais como direito à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, ao nome, à intimidade etc., passam a ser reconhecidos como dignos de adequada tutela, porque citados dispositivos amparam pretensões radicadas em obrigações convencionais e também legais.⁴⁶¹

O art. 461-A do CPC, introduzido pela Lei 10.444/2002, relativo às ações que tenham por objeto a entrega de coisa, também seria encartável nessa categoria de demandas. Dispõe o art. 461-A, § 2º, do CPC, que não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

Outros exemplos são comumente citados: ação de depósito (art. 901-906 do CPC), ação civil pública (Lei 7.347/1985, art. 11, c.c art. 21, acrescentado pela Lei 8.078/1990) e ações fundamentadas na Lei Antitruste (Lei 8.884/1994), a qual, ao dispor sobre o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, alude em seu art. 63 a “todos os meios, inclusive mediante *intervenção na empresa* quando necessária”, bem como prevê como medida executiva a determinação de “*afastar de suas funções* os responsáveis pela administração da empresa que,

⁴⁶¹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 40.

comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor”.

Ovídio Araújo Baptista da Silva⁴⁶² demonstra que a estrutura da execução baseada em títulos executivos judiciais ou extrajudiciais radica-se na *condemnatio* do direito romano. Para esse eminente jurista a origem da tutela jurisdicional prestada em processo único, i.e., para pretensões que prescindem de processo de execução seguido do processo de conhecimento, também pode ser encontrada no direito romano, particularmente nos remédios jurídicos utilizados visando à recuperação da posse ou da propriedade, e não em direito obrigacional (*obligatio*).

Assim, caso o autor visasse à obtenção de coisa, e não ao cumprimento de uma obrigação, deveria se valer de um *interdictum* para a recuperação da posse, ou, senão, da *vindicatio*, caso pretendesse a restituição do domínio sobre determinado bem. Esses provimentos eram ordenados por um pretor, como representante do Estado romano.⁴⁶³

A diferença entre ambos, explica o citado autor, é notória quando se verificam as conseqüências advindas da *actio in personam* e da *vindicatio* ou *interdictum*, posteriormente à sentença. Na primeira, diante do caráter incoercível da obrigação, nada poderia o credor fazer, a não ser aguardar o espontâneo cumprimento do julgado. As segundas espécies não se submetiam a essa contingência. O vitorioso, autorizado pelo Estado (*imperium*), obtinha a restituição da posse ou do domínio alcançando satisfação plena do direito reconhecido, sem necessitar de qualquer colaboração do demandado.⁴⁶⁴

A incoercibilidade da prestação explica-se também pela origem do provimento: nas *actiones in personam*, provinha de um juiz privado. Todavia, nas postulações sobre a posse e o domínio, o pretor, como representante do Estado, impunha o cumprimento do julgado, prescindindo de qualquer colaboração do réu.

⁴⁶² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 199 e ss.

⁴⁶³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 199 e ss.

⁴⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 200 e ss., e p. 336 e ss.

Essas noções são importantes, vez que, na primeira hipótese, não se tem em princípio desrespeito a uma ordem estatal, o que se daria no segundo caso.⁴⁶⁵

Ovídio Araújo Baptista da Silva vale-se das lições de Pontes de Miranda para explicar por que nas ações fundadas em direito obrigacional não se prescinde de outro processo e nas ações fundadas em posse e propriedade dá-se o inverso.

Com efeito, diz Pontes de Miranda que:⁴⁶⁶ “Quem reivindica, em ação, pede que se apanhe e retire a coisa, que está, contrariamente a direito, na esfera jurídica do demandado, e se lhe entregue.”

Entende Ovídio Araújo Baptista da Silva⁴⁶⁷ que, nas ações que têm por objeto a recuperação de coisa, justamente diante de suas origens históricas (por derivarem do *interdictum* e da *vindicatio* romanas, nas quais o pretor ordenava a restituição do bem com *imperium*), e porque é objeto dessas espécies de ação a legitimidade ou não da situação do réu sobre a coisa, a partir da prolação da sentença ocorreria o chamado corte da base de legitimidade entre o réu e o objeto material da demanda, de tal sorte que a posse ou permanência do réu sobre a coisa passaria a ser considerada injusta e contrária ao Direito. Esse raciocínio não poderia ser aplicado às ações que têm por objeto o cumprimento de obrigações, segundo o citado autor, pois ainda conservam a estrutura das ações pessoais do direito romano fundadas na *condemnatio*.

Já na execução civil, instaurada após processo de conhecimento com sentença condenatória, como não é objeto de debate a legitimidade ou não do devedor sobre os bens que deverão satisfazer a pretensão do credor, o sistema jurídico teria como legítima a posse e propriedade daquele, necessitando então de outro processo, o de execução, para que exista ablação do bem objeto da prestação, cuja obrigação foi reconhecida como existente em sentença. O devedor paga com o que é seu. Já o ladrão e o esbulhador, devolvem o que não lhes pertence⁴⁶⁸ e, assim,

⁴⁶⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 336 e ss.

⁴⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. X, p. 495-496.

⁴⁶⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 195-215.

⁴⁶⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 214-215: “Pois bem: a mesma ação real, que caracteriza a executividade própria das ações de despejo e depósito, surge no momento em que o

“a ação executória fundada no *direito de crédito* torna-se mais frágil e desfruta de uma proteção mais débil por parte do direito porque a pretensão executória do credor entrará, necessariamente ‘in conflitto con *un diritto dell’obbligato*’”.⁴⁶⁹

Esse autor conceitua como ações reais, o que Pontes de Miranda conceituou como ações executivas *lato sensu*.

1.8.4.3.c Ações mandamentais

Segundo Pontes de Miranda,⁴⁷⁰ nenhuma ação tem apenas uma das espécies de eficácia jurídica (declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental), que, segundo conceituou, é a propriedade de ter força ou efeitos.⁴⁷¹ Enfim, não existem ações puras, porque, ordinariamente, há superposição de eficácias, mas com prevalência de eficácia preponderante.⁴⁷²

Segundo esse jurista, além das ações declaratórias, constitutivas, condenatórias, existem também ações mandamentais e executivas. As ações

vínculo, que assegurava a legitimidade da relação exercida pelo demandado relativamente à coisa sobre a qual haverá de recair a subsequente execução, desaparece por força da sentença de procedência que decreta o despejo, ou ordena, na ação de depósito, que se expeça mandado para a entrega da coisa depositada (art. 904). (...) Em outras palavras, a virtude executiva da sentença, que decreta o despejo ou ordena a restituição da coisa depositada, não se encontra propriamente no contrato que, à primeira vista, dar-lhe-ia fundamento, e sim na *eficácia constitutiva* que, na sentença de procedência, soma-se à força executiva do julgado, *de modo a afastar a relação obrigacional* e deixar emergir o vínculo de natureza real entre o demandante vitorioso e a coisa, cuja posse a sentença lhe atribuíra. (...) Enquanto na ação de cobrança o inquilino, condenado a pagar alugueis, haverá de fazê-lo *com os bens que lhe pertencem* e que *se encontram em sua posse legítima*, o mesmo inquilino, contra o qual se decreta o despejo, perderá, com a sentença, o fundamento de legitimidade para continuar possuindo a coisa locada. Como disse CARNELUTTI, num ensaio sugestivo e penetrante, o devedor paga com o que é seu, ao passo que o possuidor injusto, o ladrão e o esbulhador devolvem o que não lhes pertence. E esse ‘respeito pelo direito real do devedor’ (Diritto e processo nela teoria delle obbligazioni, *Studi di diritto processuale civile*, II, p. 283) é que faz com que o ato executivo, próprio das sentenças desta classe, torne *necessária uma nova ação* executória para poder realizar-se”.

⁴⁶⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 217.

⁴⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, § 26, p. 124. Segundo esse autor (Idem, t. 1, § 29, p. 142): “Em toda sentença, há, *pelo menos*, a declaratividade de ‘Vistos e examinados os presentes autos ...’, ‘Acordam os juízes do tribunal ...’ e semelhantes enunciados. Em toda sentença, há, *pelo menos*, a constitutividade que resulta de ter sido proferida. Em toda sentença, há, *pelo menos*, a condenatoriedade, que vem à composição da condenação nas custas, e a que consiste em reprovar-se o exercício da pretensão à tutela jurídica, como autor ou como réu. Em toda sentença, há, *pelo menos*, a mandamentalidade do ‘Publique-se, registre-se ...’ ou semelhante mandamento. Em toda sentença, há, *pelo menos*, a executividade que deriva de se pôr na esfera jurídica de alguém (...) a prestação jurisdicional, à custa do que se deixa, com sinal contrário, na esfera jurídica de outrem”.

⁴⁷¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, § 32, p. 159.

⁴⁷² MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, § 35, p. 204.

cautelares possuem, com maior ou menor preponderância, um das cinco eficácias, não constituindo espécie à parte.⁴⁷³

O estudo das ações mandamentais, em nosso país, ganhou destaque com as lições desse eminente jurista, bem como de Ovídio Araújo Baptista da Silva.⁴⁷⁴ Para o primeiro, na ação mandamental o ato do juiz é junto às palavras (verbos), dizendo-se por isso que é imediato. Não é mediato como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude, nem é incluso, como o ato do juiz na sentença constitutiva. Através da ação mandamental o juiz não constitui, *manda*.⁴⁷⁵

Não se pleiteia do órgão jurisdicional que apenas declare (enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor), tampouco que fusione o seu pensamento e seu ato e que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva, razão pela qual não se pode pedir que dispense o *mandado*.⁴⁷⁶

Na ação executiva quer-se ato do juiz, fazendo não o que deveria ser feito pelo juiz como juiz, mas e sim o que a parte demandada deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade.⁴⁷⁷

No que diz respeito às chamadas ações mandamentais, Ovídio Araújo Baptista da Silva extrai também do direito romano (*interdictum* e *vindicatio*) a explicação para prescindirem de outro processo e cumprirem-se, desde logo, no âmbito da mesma relação jurídica processual a ordem da autoridade judiciária.⁴⁷⁸

⁴⁷³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, t. VI, § 27, p. 343 e 350.

⁴⁷⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 335 e ss.

⁴⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, § 37, p. 211.

⁴⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, § 37, p. 211.

⁴⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. I, § 37, p. 211.

⁴⁷⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 336-337: “As ações mandamentais descendem diretamente dos interditos romanos. Também neste tipo de tutela jurisdicional, o pretor romano não *condenava*, mas, ao contrário, *ordenava* que o demandado fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa. Essa origem das ações mandamentais explica a formidável resistência que lhe opõem a doutrina corrente, que, até hoje, não obstante a proliferação deste tipo de ações, persiste em negar-lhe vigência. A razão é simples. Os interditos não eram ações. As verdadeiras ações (*actiones*), como antes dissemos, ligavam-se invariavelmente às *obrigações*, ao passo que os interditos eram remédios de que o pretor se valia para a proteção de outros interesses, especialmente de natureza pública. Enquanto as *actiones* eram julgadas por um juiz privado, sem *iurisdictio*, os interditos eram da competência exclusiva do pretor”.

Por fim, ainda arrimado nas lições de Pontes de Miranda⁴⁷⁹ no sentido de que se “alguém promete não fazer o que a lei já lhe proíbe, não se *obriga*”, explica Ovídio⁴⁸⁰ que, tratando-se de deveres legais, não se pode ligar situações dele advindas ao direito obrigacional tuteláveis pela *condemnatio*, i.e., por sentença condenatória seguida de execução forçada, mas por ações reais ou mandamentais.

Entende o ilustre jurista que⁴⁸¹ “é possível distinguir entre execuções (obrigacionais) a serem instrumentalizadas pelos arts. 632-645 e ações para realização não de obrigações, e sim de *deveres*, capazes de gerar sentenças mandamentais, a serem atendidas pelo art. 461” e que “o legislador não teve presente esta distinção, cabendo à experiência judiciária e à doutrina a função de dar a esta norma seu conteúdo definitivo”.

Exemplo emblemático de espécie de ação mandamental sempre citado é o mandado de segurança, mas não só ele. Qualquer ação que provoque o órgão jurisdicional a emitir uma ordem dirigida ao demandado, possuiria eficácia mandamental, como carga preponderante, tal como ocorre, por exemplo, no *habeas corpus*.⁴⁸² Entende-se que constituiria equívoco vincular o conceito de mandamentalidade como endereçado única e exclusivamente à autoridade pública. A respeito, já esclareceu Pontes de Miranda⁴⁸³ que o “mandado pode ser dirigido a

⁴⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. X, p. 86.

⁴⁸⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 134-135.

⁴⁸¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 137.

⁴⁸² MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. VI, § 8, p. 53: “A prestação jurisdicional, no mandado de segurança, é *mandamento*. O juiz ou tribunal manda; o que ele manda já é conteúdo dessa prestação; manda que se tenha como existente, ou como não existente, alguma relação jurídica, que a autoridade pública teve por inexistente, ou por existente, contra a Constituição, ou contra a lei; manda que se tenha como constituído, ou por desconstituído, algum ato jurídico, porque, contra a Constituição, ou contra a lei, a autoridade pública, ou o teve por inconstituível, ou como constituído; manda que se empossa, ou que se desemposse, ou que se reintegre, ou que se destitua algum funcionário público, ou pessoa que foi ofendida, ou cujo atendimento pela autoridade pública, contra a Constituição ou contra a lei, ofenderia a outrem. A sentença, no mandado de segurança, não é executiva; a eficácia executiva, que possa ter, há de ser pequena. O juiz ou tribunal, que manda, não empossa, não reintegra, não readmite, não faz cessar a infração; manda que se empossa, que se reintegre, que se readmita. A eficácia condenatória que possa ter a sentença no mandado de segurança, é, também, mediata; ao lado da força mandamental, ou melhor, envolvida por ela, está a eficácia declarativa, ou a eficácia constitutiva negativa, ou positiva, de que pode defluir, como eficácia posterior, a eficácia de condenação. Por isso, o juiz ou o tribunal não pode condenar à indenização o Estado, ou a autoridade pública, posto que, com a coisa julgada de sentença mandamental-declarativa, possa o vencedor pedir a condenação”.

⁴⁸³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. VI, § 3, p. 9.

outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou jurídica.”

A prevalência da eficácia mandamental garantiria o recebimento *in natura* daquilo que o autor teria o direito de obter no plano fático, como averbou Eduardo Arruda Alvim.⁴⁸⁴ Através da ordem estatal, neutralizar-se-ia a conduta do réu contrária ao Direito. As ações mandamentais não priorizam – antes afastam – a idéia de ressarcibilidade em pecúnia do ato ilícito, porque visam prioritariamente a impedir sua prática, o que traduz a grandeza constitucional que possuem.

Anota Sérgio Ferraz⁴⁸⁵ que a sentença no mandado de segurança é acima de tudo mandamental: “O caráter mandamental dessa sentença traduz-se em que ela contém uma determinação inescusável à autoridade competente para a prática do ditame judicialmente posto. É a cominação, em si, que há de ser cumprida, não se admitindo qualquer via subsidiária reparatória ou satisfativa”.

Cassio Scarpinella Bueno⁴⁸⁶ ressalta:

“Mesmo a doutrina que nega a existência das sentenças mandamentais como categoria diferenciada das condenatórias não deixa de reconhecer que há uma *ordem* na decisão concessiva do mandado de segurança. Ordem para que o direito do impetrante, afinal reconhecido pelo julgamento da ação, seja cumprido específica e imediatamente, sem solução de continuidade (isto é, independentemente de *nova* ação ou *novo* processo – de execução), assegurando-lhe sua fruição plena e *in natura*.”

⁴⁸⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 258 e ss. Ressalta o eminente autor (Idem, p. 258): “Observa-se, pois, que o elemento diferenciador da sentença do mandado de segurança repousa, em última análise, na grandeza constitucional do instituto, pois, enquanto pelas vias ordinárias, pode, a obrigação converter-se em perdas e danos, pela via do mandado de segurança, deve-se ensejar ao impetrante a possibilidade de obtenção da garantia pleiteada *in natura*, mesmo liminarmente, quando for o caso. Outra alternativa não se abre à Administração, senão a de dar estrito cumprimento à ordem emanada da sentença concessiva da segurança, sob pena, inclusive, de infração penal”.

⁴⁸⁵ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 129. Ressalta o autor (Idem, p. 144): “A execução da sentença tem sua morfologia, seguramente, atada a seu aspecto mandamental. Processa-se ela sem *actio iudicati*, salvo no caso de mandado de segurança coletivo, eis que, aí, os beneficiários têm que comprovar que preencheram os pressupostos da sentença, para implementação das vantagens nela dispostas (...). Mas pode também ocorrer execução de obrigação pecuniária (desde que não tenha a índole de reparação substitutiva e se refira a período não anterior à impetração), como posto, com nitidez, nas Leis 4.348 e 5.021. Nesses casos, a execução realiza-se através de liquidação, por cálculo, satisfazendo-se o crédito mediante precatório”.

⁴⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99.

Inexiste nessa espécie de ação execução através de nova ação e novo processo.

O cumprimento da ordem deve ser feito imediatamente pela parte contra quem a ordem é endereçada, inclusive sob pena de responsabilidade criminal (arts. 319 e 330 do CP), que constitui a sanção para o caso de descumprimento.⁴⁸⁷⁻
488

A eficácia mandamental atenderia à cláusula do efetivo acesso à justiça, de forma adequada, tempestiva e, principalmente, eficaz. Através dela o Estado-juiz garantiria a efetiva tutela de direitos, realçando a soberania de suas ordens.

Haveria hoje como verdadeira cláusula geral no sistema jurídico exemplo de ação mandamental no art. 84 do CDC, no âmbito coletivo, e no art. 461 do CPC, na seara individual. Esses dispositivos conteriam previsão das eficácias mandamental e executiva *lato sensu*, cuja implementação poderia ser realizada sucessivamente, mas não necessariamente nessa ordem.

⁴⁸⁷ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). p. 46.

⁴⁸⁸ O art. 319 do CP preceitua que constitui *crime de prevaricação*: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa”. Já o art. 330 do CP dispõe que constitui *crime de desobediência*: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de 15 dias a 6 meses, e multa”. No crime de prevaricação o sujeito ativo é o funcionário público. Além do dolo genérico (consciência e vontade de retardar ou deixar de praticar indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei), para configuração desse delito exige, ainda, o CP o dolo específico (para o fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal). Sem o especial fim de agir, o delito não se perfectibiliza, sendo atípica a conduta praticada. Esse crime encontra-se inserido no Capítulo I (Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral), do Título XI (Dos Crimes contra a Administração Pública), da Parte Especial, do CP. Já no crime de desobediência o sujeito ativo é qualquer pessoa. Não se exige o dolo específico, mas sim dolo genérico (consciência e vontade de desobedecer a ordem legal de funcionário público). Esse crime encontra-se inserido no Capítulo II (Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral), do Título XI (Dos Crimes contra a Administração Pública), da Parte Especial, do CP. O STJ tem entendido que o funcionário público que descumpre ordem mandamental pode ser sujeito ativo do crime de desobediência, ou de prevaricação, uma vez comprovado o dolo específico próprio desse delito. Confira-se: “PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DESOBEDIÊNCIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATÍPIA. ATIPICIDADE RELATIVA. I - A autoridade coatora, mormente quando destinatária específica e de atuação necessária, que deixa de cumprir ordem judicial proveniente de mandado de segurança pode ser sujeito ativo do delito de desobediência (art. 330 do C.P.). A determinação, aí, não guarda relação com a vinculação - interna - de cunho funcional-administrativo e o seu descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica). II - A recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a de satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do C.P.). Só a atipia absoluta, de plano detectável, é que ensejaria o reconhecimento da falta de justa causa. Recurso desprovido.” (STJ, 5ª T., RHC 12780 (200200560219/MS), rel. Min. Félix Fischer, j. 27.05.2003, DJ 30.06.2003, p. 266).

1.8.4.3.d Semelhanças entre ações executivas *lato sensu*, ações mandamentais e ações condenatórias, especialmente após a Lei 11.232/2005, que autorizam concluir que todas essas ações instrumentalizam a realização da tutela jurisdicional executiva

Não obstante seja de adoção corrente por expressivo e respeitável segmento da doutrina e da jurisprudência as categorias das ações executivas *lato sensu* e mandamentais, e o entendimento de que elas representam formas diferenciadas de tutela, entendemos que, se não podem ser encartadas na categoria das ações condenatórias, com elas possuem grandes semelhanças, o que autoriza que todas sejam enfocadas como meios de efetivação de tutela jurisdicional executiva.

Aqueles que adotam a classificação quinária das ações defendida por Pontes de Miranda e, via de consequência, entendem que as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais representam forma diferenciada de tutela diversa daquelas já anteriormente vistas (declaratória e constitutiva), destacam a circunstância de que as ações executivas *lato sensu* e mandamentais prescindem de um processo autônomo de execução. Diferenciam as sentenças aí proferidas das sentenças condenatórias, porque essas formariam título executivo, que franquearia o acesso à execução civil, cujas medidas práticas a serem desencadeadas pelo Estado seriam sub-rogatórias.

Segundo Marcelo Lima Guerra,⁴⁸⁹ o equívoco, *data maxima venia*, de se destacarem essas espécies de ações e sentenças como categorias à parte de tutela, reside na restrição que se tem dado ao conceito de sentença condenatória.

Volte-se ao conceito de tutela jurisdicional: realização do direito subjetivo da parte autora por intermédio de provimentos jurisdicionais. A sentença que, só por si, atinja esse desiderato destaca-se como forma representativa de tutela jurisdicional.

⁴⁸⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 45 e ss.

Pois bem. A sentença condenatória relativa à obrigação de pagar quantia, como já demonstrado, não protege ou realiza o direito subjetivo da parte autora. Declara o vínculo existente entre as partes demandantes e preestabelece a forma de atuação dos meios executivos por parte do Estado.

Nada autoriza concluir que esses meios executivos “engatilhados” pela sentença condenatória sejam apenas sub-rogatórios da conduta do devedor. O fato de que até pouco tempo a realização prática dessas medidas ocorria em outro processo, diverso daquele em que proferida a sentença, também não pode constituir nota característica de toda sentença condenatória.

A realização da tutela jurisdicional executiva, através dos pronunciamentos jurisdicionais, depende única e exclusivamente de um único fator, em dado sistema jurídico: a vontade do legislador. Como ocorrerá a atuação da sanção - se no mesmo ou em outro processo -, apenas a lei o dirá. Os meios executivos através dos quais o direito subjetivo será protegido, com restauração da ordem jurídica violada, caberá ao legislador estabelecer segundo seu prudente critério.

A partir do momento em que se destaca a existência de ações e sentenças representativas de forma diferenciada de tutela apenas pelo fato de dispensarem outro processo para realização das medidas executivas, ou pela circunstância dessas medidas serem diferentes das sub-rogatórias, em princípio esses posicionamentos não levam em consideração como critério diferenciador o conceito de tutela jurisdicional, aceito sem grandes oscilações pela doutrina e jurisprudência.

Tutela é proteção e realização do direito subjetivo. Se a sentença não outorga tutela, mas apenas instrumentaliza sua realização, então ela, só por si, não pode ser guindada à condição de forma diferenciada de tutela. A instauração de novo processo e as espécies de medidas sancionatórias a serem aplicadas constituem opção legislativa, que não alteram, em princípio, o objeto e o próprio conceito de sentença condenatória.

Pode o legislador preferir que a atuação da sanção ocorra no mesmo processo em que proferida a sentença condenatória, por medidas sub-rogatórias ou

por coerção indireta. Pode, ao contrário, entender relevante que sua realização aconteça por medidas sub-rogatórias da conduta do devedor e em processo autônomo e posterior ao processo de conhecimento. Pode ainda admitir que em determinadas ações as atividades cognitivas e executivas “convivam” no mesmo processo, inclusive com antecipação da executividade, que só ao final seria implementada, circunstância que se generalizou entre nós com a admissão da antecipação de tutela nas ações individuais ou coletivas, envolvendo as mais diversas espécies de lides (art. 273, art. 461, § 3º, art. 461-A, § 6º, do CPC, e art. 84, § 3º, CDC).

O meio executivo e sua forma de implementação são circunstâncias que não abalam, ao que tudo indica, o conceito de sentença condenatória aqui delineado: provimento que declara a existência de uma relação jurídica e preestabelece a atuação de medidas executivas, ou seja, preestabelece a atuação da sanção.

Portanto, sob essa angulação as chamadas ações executivas *lato sensu* e mandamentais *possuem grandes semelhanças* com as ações condenatórias, principalmente *porque todas, hoje, prescindem de outro processo para implementação do comando sentencial*. Ademais, *a efetiva proteção do direito da parte em todas essas ações não ocorre através e do próprio provimento jurisdicional*, tal qual ocorre com as ações declaratórias e constitutivas. *Nas ações condenatórias essa proteção depende de requerimento da parte e só ocorrerá, embora no mesmo processo, em fase diversa (fase executiva), através de meios sub-rogatórios* (art. 475-B, *caput*, do CPC).

As ações executivas *lato sensu* e mandamentais *prescindem de qualquer requerimento da parte vencedora para efetivação do comando contido na sentença, mas a tutela jurisdicional só se implementa “fora” da sentença, i.e., por medidas sub-rogatórias* (no caso das sentenças executivas *lato sensu*, como ocorre com as ações possessórias) *ou por medidas coercitivas* (no caso da sentença mandamental, como se passa com o mandado de segurança).

Tanto as sentenças proferidas nas ações executivas *lato sensu* e mandamentais quanto nas ações condenatórias *possuem eficácia executiva*. Todavia,

aquelas são *imediatamente executivas*. Já estas, como ensinam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,⁴⁹⁰ são *imediatamente executivas* no que respeita à incidência da *multa executiva* e *mediatamente executiva*, em relação à realização da *execução por expropriação*.

Na ação de alimentos, por exemplo, o autor obtém sentença condenatória que obriga o réu ao pagamento de determinada quantia, com determinada periodicidade. A forma de atuação da sanção poderá ocorrer por medidas sub-rogatórias ou por coerção indireta (prisão civil), nos termos dos arts. 732 e 733 do CPC.

O art. 475-J, *caput*, do CPC, estabelece multa na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, caso o devedor não efetue o pagamento da quantia imposta na sentença, no prazo de 15 (quinze) dias, a partir do momento em que a sentença se tornar eficaz. Embora, como veremos, essa multa não se confunda com aquela prevista no art. 461, § 5º, do CPC, é inegável que possui, ainda que de *maneira tênue*, um caráter coercitivo visando a forçar o obrigado ao adimplemento da prestação de pagar quantia certa. Apesar de a sentença ter conteúdo condenatório, atualmente, por força de disposição *ope legis*, existe medida coercitiva contra a vontade do obrigado. Portanto, as medidas coercitivas não dizem respeito exclusivamente às pretensões deduzidas por meio das ações mandamentais.

Não podemos concordar com o entendimento de que a espécie de direito retratado na lide diferencie o modo de atuação da sanção e que isso autorize a classificação de diferentes formas de tutela.

São inegáveis os pontos de coincidência entre a estrutura do processo de execução autônomo, concebido para prestar tutela jurisdicional executiva, e as *actiones* do direito romano fundadas em *obligatio*, que terminavam com a prolação de *condemnatio*, como tal incoercível, vez que emanada de juiz privado, dela não advindo o efeito executivo imediato, a exigir então *actio iudicati* do credor em caso de não satisfação voluntária da obrigação.

⁴⁹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*, p. 144.

Também não se pode olvidar que por razões históricas, igualmente ancoradas no direito romano, a tutela da posse e propriedade sempre mereceu uma pronta resposta do Estado-juiz sem necessidade da instauração de novo processo, após a prolação de provimento jurisdicional, que ordenasse a restituição da posse ou do bem. As ações possessórias e reivindicatórias são exemplos notórios dessa tutela expedita e cumprida num único processo.

Logo, o profundo estudo do eminente jurista Ovídio Araújo Baptista da Silva, além de demonstrar a origem histórica do processo de execução, tal qual hoje concebido, coloca à mostra suas falhas e chama a atenção para a necessidade de mudanças que, aos poucos, têm sido realizadas por intermédio das chamadas mini-reformas do CPC, sendo a mais marcante delas aquela realizada pela Lei 11.232/2005.

Todavia, com o máximo respeito devido ao ilustre jurista, entendemos que a tutela dos direitos obrigacionais merece idêntico tratamento à tutela dos direitos reais ou absolutos, de tal sorte que *o estudo das diversas espécies de tutela jurisdicional não deve guardar correspondência com a espécie de direito a que ela visa*, porque no fundo o modo pelo qual o sistema jurídico ampara os direitos não depende da natureza jurídica destes. Trata-se de simples opção legislativa.

A prova disso está com a introdução no sistema jurídico pátrio do art. 84 do CDC (Lei 8.078/1990) e, posteriormente, art. 461, do CPC, pela Lei 8.952/1994, atualmente aprimorado pela Lei 10.444/2002. Esses dispositivos legais, que tratam do cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, ao preverem a tutela específica do cumprimento dessas obrigações e ao dotarem o juiz de poderes suficientemente amplos para garantir o seu adimplemento, expressamente admitiram que, através de um único processo, fosse adequadamente amparado o direito subjetivo da parte autora, sem necessidade de instauração de nova relação jurídica processual.

Nem se argumente que o art. 461 do CPC e art. 84 do CPC dizem respeito exclusivamente aos *deveres legais*, ficando os direitos obrigacionais para

ser tutelados através do sistema tradicional (sentença condenatória-execução forçada), porque essa diferenciação não se extrai dessas normas.⁴⁹¹

Por força da Lei 10.444/2002, que introduziu o art. 461-A do CPC, tratando-se de obrigação de entrega de coisa (certa ou incerta), não constante de título executivo extrajudicial, proferida a sentença de procedência e ordenada a entrega e não sendo realizada, imediatamente, num único processo e cumprindo o provimento jurisdicional, procede-se à busca e apreensão, tratando-se de móvel ou à imissão de posse, tratando-se de bem imóvel.

É incontestável que, no último caso, como fundamento da pretensão, temos direitos obrigacionais. Mesmo assim, não será mais necessário dois processos para adequadamente tutelar o direito lesado, mas apenas um. Não foi preciso então que existisse litígio sobre posse ou propriedade, para que tivéssemos um único instrumento de efetivação do direito material. Por que isso ocorreu, ainda que não se trate de “ação real”? Resposta: por simples razão de política legislativa.

Esse também é o pensamento de José Miguel Garcia Medina⁴⁹² ao dizer que a natureza do direito a tutelar (posse ou propriedade, direito real ou obrigacional) não é, em regra, relevante para os atos executivos. Por outro lado, o corte de legitimidade entre as linhas discriminativas das esferas jurídicas, na ação executiva *lato sensu*, ressalta esse jurista, não ocorre na sentença, mas fora dela através de atos executivos posteriores.⁴⁹³

⁴⁹¹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 41, referindo-se do art. 461 do CPC averba: “Cuida o dispositivo, como já ficou realçado, não somente de obrigações de fazer ou não fazer de origem *negocial* como também de deveres *legais* de abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato. Quanto aos deveres legais, os chamados ‘direitos absolutos’, ligados ao direito da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, merecem particular atenção”.

⁴⁹² MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 311 e ss. Diz referido autor (Idem, p. 335-336): “(...) parece-nos que a existência das ações executivas *lato sensu*, com os contornos que são dados pela doutrina ora citada (isto é, vinculadas à tutela dos direitos reais) somente se justifica na medida em que se aceita uma concepção de ação condenatória bastante aproximada à da *condemnatio* do antigo direito romano. A restauração da posse esbulhada ou do crédito inadimplido se dá pela *ação executiva*, consistente em dar vazão tanto à realização de pretensão fundada em direito real ou de crédito. (...). Desse modo, conclui-se que não há, seja sob o prisma do direito processual, seja em decorrência do direito material, oposição a que se tutelem também os direitos de crédito por meio da técnica das ações executivas *lato sensu* (proferidas nas denominadas ações executivas *lato sensu*)”.

⁴⁹³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 325-328: “Volvendo à teoria preconizada por Pontes de Miranda e desenvolvida por Ovídio A. Baptista da Silva, considerando que, para estes autores, a alteração da linha discriminativa das esferas jurídicas ocorre *na execução*, haver-se-ia de admitir que nada haveria, na sentença condenatória, que determinasse a *natureza* do direito a ser transferido. Essa alteração, como

Para esse autor, embora não se possa negar que o direito de propriedade historicamente seja melhor tutelado que direito de crédito, hoje não existe razão suficiente para sustentar esse posicionamento, principalmente com base em dados históricos. *Deve-se verificar quem está acorde com o sistema*, e se o devedor não o está, a proteção do direito do credor não pode se fazer de maneira mais débil do que a proteção daquele que tem seu bem furtado, podendo, perfeitamente, os primeiros igualmente ser tutelados num único processo.

Outro equívoco apontado por José Miguel Garcia Medida para diferenciar as sentenças executivas *lato sensu* e as condenatórias está na eleição do critério *voluntariedade do cumprimento da obrigação*, que só ocorreria nestas últimas. Diz citado autor:⁴⁹⁴

“Por outro lado, não se pode tomar como elemento distintivo entre as duas sentenças o fato de que na sentença condenatória se oportuniza ao condenado o cumprimento voluntário da condenação. Ora, também nas sentenças executivas (ou ações executivas *lato sensu*) esta possibilidade existe, e isto implicará, a rigor, a consonância do comportamento do réu em relação ao comando contido na sentença”.

Enfim, não se pode estabelecer, atualmente, ainda que esse critério sirva para explicar a origem e a evolução histórica dos provimentos jurisdicionais, perfeita correspondência entre tutela jurisdicional e espécie de direitos retratados na lide.

escrevem os mencionados juristas, na sentença executiva ocorreria *na própria sentença*, porquanto nesta se corta a ‘base de legitimidade, antes da sentença existente, entre o réu e o objeto material da demanda’. *Data venia*, diversamente do que lecionam os doutos processualistas, pensamos que, na sentença proferida nas ações executivas *lato sensu*, não há qualquer alteração na linha discriminativa das esferas jurídicas das partes, bem como qualquer corte na base de legitimidade da posse até então exercida pelo réu sobre a coisa. A sentença executiva não *modifica* a relação que o réu tem com a coisa possuída: o esbulhador já era esbulhador antes da sentença, e continuará sendo após a mesma. Quando se fala que a sentença proferida na ação executiva *lato sensu* ‘corta’ a base de legitimidade existente entre o réu e o objeto material da demanda, tem-se a impressão de que referida sentença seria, neste ponto – e levando-se a extremos o raciocínio realizado pela doutrina ora analisada – *constitutiva*, orientação com a qual, *data maxima venia*, não podemos concordar. Obviamente, *a sanção declarada* na sentença condenatória e na sentença executiva pode diferir, *ao sabor do direito violado que se busca restaurar*. Mas, uma vez reconhecida a violação, a execução da sanção declarada realizar-se-á *fora da sentença* – a executividade, assim, é *efeito*, nas duas sentenças. Para quê se executa, não se pode inferir pelos atos executivos em si mesmos considerados: o conteúdo do direito tutelado pelos atos executivos (aquisição de propriedade, aquisição de posse, recuperação da coisa esbulhada etc.) é informado pela sentença que reconhece a violação do direito e o direito à restauração”.

⁴⁹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 322.

A partir do momento que não se restringe o conceito de sentença condenatória às medidas executivas sub-rogatórias; que não se vincula a atuação dessas medidas a um processo diverso posterior ao processo de conhecimento; e que se compreenda que a sentença (em todas as ações em questão) apenas *instrumentaliza* a realização da tutela jurisdicional por *medidas executivas* a serem desencadeadas no mesmo processo em que proferida, em fase sucessiva, ou em outro, *dependendo dessas circunstâncias de exclusiva opção legislativa*, torna-se mais fácil aceitar que as chamadas ações executivas *lato sensu* e mandamentais *avizinham-se* das ações condenatórias em características comuns.⁴⁹⁵

Como remarca Humberto Theodoro Júnior,⁴⁹⁶ o equívoco em se classificar as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* como sentenças diversas das condenatórias reside no fato de se eleger como critério diferenciador os efeitos daquelas e não o seu conteúdo, i.e., o seu objeto. Afirma esse autor que uma classificação não pode, ora basear-se no objeto (como ocorre quando se classificam

⁴⁹⁵ Acerca da espécie de provimento jurisdicional proferido no mandado de segurança, conferir BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Atualizada por: Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 180. Entende esse autor que “esse tipo de sentença não tem conteúdo diferente do que comportam as três classes geralmente admitidas” e “se a sentença for proferida em ação na qual seja parte a Administração, a determinação para que esta pratique determinado ato configura o elemento condenatório”. No mesmo sentido é a abalizada lição de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III, n. 919, p. 242-243: “As sentenças condenatórias mandamentais são dotadas da mesma estrutura lógico-substancial das condenatórias clássicas, compondo-se portanto de um *momento declaratório*, onde o direito do autor é reconhecido, e de um *momento sancionador*, que abre caminho para a execução forçada. A sentença mandamental é título para a execução forçada, tanto quanto a condenação ordinária – e portanto é também uma *condenação*. A diferença está no conteúdo da sanção imposta em seu segundo momento, na qual se exacerba o fator *comando*, ou *mandamento*”. No mesmo sentido posiciona-se DINAMARCO, Pedro da Silva. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança individual e coletivo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; BUENO, Cassio Scarpinella e ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 697, 2002: “(...) apesar de dever ser aceita a idéia de sentença mandamental, não se pode concordar com a afirmação de categoria independente. Tais sentenças são *condenatórias* sim, com um momento declaratório e outro sancionador.” ABELHA, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 263 prefere encartar as sentenças mandamentais dentro dos modos de cumprimento dos provimentos declaratórios, constitutivos e condenatórios. Ainda nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 203: “A sentença proferida no mandado de segurança pode ser constitutiva, condenatória e, até mesmo, declaratória, em casos especialíssimos. De qualquer forma, a declaratividade da certeza ou não do direito será o pressuposto necessário para a sentença constitutiva ou condenatória. Preferimos alinhar-nos àqueles – com a vênua devida ao ilustre Pontes de Miranda – que não vêem necessidade de acrescer o tipo mandamental”.

⁴⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. II, n. 635, p. 23.

as sentenças declaratória e constitutiva), ora na forma de operar os efeitos advindos do provimento jurisdicional.

Conclui que uma sentença condenatória (segundo seu objeto ou conteúdo: declara o direito existente e a sanção a ser desencadeada pelo Estado-juiz) pode ter efeito imediato ou diferido, sem que isto lhe altere a substância.

A forma de seu *aperfeiçoamento* não altera seu conteúdo. As reformas operadas no CPC (art. 461-A, acrescentado pela Lei 10.444/2002 e Lei 11.232/2005) *não transformaram antigas sentenças condenatórias em executivas* lato sensu, mas apenas modificaram e tornaram mais operativas a forma de se cumprir exatamente *o mesmo conteúdo sentencial*.

Segundo esse respeitado autor⁴⁹⁷:

“Quando se classificavam as sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias sempre se levava em conta o *objeto* (o conteúdo do ato decisório). Já quando se cogitou das sentenças executivas ou mandamentais, o que se ponderou foram os efeitos de certas sentenças. Não pode, como é evidente, uma classificação ora lastrear-se no objeto ora nos efeitos, sob pena de violar comezinha regra de lógica: toda classificação deve compreender todos os objetos do universo enfocado e deve observar um só critério para agrupar as diversas espécies classificadas.

(...).

Assim, à luz do critério censurado, a sentença que ordena a entrega de coisa até recentemente era sentença condenatória, cuja execução se dava pelo processo da *actio iudicati*. Depois da Lei n. 10.444, de 07.05.2002, que introduziu o art. 461-A no CPC, teria adquirido a natureza de *sentença executiva* já que passou a ser exequível sem depender da *actio iudicati*. Houve, porém, alguma alteração em seu *conteúdo* ou *objeto*? Nenhuma. Seu cumprimento (ato externo e ulterior) é que mudou de critério operacional.

Enfim, com a reforma arquitetada pela Lei n. 11.232, de 22.12.2005, todas as sentenças passaram a um regime único de cumprimento e nenhuma delas dependerá mais de *ação executiva* separada para ser posta em execução. Terá sido extinto algum tipo de sentença quanto ao objeto ou conteúdo? Nenhum. As sentenças, como sempre, continuarão a ser, segundo o conteúdo, declaratórias, constitutivas e condenatórias”.

No mesmo sentido já se manifestou Marcelo Lima Guerra:⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 23.

⁴⁹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 47.

“(...) cumpre observar que o mencionado conceito restritivo de sentença condenatória não é construído a partir de alguma característica da *própria sentença condenatória*, por exemplo, o seu *caráter instrumental à tutela executiva*, mas sim a partir de características meramente acidentais da *disciplina legal da tutela executiva*, a saber, o específico módulo processual escolhido pelo legislador para que ela, a tutela executiva, repita-se, seja prestada (no qual as atividades executivas foram organizadas em um processo de execução autônomo, ao invés de se cumprirem, sem solução de continuidade, após a sentença, na ‘mesma relação processual’) e uma das modalidades de medidas executivas possíveis (as medidas sub-rogorárias). Com isso, viabiliza-se, na aparência, a ‘identificação’ de outras ‘categorias’ de sentenças que, mesmo apresentando o mesmo *atributo funcional* de ser instrumental em relação à tutela executiva de determinado direito, estão sujeitas a *modo diverso de se cumprirem as atividades necessárias à prestação subsequente de tutela executiva*, seja por não serem organizadas, tais atividades, em um processo autônomo de execução, seja por serem empregadas medidas coercitivas.”

Cândido Rangel Dinamarco⁴⁹⁹ enfatizou que:

“todas as ditas sentenças executivas *lato sensu* são na realidade condenatórias, títulos executivos como todas elas, com a peculiaridade de sua execução fazer-se na própria relação processual em que geradas, sem a clássica ruptura entre o processo cognitivo que tem fim mediante a sentença e o processo de execução que pressupõe a sentença condenatória”.

Arruda Alvim⁵⁰⁰ nunca simpatizou com a classificação que enxerga nas ações mandamentais uma outra espécie de ações de conhecimento. Sempre ressaltou que essa postura apenas confirma a assertiva da universalidade da tipologia tríplice das ações de conhecimento.

⁴⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 56, p. 107.

⁵⁰⁰ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 61. Conferir, igualmente, do mesmo autor *Manual de direito processual civil*, v. 2, n. 293, p. 658-661. Nesta última obra resalta o autor as características sempre citadas pela doutrina acerca da sentença mandamental. Afirma que a mandamentalidade veio a comportar grande desenvolvimento no direito brasileiro, inclusive legislativo, do que são exemplos, entre outros, o disposto no art. 461 (redação conferida pela Lei 8.952/1994) e art. 14 e parágrafo único (redação conferida pela Lei 10.358/2001) do CPC. Todavia, ao final enfatiza o ilustre jurista, demonstrando que ainda mantém-se fiel à classificação trinária das ações de conhecimento (Idem, p. 661): “Parece-nos, pois, que não há utilidade prática em se distinguirem as sentenças mandamentais das constitutivas e/ou condenatórias, pelo menos no estágio atual da doutrina, e, *principalmente*, em face dos objetivos a que se circunscreve esta obra”.

Toda essa problemática reconduz à adoção da classificação de tutelas jurisdicionais por nós adotada.

O próprio Ovídio Araújo Baptista da Silva, grande defensor das categorias de ações executivas *lato sensu* e ações mandamentais, já chegou a encartá-las como pertencentes ao processo de execução.⁵⁰¹

Não obstante nosso entendimento acerca das chamadas ações executivas *lato sensu* e ações mandamentais, cujas sentenças, em nosso sentir, não representam nem outorgam tutela, mas instrumentalizam sua obtenção a exemplo das sentenças condenatórias, não podemos deixar de reconhecer os sensíveis avanços trazidos à Ciência Processual pela grande atenção que ocupou de respeitáveis doutrinadores nacionais e pelo profícuo resultado advindo desses estudos.

Consideradas ou não diferentes espécies de tutela, a verdade é que os mecanismos ou técnicas utilizadas pelo legislador nessas espécies de processo sempre se revelaram notoriamente mais efetivos do que aqueles ligados ao processo de execução autônomo, antecedido de processo de conhecimento. Nesse passo, as lições de eminentes juristas que compartilham do entendimento de que ações

⁵⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 21-22: “Certamente não se ignora que a inclusão dessas duas classes de pretensões e ações, em qualquer das duas formas de atividades jurisdicionais antes indicadas, causará transtornos classificatórios e suscitará dificuldades conceituais e práticas. Todavia, se alguma dessas duas categorias haverá de ser ampliada para acomodar as *ações executivas ‘lato sensu’* e *mandamentais*, certamente não será o *processo de conhecimento*, e sim o de *execução*. Duas razões convencem-nos da correção deste ponto de vista, uma delas de natureza teórica, ou doutrinária; a outra de natureza histórica ou, poderíamos dizer, uma justificação fundada na genealogia do próprio conceito. Com efeito, a justificação teórica para a formação do conceito moderno de *processo de conhecimento* decorre, fundamentalmente, da necessidade de expurgá-lo de toda e qualquer atividade executória, de modo que a relação processual declaratória que lhe dá substância encerre-se com a prolação da sentença de mérito, tal como dispõe o art. 463 do nosso Código de Processo Civil, transferindo-se para a subsequente – e autônoma – relação processual executória toda a atividade jurisdicional posterior à decisão da causa. O móvel teórico determinante dessa separação radical teve como seu núcleo a necessidade de excluir do *processo de conhecimento* qualquer elemento jurisdicional pós-sentencial, ao mesmo tempo em que, eliminando-se dele toda a atividade executória, tornava-se possível conceber um instrumento processual capaz de abrigar todos os meios executórios, de modo a realizar a unificação de tais instrumentos num procedimento padrão. Sendo assim, é perfeitamente lógico que as novas formas de atividade jurisdicional, que porventura exijam a realização de funções executivas, sejam conduzidas ao repositório comum do *processo de execução*, justamente concebido como instrumento de *unificação dos meios executivos*. A outra razão, que denominamos genealógica, capaz de justificar a inclusão das ações executivas *‘lato sensu’* e *mandamentais* no *processo de execução*, decorre do sentido que a evolução histórica de ambos conceitos seguiu, nos sistemas jurídicos modernos. Observa-se, neste particular, que a doutrina processual dos países de *‘execução unificada’* mostra-se cada vez mais insatisfeita com a insuficiência e inadequação do processo executivo (por créditos) para atender às exigências práticas com que se defronta o processo civil nos dias atuais.”

executivas *lato sensu* e mandamentais diferenciam-se das ações condenatórias e representam tutelas diferenciadas, não podem simplesmente ser desprezadas.⁵⁰²

No plano legislativo, destaca-se o art. 14, parágrafo único e inciso V, do CPC acrescentados pela Lei 10.358/2001, os quais estabelecem ser dever das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo o cumprimento com exatidão dos “provimentos mandamentais”, sob pena de caracterização de ato atentatório ao exercício da jurisdição, sujeitando-se o responsável ao pagamento de multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa, que não paga no prazo estabelecido, após o trânsito em julgado da decisão final da causa, será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Se em sua origem o Direito Processual Civil se ocupava demasiadamente com categorizações para reafirmar sua autonomia, atualmente os conceitos não possuem a mesma importância de outrora. Não se prega com isso o abandono da linguagem técnica e de conceitos já estratificados e sedimentados, que garantem autonomia e suficiência lógica ao Direito Processual Civil. Todavia, concepções doutrinárias particulares à parte, a única preocupação que deve realmente ocupar atenção dos juristas e operadores do Direito é a efetividade da jurisdição.

Mesmo porque, como disse Genaro R. Carrió:⁵⁰³ “Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables”.

⁵⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 114-115, ilustre jurista que partilha do entendimento de que as ações executivas *lato sensu* e ações mandamentais diferem-se das ações condenatórias ressalta: “Se um conceito doutrinário não pode descartar a doutrina e os valores do momento em que foi delineado, é evidente que a modificação da sociedade e do Estado implica no surgimento de outro conceito. No entanto, os conceitos, quando distintos, devem também possuir nomes diferentes. Se isso não ocorre, a discussão pensa ainda tratar do mesmo conceito, quando na realidade apenas supõe um mesmo nome. Acontece que, como é óbvio, para o entendimento entre os intérpretes ser possível, não há como dar o mesmo nome a duas realidades. Não obstante, é exatamente isso que vem ocorrendo em relação à sentença condenatória. Ainda que tenham surgido sentenças – a partir das necessidades sociais e do próprio CPC – completamente distintas da condenatória, parte da doutrina ainda as chama de condenatórias, como se o nome tivesse mais importância do que os conceitos e do que as realidades.”

⁵⁰³ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 99.

Ainda segundo esse autor:⁵⁰⁴

“Las disputas clasificatorias de los juristas pueden ser interminables si en lugar de alegar argumentos valorativos en favor de un modo de clasificar, los contendores se empeñan en mostrar que la clasificación propia – y no la ajena – refleja la verdadera ‘naturaleza de las cosas’, o es la única clasificación compatible con la ‘esencia’ de los objetos clasificados. Mucho tiempo y mucha tinta se habrían ahorrado con sólo recordar cosas tan simples.”

Portanto, *os provimentos condenatórios, mandamentais e executivos lato sensu instrumentalizam a realização da tutela jurisdicional executiva: aqueles mediatemente* (no que diz respeito à realização da execução por expropriação) e *estes imediatamente*. A preocupação, assim, passa a ser não a de categorizar, mas sim a de buscar dentro do sistema alternativas para dele extrair o máximo de rendimento possível às respostas outorgadas pelos provimentos jurisdicionais.⁵⁰⁵

A crise do adimplemento é debelada pela tutela jurisdicional executiva manifestada através das diversas técnicas processuais previstas no sistema jurídico, que culminam com a satisfação (realização) do direito material da parte autora violado ou ameaçado de violação, por meio de medidas práticas que atuam sobre o patrimônio ou a vontade do demandado.

A concepção de jurisdição como atividade do Estado voltada à realização do Direito, restaurando a ordem jurídica violada ou evitando que tal violação ocorra, permite incluir a execução civil como uma das manifestações essenciais de tutela jurisdicional.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 100.

⁵⁰⁵ Dentro dessa perspectiva, já assinalou MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, v. 31, p. 200: “Se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado do seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquele que produziria a atuação espontânea das normas substantivas, e já constitui uma desgraça a impossibilidade de fazer coincidir precisamente um e outro. Ora, a importância do direito de ação consiste em que, de ordinário, a existência mesma do processo depende de que alguém se disponha a exercitá-lo. Em semelhante perspectiva, parece menos relevante indagar se a ação há de ser concebida como direito a uma sentença favorável ou como direito a uma sentença de qualquer teor, que cuidar da possibilidade concreta do respectivo exercício e salientar os desdobramentos de conteúdo (direito ao contraditório, à prova, à motivação das decisões judiciais) cujo resguardo se põe como condição necessária – embora não suficiente – de um desfecho, na medida do possível, justo”.

⁵⁰⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 32.

A tutela jurisdicional executiva traduz realização material e prática do direito violado ou ameaçado de violação. Atualmente, ocupa centro de atenção de nosso sistema jurídico, na medida em que, na sociedade moderna, cada vez maior tem sido a preocupação com a materialização dos direitos.⁵⁰⁷

Não se manifesta, como já demonstramos, apenas em relação ao processo de execução, mas igualmente em processos que não são marcados pela pureza de atividades executivas, havendo marcada tendência de superação da divisão entre processo de conhecimento e processo de execução.⁵⁰⁸ A expressão *execução civil* possui atualmente um sentido mais amplo do que aquele apenas voltado ao processo de execução.

Relembre-se a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier:⁵⁰⁹ “(...) parece que a tônica da preocupação dos processualistas, no lugar de tentar responder em que medida se aplica o processo de conhecimento ao de execução, é desmistificar a separação absoluta entre os processos de conhecimento e de execução, que, em *estado puro*, só existe no plano das idéias”.

Assim, a expressão “tutela jurisdicional executiva”, como ressaltou José Miguel Garcia Medina,⁵¹⁰ usa-se para denotar “toda forma de realização dos atos executivos, seja no processo de execução ou fora dele. Pode-se dizer, assim, que tutela jurisdicional executiva é aquela voltada à satisfação de uma pretensão executiva, veiculada em processo de execução ou não”.

1.8.4.4. Tutela jurisdicional executiva e processo sincrético. Técnica legislativa que permite o exaurimento da jurisdição mediante a realização de suas finalidades através de atos satisfativos num único processo dividido em fases processuais.

A opção legislativa de realizar tutela jurisdicional executiva num único processo, e em fases processuais diversas (fase cognitiva – fase executiva),

⁵⁰⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 33.

⁵⁰⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 35.

⁵⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação à obra *Processo de execução e assuntos afins*, p. 9.

⁵¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 39.

atalha a obtenção dos resultados a que visa a jurisdição. Esse processo com fases sucessivas tem sido denominado pela doutrina de *processo sincrético*.⁵¹¹

É inegável a marcada tendência de o legislador processual civil alterar o sistema a fim de que predominem processos que combinem fases cognitivas e executivas, ao invés de processos cognitivos e executivos estanques, segmentados e sucessivos e que repousam seus postulados em dogmas como o da *summa divisio* entre atividades e processos de conhecimento e de execução.

Essa técnica otimiza a entrega da prestação jurisdicional, precipitando a realização dos seus fins e afasta a equivocada idéia de que cognição e execução são funções inconciliáveis e que não podem “coabitar” um mesmo processo.

Ademais, o exaurimento da prestação jurisdicional por meio da implementação dos atos executivos no mesmo processo em que proferida a sentença condenatória não desrespeita o direito ao contraditório e à ampla defesa, mas impede que qualquer alegação veiculada pelo devedor suspenda o curso da execução, evitando a perpetuação de meios impugnativos que empecem a satisfação do direito do credor.

Fases processuais dentro de um único processo. A percepção de que essa técnica abrevia o cumprimento da promessa constitucional de um processo adequado, tempestivo e eficaz, reforça a idéia de unidade da jurisdição durante todo o desenvolvimento do processo, o que, particularmente, aos fins desse trabalho é muito importante.

Ora, se o que anima a prestação jurisdicional é o interesse público de resolução – em sentido *lato* – das lides que são trazidas à apreciação do Estado-juiz; se a concepção de jurisdição é única para qualquer espécie de processo, seja de conhecimento, seja de execução, ou cautelar, seja para fases processuais de um único processo, o que se pode concluir é que segmentar conceitos (como o de atividade e tutela jurisdicional) é uma atitude tão inconcebível e ultrapassada quanto achar que execução é atividade que só se desenvolve em processo distinto e seguinte ao processo de conhecimento, ou que atividades cognitivas e executivas

⁵¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 75, p. 133.

são absolutamente inconciliáveis, grave equívoco que as constantes Reformas do Código de Processo Civil sistematicamente têm reparado.

Com a positivação e a universalização da técnica de processo sincrético, especialmente por meio da Lei 11.232/2005, para quase todas as pretensões visando à satisfação de obrigações de pagar quantia, a jurisdição passará a ser visualizada no contexto de sua *unidade*.

As mesmíssimas concepções que levaram à adoção da generalização do processo sincrético, espriam-se sobre a ação de execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em título executivo extrajudicial.

Embora pautada por um procedimento que ainda permanece bastante rígido e, em certa medida, impede a rápida entrega da tutela jurisdicional executiva, a estrutura da ação executiva baseada em título extrajudicial não seria tão perniciosa ao sistema se fosse visualizada e trabalhada por meio dos mesmos princípios que informaram a concepção de unidade da jurisdição e serviu como idéia-força ao legislador processual para levar ao abortamento, sem grandes dificuldades, de um novo processo que se mostrava *nocivo e inoperante* ao sistema.

Os operadores do processo tiveram a grande oportunidade de enxergar como podem ser *aproximados e conciliados*, sem receio de incidir em erro técnico, o *processo sincrético* e o *processo executivo fundado em título extrajudicial*, sob a *angulação de suas funções e princípios comuns*.

Na incisiva observação do Ministro e processualista Teori Albino Zavascki:⁵¹²

“Talvez seja cedo demais para que se tenha a noção inteira da amplitude e do grau de profundidade que o ciclo reformador dos últimos anos produziu no processo civil brasileiro. Parece, certo, todavia, que não mudou apenas o Código de Processo: mudou o sistema processual. Os tempos atuais, por isso mesmo, exigem de quem faz do processo o seu ofício um reforço de sensibilidade, de criatividade e, quem sabe, de ousadia, para perceber a mudança e dar a ela, aos poucos, pela via da hermenêutica, sua exata dimensão”.

Noções contextuais como efetividade, obliteração de meios desnecessários e procrastinatórios de defesa, e adoção de técnicas que

⁵¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 3.

adequadamente e acordes com o sistema respeitam e exaurem os fins da jurisdição satisfazendo o autor, não podem ser estancadas e concebidas como pertencentes apenas ao processo de conhecimento ou ao processo sincrético. Ao contrário, devem ser concebidas como comuns ao processo sincrético e ao processo de execução fundado em título executivo extrajudicial, vez que ambos inserem-se numa realidade maior que é a tutela jurisdicional executiva.

As alterações provocadas pela Lei 11.232/2005 quebraram rígidos dogmas processuais e reconduziram as regras que regem o processo de execução às suas matrizes constitucionais, quais sejam, o (qualificado) acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), por meio de devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF), que tramite em período razoável para atingir os objetivos traçados pelo sistema jurídico (art. 5º, LXXVIII, da CF).⁵¹³

As antigas regras do Código de Processo Civil, pensadas para uma sociedade da década de 1970, inseriam a execução civil num rígido esquema legal comprovadamente inoperante e ineficaz.

O juiz se via praticamente impedido de “criar” soluções visando a conduzir a execução de modo a torná-la efetiva, vez que o sistema processual encarcerava seus pronunciamentos em rígidos quadrantes procedimentais baseados em dogmas próprios do Direito liberal, e qualquer tentativa em suprir as deficiências do sistema era logo taxada por devedores recalcitrantes como “arbitrária”, “violenta” ou iguais qualificativos despropositados.

O devedor até pouco tempo arvorava-se no “direito” de impedir a satisfação, porque o sistema contribuía decisivamente para interrupções sucessivas do procedimento executivo, todas legais e “legítimas”.

Registre-se que os avanços obtidos pelas alterações realizadas pela Lei 11.232/2005 foram complementados pelas alterações introduzidas pela Lei 11.382/2006, que alteraram a execução de título executivo extrajudicial.

⁵¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 172: “Só mesmo uma visão do processo, distorcida pela euforia da fase em que se descobriu que o processo, em sua complexidade, exigida pela sociedade moderna, podia consistir no objeto de uma ciência autônoma, é que pode dar origem a esta supervalorização dos fenômenos processuais *em si mesmos*, perdendo-se de vista a idéia de que o processo *serve* ao direito material e *serve* à sociedade”.

Por força da Lei 11.382/2006, a exemplo da impugnação à execução, os embargos à execução não terão imediato efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir tal efeito, caso sejam relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao devedor grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 739-A do CPC).

O processo sincrético ora universalizado e o processo de execução por quantia certa contra devedor solvente servem ao mesmo fim e constituem maneiras de se cumprir a tutela jurisdicional executiva.

Por essa razão soaria como grande desperdício ao próprio sistema desprezar os notórios avanços introduzidos pela Lei 11.232/2005 e não aproveitá-los aos processos de execução de título extrajudicial, que carecem justamente de adequado manejo de técnicas para culminar com sua única finalidade – a mesma finalidade comum a ambos -, qual seja, a plena satisfação do direito do credor. Da mesma forma, os avanços trazidos pela Lei 11.382/2006 merecem ser estendidos, no que for aplicável, ao cumprimento de sentença. Agora, entrelaçam-se os objetivos e os avanços trazidos pelas duas legislações.

1.8.4.5 Tutela jurisdicional executiva como resultado e como meio tendente à obtenção da satisfação. Os meios executórios coercitivos e sub-rogatórios, como manifestação de tutela jurisdicional executiva

Toda atividade jurisdicional desenvolvida em processo para satisfazer o direito do autor/credor é atividade jurisdicional executiva, pouco importando a espécie de processo que conduza à sua realização, ou a quantidade de cognição necessária para ser colocada em prática (fundada em cognição sumária, através das antecipações liminares de executividade, ou cognição plena e exauriente, que culmine com a sentença condenatória formadora de título executivo judicial), ou da espécie de medida executiva desencadeada (medidas de coerção, como multa e prisão, ou sub-rogatórias da vontade do obrigado, como a expropriação ou desapossamento).

“Por *meios executivos* se entendem as medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito. Esses meios executivos podem dividir-se em meios de *coação* e de *sub-rogação*”.⁵¹⁴

Podemos agrupar os *meios executórios* em duas classes fundamentais: *sub-rogatória*, que despreza e prescinde da participação efetiva do devedor; *coercitiva*, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do devedor.⁵¹⁵

Os *meios executórios coercitivos* abrangem a ameaça de *prisão* civil (art. 733, *caput*, § 1º, do CPC) e penal (arts. 319 e 330 do CP), e de imposição de *multa em dinheiro* (arts. 287, 461, §§ 4º e 5º, 461-A, § 3º, 475-J, 621, parágrafo único, 644, parágrafo único, e 645 do CPC).⁵¹⁶ Diz-se, neste particular, que a *execução é indireta* porque a obtenção do bem da vida ocorre com a colaboração do obrigado, e não através de medidas que incidem diretamente sobre seu patrimônio.

Os *meios sub-rogatórios* abrangem a *expropriação* (art. 647 do CPC), o *desapossamento* (arts. 461-A, § 2º e 625 do CPC) e a *transformação* (arts. 461, 634 e 644 do CPC).⁵¹⁷ A expropriação subdivide-se nas seguintes modalidades (art. 647 do CPC): adjudicação (art. 685-A do CPC); alienação por iniciativa particular (art. 685-C do CPC); alienação em hasta pública (arts. 686-713 do CPC); alienação por meio da rede mundial de computadores (art. 689-A do CPC); usufruto de bem móvel ou imóvel (arts. 716-724 do CPC) e desconto (art. 734 do CPC).

Aqui, fala-se em *execução direta*, porque os meios executórios incidem diretamente sobre o patrimônio do devedor, atuando independentemente de sua vontade e até mesmo contra ela, substituindo por ação do Estado uma conduta que deveria ter sido prestada por ele.

Quando para obtenção de resultado equivalente à obrigação inadimplida o Estado-juiz tiver de individualizar parcela do patrimônio do devedor, vinculando-a ao processo para posteriormente revertê-la em proveito do credor

⁵¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 86, p. 288.

⁵¹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 18, p. 130.

⁵¹⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 18, p. 131.

⁵¹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 18, p. 131.

temos a atuação do *meio expropriatório*. O desconto insere-se também entre os meios expropriatórios, com a diferença de que a satisfação prescindirá de alienação do bem, na medida em que a constrição no patrimônio do devedor já ocorre em espécie.

Assim, os meios sub-rogatórios caracterizam-se pelas medidas determinadas pelo órgão jurisdicional que atuam na esfera jurídica do devedor, independentemente de sua vontade e colaboração, visando à satisfação do credor.

Quando, todavia, o Estado determina que o devedor cumpra determinada obrigação, vindo este a cumpri-la, sob receio de mal maior do aquele decorrente do inadimplemento, então teremos *meios de coerção* ou de pressão psicológica. Aqui o meio executivo volta-se contra a vontade do demandado, a fim de que cumpra ele próprio o objeto da obrigação.

Nesse passo, discorda-se, respeitosamente, das lições de autores que entendem não se encaixilhar no conceito de execução atividades de pressão psicológica voltadas a obter, indiretamente, o adimplemento da obrigação.⁵¹⁸⁻⁵¹⁹

⁵¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 3, p. 6: “Vários autores consideram como sendo uma forma de execução a chamada execução indireta, que consiste na aplicação das chamadas medidas de coação, tendentes a exercer pressão sobre a vontade do devedor para induzi-lo a cumprir a obrigação (multas, prisão etc.). Apesar de seu caráter coativo, essas medidas visam conseguir a satisfação do credor com a colaboração do devedor, constrangido a cumprir sua obrigação para evitar males maiores. Faltam-lhes, contudo, os caracteres próprios da execução estritamente entendida. Será verdadeira execução só a atividade eventualmente desenvolvida pelos órgãos judiciários para cobrar, por exemplo, as multas aplicadas”. No mesmo sentido SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 25: “O ato executivo, que é resultado final a que tende todo o processo de execução, corresponde ele a uma execução por créditos ou a uma forma de execução *lato sensu*, pode ser definido como o ato por meio do qual o Estado, através de seus órgãos jurisdicionais, transfere algum valor jurídico do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante, para satisfação de uma pretensão a este reconhecida e declarada legítima pela ordem jurídica (PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, I, § 25, e)” (...). “Outra distinção a ser feita é a que visa a estabelecer a diferença entre a execução propriamente dita, que é, como ficou dito acima, *ato estatal*, que por sua própria natureza prescinde de qualquer colaboração voluntária daquele que sofre a atividade executória, da chamada *execução por coação*, que alguns processualistas incluem como espécie ou como forma de execução verdadeira. Trata-se, aqui, da chamada ‘execução indireta’, e são inúmeros os instrumentos de que se vale o direito processual civil para induzir o condenado a satisfazer a obrigação reconhecida pela sentença. Incluem-se aqui todas as medidas de pressão psicológica exercida sobre o condenado para induzi-lo a satisfazer a condenação. Nestes casos, todavia, embora haja coerção sobre o devedor, o ato que satisfaz a pretensão é ato voluntário de cumprimento, e não ato estatal que o substitua. A prisão do devedor de alimentos, prevista pelo art. 733, § 1º, do CPC, é um exemplo eloqüente desta espécie de ‘execução indireta’ que, segundo o conceito por nós adotado, não caracteriza a verdadeira execução jurisdicional, justamente por ser voluntário o ato de satisfação da obrigação (...)”.

⁵¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. I, n. 61, p. 215, em relação às medidas coercitivas e sua inclusão no conceito de execução disse: “Pero cosa distinta es que estas últimas pueden incluirse en el concepto de ejecución, a lo que se opone la heterogeneidad de ambos conceptos, porque la ejecución no es una medida jurídica, sino su efectución”.

Isso porque, em nosso sentir, a entrega pelo Estado-juiz do bem buscado pela parte, utilizando-se do processo, por si só já caracteriza atividade executiva, ou seja, operações práticas realizadas no mundo empírico que satisfazem a pretensão do demandante. Pouco importam assim os meios utilizados pelo Estado-juiz para que obtenha esse resultado.

As medidas sub-rogatórias (especialmente a expropriação) constituem *uma* das *várias* formas pelas quais o Poder Judiciário *deve* se utilizar para satisfazer o credor. Se esse resultado prático é obtível através de meios de pressão psicológica (multa, receio de prisão), porque desconsiderá-los como pertencentes à tutela jurisdicional executiva, quando chegam ao *mesmíssimo* resultado a que visa a jurisdição?

Chiovenda,⁵²⁰ aceitando plenamente que no conceito de execução encontram-se também as medidas de coerção, desde que previstas legalmente, e não somente as medidas sub-rogatórias, conceitua: “Chama-se execução processual, *a atuação prática, da parte dos órgãos jurisdicionais, de uma vontade concreta da lei que garante a alguém um bem da vida e que resulta de uma verificação*; e conhece-se por execução o complexo de atos coordenados a esse objetivo”.

Como diz Marcelo Lima Guerra:⁵²¹

“Note-se que a satisfação do direito do credor pelo próprio devedor, no processo de execução, sob a pressão de medida coercitiva que lhe tenha sido cominada, não se identifica com o cumprimento espontâneo da obrigação, verificado antes e fora do processo executivo. É que a aplicação de tais medidas coercitivas, por ocorrerem no processo de execução, pelo órgão jurisdicional, passam a integrá-lo, isto é, caracterizam-se como atos executivos em sentido lato. Sendo elas, portanto, medidas *jurisdicionais*, que *integram o processo de execução*, a satisfação do direito do credor obtida por meio delas não pode deixar de ser caracterizada como autêntica prestação de tutela executiva e, portanto, como execução (processual) forçada”.

As alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005 combinaram, inteligentemente duas medidas executivas, rompendo mais uma vez com setores mais conservadores da doutrina, que entendiam não pertencer à tutela jurisdicional

⁵²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 85, p. 285.

⁵²¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 33.

executiva as medidas de coerção, pelo simples fato de que a realização do direito do credor se fazia por ato do próprio devedor-obrigado, e não independentemente de sua vontade.

Com efeito, atualmente, por força da Lei 11.232/2005, que acrescentou o art. 475-J do CPC, formado o título executivo por meio de sentença condenatória transitada em julgado e, caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em condenação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor, instruído com memória atualizada do cálculo, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Sob o receio de imposição de multa e agravamento da obrigação já reconhecida em sentença, o devedor é pressionado a adimpli-la depositando em juízo o valor a que foi condenado (medida de coerção ou execução indireta). Caso não realize o pagamento, ou o faça de maneira parcial, a execução prossegue sobre a parte não satisfeita já acrescida de multa no percentual de 10% (dez por cento). A norma é clara: o montante *será acrescido*. Agora, atuarão os meios sub-rogatórios da vontade do devedor (expropriação).

Como superiormente defendeu Marcelo Lima Guerra,⁵²² é equivocado o pressuposto daqueles que afastam as medidas de coerção como espécies de medidas executivas, vez que, embora o réu-devedor satisfaça o direito do credor, cumprindo o objeto da obrigação reconhecida em sentença, a “voluntariedade” dessa conduta deve ser adequadamente compreendida. Na realidade, o obrigado só realiza a prestação após estar ciente da ordem estatal que lhe foi dirigida e justamente sob o receio de sua implementação. Por meio da autoridade do Estado, veiculada através do processo é que o credor obteve o resultado que espontaneamente o devedor recalcitou em fazê-lo.

Portanto, as medidas de coerção, ao lado das demais medidas sub-rogatórias, são sim consideradas medidas executivas e inserem-se no conceito de tutela jurisdicional executiva.

⁵²² GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 33.

Adotamos neste trabalho o posicionamento de José Miguel Garcia Medina,⁵²³ o qual ressalta que: “Modernamente, tem-se pensado na tutela jurisdicional executiva não apenas como *resultado*, mas também para designar os *meios* tendentes à sua consecução. Sob esse prisma, em um sentido amplo, podem ser considerados modalidades de tutela jurisdicional executiva tanto os meios executivos diretos (ou de sub-rogação) quanto os indiretos (ou de coação).”

1.8.4.6 Tutela jurisdicional diferenciada e a inserção da execução civil em seu âmbito. Constatação de que a “diferenciação” na maneira de prestar tutela jurisdicional executiva depende menos de alterações legislativas e mais de mudança de postura dos juízes frente à execução civil

O processo como instrumento de efetivação do direito material deve amoldar-se às peculiaridades das mais diversas situações conflituosas eclodidas do meio social, para adequadamente ampará-las. O processo civil é visto como garantia, por excelência, do direito material violado. Todas as vezes que o legislador processual civil diferencia o procedimento (abreviando fases, permitindo a concessão de tutelas sumárias de urgência à vista da evidência do direito afirmado, autorizando a inversão do ônus da prova diante da verossimilhança das alegações do autor ou de sua hipossuficiência etc) para melhor tutelar o direito afirmado como existente, diz-se que se está diante de tutela jurisdicional diferenciada.

Esse fenômeno é decorrência da constatação de que todas as situações litigiosas, diante de sua vasta complexidade, não podem ser inseridas em idêntico módulo procedimental, como se na realidade não tivessem características particulares, que exigem tratamento diferenciado por parte do Poder Judiciário.

Da mesma maneira que é impensável que o direito objetivo abarque em suas disposições todas as relações jurídicas que possam existir em sociedade, diante de sua natural mutabilidade e complexidade, igualmente não se pode pretender que para um único procedimento sejam conduzidas todas as lides trazidas

⁵²³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 40.

ao Poder Judiciário, pela notória razão de que cada uma delas possui peculiaridades próprias, as quais não podem simplesmente ser desprezadas. Enfeixá-las num único procedimento representa verdadeiro desrespeito ao princípio constitucional de acesso (qualificado) ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

Luiz Guilherme Marinoni⁵²⁴ diz que as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas “nada mais são do que tutelas alternativas ao procedimento ordinário, destinadas a tutelar de forma adequada e efetiva particulares situações de direito substancial”.

Segundo Marinoni:⁵²⁵

“O processualista, agora raciocinando a partir das necessidades do direito substancial, alerta para a inefetividade de determinadas técnicas processuais destituídas da capacidade de realizar concretamente os direitos e, até mesmo, a partir do argumento de que há um direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, aponta para sua falta de legitimidade”.

Para Cândido Rangel Dinamarco, tutela jurisdicional diferenciada “é a *proteção concedida em via jurisdicional mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária*”.⁵²⁶ Segundo esse autor, a busca pela tempestividade leva a lei a instituir meios mais céleres de outorga de tutela jurisdicional.

Na realidade, ainda segundo Cândido Rangel Dinamarco, a tutela outorgada através desses processos é a mesma passível de ser outorgada através de qualquer outro. Assim, não há, em regra, variação da espécie de provimento jurisdicional, mas sim alterações procedimentais, quase sempre ligadas à sumarização da cognição no plano vertical ou sua limitação no plano horizontal, que provocam a aceleração e concentração de atos, e que culminam com obtenção de provimentos jurisdicionais em menor tempo possível.⁵²⁷

É o que ocorre, por exemplo, segundo exemplos citados pelo ilustre jurista, com a ação monitória (arts. 1.102-a a 1.102-c do CPC) e o mandado de

⁵²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 305.

⁵²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 430.

⁵²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.277, p. 737.

⁵²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.277, p. 738-740.

segurança (Lei 1.533/1951), que possuem ritos especiais, bastante céleres e que possibilitam, no primeiro caso, a imediata obtenção de título executivo judicial – atalhando o caminho para sua obtenção -, em caso de não apresentação de defesa pelo réu, e, no segundo, a prolação de sentença em brevíssimo tempo, vedada qualquer espécie de prova que não seja a exclusivamente documental.

Assim, a tutela jurisdicional é digna de ser qualificada como diferenciada, quando adjetivada não só pela adequação, efetividade, mas principalmente pela tempestividade com que é outorgada. Neste último aspecto, diferenciam-se os procedimentos para que se obtenha o mais rapidamente possível a tutela jurisdicional.⁵²⁸

Segundo Kazuo Watanabe,⁵²⁹ é através do procedimento que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos planos horizontal (cognição plena ou limitada) e vertical (cognição exauriente ou sumária),

“criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do ‘devido processo legal’”.

O aprimoramento de técnicas processuais para extrair dos provimentos jurisdicionais já conhecidos um maior rendimento faz com que se preste tutela jurisdicional diferenciada.

É o que ocorre com substituição dos meios executivos e da própria estrutura processual em que desencadeados, nas situações do art. 461 do CPC e art. 84 do CDC, que hoje possuem a notória vantagem de impedir a prática do dano e não simplesmente repará-lo, como bem observou Luiz Guilherme Marinoni.⁵³⁰

⁵²⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 124.

⁵²⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 124.

⁵³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, n. 3.1, p. 36-37: “A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória. Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a

A diferenciação de procedimento pode ser ditada por critérios ligados à natureza do direito substancial em jogo, como ocorre na hipótese de lides relativas aos direitos do consumidor, que admitem a inversão do ônus da prova e a declaração da nulidade, de ofício, pelo juiz de cláusulas abusivas e iníquas (arts. 6º, VIII e 51, da Lei 8.078/90), ou então, por decorrer a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo de ato de autoridade pública ou de representante de pessoa natural ou jurídica com funções delegadas do Poder Público, no caso do mandado de segurança individual ou coletivo (Lei 1.533/1951 e art. 5º, LXIX e LXX CF), que permitem a prestação de tutela em brevíssimo tempo, antecedida, inclusive, de providência liminar, *inaudita altera pars*.

Sob outra angulação, o procedimento também pode ser abreviado por razões puramente processuais, ligadas à celeridade e efetividade do processo, sem se ater a determinada particularidade previamente estabelecida do direito substancial controvertido como ocorre, por exemplo, nos embargos de terceiro, que têm rito sumário (arts. 1.051-1.053 do CPC) e cognição limitada no plano horizontal (art. 1.054 do CPC), a fim de não eternizar a paralisação do processo principal, gerada pelo recebimento dos embargos com sua suspensão.⁵³¹ Fenômeno semelhante ocorre na ação monitória, que, em caso de não apresentação de defesa pelo réu, permite a rápida obtenção de título executivo judicial, vencendo etapas ortodoxas do procedimento comum, pouco importando, aqui, a natureza do crédito reclamado.

prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa. Se não é possível confundir a tutela inibitória com tutela ressarcitória é porque a tutela inibitória não é uma tutela contra o dano, não exigindo, portanto, os mesmos pressupostos da tutela ressarcitória”.

⁵³¹ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, p. 425-426: “(...) o legislador pretendeu manter, independentemente da ubiquação dos embargos de terceiro, a celeridade do seu procedimento, em atenção não apenas às raízes históricas desta ação, como instituição. Isto porque sendo os embargos de terceiro um procedimento que entrava ou suspende o andamento do processo principal ao qual se vincula, a outorga de um procedimento mais demorado para esta ação far-se-ia ao arrepio de uma rápida prestação da tutela jurisdicional, tanto no processo principal como no acessório. Nem por isso contudo foram sacrificadas a segurança jurídica e justiça em favor da celeridade procedimental. Como a decisão dos embargos de terceiro reporta-se exclusivamente à constrição judicial, ou seja, melhor dizendo, ao ato que a determina, todos os fundamentos de direito material invocados para a manutenção ou desconstituição desse ato permanecem indenes aos efeitos da imutabilidade decorrente da coisa julgada material oriunda desse processo”.

A aceleração procedimental pode justificar-se porque foi atingido elevado grau de probabilidade da existência do direito do autor, o que autoriza, desde logo, a implementação de atos de satisfação, respeitadas certas regras, como ocorre na execução provisória (art. 475-O do CPC),⁵³² ou mesmo na antecipação dos efeitos da tutela contentando-se o legislador, nessa última hipótese, que o juiz tenha se convencido acerca da verossimilhança das alegações, baseadas em provas inequívocas, e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, ou, ainda, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (arts. 273 e 461, § 3º, do CPC e art. 84, § 3º, do CDC).

Corretamente, Dinamarco⁵³³ situa a execução entre aquelas espécies de processo que possuem diferenciação hábil a proporcionar uma aceleração na prática de atos visando à plena satisfação do credor, justificando essa posição pela impossibilidade, em seu âmbito, de discussão do direito substancial subjacente ao título.⁵³⁴

A inserção da execução como espécie de tutela jurisdicional diferenciada merece elogios, na medida em que eleva essa espécie de processo (autônomo ou sincrético que dá origem à fase executiva) ao *status* de importância que realmente possui e infelizmente tem sido esquecido pela doutrina e pela jurisprudência e há pouco tempo foi objeto de retomada de consciência pelas alterações legislativas introduzidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006.

⁵³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, n. 1.822, p. 762.

⁵³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 1.278, p. 741: “Aponta-se também o *processo executivo* como portador de tutela diferenciada, porque é extremamente exígua a área de cognição possível nessa relação processual: sem a eventualidade dos embargos a serem opostos pelo executado, nada se perquire sobre a existência do crédito do autor. Quando se trata de execução por título judicial, todavia, grande parte do que poderia ser alegado pelo executado já foi objeto de cognição no processo de conhecimento – o que reduz a conotação aceleradora dessa técnica consistente em excluir o exame do mérito no processo executivo. Na execução por título extrajudicial e na execução provisória está presente o propósito de acelerar a oferta de resultados”. No mesmo sentido, do mesmo autor e obra, conferir v. I, n. 63, p. 164-165.

⁵³⁴ PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*. CEDAM: Padova, p. 536-537, 1979 diz que a expressão tutela jurisdicional diferenciada, entendida literalmente, significa que às necessidades diversas de tutela devam corresponder formas diversas de tutela e que os sistemas jurídicos são construídos sobre a base dessa premissa.

Em nosso sentir, a execução fundada em título executivo judicial ou extrajudicial pode perfeitamente ser conceituada como espécie de tutela jurisdicional diferenciada, não só pela abstração do título executivo que permite a prática de atos constitutivos e satisfativos independentemente da investigação do direito substancial.

Diante dos anseios da sociedade contemporânea, que almeja um processo civil de resultados, entendemos que a cada ato executivo desencadeado pelo magistrado no processo de execução ou no cumprimento de sentença deve estar subjacente a nota distintiva da tempestividade da tutela jurisdicional. Explicamos melhor: o processo de execução e o cumprimento de sentença têm seu procedimento ditado por regras específicas, que, se por um lado prescindem de investigação da *causa debendi* subjacente ao título, por outro, nem sempre acabam resultando em atos efetivos de constrição e de satisfação (objetivos únicos dessa espécie de tutela jurisdicional).

Essa frustração dos objetivos da execução civil via de regra decorre de uma atuação jurisdicional, infelizmente ainda vinculada a conceitos liberais clássicos, que encarcera a atuação do magistrado dentro dos rígidos quadrantes das regras jurídicas, sem nenhuma liberdade de interpretação ou mesmo consideração acerca da existência dos princípios jurídicos, que inegavelmente fazem parte do sistema e são tão importantes nessa seara.

A execução civil existe como instrumento de satisfação daquele que é portador de título executivo. Seu escopo é promover atos de agressão patrimonial visando à satisfação do credor. Todavia, nem sempre o devedor procura “colaborar” com a atuação da justiça, oferecendo bens em garantia da execução.

Não raras vezes, oculta-os e, para tanto, utiliza-se dos mais diversos expedientes possíveis (colocação de seus bens em nome de terceiros, fraude à execução, remessa ilegal de divisas ao exterior, integração ao contrato social de interpostas pessoas, quando ele, devedor, exerce de fato a gerência do negócio empresarial etc.).

Nesse campo infelizmente a prática tem demonstrado a imensa “criatividade” em condutas que frustram a *legítima atuação do Poder Judiciário* e que, não raras vezes, avançam e progridem inclusive para o âmbito criminal.

Vencida a oportunidade para que o devedor indique onde se encontram seus bens para garantia do débito, e esgotadas as diligências na busca de bens em nome do devedor (cartórios imobiliários e departamento de trânsito), é bastante comum credores solicitarem a requisição de declarações de imposto de renda junto às Delegacias da Receita Federal, ou então, o envio de ofício ao Banco Central do Brasil, para que ele circule, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, a solicitação de informações quanto à existência de aplicações financeiras em nome do devedor e, em caso positivo, que proceda ao imediato bloqueio à disposição do juízo.

Ultimamente, tem-se colhido da jurisprudência expressivo número de julgados entendendo que em situações como essa o devedor, sob o pretenso amparo do art. 5º, X, da CF, teria garantido o direito (*absoluto*) à inviolabilidade de sua intimidade no aspecto fiscal (declarações de rendas) e bancário (informações quanto à existência de contas e respectivo bloqueio). A adoção desse entendimento simplesmente impede o processo de execução de cumprir seu desiderato. No campo dos princípios, inclusive os constitucionais, não existem dogmas absolutos.

Quando o credor demonstra ao juízo o exaurimento dos meios à sua disposição para obter informações quanto à existência de bens do devedor, bem como a recalcitrância deste em espontaneamente indicá-los ao juízo, o que se infere é que a conduta do devedor está prejudicando não só a pretensão do credor, mas *coloca-se como impeditiva ao próprio exercício da jurisdição*.

É por isto que, em situações como essa, não vemos a menor chance de se estar desrespeitando a Constituição Federal ao se requisitarem as informações necessárias, seja no âmbito fiscal, seja no âmbito bancário, porque não concebemos que esse sigilo previsto constitucionalmente exista para frustrar uma das espécies de tutela prevista no sistema jurídico.

Não defendemos a tese de quebra do sigilo pura e simples e diante de qualquer caso, mas sim diante daqueles casos em que não reste outra alternativa

a não ser essa, para que o processo de execução possa atingir seu escopo. Igualmente, não pretendemos sob o signo da máxima efetividade da execução o sacrifício do seu direito de defesa. Esse será exercido através de meio adequado e no tempo oportuno (embargos à execução ou impugnação nos próprios autos).⁵³⁵

Enfim, enfocar incidentes do processo de execução sob a marcada angulação dos princípios, que por sua própria índole não são absolutos, mas funcionam em sistema de complementação e restrição em atenção às peculiaridades de cada caso concreto, é uma maneira de fazer com que determinado ato processual a ser praticado tenha exatamente aquela conotação própria de tutela jurisdicional diferenciada. Nesse caso, é do deferimento ou indeferimento do pedido do credor que estará garantido o êxito ou a frustração da tutela jurisdicional executiva.

A crucial importância desse ângulo de análise reside no fato de que se pode “transformar” - digamos assim - uma espécie de processo normatizado por rígidas regras, como é o caso da execução civil por quantia certa contra devedor solvente, em espécie de processo que seja digno de subsumir-se ao conceito de tutela jurisdicional diferenciada, através de uma releitura dos institutos de direito processual civil, contextualizada pela busca de uma tutela jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva. Merece ser lembrada, aqui, a lição de Donaldo Armelin:⁵³⁶ “A possibilidade de inserção de novas técnicas na instrumentalização da prestação da tutela é maior do que a de adoção de outro tipo de tutela”.

Concordamos também com Cândido Rangel Dinamarco⁵³⁷ quando diz que as “significativas *revisitações* aos institutos processuais, que se vêm fazendo ultimamente, vão produzindo também alterações nos procedimentos em si mesmos, como modo de adequar a técnica do processo às novas conquistas da ciência”. É desse fenômeno que falamos: *revisitação ou releitura dos institutos*

⁵³⁵ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, p. 46: “A adoção de tipos de tutela diferenciada tende a favorecer o pólo ativo da relação processual, na medida em que são eles concebidos precipuamente com o propósito de acelerar a prestação jurisdicional. Por isso mesmo, indispensável se torna cautela na sua adoção, para se evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e a vulneração do princípio assegurador da paridade de armas no processo”.

⁵³⁶ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. v. 65, p. 46.

⁵³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, n. 53, p. 139.

processuais à luz de princípios que buscam uma tutela jurisdicional de resultados efetivos e não meramente retóricos.

Nesse mesmo sentido, Kazuo Watanabe⁵³⁸ remarca que uma tutela jurisdicional qualificada, diante de sua grandeza constitucional, só pode ser prestada se forem afastados todos os empecilhos que levem à denegação da justiça. A esse fenômeno Kazuo Watanabe chama de “instrumentalismo substancial do processo civil”, i.e., “deve ser substancial, no sentido de preordenação do processo à missão de oferecer todos os meios necessários ao amparo efetivo e pleno dos direitos e interesses contra qualquer forma de violação ou ameaça de ofensa, ou denegação da justiça”.⁵³⁹

Segundo o ilustre processualista,⁵⁴⁰ cujas asserções coincidem com nosso entendimento, essa

“conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes no sistema de instrumentos processuais organizados pelo legislador ordinário”.

Watanabe⁵⁴¹ alista o *imobilismo*, o *excessivo conservadorismo* e *apego às fórmulas do passado*, como alguns dos vários obstáculos que obstruem a melhor compreensão da realidade social por parte dos responsáveis pela organização da justiça.

Noutra passagem, afirma esse jurista:⁵⁴²

“Os conceitos e as categorias doutrinárias existem no plano lógico, como instrumentos destinados à melhor compreensão dos fenômenos. Bem por isso, não podem ser submetidos a um culto irrefletivo, como se tivessem existência *per se*. A significação e o alcance de cada um deles variam segundo o ângulo visual e o plano de observação do processualista. Como tudo na vida, mais rica é a visão do observador na

⁵³⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 27.

⁵³⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 91.

⁵⁴⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 27.

⁵⁴¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 30-31.

⁵⁴² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 90-91.

medida em que analisa um fenômeno por perspectivas diferentes e nada há de errado em tal metodologia, pois o que importa, acima de tudo, além da coerência dentro da linha metodológica, é a apreensão mais completa quanto possível dos dados que permitem a perfeita compreensão do objeto que se está a conhecer”.

Note-se a crucial importância dessas observações: a “transformação” de um determinado processo em espécie que outorgue tutela jurisdicional diferenciada, não depende apenas de um procedimento diversificado, mas principalmente de uma visão por parte do juiz que o conduza a resultados efetivos, adequados e tempestivos.

Essa maior concentração de poderes nas mãos do juiz não depende, muitas vezes, de regras expressas, como ocorre nas ações que têm por objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, ou entrega de coisa (arts. 461 e 461-A do CPC e art. 84 do CDC), que permitem ampla liberdade de manejo dos meios executivos, inclusive em ordem sucessiva, até que se consiga obter a tutela específica (*in natura*) ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Antes, *esses poderes podem ser inferidos do sistema*, que reconduz toda atuação jurisdicional ao comando da norma-princípio de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF).⁵⁴³

Nesse contexto, a diferenciação na maneira de prestar tutela jurisdicional executiva mostra-se muito mais simples, pois independe de qualquer alteração legislativa. Todavia, depende de *alteração de postura* dos juízes frente à execução civil e ao exercício do poder jurisdicional.

⁵⁴³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 64, entende que o direito das partes à uma “cognição adequada” está diretamente relacionado à sensibilidade dos juízes à realidade social, para a qual contribuem os aperfeiçoamentos através de cursos, não apenas jurídicos mas interdisciplinares e ligados à seara jurídica. Segundo esse autor (Idem, ibidem): “A justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o aguçamento da sensibilidade humana e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização. Para a *cognição adequada* a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável. Não seria, certamente, um exagero afirmar-se que o *direito à cognição adequada* faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do *juiz natural*”.

LINEAMENTOS DA EXECUÇÃO CIVIL POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

2.1 Considerações preliminares

Entendemos relevante alistar, nesta parte do trabalho, as principais características funcionais e estruturais da execução civil, especialmente da execução civil por quantia certa contra devedor solvente, que a diferenciam das demais espécies de ações, processos e de tutela jurisdicional.

Além de corretamente individualizá-la no contexto da Ciência Processual Civil, ressaltando suas principais notas diferenciadoras, estas merecem ser destacadas nesta parte do trabalho porque muitos desses atributos talvez não tenham sido corretamente compreendidos por grande parte da doutrina e da jurisprudência.

Não obstante a unidade indissociável da jurisdição exercida ao longo de todo arco procedimental, circunstância que agora ganha relevo com a universalização do processo sincrético em nosso sistema jurídico, há como se sabe, notáveis diferenças entre as *atividades* jurisdicionais cognitivas e executivas.

Essas diferenças, quando bem compreendidas, antes de servirem como fator de distanciamento entre essas atividades, atualmente, constituem fator de aproximação entre elas, *sob a angulação do cumprimento das finalidades da jurisdição*. Nesse aspecto, cognição e a execução são reconduzidas ao mesmo escopo: amparo do direito da parte demandante.

A execução civil por quantia certa contra devedor solvente possui características particulares porque a espécie de pretensão a que visa tutelar necessita de um instrumental diferenciado e apto a neutralizar a violação ao direito do credor, mediante atividades que, no mundo empírico, entreguem a ele o bem devido e reclamado e que não foi espontaneamente entregue pelo devedor.

Quando as características da execução civil são incorretamente abordadas e às vezes confundidas com aquelas próprias das ações de conhecimento, que visam a realizar outras espécies de tutela (declaratória e constitutiva), o que temos é uma inadequada compreensão das finalidades dessa espécie de instrumento processual e, conseqüentemente, estaremos frente a fatores que empecerão a plena realização das finalidades da jurisdição.

Não se pode, obviamente, incidir no grave equívoco de *isolar* a execução civil no panorama da Ciência Processual e desprendê-la dos conceitos próprios da Teoria Geral do Processo, especialmente dos institutos fundamentais do Direito Processual Civil, vistos na primeira parte deste ensaio e que informam *todas* as espécies de ações, de processos e de tutelas jurisdicionais.

Desse aspecto o intérprete não pode descurar. Todavia, os institutos, conceitos, regras e princípios situados fora dessa “zona comum”, conferem contornos precisos à execução civil, que igualmente não podem ser esquecidos. Corretamente entendê-los, equilibradamente operá-los, sem esquecer seus pontos de contato com aqueles da Teoria Geral do Processo Civil, é a missão dos operadores do Direito.

Nesse sentido, manifesta-se Cândido Rangel Dinamarco:⁵⁴⁴

“O universo da teoria e disciplina legal da execução forçada é composto por conceitos, institutos e normas inerentes ao processo civil em geral, em associação a conceitos, institutos e normas que lhe são peculiares e lhe conferem uma feição própria em oposição às atividades inerentes ao processo de conhecimento. A estrutura básica da ciência processual é uma só, porque nem o processo de conhecimento nem a execução forçada constituem objeto de uma ciência própria, mas ambos integram o direito processual civil em sua amplitude maior; é do passado o vício metodológico consistente em tratar os temas do processo civil e encará-los pelo prisma exclusivo do processo de conhecimento, negligenciando sua projeção ao executivo e tratando os fenômenos inerentes a este como se fizessem parte de outro universo de menor dignidade científica (...).”

As características a seguir analisadas vêm tratadas juntamente com os principais temas e conceitos próprios dessa espécie de ação, de processo, de fase

⁵⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, n. 1.326, p. 34-35.

(em processo sincrético) e de tutela jurisdicional, servindo todos para adequadamente compreender os principais aspectos estruturais e funcionais desse instrumental processual diferenciado.

Por outro lado, os poderes dos juízes exercidos na execução civil encontram-se diretamente vinculados à adequada compreensão dos lindes dessa atividade jurisdicional. A incompleta compreensão das características funcionais e estruturais da execução civil tem acarretado como conseqüência na ordem jurídica o incorreto manejo desse instrumental diferenciado e tão importante à jurisdição na concretização dos direitos fundamentais. Seria mesmo impossível falar dos poderes dos juízes sem abordá-los conjuntamente com o tema ora versado.

2.2 Ação executiva, processo executivo, procedimento executivo, fase executiva, execução civil e execução por quantia certa contra devedor solvente

Já vimos que, diante da inércia da jurisdição, cabe à parte provocar a atuação do Estado-juiz, o que deverá fazer por meio de *ação*. Esta representa o exercício de um direito público, subjetivo, constitucionalmente garantido e, num primeiro momento absolutamente incondicionado, de acionar a jurisdição como expressão da soberania estatal e do poder-dever-função do Estado de dizer (*lato sensu*) o Direito, pelas varias técnicas e formas previstas no sistema como aptas a tutelar o direito da parte autora.

A absoluta generalidade do direito de ação, no plano processual, é balizada por requisitos constantes do sistema e cuja função é garantir a regular existência desse direito, e habilitar que o autor da demanda obtenha do Poder Judiciário uma resposta sobre o pedido formulado.

Tratando-se de ação de conhecimento, a resposta técnica do Estado-juiz eliminará a incerteza jurídica, alterará em alguma medida a relação jurídica material existente entre as partes, ou além de reafirmar existência de vínculo jurídico entre as partes demandantes, preestabelecerá as medidas previstas no

sistema contra o demandado, caso não cumpra o objeto da obrigação, cuja existência atestara.

Nas ações de conhecimento a atividade do juiz é prevalentemente de silogismo e de subsunção.⁵⁴⁵

Até pouco tempo, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, cabia à parte autora promover nova ação visando a implementar materialmente as medidas sancionatórias previstas no sistema e preestabelecidas no pronunciamento jurisdicional. Trata-se da chamada *ação executiva*. Seu objeto é a satisfação do direito do autor (agora credor) tal qual retratado no título (título executivo = sentença condenatória). Essa ação também é adequada a satisfazer aquele que seja portador de título com idêntica força (executiva) decorrente de expressa previsão em lei e cuja formação se deu fora de uma relação jurídica processual (título executivo extrajudicial).

Para Chiovenda⁵⁴⁶ a “ação executória é o *poder jurídico de fazer existir as condições para atuação prática da vontade concreta da lei, que garante um bem da vida*”.

Segundo Enrico Tullio Liebman:⁵⁴⁷ “A ação executória é o direito que o título confere ao vencedor de promover em seu proveito a realização da sanção por parte dos órgãos judiciários”. Por outro lado, ainda segundo esse autor:⁵⁴⁸ “A ação executória não é, pois, apenas nova fase ou novo aspecto da ação condenatória; ao contrário pode dizer-se dela que nasceu no momento em que esta se consumou e morreu. Sua fonte imediata e direta, necessária e ao mesmo tempo suficiente, é o título executório”.

A ação executiva, inaugura uma *relação jurídica processual vocacionada a atos de agressão patrimonial com vistas à satisfação do direito do credor*, e que une, por vínculo jurídico de direito público, os diversos sujeitos da lide (credor, devedor e juiz).

⁵⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 18, p. 44.

⁵⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 88, p. 305.

⁵⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 33, p. 78.

⁵⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 33, p. 79.

A ação executiva diferencia-se da ação cautelar, porque esta apenas assegura o resultado útil de uma demanda principal. Já aquela satisfaz, desde logo, o direito da parte.

Ensina Cândido Rangel Dinamarco⁵⁴⁹ que:

“A relação processual de execução, da mesma forma que a cognitiva, é um complexo de situações jurídicas ativas e passivas que se sucedem dialeticamente através dos atos do procedimento. Juiz, exequirente e executado têm poderes, deveres, ônus, faculdades, que, pela própria natureza e finalidade do processo de execução, diferem daqueles encontrados no processo de conhecimento, sem que isso desnature o nexo que os interliga. Trata-se de relações processuais de espécie diversa, mas sempre relações processuais”.

Essa relação jurídica com finalidade bem definida pelo sistema chama-se *processo de execução*. Segundo Ugo Rocco:⁵⁵⁰ “El su acepción general y genérica, *proceso de ejecución* sirve para indicar el fenómeno del desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil, cuando se dirija a la realización coactiva del derecho, judicialmente declarado cierto o legalmente cierto”.

O processo executivo tem por finalidade obter dos órgãos jurisdicionais competentes um ato, que esgote a “tarefa” solicitada a esses órgãos, de realizar sobre o patrimônio do obrigado o direito declarado certo ou legalmente certo, do titular desse direito.⁵⁵¹

Destaca Italo Andolina⁵⁵² que “lo scopo obiettivo del processo esecutivo si individua nella c.d. ‘attribuzione’ o ‘restituzione forzata’, cioè nella produzione di determinate modificazioni della realtà empirica, idonee a conseguire, di volta in volta, l’adeguamento del reale concreto all’ordine giuridico”.

⁵⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 73, p. 129.

⁵⁵⁰ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 90.

⁵⁵¹ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 90.

⁵⁵² ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 110.

O processo executivo, em seus aspectos estruturais e funcionais, é autônomo em relação ao processo de conhecimento, diante da diversidade de atividades, das partes e dos órgãos jurisdicionais exercidas, num e noutro.⁵⁵³

O processo de execução, ressalta Enrico Tullio Liebman, trata-se de relação jurídica processual autônoma e independente do processo de conhecimento, com princípios, partes, e objeto próprios.⁵⁵⁴

No processo de execução, não há discussão acerca da existência ou inexistência do direito. Não se busca transformar o fato em direito. Volta-se tão somente à realização e transformação do direito em fato, partindo-se do pressuposto de uma possível existência do direito retratado em documento (título executivo), que habilite o órgão jurisdicional a desenvolver sobre a esfera jurídica do devedor atos de agressão patrimonial, a fim de satisfazer o direito do credor.⁵⁵⁵

No que concerne às ações condenatórias, essa autonomia, atualmente, foi mitigada de tal sorte que temos processos sincréticos, com fases processuais cognitivas e executivas.

O desenvolvimento dessa relação jurídica, no tempo, por meio de atos processuais (*atos executivos*) voltados à finalidade satisfativa gizada pelo sistema, é nota marcante do *procedimento* “in executivis”.

Por meio da ação executiva, serão desencadeadas medidas práticas destinadas a entregar ao credor aquilo e exatamente aquilo que ele tinha o direito de receber e não obteve espontaneamente, independentemente e até mesmo atuando contra a vontade do obrigado. Direciona o juiz, na execução civil, todo o aparato judiciário para satisfazer o direito do credor ou exequente, tal qual retratado no título executivo.

Executar é realizar, concretizar, efetivar, leva a efeito um projeto, implementar um plano ou conduta.

⁵⁵³ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 91. Sobre a autonomia da execução conferir, amplamente: PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milão: Giuffrè, 1935, p. 135 e ss.

⁵⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 19, p. 48-49.

⁵⁵⁵ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. II, p. 354: “O conteúdo do processo de execução não é o de reexaminar o direito material (relações controversas entre os litigantes), nem mesmo a *sanção*, objeto do direito processual e retratada no título executório. Os atos da execução dirigem-se à realização *coativa* do direito”.

A tutela jurisdicional executiva realiza-se através de atos materiais e sobre a esfera jurídica do devedor. Já as tutelas jurisdicionais declaratória e constitutiva realizam-se pelo mero trânsito em julgado do pronunciamento jurisdicional, eliminando incertezas ou alterando em algum ponto a relação jurídica material existente entre as partes.

Esclarece Italo Andolina⁵⁵⁶ que o direito de crédito e a ação executiva são meios de defesa de um idêntico interesse substancial, mas integram dois distintos instrumentos de tutela que agem em âmbitos nitidamente diferenciados: o primeiro centra-se no poder de conseguir o bem devido através da voluntária cooperação do obrigado, opera de fato sobre o plano da *tutela jurídica*, vale dizer dos meios de atuação do ordenamento, cujo funcionamento é deixado à espontânea atividade dos obrigados; a segunda, que consiste no poder de conseguir o bem devido através da intermediação do órgão jurisdicional, sem ou contra a vontade do obrigado, individualiza-se sobre o plano da *tutela jurisdicional*, vale dizer dos meios de atuação coativa do ordenamento.

Também já observamos que, por força das alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005, atualmente inexistente, salvo raríssimas exceções, ação executiva, após o trânsito em julgado de sentença condenatória.⁵⁵⁷ Hoje, tem-se

⁵⁵⁶ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 64.

⁵⁵⁷ A Lei 9.099/1995, que regula os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Comum Estadual, em seu art. 52, IV, já previa a execução no âmbito da própria relação jurídica processual em que proferida a sentença condenatória transitada em julgado. Com efeito, estabelece esse dispositivo legal: “Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: (...) IV – não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação”. O sistema jurídico experimentou ainda profícuos resultados colhidos por meio da Lei 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Estabelece o art. 17, de mencionada legislação: “Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório. § 1º Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, *caput*). § 2º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão. § 3º São vedados o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, e, em parte, mediante expedição do precatório, e a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago. § 4º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista.” Adotando o mesmo sistema da Lei 9.099/1995, adaptado para os órgãos

apenas um único processo, dividido em fases ou módulos processuais. Após formado o título executivo judicial, por requerimento do credor, inaugura-se a *fase executiva* do processo (sincrético). Essa fase tem a mesmíssima finalidade da ação executiva, com a grande vantagem de prescindir de novo processo, embora não prescinda da iniciativa do credor.

Assim, execução civil é expressão que denota toda e qualquer atividade jurisdicional voltada a transformar o direito em fato, implementando por meio de medidas práticas e sobre o patrimônio – e às vezes sobre a vontade do devedor – as atividades sancionatórias preestabelecidas no sistema. Consiste sempre em resultado prático: uma coisa a ser entregue será efetivamente entregue; uma importância devida será recuperada; resultados de um fazer negligenciado serão produzidos etc.⁵⁵⁸

Interessa-nos, particularmente, a estrutura funcional da execução por quantia certa contra devedor solvente, ou seja, aquela que tem por objeto “expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor” (art. 646 do CPC).

Portanto, neste trabalho, doravante sempre que nos referirmos a *execução civil*, estaremos nos reportando à execução por quantia certa contra devedor solvente, a qual se realiza por meio de ação executiva ou por meio de fase executiva em processo sincrético, conforme a força executiva decorra, respectivamente, de título executivo extrajudicial ou título executivo judicial.

2.3 Características funcionais e estruturais da execução civil

2.3.1 Atividade jurisdicional transformadora da realidade fática por meio da efetivação da sanção processual. A execução civil como função jurisdicional do Estado

públicos federais, a Lei 10.259/2001, igualmente autoriza medidas executivas, mas aborta a instauração de ação e processos executivos. Atalha-se a obtenção da satisfação eliminando-se a propositura pelo autor de nova demanda (executiva).

⁵⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, n. 1.327, p. 37.

No dizer de Vicente Greco Filho⁵⁵⁹ a atividade jurisdicional para alcançar as suas finalidades últimas de declarar e aplicar em concreto a vontade da lei, exige não só um sistema de atos e termos que leve a uma decisão mais justa possível, mas também um conjunto de meios tendentes a efetivar o que foi decidido, dando ao vencedor, no plano fático, o bem jurídico material que a sentença atribuiu a uma das partes.

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco:⁵⁶⁰

“No plano da promessa constitucional de tutela jurisdicional, a execução civil resolve-se em medidas propulsoras de *efetividade* desta, porque se destina a fazer com que um preceito contido na lei, em contrato ou sentença, saia do plano estático dos meros enunciados em palavras e passe ao dinâmico de resultados efetivamente produzidos (obtenção do bem específico que deveria ter sido entregue, do dinheiro que deveria ter sido pago ou dos resultados de uma conduta que deveria ter sido observada)”.

Assim, a execução constitui “o conjunto de medidas com as quais o juiz produz a satisfação do direito de uma pessoa à custa do patrimônio de outra, quer com o concurso da vontade desta, quer independentemente ou mesmo contra ela”.⁵⁶¹

Marco Tullio Zanzucchi⁵⁶² ressalta que a *satisfação dos direitos* é o único ato processual que anima o desenvolvimento da relação jurídica processual executiva.

Salvatore Satta⁵⁶³ ensina que

“à diferença da ação judicial que propende a constituir uma normativa entre sujeitos através do juízo, a ação executiva se irá concretizar por atos de imediata investida ao patrimônio do devedor; daí o lance característico de unilateralidade que ela revela, e a estrutura

⁵⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 7.

⁵⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, n. 1.328, p. 45.

⁵⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, n. 1.326, p. 34.

⁵⁶² ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. III, p. 3.

⁵⁶³ SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7. ed. Tradução: Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 2, p. 527.

incontroversa do processo. Esta investida se realiza em contínuas moderações respeito ao bem objeto da execução, que se inclinam a firmar aquele ato (de venda e de adimplemento), que o devedor devia cumprir e não o fez”.

Para satisfazer o direito do credor é indispensável que sobre a esfera jurídica do devedor atuem meios ou medidas que conduzam ao mesmo resultado ambicionado pelo credor e não obtido espontaneamente, antes e fora da relação jurídica processual. A esses meios ou medidas corresponde a idéia de *sanção* e só são desencadeados diante da recalcitrância do devedor em cumprir sua prestação, no tempo, forma e lugar que a lei ou a convenção estabelecer. A sanção substitui a prestação, objeto da obrigação, não cumprida pelo devedor.⁵⁶⁴

Ensina Enrico Tullio Liebman:⁵⁶⁵

“Reservamos o termo *sanção*, em sentido técnico e estrito, às medidas estabelecidas pelo direito como conseqüência da inobservância de um imperativo, cuja atuação se realiza sem colaboração da atividade voluntária do inadimplente. Regra jurídica sancionadora é aquela que, abstrata ou concretamente, ordena a atuação de uma dessas medidas”.

Ugo Rocco⁵⁶⁶ diz que a

“sanción jurídica no es otra cosa que un elemento integrante del precepto jurídico y representa el medio para la consecución de una finalidad (observancia de un determinado precepto jurídico). Este medio

⁵⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 17, p. 40-41: “Objeto da relação obrigacional é o bem devido: a prestação do obrigado é apenas o meio para fazer conseguir ao credor aquele objeto; se o obrigado deixou de cumpri-la, o direito do credor não é só por isso fadado a ficar irremediavelmente insatisfeito. A ordem jurídica prevê outros meios para alcançar o resultado querido; um é o pagamento feito por terceiro que extingue a dívida exatamente como o pagamento do devedor (CC, art. 930 – CC/2002, art. 304); outro é a execução, ou seja, afinal, a transferência do bem devido do devedor para o credor, realizada pelos órgãos judiciários, os quais, valendo-se de sua força e autoridade, passam por cima da vontade morosa e contrária do devedor. Tendo no direito moderno a sanção o mesmo objeto que a obrigação, originária ou derivada, o direito do credor fica integralmente satisfeito com o recebimento do bem devido, sem que se possa distinguir, deste ponto de vista, entre os casos em que o meio que permitiu alcançar este resultado for a prestação voluntária do devedor, a prestação de terceiro, ou a atividade sancionadora do órgão público. O efeito jurídico é o mesmo: a satisfação do direito do credor, quer do ponto de vista econômico, quer jurídico, e a conseqüente extinção da relação jurídica obrigacional em sua totalidade. Isto não exclui a óbvia observação do caráter sub-rogatório da execução, quando comparada com a prestação voluntária do obrigado; este caráter é, aliás, pacificamente admitido para toda ou quase toda a atividade processual do Estado: trata-se de dois caminhos diferentes que levam ao mesmo fim, devendo um deles ser percorrido quando o outro deixar de funcionar”.

⁵⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 4, p. 2-3.

⁵⁶⁶ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 10.

consiste en la amenaza de un mal o de un daño (físico o moral, personal o patrimonial) a aquel que trasgrede un precepto concreto, contenido en una norma jurídica particular”.

O Estado visando a regular a vida em sociedade estabelece *mandamentos* sobre os movimentos humanos que podem ser oficialmente exigidos e oficialmente proibidos. Trata-se das normas jurídicas.⁵⁶⁷

As normas jurídicas, de um modo geral, têm estrutura hipotética. Somente vigoram na hipótese de se verificar a circunstância para a qual foram enunciadas. São sempre enunciados de ações humanas, que podem ser exigidas, ou que são proibidas, emergindo dessa circunstância a qualidade de serem *imperativas*. E são também “*autorizamentos*”, porque autorizam os lesados pelo não-cumprimento dos mandamentos expressos nas normas, a exigir que os violadores cumpram esses mesmos mandamentos. As normas jurídicas são, segundo Goffredo Telles Júnior “imperativos autorizantes”.⁵⁶⁸

Assim, as normas jurídicas contém *preceitos jurídicos*. Estes constituem comandos imperativos dirigidos às pessoas, nas diversas espécies de vínculos obrigacionais que assumem, determinando que dêem alguma coisa, façam ou deixem de fazer determinada conduta.⁵⁶⁹ Assim, emprestando alguém, a título oneroso, coisas fungíveis, o mutuário (sujeito passivo da obrigação de dar no

⁵⁶⁷ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O direito quântico*, p. 258-259.

⁵⁶⁸ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O direito quântico*, p. 260-262. Segundo esse autor (Idem p. 262): “A norma jurídica se define: *imperativo autorizante*. Na definição da norma jurídica, a nota da *imperatividade* revela seu *gênero próximo*, incluindo-a no grupo das fórmulas do comportamento humano, e diferenciando-a das fórmulas do comportamento dos outros seres. E a nota do *autorizamento* revela sua *diferença específica*, pois, todas as normas são imperativos, mas somente a norma jurídica é *autorizante*. Tanto podem ser normas jurídicas os artigos das leis, como as cláusulas de um contrato, de um estatuto, de um regulamento, de um pacto. Serão jurídicas as normas que forem *autorizantes*, isto é, que autorizem o lesado pela sua violação a exigir, com apoio oficial da sociedade, o cumprimento da norma que foi violada, ou a reparação do mal sofrido”. Prossegue (Idem, p. 264): “A faculdade de *exigir* o cumprimento da norma jurídica é, evidentemente, uma faculdade de *coagir*. A norma jurídica autoriza o lesado a *coagir* o violador a cumpri-la, ou a reparar o dano que ele causou. Em suma, a norma jurídica autoriza o lesado a exercer *coaço* sobre o violador”.

⁵⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução: A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 98-99 “A fórmula que reveste a regra ética, assim traduzida na voz do seu descobridor, é o que se deve chamar preceito. Também não devemos dispensar-nos de meditar na significação mediata e imediata desta palavra. O descobridor, respondendo aos contendedores que o interrogam sobre o que não sabem, ensina-os, e procede assim porque pôde primeiro apreender (*prae capere*) qualquer coisa que àqueles escapara. Na sua pureza, pois, o preceito não é senão a formulação da regra ética para um dado caso, ou, em outras palavras, a fórmula de aplicação dessa regra. (...) Impor um preceito quer dizer determinar uma situação que garanta a sua observância mesmo sem ou contra a vontade dos interessados, e, em particular, daquele dentre eles ao qual o preceito impõe o sacrifício em vez da prevalência do seu interesse. Por via da relação entre esta nova situação e o conflito de interesses, é garantida a composição deste último.”

contrato de mútuo) é obrigado a restituir ao mutuante (sujeito ativo) o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, no tempo, lugar e forma ajustados. Nesse sentido, o art. 586 do CC, contém preceito jurídico endereçado ao mutuário, determinando que restitua ao mutuante a coisa emprestada.

Essa parte da norma que descreve a conduta a ser seguida pelo obrigado classifica-se como *preceito primário*.⁵⁷⁰

Às vezes, o mero preceito primário é o que basta para que o sujeito passivo da obrigação cumpra a prestação (a conduta exigida) de dar. Todavia, pode ocorrer que esse mesmo sujeito transgrida o preceito primário e nesse momento ocorre a violação ao sistema jurídico, fazendo atuar o chamado *preceito secundário* da norma.

O preceito secundário da norma jurídica será aquele que funcionará, precisamente, na hipótese de inadimplemento da conduta implícita ou expressamente descrita no preceito primário por aqueles a que a ela deveriam submeter-se.⁵⁷¹

Essa transgressão pode agravar, economicamente a situação do sujeito passivo, aumentando, no exemplo acima, o valor da dívida pelo acréscimo, por exemplo, de juros, multa contratual e outros encargos. Enfim, o sistema *pune* o transgressor agravando sua situação jurídica. Essa punição costuma-se chamar de *sanção material*.

Todavia, o transgressor do sistema, ainda encontra-se atuando contra o preceito primário, i.e., contra o comando imperativo que lhe obrigara a restituir a coisa mutuada. A sanção material, embora atue como intimidação justamente para evitar o desrespeito ao preceito, não é suficiente, só por si, para restaurar a ordem jurídica, invadindo a esfera jurídica do obrigado, dela retirando o bem devido e entregando-o ao titular do direito.

É preciso, então, que o Estado cumpra uma de suas funções, qual seja a função executiva destinada a atuar concretamente sobre o patrimônio do obrigado, através de *meio* que *substitua* a *conduta inadimplida* do devedor. Ao

⁵⁷⁰ ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* v. 1, p. 89.

⁵⁷¹ ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* v. 1, p. 89.

invadir, *efetivamente*, a esfera jurídica do obrigado, constringendo-o patrimonialmente e expropriando seus bens para entregar ao credor a quantia mutuada – ainda segundo o exemplo dado – o Estado-juiz realiza *sanção processual*. A expropriação é meio, antecedido de vários outros atos estatais especialmente a penhora, para que seja atingida a finalidade buscada pelo sujeito ativo da obrigação: a satisfação, que corresponde em última análise, ao pagamento não realizado.

Justamente para a aplicação do preceito secundário da norma jurídica de direito material é que intervém o Poder Judiciário, por meio das diversas espécies de tutela contidas no sistema jurídico.⁵⁷²

Como anota Dinamarco, a sanção processual possui uma *feição dinâmica*, própria da execução civil, ao passo que a sanção de direito material prende-se a um caráter estático, nada entregando efetivamente ao credor.⁵⁷³

Segundo Francesco Carnelutti⁵⁷⁴ atuar

“a sanção quer naturalmente significar pôr em movimento a causalidade, determinando uma transformação no mundo exterior, empregando, assim a força”. (...) “Por isso, dizemos que a sanção implica a coação, significando com esta palavra a força empregada contra o homem para vencer a resistência.”⁵⁷⁵

Por outro lado: “O que distingue a força empregue pelo direito, da força empregue contra o direito, é o fim para o qual se emprega”.⁵⁷⁶

⁵⁷² ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* v. 1, p. 89.

⁵⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, n. 1.326, p. 34: “A sanção executiva é toda peculiar em relação às sanções de direito substancial, com as quais não se confunde. Sua peculiaridade específica consiste na natureza dinâmica de que é provida e estas, não. São sanções de direito material as multas contratuais, as administrativas, as tributárias etc., mas nenhuma delas tem em si própria a capacidade de impor resultados práticos. Não cumprido o contrato ou não pago o tributo, a parte inocente ou o Estado reputa-se titular de um direito a mais do que antes tinha (p. ex., o valor da multa), mas esse agravamento pouco mais é do que um efeito escritural: não impede que o credor continue credor, que o devedor continue devedor e, conseqüentemente, que o direito daquele permaneça insatisfeito. Diferente é a sanção executiva, a qual se resolve em *atos práticos de invasão patrimonial ou de pressão sobre a vontade da pessoa*, destinados a impor resultados efetivos referentes às relações entre dois ou mais sujeitos”.

⁵⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 103.

⁵⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 103.

⁵⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 103. Segundo esse autor (Idem, p. 104): “A sanção é a determinação da conduta de pessoas diversas dos interessados, no caso de o preceito ser desrespeitado. A sanção resolve-se, por isso, por sua vez, num preceito dirigido a pessoas diversas dos interessados: quando a lei diz que os bens do devedor devem ser penhorados, ou que o ladrão deve ser encarcerado, não faz senão prescrever a certos funcionários que atuem pela forma que conduz à penhora ou à punição”.

Afirma Ugo Rocco⁵⁷⁷ que o ato (ilícito) que viola o preceito, aparece como causa; a atuação da ameaça (aplicação da sanção), como consequência ou efeito do ato violador do preceito primário da norma, enquanto que a enunciação da sanção não constitui mais do que um preceito secundário da norma.

A finalidade da sanção processual é dupla: de um lado restabelece o equilíbrio perturbado pelo comportamento ilícito do obrigado, mediante a obtenção por outros meios do mesmo resultado almejado pelo credor e não obtido espontaneamente sem a intervenção estatal; de outro as sanções operam como medidas de pressão psicológica para induzir as pessoas obrigadas a cumprir espontaneamente suas obrigações.⁵⁷⁸

A sanção neutraliza os efeitos do ato ilícito, restaurando a ordem jurídica violada, diante do alcance através de atos estatais do mesmo resultado ou pelo menos outro tanto quanto possível equivalente ou aproximado ao que teria decorrido do espontâneo cumprimento da prestação. Visa a *reparar e satisfazer*. Conquanto nem sempre possível, a sanção sempre se volta nessa direção e todo esforço estatal é feito para atingir essa finalidade. *Restauração* da ordem jurídica mediante a *satisfação integral do direito violado*, utilizando-se de *todos os meios* à disposição dos órgãos jurisdicionais. Eis o escopo da sanção (processual).⁵⁷⁹⁻⁵⁸⁰

Nas sociedades contemporâneas as medidas sancionatórias aplicadas pelos magistrados têm conteúdo satisfativo e não vingativo; justificam-se em postulados legítimos e aceitos pela ordem jurídica; trata-se de atos de agressão patrimonial juridicamente admitidos. Essa idéia é muito importante, na medida em que, quando a sanção pleiteada pelo credor denotar ares de vingança e de desproporcionalidade com o bem pleiteado, sua aplicação deve ser indeferida e

⁵⁷⁷ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 10. Ainda segundo esse autor (Idem, ibidem) a simples ameaça de um mal ou de um dano (enunciação da sanção), antes que se traduza em ato, induz, pelo temor da execução da ameaça, à observância do preceito e é, por conseguinte, mera sanção (*coaço psicológica*). A atuação do mal ameaçado constitui a aplicação da sanção e é pois sanção em ato (*coaço física*). A aplicação da sanção (sanção em ato) só ocorrerá em um segundo momento, como exercício por parte do Estado através de seus órgãos jurisdicionais e mediante o uso de sua força coletiva, proveniente da soberania, que vem desse modo a ter por objeto o patrimônio do obrigado.

⁵⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Proceso de execução*, n. 1, p. 2.

⁵⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Proceso de execução*, n. 1, p. 3.

⁵⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Proceso de execução*, n. 1, p. 4: “A atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção recebe o nome de execução; em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”.

substituída pelo magistrado por outra – legítima - que sacrifique minimamente a esfera jurídica do devedor (art. 620 do CPC).⁵⁸¹

Como explica Ugo Rocco,⁵⁸² efetivamente, pode ocorrer que, em que pese a certeza judicial do direito decorrente da sentença condenatória ou de documento equivalente aceito pelo sistema (título executivo), o obrigado não cumpra as obrigações existentes a seu cargo, nem se determine a cumprir espontaneamente o que a norma jurídica com relação ao caso concreto prescreve e impõe.

Nesse caso, para que seja respeitado e se observe aquele todo harmônico que está constituído pelo ordenamento jurídico, sem o qual desapareceria o ordenamento social mesmo, e para que se atue praticamente aquela tutela que, no caso singular, a norma jurídica, mediante mandados, proibições ou permissões de caráter abstrato e geral, concede a determinado interesse, é necessário que o Estado intervenha com *força coativa proveniente de sua soberania*, para realizar praticamente dito interesse, ainda que sem a vontade do obrigado ou contra ela.⁵⁸³

A *atividade jurisdicional* dirigida à realização prática do direito no sistema jurídico emerge como uma *função*, vinculada à obrigação pública do Estado, à qual corresponde o direito público subjetivo do cidadão a pretender a prestação da atividade jurisdicional dirigida à realização coativa do direito.⁵⁸⁴

A função jurisdicional executiva entra na categoria dos direitos de supremacia do Estado, que vincula o cidadão por meio de uma relação geral de subordinação e de obediência política.⁵⁸⁵ Caracteriza essa atividade jurisdicional seu caráter sancionatório, repressivo e substitutivo da conduta do obrigado.⁵⁸⁶ Aliás, na execução civil, o caráter substitutivo da jurisdição evidencia-se com maior intensidade do que quando comparado às demais funções exercidas pelo Estado-juiz (cognitivas e cautelares).

⁵⁸¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 1. p. 4.

⁵⁸² ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 3-4.

⁵⁸³ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 4.

⁵⁸⁴ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 5.

⁵⁸⁵ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 5.

⁵⁸⁶ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 13-14.

Atualmente, inexistente qualquer dúvida de que a execução civil constitui manifestação de atividade jurisdicional, encontrando-se superada qualquer concepção doutrinária em sentido contrário. Isso porque:

“Do manifesto caráter substitutivo da execução forçada, ao lado do escopo de eliminar litígios com justiça, atuando a vontade do direito, decorre a sua inserção na atividade jurisdicional do Estado, pois são tais os traços básicos da jurisdição. Não se confina esta nos lindes estreitos da função de declarar direitos, nem se dá a declaração de direitos e obrigações na execução forçada; mas, dado que o elemento caracterizador da jurisdição é a missão pacificadora aliada ao caráter substitutivo e isso está presente na execução, confirma-se que esta se insere plenamente no âmbito das atividades jurisdicionais.”⁵⁸⁷

A execução, constituindo ela própria a atuação da vontade sancionatória, conduz à atuação da vontade do direito substancial, que é a produção dos resultados almejados por este. Cumprindo essa função jurisdicional, o Estado já não cogita de aclarar preceitos postos em dúvida, nem de colocar motivos sérios para forçar a determinação do obrigado, mas invade ele próprio a esfera de autonomia deste e produz o resultado que a lei quer.⁵⁸⁸⁻⁵⁸⁹

Enquanto perdurar a insatisfação do credor, mesmo sendo reconhecido como tal, o conflito permanece e traz em si o coeficiente de desgaste social que o caracteriza, sendo também óbice à felicidade da pessoa. O Estado-juiz ao assumir a missão de executar julgados e títulos extrajudiciais, ao longo do tempo, procurou com isso chegar mais perto do exaurimento do seu dever de pacificação

⁵⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 115, p. 190-191. No mesmo sentido, manifesta-se MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 40, cuja lição já fora anteriormente citada: “Modernamente, tem-se pensado na tutela jurisdicional executiva não apenas como *resultado*, mas também para designar os *meios* tendentes à sua consecução. Sob esse prisma, em um sentido amplo, podem ser considerados modalidades de tutela jurisdicional executiva tanto os meios executivos diretos (ou de sub-rogação) quanto os indiretos (ou de coação).”

⁵⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 57, p. 109.

⁵⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 147, p. 241: “Assim, ao lado da vontade substancial do ordenamento jurídico (que o pai dê alimentos ao filho, que o mutuário restitua a importância tomada em empréstimo), existe uma segunda vontade de natureza e efeito sancionatórios, a significar que o Estado quer que o inadimplente sofra as medidas que constituem a sanção executiva; e isso é de seu interesse, porque confiar exclusivamente na observância voluntária dos preceitos jurídicos equivaleria a renunciar em parte os objetivos de ordem e paz social visados pelo próprio ordenamento”.

social.⁵⁹⁰ A própria noção de *poder* ficaria diluída, se a autoridade do ordenamento não fosse a todo momento imposta e reafirmada pelo Estado.⁵⁹¹

O ideal da execução civil é produzir os mesmos resultados que o adimplemento teria produzido.⁵⁹² Ressalta Salvatore Pugliatti que,⁵⁹³ “mediante l’adempimento volontario o mediante l’esecuzione coattiva si ottiene lo stesso risultato: l’estinzione dell’obbligazione”.

A execução, atuando de maneira substitutiva à vontade do obrigado, atua como o segundo dos instrumentos que o ordenamento jurídico predispõe à satisfação dos desígnios do direito objetivo. O primeiro é constituído pela força natural do sistema de pressões exercidas sobre a vontade do obrigado para que ele cumpra por deliberação própria o preceito emergente da norma.⁵⁹⁴

Nesse aspecto, adquire especial relevo o contido no art. 591 do CPC, correspondente ao art. 2.740 do Código Civil italiano,⁵⁹⁵ ao estabelecer que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

O *princípio da responsabilidade patrimonial* encerra regra decorrente da evolução social que culminou com a humanização da execução, de que as medidas executivas, em regra, atuam sobre o patrimônio do devedor.

Segundo as disposições do art. 591 do CPC a sanção aparece como mera ameaça, não, todavia, como sanção em ato concreto. No mesmo sentido encontra-se o art. 391 do CC ao dispor que pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

O art. 591 do CPC incita o devedor a cumprir o objeto da obrigação, ajustando sua conduta ao cumprimento do preceito primário contido nas normas substanciais (dar, fazer ou não fazer).

⁵⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 53, p. 98.

⁵⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n.149, p. 241.

⁵⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 54, p. 100.

⁵⁹³ PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, p. 14.

⁵⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 55, p. 103: “O devedor, conhecendo sua obrigação e anteendo a reprovação social e moral e conseqüências até econômicas que acompanham o inadimplemento (perda de crédito), é geralmente levado a cumprir voluntariamente o que a norma preceitua”.

⁵⁹⁵ “Art. 2.740. *Responsabilità patrimoniale*. Il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.”

Uma vez desrespeitado o preceito primário, e invocada a tutela jurisdicional do Estado, este aplicará a sanção em concreto, ou seja, esta passará não mais a atuar como mera enunciação ou recomendação ao obrigado, mas efetivamente sobre seu patrimônio.⁵⁹⁶

2.3.2 Especial posição das partes credora e devedora perante o sistema jurídico

Figura no pólo ativo da relação jurídica processual da execução civil (autônoma ou como fase de processo sincrético) o credor, e no passivo o devedor. Aquele possui o direito de ver atuados sobre a esfera jurídica deste os meios executivos previstos no sistema visando à satisfação do crédito retratado no título executivo.

Os vocábulos mais adequados para exprimir a idéia de sujeitos da relação jurídica processual seriam *exequirente* e *executado*, vez que o direito de ação, como já analisamos, é autônomo e abstrato em relação ao direito material, noção que ganha destaque diante do procedimento *in executivis*, adverso a qualquer discussão acerca do direito substancial em seu interior.

Realmente, ao se afirmar que o sujeito ativo da relação processual é credor, pode-se passar a falsa impressão de que ele seja o real titular do direito material, cuja existência é totalmente irrelevante para o exercício da demanda executiva.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 9, ao abordar o conteúdo do disposto no art. 2.740 do Código Civil italiano manifesta-se nos seguintes termos: “La formulación de esta norma, que enuncia por un lado el principio general de la obligatoriedad de la observancia del derecho y de la coacción, y que conmina por otro la sanción de la realización coactiva del derecho, se encuentra en el art. 2740 del Cód. Civ., que establece el *principio de la responsabilidad patrimonial*, la cual constituye la enunciación de la sanción, es decir, la amenaza general de poder, por medio de los órganos designados para la realización coactiva del derecho (órganos jurisdiccionales), opera sobre todos los bienes, presentes y futuros del obligado, en orden a la satisfacción de los intereses del derechohabiente, cuando la tutela de ellos resulte legalmente cierta”.

⁵⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 166-167: “É da tradição luso-brasileira o emprego dos vocábulos *exequirente* e *executado*, para designar as partes do processo executivo. Já assim era ao tempo das Ordenações do Reino, passando o uso para o nosso Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850 (*cf.* Arts. 494, 502, 504 e 508), daí para o Código paulista (v. arts. 940, 953 e 955, § 1º), para o baiano (arts. 1.060, 1.063, 1.077 e 1.084) e finalmente para o Código de Processo Civil nacional de 1939. O Código de 1973, todavia, inovou nessa matéria, aderindo à terminologia preferida por alemães (*Gläubiger, Schuldner*), italianos (*creditore, debitore*) e franceses

O Código de Processo Civil de 1973 preferiu a utilização dos vocábulos credor e devedor para exprimir os sujeitos da execução civil, embora às vezes utilize os termos exequente e executado para o mesmo fim. As últimas reformas processuais têm preferido a utilização destes últimos vocábulos (vide, por exemplo, o art. 600, *caput*, com a redação conferida pela Lei 11.382/2006). Assim, neste trabalho a utilização dos vocábulos credor e devedor servirá para exprimir os sujeitos da execução civil.

Costuma-se, com certa freqüência, dizer que existe, na execução civil, “desequilíbrio” na posição jurídica dos seus sujeitos.⁵⁹⁸

Ugo Rocco⁵⁹⁹ chega a dizer que

“la posición del deudor ejecutado frente al Estado es, como lo hacen notar todos los procesalistas, menos importante, ya que la relación procesal de ejecución se presenta, en su dinamismo, sobre todo como una relación entre el acreedor ejecutante, que solicita y pretende la prestación jurisdiccional de ejecución, y los órganos jurisdiccionales ejecutivos del Estado, que la suministran”.

Enrico Tullio Liebman⁶⁰⁰ averba que na execução

“não há mais equilíbrio entre as partes, não há contraditório; uma delas foi condenada e sobre este ponto não pode mais, em regra, haver

(*créancier, débiteur*), ou seja, designando as partes da execução forçada por *credor* e *devedor* e procurando não mais falar em *exequente* e *executado* (...). Na prática, a alteração terminológica assim operada é irrelevante, pois a linguagem é sempre uma convenção e basta que os intérpretes se acostumem com ela para que não haja problemas da comunicação (hoje, já se pode dizer que a nova terminologia foi assimilada inclusive na linguagem forense, sem maiores dificuldades). Teoricamente, porém, era preferível a terminologia tradicional brasileira, de *sabor mais processual* que a do Código vigente; falar em exequente e executado (assim como em autor ou réu) dá mais a idéia das partes processuais, sem cogitar de sua situação perante o direito material, ao passo que a referência a *credor* e *devedor* já sugere a existência efetiva de uma relação de crédito e débito, que até pode não existir. Se exigíssemos realmente a qualidade de *credor* àquele que toma a iniciativa da execução, então a ação executiva seria concreta e os embargos do executado, pelo mérito, seriam um contra-senso; pode também tratar-se de uma execução por direito de outra natureza, não sendo correto falar-se em credor e devedor, por exemplo, quando se cuida de uma execução para entrega de coisa certa (não se trata de *crédito*).

⁵⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 123-124: “A posição de equilíbrio em que, de ordinário, se acham as partes perante o órgão jurisdiccional, por força da qual uma demanda não pode conseguir seu efeito se não se justifica rigorosamente até o fundo, aqui se rompe a favor do credor que apresenta o título executório, cuja noção se representa a preceito quando se assevera que a ação executiva ‘se incorpora’ no título, e cuja eficácia se reflete com igual intensidade no futuro, como que em virtude de uma força de inércia, que prolonga sem limites (salvo a prescrição) sua energia de propulsor da execução.”

⁵⁹⁹ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 93.

⁶⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Proceso de ejecución*, n. 18, p. 44.

discussão; a outra, tendo conseguido o reconhecimento de seu direito, exige que se proceda de acordo com o que a sentença declarou e o condenado não o pode impedir e deve suportar o que se faz em seu prejuízo, sendo ouvido só na medida em que a sua colaboração possa ser útil e podendo pretender unicamente que os dispositivos da lei não sejam ultrapassados no cumprimento da atividade”.

O título executivo, que adiante será melhor examinado, basta só por si para autorizar e legitimar o Estado-juiz a desencadear atos de agressão patrimonial contra o devedor. Toda execução civil desenvolve-se numa *única direção*, qual seja, a efetivação da satisfação do direito do credor. Nesse aspecto, o título executivo é a condição necessária e também suficiente para autorizar o desencadeamento dos atos estatais, que concretizam a sanção, passando esta de mero comando genérico contido nas normas, em agressão efetiva e concreta sobre o patrimônio do devedor.

O título retrata a *possível* existência de uma obrigação. Constitui fonte imediata e direta dos atos executivos, sua base sustentadora.

O sistema autoriza a realização de atos executivos sobre a esfera jurídica do devedor, cumprindo uma das funções da jurisdição (função executiva), independentemente de qualquer investigação sobre a (possível) relação jurídica material subjacente ao título. Qualquer pretensão nesse sentido, deve, em regra, ser objeto de iniciativa do devedor, por meio de embargos à execução (na execução de título extrajudicial), ou por meio de impugnação (no cumprimento de sentença).

Segundo Willard de Castro Villar:⁶⁰¹

“O título executivo dá ao credor uma posição de supremacia. Como beneficiário do título, pode promover a ação executiva”. (...) “No processo de conhecimento, as partes têm posição idêntica, perante o juiz, pois ambas pretendem o julgamento sobre o mérito. Mas, na execução, onde o direito do credor já foi reconhecido, sua posição é superior, atua os meios executórios, por intermédio do Estado. Ao devedor é que incumbe destruir os efeitos da execução, por meio de uma ação – os embargos do executado”.

⁶⁰¹ VILLAR, Willard de Castro. *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 15.

A *responsabilidade patrimonial ou executória* é uma situação meramente potencial, caracterizada pela sujeitabilidade do patrimônio de alguém às medidas executivas destinadas à atuação da vontade concreta do direito material.⁶⁰²

Destaca Liebman⁶⁰³ que ao poder executório do Estado e à ação executória do credor corresponde a *responsabilidade executória* do devedor, que é a situação de sujeição à atuação da sanção, a situação em que se encontra o vencido de não poder impedir que a sanção seja realizada com prejuízo seu. Esta responsabilidade consiste propriamente na destinação dos bens do devedor a servirem para satisfação o direito do credor. Decorre do título, exatamente como deste decorre a ação executória correspondente. Quando o próprio obrigado responde, na execução, com seus bens, diz-se que há *responsabilidade executória primária*.⁶⁰⁴

Como lembra Dinamarco, na teoria da *Schuld und Haftung*, nascida na Alemanha na última quadra do século XIX, e surgida na obra romanística de Brinz (*Lehrbuch der Pandekten*, II, § 206, p. 1-2), a responsabilidade (*Haftung*) apresenta-se como *momento real da obrigação* e significa o dever do obrigado de permitir a satisfação do credor à custa de seu patrimônio. O débito (*Schuld*) teria natureza personalíssima, caracterizando-se como dever de cumprir uma prestação. Segundo essa teoria, em sua formulação original, a obrigação seria a resultante dessas duas componentes (débito e responsabilidade).⁶⁰⁵ Seu mérito reside no enfoque conferido à responsabilidade, procurando distingui-lo do débito.⁶⁰⁶

Todavia, devem ser diferenciadas obrigação e responsabilidade. Esta diz respeito ao Direito Processual Civil. Aquela ao direito material. Trata-se de institutos que não se confundem e não têm entre si qualquer relação de necessária dependência, podendo perfeitamente existir uma sem que a outra esteja presente.⁶⁰⁷ O nexos que existe entre responsabilidade e obrigação é de instrumentalidade, tanto quanto o processo é instrumento do direito substancial. A responsabilidade

⁶⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 151, p. 244.

⁶⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 35, p. 85.

⁶⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 39, p. 95.

⁶⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 14, p. 33.

⁶⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 154, p. 249.

⁶⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 154, p. 249.

patrimonial é instituída pela ordem jurídica com o escopo de propiciar a realização de direitos e obrigações pela via da execução forçada.⁶⁰⁸

Enrico Tullio Liebman,⁶⁰⁹ magistralmente, afasta qualquer tentativa de considerar a responsabilidade como aspecto característico da obrigação, ao destacar que, para visualizar as coisas deste modo, dever-se-ia esquecer que, na realidade, o credor não pode ele próprio agredir os bens do devedor. Possui apenas o direito de pedir ao juiz que desse modo proceda, assim como o devedor não se sujeita a atos de agressão patrimonial do devedor, mas à atividade executiva do órgão jurisdicional. O verdadeiro protagonista da execução é este último.

Enfim, a responsabilidade e as decorrentes situações legitimantes das partes credora emergem no cenário jurídico a partir de suas vinculações ao órgão jurisdicional. Os bens do devedor sujeitam-se aos atos de agressão *do Estado-juiz*. O devedor não pode impedir os atos de agressão *do órgão jurisdicional*. Logo, impossível encartar a responsabilidade como aspecto do direito obrigacional.

Daí por que é perfeitamente possível a existência de responsabilidade sem obrigação. Está-se, aqui, frente à situação de *responsabilidade executória secundária*, seguindo terminologia de Liebman.⁶¹⁰ Basta imaginar a situação daquele que presta garantia real (hipoteca) para garantir mútuo (obrigação) de outrem.

O art. 1.427 do CC alude ao “terceiro que presta garantia real por dívida alheia”. Não figura o garantidor na relação jurídica de direito material. Todavia, sem dúvida alguma, pretendendo o credor ver executado o bem dado em garantia deve endereçar sua pretensão executiva contra aquele que a ofertou, em atenção ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF; art. 568, I e 585, III, do CPC). Nesse sentido manifestam-se Sérgio Shimura⁶¹¹ e Cândido Rangel

⁶⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 154, p. 250.

⁶⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 94, p. 192.

⁶¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 39, p. 95.

⁶¹¹ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 475-475: “Sendo a garantia prestada por *terceiro*, como autoriza o art. 1.427, CC/2002, surge o problema da formação do litisconsórcio no pólo passivo. Neste ponto, o contrato de garantia hipotecária (prestada por terceiro) abre para o credor duas opções: a) pode exigir do *devedor* a prestação a que se obrigou, isto é, o pagamento da dívida, recaindo a execução sobre todo o patrimônio do devedor; b) pode também pleitear a realização da

Dinamarco.⁶¹² O Superior Tribunal de Justiça registra precedente, igualmente, nesse sentido.⁶¹³

A *sujeição* consiste na impossibilidade de evitar os atos de exercício do poder, de modo que, nos limites do que for legítimo e necessário à satisfação do credor, o devedor simplesmente *suportará* as medidas executivas até que cumpridos os objetivos da execução civil. A pendência da execução civil, com a propositura da ação executiva ou formulação de requerimento executivo, cria desde logo para o devedor o *estado de sujeição*.

Essa impossibilidade de o devedor impedir os atos estatais ganhou relevo com a Lei 11.382/2006 que introduziu o art. 615-A do CPC e antecipou o momento da caracterização da fraude à execução. Antes, segundo pacífica jurisprudência, a ineficácia de qualquer alienação só ocorreria após citação do devedor na demanda executiva. Agora, basta a averbação pelo credor, perante

garantia real, ou seja, a expropriação, com preferência e seqüela, do imóvel gravado de hipoteca, pagando-se com o produto apurado. Nesta segunda hipótese, o terceiro-garante é *parte* na ação executiva, visto que participou do contrato de hipoteca, que é distinto do contrato de dívida do devedor principal, ainda que convencionados em um só instrumento. É parte, mas a sua responsabilidade patrimonial restringe-se à garantia real prestada; nessa perspectiva, o terceiro-garante não goza do benefício de ordem, que é próprio da fiança. De conseguinte, o credor pode mover duas ações autônomas e simultâneas: uma contra o devedor; outra contra o terceiro. Todavia, nada impede que as cumule, em litisconsórcio facultativo passivo, contra ambos. Sendo insuficiente o bem para garantir toda a dívida, remanesce, unicamente para o devedor, a responsabilidade pelo pagamento integral. Como lembrado, na execução, em regra, vige a junção meramente facultativa das partes”.

⁶¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, nota de rodapé, n. 286, p. 437: “Vigente o Código precedente sustentei o contrário, ao negar que o terceiro responsável tivesse legitimidade para figurar no processo de execução como parte principal, tendo-a apenas para intervir *ad coadjuvandum*. Disse-o, todavia, em face da existência da hoje (em boa hora) extinta ação executiva, onde se tinha toda uma fase cognitiva do mérito encartada entre os atos da execução forçada por título extrajudicial; oferecesse o devedor a sua contestação ou não, seria sempre admissível a intervenção do terceiro responsável como seu assistente, com poderes suficientes para contestar, aderir à contestação feita, produzir provas, recorrer etc. (Cfr. ‘Execução e legitimação do terceiro responsável’, *passim*). A solução era então satisfatória e a lei a permitia, porque omissa e até porque, nessa situação, parecia-me inadequado figurar o meramente responsável no processo e na citação, sendo chamado a pagar sem ser ele o devedor. Hoje, extinta a ação executiva e fazendo-se a execução por título extrajudicial nos mesmos moldes que a fundada em título judicial, os embargos são sempre indispensáveis, ao menos quando se trata de discutir o mérito da execução, ou seja, a própria existência do crédito. Diante disso, ponderou-me Botelho de Mesquita que é necessário incluir o terceiro responsável entre os legitimados, porque ‘deve ser parte quem vai sofrer diretamente os efeitos da atividade jurisdicional’; e tem razão, porque seria duvidosa a observância do princípio do contraditório e seguramente violada a garantia da paridade em armas, se ele, não sendo parte principal na execução, legitimidade não tivesse para opor em nome próprio os embargos. Não importa que não seja titular de obrigação (*Schuld*), porque a sua responsabilidade (*Haftung*) legitima-o a pagar com sub-rogação (arts. 985 ss. do CC – art. 346 e ss., do CC/2002); justificando-se com isso a sua citação para pagar e sendo ele muitas vezes o maior interessado em ofertar embargos à execução.”

⁶¹³ “EXECUÇÃO MOVIDA EXCLUSIVAMENTE CONTRA O DADOR DE HIPOTECA. É parte legítima na execução intentada com fundamento no art. 585, n. III, do CPC, aquele que deu garantia hipotecária em pagamento de dívida de terceiro.” (STJ, 4ª T., REsp 7.230/RS (199100003417), rel. Min. Barros Monteiro, j. 03.09.1991, DJ 30.09.1991, p. 13.489).

órgãos de registro de bens, acerca da distribuição da execução civil (ou de requerimento executivo, no cumprimento de sentença, segundo entendemos) para a eventual caracterização da fraude à execução (art. 593 e art. 615-A, § 3º, do CPC).

A sujeição é o lado ativo e concreto da responsabilidade. Aquela está um passo adiante desta, que representa a potencial sujeição do patrimônio do devedor aos atos estatais. Um vez promovida a demanda executiva, assim entendida como provocação do órgão jurisdicional à atuação da sanção processual (seja como ação autônoma, seja como requerimento executivo), o devedor passa efetivamente a responder com seus bens para fazer frente ao cumprimento das obrigações assumidas, não podendo impedir a legítima atuação do órgão jurisdicional.

Sob outra angulação, como lhe é vedado o exercício do direito de defesa no interior da execução, visando à discussão sobre aspectos da relação jurídica material fora das hipóteses autorizadas pelo sistema (embargos ou impugnação à execução), ele simplesmente *deve suportar a investida estatal sobre seu patrimônio*, sob pena de prática de crime de resistência (art. 329 do CP).

É justamente porque o credor tem acesso imediato aos atos executivos com o simples comparecimento ao órgão jurisdicional munido de título executivo, independentemente de qualquer comprovação acerca da efetiva existência da relação jurídica material, e porque o devedor *sofre a execução*, sendo o exercício do direito de defesa restrito às hipóteses taxativamente disciplinadas pelo sistema, que se costuma falar em certo “desequilíbrio” nas posições jurídicas dos sujeitos da execução civil.

Essa expressão deve ser adequadamente compreendida para não gerar a falsa impressão que o órgão jurisdicional atua de maneira parcial em prol do credor ou que haveria desrespeito às cláusulas constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Na verdade não há qualquer tomada de posição por parte do órgão jurisdicional em prol do credor, nem tampouco assim agindo o magistrado sonega ao devedor as garantias constitucionalmente previstas e acima citadas. Todavia, diante do *desfecho único* de toda e qualquer execução (satisfação do direito do

credor), animada pela força executiva emergente do título executivo, o contraditório nessa estrutura processual é bastante *mitigado*, embora obviamente exista.

Ademais, quando se diz que o devedor encontra-se em estado de sujeição, isso obviamente não quer dizer que os atos executivos atuarão sobre a sua esfera jurídica de maneira desmedida, desrespeitando os limites impostos pelo sistema. “Nem se conceberia, neste estágio da civilização, um Estado parcial a favor do exequente, no sentido de atuar a lei a todo custo e satisfazer sua pretensão sem medir conseqüências”.⁶¹⁴ Ao contrário, qualquer medida executiva que desborde dos estritos limites da legalidade é írrita e como tal merece ser impugnada e contida, neste último caso inclusive de ofício pelo próprio órgão jurisdicional, reconduzindo-a aos legítimos caminhos da via executiva.

Enfim, a dinâmica integral do procedimento executivo explica sobre sólidas bases constitucionais a especial condição em que se situam os sujeitos da execução civil, sem que isto represente desrespeito a princípios fundamentais de qualquer um deles.

2.3.3 Dinâmica processual direcionada a desfecho único

A execução civil diferencia-se profundamente da atividade jurisdicional cognitiva, igualmente quanto aos objetivos a que visa produzir.

No processo de conhecimento, almeja o autor a prolação de uma sentença de mérito, que atue como preceito imperativo entre as partes. Especialmente diante da dialética, própria do processo de conhecimento, o magistrado poderá julgar procedente ou improcedente o pedido formulado, e nessa última hipótese a sentença lhe é favorável. Ao opor resistência à pretensão do autor, o réu tem interesse em que o pedido do autor seja julgado improcedente.

Por essa razão, uma vez efetivada a citação e depois de decorrido o prazo para resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação (art. 267, § 4º, do CPC).

⁶¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 101, p. 171.

Entretanto, a execução possui o que autorizada doutrina⁶¹⁵ chama de “desfecho único”, próprio de sua estrutura de “cadeia fechada”. Isso significa que o órgão jurisdicional ao ser invocado pelo credor para atuar a vontade sancionatória da lei, só poderá provocar um único tipo de resultado, ou seja, satisfação da pretensão do credor. Como não há qualquer discussão acerca do direito substancial subjacente ao título, na execução não se julga procedente ou improcedente o pedido formulado, mas tão somente se realizam atos de agressão patrimonial visando à satisfação.

Portanto, o devedor jamais extrairia qualquer resultado que lhe fosse, juridicamente, favorável. Ele tão somente *sofre a execução, do início ao fim do procedimento* “in executivis”. O ato inicial encontra-se representado pela propositura da ação executiva (art. 263 do CPC) ou mediante formulação de requerimento executivo (art. 475-J, *caput*, do CPC). O ato final será a satisfação do credor, se frutífera a execução. A sentença apenas declarará satisfeito o crédito tal qual retratado no título (art. 794, I, do CPC), sem qualquer incursão sobre o direito material que (possivelmente) lhe confere supedâneo.

É por esta razão que o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas (art. 569 do CPC), sem que para isso dependa de qualquer assentimento do devedor.

De fato, o procedimento *in executivis* só produz resultados favoráveis *ao credor*. O sistema só impõe a concordância do devedor, em caso de oposição de embargos à execução ou impugnação à execução (por semelhança de situações, *ex vi* do art. 475-R do CPC), que tenham por objeto questões relativas ao direito material. Se versarem apenas sobre questões processuais, serão extintos sem resolução do mérito, pagando o credor custas e os honorários advocatícios (art. 569, parágrafo único, “a” e “b”, do CPC).⁶¹⁶

⁶¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 89, p. 150.

⁶¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 89, p. 151-152: “Na execução bem sucedida, o processo tem um *desfecho unívoco* e é sempre favorável ao demandante, não se concebendo que a execução venha a produzir a satisfação de eventual pretensão do executado. Ela poderá chegar ao fim ou não chegar, sendo obstada pela ausência de algum pressuposto; poderá estar destituída de título, ou de alguma outra forma carecer o exeqüente de ação executiva; poderá falecer-lhe algum pressuposto processual, ou mesmo dela desistir. Seu resultado institucional, porém, é sempre um e sempre favorável apenas ao demandante. Da certeza quanto ao *desfecho único da execução* resulta um tratamento diferente,

2.3.4 Desencadeamento de operações práticas independentemente da investigação da *causa debendi*: o título executivo como condição necessária e suficiente à execução civil

A palavra título tem vários significados na terminologia jurídica. Ora é considerado no seu sentido *substancial*, ou seja, a qualidade, o atributo ou a condição referente a um direito (v.g., título universal, quanto ao sucessor e justo título, quanto à aquisição de propriedade); ora é considerado no seu sentido *instrumental*, ou seja, a expressão material, como um documento, um papel ou outra manifestação escrita (v.g., título cambial, título de propriedade, escritura pública, título patrimonial, de uma sociedade etc).⁶¹⁷

Ambas as acepções se complementam, pois, realmente, não se pode pensar em um título, como documento, que não contenha, intrinsecamente, um possível direito assegurado a seu possuidor e, conseqüentemente, uma obrigação. Todo título, no mínimo, *aparenta um direito*, ainda que possa não ser fundado.⁶¹⁸

O título faz pressupor a existência do direito. Já os direitos sem título precisam ser comprovados por qualquer dos meios admitidos em Direito. De fato, o direito prescinde do título para existir. Um credor não deixa de possuir a titularidade ativa numa relação jurídica obrigacional por não possuir documento que a represente. O direito é algo imaterial e essa imaterialidade extrapola os limites do título.⁶¹⁹

no processo executivo, da 'desistência da ação'. No processo de conhecimento a exigência legal de anuência do réu à desistência manifestada pelo autor (CPC, art. 267, § 4º) constitui decorrência das incertezas do litígio; a lei deixa a cargo do réu a decisão de concordar com a desistência (que será então homologada) ou, caso alimente esperanças na improcedência da demanda proposta pelo autor, preferir que o processo perca e caminhe para o julgamento do mérito. Quanto à execução não fala a lei em anuência (art. 569), sendo sem valia para esse fim o disposto no art. 598: a exigência dela, formulada para o processo cognitivo, não se propaga ao executivo porque as situações são diferentes e nada pode o demandado esperar da execução forçada, senão o desfalque do seu patrimônio e satisfação da pretensão do demandante. Não haveria, pois, razão para condicionar a homologação dessa desistência à concordância do executado (...)"

⁶¹⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. VI, p. 229.

⁶¹⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 229.

⁶¹⁹ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 113.

Dissemos que o título retrata uma possível relação jurídica material, pois pode ser que, embora o devedor tenha satisfeito a obrigação, o credor não tenha lhe devolvido o título, como prova da quitação.

Assim, ainda que esteja de posse do título já não ostenta mais direito. No primeiro caso citado, temos direito sem título, e, no segundo, título sem direito.⁶²⁰

Estabelece o art. 586 do CPC que: “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”. Como veremos adiante, certeza, liquidez e exigibilidade são atributos não do título, mas da obrigação que ele reproduz, dizendo respeito à condição da ação *interesse de agir*: as duas primeiras, na modalidade adequação da tutela jurisdicional e a última na modalidade necessidade desta mesma tutela.

Todavia, caso essas qualidades não se façam presentes, ou mesmo se o documento revelador da obrigação não assumir a forma prescrita em lei, haverá título *sem força executiva*, i.e., que não autoriza o órgão jurisdicional a atuar a vontade concreta da lei sobre o patrimônio do devedor para satisfazer o credor, independentemente da vontade daquele.⁶²¹

O título executivo representa condição para a instauração e plena realização da execução civil. Com base nele o órgão jurisdicional coloca em marcha todas medidas necessárias para que seja atingido o mesmíssimo resultado que voluntariamente não foi obtido sem sua intervenção.

Várias teorias foram construídas para explicar a natureza jurídica e a dinâmica que o título executivo possui na execução civil. Sua análise, ainda que breve, liga-se ao tema central deste trabalho, razão pela qual entendemos relevante alistar os principais pensamentos ao redor do tema.

⁶²⁰ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 113.

⁶²¹ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 113.

2.3.4.1 Teorias acerca da natureza jurídica do título executivo

2.3.4.1.a Teoria documental (posicionamento de Francesco Carnelutti)

Francesco Carnelutti desenvolveu a teoria documental do título executivo.

Esse autor, profundo estudioso das provas no Direito Processual Civil,⁶²² demonstra as grandes dificuldades enfrentadas pelo juiz na avaliação de fatos pretéritos que envolvem os litigantes, e nesse aspecto sua atividade até certo ponto assemelha-se a de um historiador. A formulação de um juízo histórico, já é em si incerta (o juiz trabalha apenas com aquilo que o processo lhe revela), mas é particularmente agravada quando o juiz precisa servir-se de premissa para uma ação prática imediata, como ocorre na execução civil.⁶²³

Por essa razão compreende-se que se procure um meio de eliminar, tanto quanto possível, a incerteza. Tal meio consiste na substituição livre das regras de experiência, na formulação do juízo histórico, pela imposição. Nisto consiste a *prova legal*. Assim, os respectivos efeitos de determinados atos jurídicos submetem-se às regras legais das provas. Os atos jurídicos submetem-se a regras específicas que regulam sua existência, validade e eficácia de acordo com modelos legais (*fattispecie*).⁶²⁴

Segundo Carnelutti,⁶²⁵ se um contrato só por documento pode ser provado, isso significa que, tanto a existência do contrato quanto o documento, fazem parte da previsão legal em relação à qual o efeito jurídico é estatuído. O nexo entre fato e sua prova acaba sendo de tal intensidade que praticamente nenhum valor tem o fato sem ela. A exigência de um documento como prova exclusiva do

⁶²² CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2 ed. Tradução: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982, *passim*.

⁶²³ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 502-503.

⁶²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 503.

⁶²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 505.

contrato equivale a converter a documentação em requisito deste, o que fica sobremaneira patenteado na chamada presunção absoluta.

A necessidade de rapidez dos negócios jurídicos determinou o desenvolvimento do princípio da *prova legal*, culminando num novo instituto a que Carnelutti dá o nome de *título legal*. Além da vantagem de eliminação das incertezas do juízo histórico (existência material do fato), a prova legal neutraliza as incertezas do juízo crítico do órgão jurisdicional.⁶²⁶ Aqui, Carnelutti passa a falar de *prova integral*.⁶²⁷

A demasiada liberdade na produção de provas sempre foi uma constante preocupação de Carnelutti,⁶²⁸ que enxergava nas *provas legales* “un poderoso medio de desinfección del proceso contra los bacilos de las pruebas falaces”, referindo-se particularmente “a los peligros de la prueba testifical y a la necesidad de estimular la formación del documento”.

Os títulos executivos e os títulos de crédito são títulos legais. O título de crédito prova o fato e pode constituir título executivo, o qual além desse atributo possui outro, qual seja o de impedir que o funcionário incumbido de realizar a execução forçada tome em consideração fatores diversos modificadores da eficácia do fato representado no título.⁶²⁹

O título executivo enquanto documento é um meio de prova da existência do crédito e serve no processo executivo enquanto tal. É óbvia, portanto, diz Carnelutti, sua definição como prova e como se trata de prova cuja eficácia está regulada em lei, diz-se que se trata de uma prova legal. Ele serve ao órgão executivo não só como prova necessária e suficiente da existência dos fatos dos quais deriva a relação jurídica, senão como prova da existência da relação mesma.⁶³⁰ Enfatiza: “el juez de la ejecución, en verdad, no puede ejercitar crítica alguna sobre el valor

⁶²⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 506: “Tal perigo só poderá conjurar-se, atribuindo ao documento não apenas a eficácia de comprovar o que nele se contém, mas também a de inibir, dentro de certos limites, a possibilidade de que se provem fatos diversos, susceptíveis de modificar a eficácia jurídica do fato nele representado”.

⁶²⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 506-507.

⁶²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, t. I, p. 102.

⁶²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, p. 507-508.

⁶³⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*, p. 346-348.

jurídico de los hechos que en el título ejecutivo están representados”.⁶³¹ A prova, na execução, diante de suas características próprias deve ser “simple y segura”.⁶³²

A construção teórica de Carnelutti assenta-se na premissa de que o título executivo constitui *prova da existência do crédito*. Se o credor “não exhibe um documento conforme ao tipo estabelecido na lei, o órgão executivo não lhe pode dar crédito, tanto quanto lhe deve dar, se o exhibe.”⁶³³ Parece filiar-se a esse entendimento James Goldschmidt.⁶³⁴

2.3.4.1.b Teoria do ato jurídico (posicionamento de Enrico Tullio Liebman)

À teoria documental, que aponta uma função probatória do título executivo e que demonstraria a existência do crédito, contrapôs-se a teoria do ato jurídico desenvolvida por Enrico Tullio Liebman.

Título executivo, diz Liebman,⁶³⁵ é o ato que torna concreta a sanção e lhe permite a atuação prática. É portador da sanção. É a condição necessária e também suficiente para que o credor obtenha em seu benefício a execução. Nada mais lhe toca afirmar nem provar. O interessado em provar a cognição na execução não é o credor, a quem basta a posse do título executivo, e sim o devedor pelos modos admitidos em Direito. Se a possibilidade de empreender a execução se subordinasse também à existência do direito à prestação, decorreria logicamente daí a necessidade, para o credor, de afirmar e provar essa existência, o que não se dá.

Segundo João Mendes de Almeida Júnior:⁶³⁶ “Não se confundam o *título* (que é o fato em sua forma intrínseca), com o formal extrínseco do título. Vulgarmente se diz – *título* – o instrumento escrito, mas isto é uma figura, uma

⁶³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*, p. 348.

⁶³² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. II, n. 326, p. 549.

⁶³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 127.

⁶³⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, § 78, p. 538-539: “Al que simplemente alegue su calidad de acreedor, sin otra prueba, no se le puede conceder una acción ejecutiva; si se le concediera, los actos ejecutivos del mismo serían simultáneamente ‘justos e injustos’, lo que es imposible”.

⁶³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 118-119.

⁶³⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tipografia Baptista de Souza, 1918, p. 8.

metonímia em que se toma o sinal pela coisa significada, isto é, o formal do título pelo próprio título.”

Igualmente, incorreta a teoria que enxerga na prova do direito do credor a natureza jurídica do título executivo, porque toda prova, como meio destinado a formar a convicção do juiz, está exposta a contraprovas da parte contrária, e isso não acontece com o título executivo. Ele não pode ser substituído por nenhuma outra prova, ainda que convincente, e não se expõe a ser depreciado em sua eficácia pelo fato de não estar o órgão executivo persuadido da existência do direito, ainda que o devedor lhe ministre a mais segura das provas contrárias. O órgão executivo nada presume.⁶³⁷

A posição de equilíbrio das partes no processo de cognição, aqui, rompe-se a favor do credor que apresenta o título executivo. A ação executiva “incorpora-se” no título. A eficácia deste reflete-se no futuro, tal qual uma força de inércia, que prolonga sem limites sua energia propulsora da execução.⁶³⁸

A autonomia do processo de execução, tão ressaltada por Carnelutti, ficaria comprometida, porque ela nasceria emparelhada com o direito de crédito e exigiria, para se exercer favoravelmente, uma prova especial de tal direito.⁶³⁹

A ação executiva não existe enquanto não se tem o título executivo; este exerce em referência a ela uma função não probatória, mas constitutiva.⁶⁴⁰

Título executivo é um ato jurídico dotado de eficácia constitutiva, porque é fonte imediata e autônoma da ação executiva, a qual, por conseguinte, é, em sua existência e em seu exercício, independente do crédito.

A ação executiva não somente nasce com o título, mas tem unicamente nele seu fundamento jurídico. Uma vez constituído o ato jurídico, ele se separa de sua base material, dos motivos pelos quais foram proferidos ou das razões pelas quais a lei lhe reconhece sua força executiva, e adquire a virtude de dar origem a um direito existente por si próprio. Esse *novum ius* vive de uma vida

⁶³⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 121.

⁶³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 123-124.

⁶³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 130.

⁶⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 131.

própria, não associada à do crédito nem influenciada por suas vicissitudes; permanece íntegro, enquanto não se elimina o título executório.⁶⁴¹

Assim, além de supérflua é irrelevante qualquer prova do crédito: o título basta para a existência da ação executiva. Nenhum fato extintivo do crédito pode impedir diretamente a execução enquanto subsistir formalmente intacto o único requisito da ação executiva, o título. Todavia, sua autonomia não é absoluta, na medida em que pode o devedor pretender sua anulação, devendo para tanto promover ação autônoma.⁶⁴²

“Tudo isso pode resultar em que se leve a efeito uma execução na carência do crédito. A lei tolera esse risco para possibilitar que, existindo o crédito, tenha realização mais rápida e solícita, independentemente de sua declaração; mas justamente por isso só reconhece força executória aos atos que tornem sumamente provável sua efetiva existência. Nessas condições, o perigo a que naturalmente se aventura com essa rigorosa disciplina reduz-se a casos relativamente pouco numerosos e, para esses, poder-se-á restabelecer o equilíbrio por iniciativa do devedor.”⁶⁴³

A lei atribui ao título executivo uma *eficácia abstrata*. Emancipa-se a tutela executiva de toda conexão com o seu objetivo e permanece condicionada só ao requisito formal do título e está assim isenta da necessidade de verificar, se, no caso, será realmente aquele o objetivo que se atingirá.

A exemplo do que ocorre com o instituto da coisa julgada - em que, o que se converte em indiscutível para o futuro não são nem os motivos, nem os raciocínios com fundamento nos quais o juiz chega à decisão, mas unicamente a vontade concreta da lei que ele afirmou existente -, com procedimento idêntico consegue-se isolar no título executivo a sanção.⁶⁴⁴ Como não basta o crédito para dar vida a um título, também não basta sua extinção para destituí-lo de eficácia.⁶⁴⁵

⁶⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 135.

⁶⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 135-136.

⁶⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 136.

⁶⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 137.

⁶⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 139: “Em conclusão, pois, o título executório é ato que, independentemente de sua natureza e função de provimento do juiz, de negócio jurídico ou de ato administrativo, constitui a espécie concreta, de que a lei faz depender a concretização da sanção; ou seja, o ato que torna concreta e atual a vontade do Estado de que se exerça uma atividade executória de determinado conteúdo e medida, a favor de uma pessoa e a cargo de outra pessoa. Com o elemento da sanção transpõe-se a eficácia do título a um domínio que não o dos direitos substanciais, fora também, por

2.3.4.1.c Outras teorias acerca da natureza jurídica do título executivo

Para uma outra corrente de juristas o título executivo representaria *ato de accertamento* do direito material. Com efeito, para os seguidores dessa teoria, o accertamento constituiria um antecedente necessário e imprescindível ao processo executivo. O título possuiria uma eficácia “certificante” que atuaria antes e fora da execução. À ação seria conferida uma aptidão potencial ao exercício da via executiva.⁶⁴⁶

Essa é a Teoria de Carlos Furno,⁶⁴⁷ adotada na Itália, entre outros, por Crisanto Mandrioli,⁶⁴⁸ para quem o título executivo é um ato de accertamento contido num documento que, no seu complexo constitui a condição necessária e suficiente para proceder a execução forçada.

Segundo Mandrioli⁶⁴⁹

“appare evidente che l’azione esecutiva deve essere condizionata da un accertamento ed al tempo stesso non può essere condizionata da null’altro che da un accertamento, purchè si tratti di un accertamento idoneo a rappresentare o a documentare il diritto (in tutti i suoi elementi soggettivi e oggettivi) all’organo che deve eseguirlo (...)”.

Marco Tullio Zanzucchi⁶⁵⁰ diz que: “Titolo esecutivo non è solo il documento, è anche l’accertamento, atto giuridico o negozio nel documento consacrato; non è solo l’accertamento, atto o negozio, ma è l’accertamento, atto o negozio, in quanto è nel documento consacrato”.

Italo Andolina⁶⁵¹ visualiza no título executivo uma *representação documental do direito subjetivo*, do qual se pretende a realização pelas formas executivas. Ressalta que o órgão executivo examina o título executivo não como um

consequente, do círculo dos fatos jurídicos com eficácia substancial, os quais, por esse motivo, não influem sobre ele. Logo, como não basta o crédito para dar vida a um título, também não basta sua extinção para destituí-lo de eficácia”.

⁶⁴⁶ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 115.

⁶⁴⁷ FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Pádua: Cedam, 1940, p. 179-181.

⁶⁴⁸ MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*, v. IV, p. 24.

⁶⁴⁹ MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*, v. IV, p. 23. Conferir ainda: MANDRIOLI, Crisanto. *L’azione esecutiva (contributo alla teoria unitaria dell’azione e del processo*. Milão: Giuffrè, 1955, p. 327 e ss.

⁶⁵⁰ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 166.

⁶⁵¹ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 58.

meio de prova do crédito, mas sim como um pressuposto legal da própria atividade.⁶⁵²

Para esse autor o ato jurídico não reveste relevância no paradigma funcional próprio do título executivo. O que constitui o objeto da cognição do órgão executivo não é nunca o ato jurídico, de onde se conclui que o órgão executivo conhece apenas da mera regularidade formal do “documento-título executivo” e não também da validade do ato.

Acentua que uma é a função típica do título executivo no interior da execução forçada e outra é a eficácia própria do ato jurídico subjacente no âmbito do procedimento de cognição. Uma é a verificação que o órgão da execução opera sobre o título executivo, e outra é o accertamento que o juiz da cognição realiza acerca do direito substancial.⁶⁵³

Angelo Bonsignori⁶⁵⁴ afirma que na execução forçada existe um “temporaneo discatto” entre o ato de aplicação da sanção e o ato de constituição da relação jurídica creditícia, ao menos até o momento da propositura da oposição à execução. O título executivo obedece uma normatização diversa daquela a qual se sujeitam os atos jurídicos como as cambiais, a sentença, os atos notariais etc. Sem o atendimento às formalidades legais (art. 475 do CPC italiano), não se produz ainda a eficácia típica do título executivo, sendo válido contestar apenas a validade do ato jurídico, mas não aquela do título executivo.

Esclareça-se que o art. 475 do CPC italiano estabelece que as sentenças e as outras providências da autoridade judiciária e os atos recebidos do notário ou de outro oficial público, para valerem como título para a execução forçada, devem ser munidos da *fórmula executiva*, salvo se a lei disponha de outra maneira.

Segundo o próprio art. 475 do CPC italiano a *fórmula executiva* consiste no cabeçalho “República Italiana – Em nome da lei” e na aposição por parte do escrivão ou notário ou outro oficial público, no original ou na cópia, da

⁶⁵² ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 58.

⁶⁵³ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 57-58.

⁶⁵⁴ BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*. 3. ed. Turim: G. Giappichelli, 1996, p. 56.

seguinte forma: “ordenamos a todos os oficiais judiciários que são requisitados e a qualquer pessoa cabível, de colocar a execução o presente título, ao Ministério Público de dar assistência e a todos os oficiais da força pública de concorrer, quando forem legalmente requisitados”.

Esse jurista aquiesce ao posicionamento de Italo Andolina, dizendo que o problema da natureza jurídica do título executivo se resolve numa tricotomia entre ato jurídico, documento e “*fattispecie processuale consistente nella spedizione in formula esecutiva e notificazione*”.⁶⁵⁵ E conclui que “non esiste una nozione astratta di titolo esecutivo, ma tante figure tipiche quante ne prevede concretamente il sistema del vigente codice di procedura civile (...)”.⁶⁵⁶

Giuseppe Chiovenda⁶⁵⁷ perfilha posição eclética e conciliatória entre a teoria documental e teoria do ato jurídico. Com efeito, diz citado processualista que consiste o título, necessariamente (*ad solemnitatem*), num documento escrito, do qual resulte uma vontade concreta de lei que garanta um bem. Normalmente, é uma provisão jurisdicional destinada a certificar essa vontade, ou um ato administrativo, ou um contrato, mas de tal forma claro e simples, que dele se possa depreender, embora não certificada, a vontade concreta da lei: tal a ordem administrativa de pagar um imposto, ou um ato contratual lavrado por tabelião, ou a cambial.

Ainda segundo Chiovenda,⁶⁵⁸ em todo título executivo deve-se ter presente um duplo significado e elemento, substancial e formal: a) o título em sentido substancial é o ato jurídico de que resulta a vontade concreta da lei; b) o título em sentido formal é o documento em que o ato se contém.

⁶⁵⁵ BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*, p. 57.

⁶⁵⁶ BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*, p. 57-58.

⁶⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 89, p. 309-310.

⁶⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 89, p. 310.

2.3.4.1.d Análise crítica das diversas teorias acerca da natureza do título executivo em conexão com o exame de sua função na execução civil

Na realidade, as teorias do título executivo como documento ou como ato jurídico, podem ser conciliadas, desde que excluídos os excessos de cada uma delas, como já observou Alcides de Mendonça Lima.⁶⁵⁹

De fato, a concepção do título executivo como documento e também como ato jurídico constitui posicionamento de respeitáveis juristas,⁶⁶⁰ e nos parece explicar suficientemente sua natureza jurídica e sua função na execução civil.

O órgão jurisdicional antes de desencadear os atos executivos a partir da apresentação do título executivo pelo credor, *nada deve verificar acerca da existência do crédito*. O título é a condição necessária e também suficiente à execução.

O posicionamento daqueles que vislumbram no título executivo prova do crédito, faz com que a ação executiva perca sua autonomia, vinculando-a à efetiva existência do direito material, o que, como já vimos quando do exame da ação enquanto instituto fundamental do Direito Processual Civil, constitui manifesto equívoco. A ação, como categoria processual, exercita-se a partir de alegações de suposta violação de direito, mas não tem sua existência condicionada à existência ou inexistência deste. É-lhe indiferente.

Ao dizer que o título executivo assumiria na execução função probatória, os seguidores da teoria documental colocam em conflito o próprio conceito de prova com a estrutura funcional da execução, vez que o que se provam são fatos (arts. 332 e 333 do CPC).

A execução enquanto estrutura processual destinada à realização prática do direito é adversa à produção probatória de qualquer sorte em seu interior.

⁶⁵⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 231.

⁶⁶⁰ Adota esse entendimento respeitável doutrina nacional: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 3, p. 200; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 23; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 230-231; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 17-18; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IX, p. 205; SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Da jurisdição executiva e dos pressupostos da execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 151 e CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. VIII, p. 46.

Admiti-la seria confundi-la com o processo de conhecimento, desvirtuando sua função no sistema jurídico. Ao partir do pressuposto fixado por Chiovenda, chegar-se-ia a resultados diversos daqueles aos quais ele próprio pretendeu atingir. Isso porque se o título prova o crédito, poderia o devedor pretender provar, dentro da execução, sua inexistência, abrindo margem a discussões intermináveis.⁶⁶¹

Por outro lado, se o título é a prova documental do crédito, essa prova poderia ser feita com cópias do título, que poderiam instruir diversas execuções, todas a partir do mesmo título. Entretanto, o título executivo, deve ser apresentado ao órgão jurisdicional, em regra, no original (princípio da cartularidade dos títulos de crédito), dando ensejo apenas a uma única execução.

Como disse Tullio Ascarelli:⁶⁶² “O titular do direito encontra-se constantemente numa relação de direito real com o título (...)”. Com efeito, estabelece o art. 614, I, do CPC, que cumpre ao credor, ao requerer a execução, instruir a petição inicial com o título executivo (extrajudicial). Apenas em hipóteses excepcionalíssimas, a pretensão executiva pode basear-se em cópia do título.

A juntada da via original do título prende-se à predominância, em algumas situações, do aspecto documental sobre o aspecto substancial do título.

Tampouco título executivo pode ser conceituado como acerto do direito material. Como ressaltou Cândido Rangel Dinamarco,⁶⁶³ essas opiniões além de condicionarem excessivamente a admissibilidade da execução à existência do direito subjetivo material do exequente, pecam ainda por aproximarem a sentença condenatória da meramente declaratória e por forçarem o entendimento de que também nos títulos extrajudiciais haveria um acerto.

Por outro lado, ao dizer que título executivo é o ato jurídico a que a lei atribui força executiva, poder-se-ia cogitar da possibilidade de que as partes, em seus atos negociais, por simples convenção, criassem títulos executivos atribuindo-lhes eficácia executiva, o que não é admitido pela maioria dos sistemas jurídicos.

⁶⁶¹ Sobre os equívocos da teoria documental, conferir amplamente: SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 123-129.

⁶⁶² ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2. ed. Tradução: Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 187.

⁶⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 317, p. 483.

Nesse passo, como destaca Willard de Castro Villar,⁶⁶⁴ a crítica de Carnelutti à teoria de Liebman é profunda.

Assinala Cândido Rangel Dinamarco que a “débito dessa teoria lança-se apenas o engano de chamar de *ato* jurídico o que em alguns casos é mero *fato jurídico*”.⁶⁶⁵

Na realidade a eficácia executiva advém da lei. É o sistema jurídico que atribui ou não a condição de título executivo a esse ou àquele ato ou fato jurídico. Tratando-se de norma de direito processual, que regula a atividade e uma típica função jurisdicional, não se poderia, por óbvio, deixar ao alvedrio das partes o poder de criar títulos executivos, nem concentrar na declaração de vontade dessas a eficácia executiva.

É o legislador que segmenta da vida em sociedade atos ou fatos que, por razões de política legislativa, autorizam seus titulares a promoverem em juízo a execução forçada. Na realidade, a construção teórica de Liebman prendeu-se em demasia a situação da sentença civil condenatória e, por essa razão abriu margem à discussões acerca da possibilidade de as partes, por ato jurídico, criarem títulos executivos.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ VILLAR, Willard de Castro. *Processo de execução*, p. 13: “Se o título está no ato e não no documento, como em tal caso o único ato gerador da responsabilidade é a declaração de vontade pela qual o devedor se obriga, temos de concluir que o ato constitutivo da vontade sancionadora do Estado é o ato pelo qual o devedor se constitui em obrigação. Parece, aliás, que o próprio Liebman ao responder a crítica se contradiz quando escreveu que o título judicial é obtido por ato do juiz, e que o título extrajudicial produz-se em virtude da lei, como consequência do ato jurídico, mas em virtude de forma especial de que se reveste. Então estaria no documento a eficácia constitutiva do título negocial.” Esse autor (Idem, p. 14), todavia, entende ser superior a doutrina de Liebman.

⁶⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 315, p. 479. Esse autor (Idem, n. 297, p. 456) conceitua título executivo como “ato ou fato jurídico legalmente dotado de eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão”. Igualmente, esse eminente processualista parece filiar-se à doutrina de Liebman, embora com pequenos reparos.

⁶⁶⁶ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 130-131: “Para Liebman, o que constitui o título executivo é o *ato* propriamente dito, porque é este que tem a virtude ou a eficácia de fazer nascer a ação executiva. O documento serve para dar a *prova* do ato, mas o ato é que tem *eficácia constitutiva*, é que dá vida à ação executiva, e que forma, portanto, o núcleo do título executivo. Com tal afirmação, fragiliza-se a *teoria do ato*. Uma coisa é o *documento*, outra, o *ato jurídico* a que ele serve de prova. Mas quando Liebman vê o título executivo principalmente no *ato*, tem presente a figura do título executivo judicial (*sentença de condenação*) e esquece a figura do título executivo extrajudicial ou negocial (ex.: escritura pública, documento público, contrato de locação, instrumento de transação etc). (...) Com efeito, se o título executivo fosse propriamente o *ato*, e não o *documento*, seria a *declaração de vontade* contida no documento que teria eficácia constitutiva, que faria nascer a ação executiva. Nessa ordem de idéias, cai-se na confusão entre o *direito de crédito* e a *ação executiva*, porque uma e outra emanam do mesmo ato. Quer dizer, fica irremediavelmente comprometida a autonomia da ação executiva em relação ao direito substancial do exequente, autonomia pela qual Liebman se bate com tanta veemência”.

Enfim, o título não é apenas documento, nem também apenas ato ou fato jurídico. Os conceitos se unem para explicar essa categoria jurídico-processual, que possui sim características próprias capazes de serem reunidas, sistematizadas e estudadas, ao contrário daqueles que negam essa possibilidade, como Angelo Bonsignori.⁶⁶⁷

O sistema elege os atos ou fatos da vida que entende relevantes e aptos a franquearem a via executiva aos credores.⁶⁶⁸ Essa prerrogativa pertence ao legislador, não às partes, tampouco ao juiz.⁶⁶⁹ O título executivo representa uma simplificação imposta pelo interesse geral na rapidez das execuções, vez que dispensa a necessidade de cognição do juiz com o fim de certificar a existência atual da ação executiva e permite ao credor reclamar diretamente do órgão jurisdicional o ato executivo.⁶⁷⁰

Diante do nível de agressão dos atos estatais sobre o patrimônio do devedor, sem qualquer investigação acerca do direito do credor, apenas a lei estabelece *taxativamente* quais são as hipóteses em que tal pode ser dar. Nisso reside a *tipicidade do título executivo*: só são títulos executivos aqueles expressamente alistados em lei. Trata-se de garantia (verdadeiro direito fundamental) do devedor, enquanto limitação à invasão de sua esfera jurídica.⁶⁷¹

Por outro lado, inexistente execução civil que não esteja baseada em título executivo. Trata-se do princípio da *nulla executio sine titulo*.

⁶⁶⁷ BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*, p. 57-58.

⁶⁶⁸ SATTÀ, Salvatore. *Direito processual civil*, v. 2, p. 534: “A história nos ensina, pois, que os títulos de crédito e os títulos executivos em particular são brotados por instância prática, qual aquela de criar uma normativa material, isto é, um crédito verdadeiramente e criá-la de um único modo possível, ou seja, destruindo as contestações do devedor.”

⁶⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 299, p. 456-457: “A exigência de título executivo, sem o qual não se admite a execução, é consequência do reconhecimento de que a esfera jurídica do indivíduo não deve ser invadida, senão quando existir uma situação de tão elevado grau de *probabilidade* de existência de um preceito jurídico material descumprido, ou de tamanha *preponderância* de outro interesse sobre o seu, que o risco de um sacrifício injusto seja, para a sociedade, largamente compensado pelos benefícios trazidos na maioria dos casos. A personalidade humana não deve ficar exposta a atos arbitrários, com os quais se violem as mais sagradas prerrogativas do ser humano ou se lhe diminua o patrimônio, requisito indispensável ao livre exercício destas na sociedade capitalista; e o arbítrio seria inevitável, se a invasão da esfera jurídica não estivesse na dependência de uma razão muito forte, exigida pela lei como requisito necessário – e que é o título executivo”.

⁶⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 90, p. 310.

⁶⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 299, p. 458.

Inexiste, hoje, em nosso sistema jurídico título executivo que não assuma forma escrita.⁶⁷²

Como enfatizou Sérgio Shimura:⁶⁷³ “A verdade é que o título executivo não aparece enquanto o *documento* não se forma”.

Cândido Rangel Dinamarco⁶⁷⁴ destacou que o requisito formal único, comum a todos os títulos executivos em espécie é a *forma escrita*, sendo essa, no Direito Processual Civil pátrio atual, *uma exigência para todos os atos a que a lei outorga eficácia executiva*. Mas adverte que a lei pode atribuir tal eficácia aos atos orais.

Conclui o ilustre processualista:⁶⁷⁵

“Enquanto a lei processual indicar a nota promissória como título executivo, *nota promissória* será, para o fim de configuração de título executivo, aquele ato que o direito cambiário indicar, com os requisitos que exigir. Confirma-se, com isso, que a forma escrita constitui exigência atualmente vigente no direito brasileiro quanto a todos os atos erigidos em título executivo, sem que seja essencial a este mesmo, como tal”.

Ora, se hoje a forma escrita é comum a *todos os títulos executivos*, é porque ela não pode ser descartada enquanto elemento pertencente ao conceito *atual* de título executivo. Os atos executivos são realizados a partir de uma possível existência do direito material subjacente ao título. É justamente a forma escrita que retrata possível obrigação e dispensa o juiz de qualquer investigação acerca da *causa debendi*.

Parece-nos, com a devida vênia, muito improvável que o legislador atribua eficácia executiva aos atos orais diante das graves conseqüências que essa postura poderia causar, pois bastaria uma parte afirmar-se credora sem apresentar qualquer documento que retratasse possível obrigação, para que o órgão jurisdicional determinasse a realização de medidas executivas contra o indicado

⁶⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 299, p. 458, assinala que permitir a execução sem o título executivo, como fez a lei suíça, constituiria um perigo muito grande, seja no plano político, seja no econômico.

⁶⁷³ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 131.

⁶⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 320, p. 483-484.

⁶⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 320, p. 484.

devedor. As ações cognitivas condenatórias seriam totalmente dispensáveis nessa estrutura.

A possível existência do direito, decorre de condições mínimas de segurança exigidas pelo sistema jurídico, e não pode se assentar em bases tão precárias quanto à simples alegação da existência de negócio jurídico por meio de contrato verbal.

A adequação e a necessidade da tutela jurisdicional executiva a serem demonstradas pelo credor, não dispensam de forma alguma o componente documental do título executivo.

Em sentido contrário, manifesta-se José Miguel Garcia Medina⁶⁷⁶ dizendo que: (...). “localiza-se na norma jurídica, e não no documento, o cerne da definição do título executivo, muito embora aquele outro elemento faça-se presente, com alguma constância, na tipificação do título executivo.”.

Aponta o ilustre jurista como supedâneo do seu entendimento o disposto no art. 889, § 3º, do CC/2002, que permite a emissão do título de crédito a partir “dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente”, além do estabelecido no art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, que autoriza a recepção pelo tabelião de protesto de “indicações a protestos das duplicatas mercantis e de prestação de serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados (...)”.

O art. 887 do CC/2002, ao definir título de crédito inclui a forma documental em seu conceito: “O título de crédito, *documento necessário* ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei” (destaques nossos).

O art. 888 do CC/2002 preceitua que: “A omissão de qualquer requisito legal, *que tire ao escrito* a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem” (destaques nossos).

Já o art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997 autoriza o protesto com base em indicações do credor, mas não dispensa para o exercício da ação

⁶⁷⁶ Contra: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 123.

executiva a apresentação do título executivo, que deve necessariamente, em nosso sistema, assumir forma documental.

Embora o CPC-1939 (Decreto-lei 1.608, de 18.09.1939) tenha arrolado como título executivo extrajudicial o crédito decorrente de aluguéis ou rendas de imóveis provenientes de contrato escrito ou *verbal* (art. 298, IX), não se pode esquecer que o fez inserindo-o dentro da estrutura própria da *ação executiva*, que era misto de cognição e execução.⁶⁷⁷ A execução como a conhecemos hoje realizava-se então pela *ação executória*, com base apenas em sentenças condenatórias (título executivo judicial). Atualmente, toda ação é executiva, não havendo mais diferenciação pela origem do título.

Logo, com o máximo respeito do entendimento em contrário, a forma documental, atualmente, não pode deixar de ser integrada ao conceito de título executivo.

O contrato locatício, enquanto ato jurídico comprovado documentalmente, é título executivo (art. 585, V, do CPC). A certidão de dívida ativa da Fazenda Pública, devidamente inscrita na repartição competente, igualmente o é (art. 585, VII, do CPC, art. 2º, da Lei 6.830/1980). Neste último caso, o título é formado exclusivamente pelo credor, independentemente da vontade do devedor. Isso também ocorre com a cobrança dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, de contribuições, preços, serviços e multas. O art. 46, parágrafo único, da Lei 8.906/1994, dispõe que: “Constitui título executivo extrajudicial a certidão passava pela diretoria do Conselho competente, relativa a crédito previsto neste artigo”. Também constitui título executivo o crédito de serventuário da justiça, aprovado por decisão judicial (art. 585, VI, do CPC).

⁶⁷⁷ O rito da ação executiva era disciplinado pelos seguintes dispositivos do CPC-1939: “Art. 299. A ação executiva será iniciada por meio de citação para que o réu pague dentro de vinte e quatro (24) horas, sob pena de penhora. Parágrafo único. A petição para a cobrança das dívidas previstas nos ns. V e IX, será instruída com a prova de que o autor está quite com os impostos e taxas referentes ao imóvel ou ao exercício da profissão. Art. 300. A penhora far-se-á de acordo com o disposto no Livro VIII, Título III, Capítulo III. Art. 301. Feita a penhora, o réu terá dez (10) dias para contestar a ação, que prosseguirá com o rito ordinário.” Para uma melhor compreensão da diferenciação entre ação executiva e ação executória, conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 298, p. 457.

Assim, o título é ato ou fato jurídico, retratado em documento, que por força de lei torna adequada a tutela jurisdicional executiva, constituindo esta sua função.

Esse é o conceito adotado por Vicente Greco Filho, que assim se manifesta:⁶⁷⁸ “É possível, pois, conceituar, em face de nosso sistema processual, o título executivo como o documento ou o ato documentado que consagra obrigação certa e que permite a utilização direta da via executiva”.

Moacyr Amaral Santos⁶⁷⁹ une magistralmente os aspectos documental e substancial do título executivo ao dizer que:

“Título executivo consiste no *documento* que, ao mesmo tempo em que qualifica a pessoa do credor, o legitima a promover a execução. Nele está a representação de um ato jurídico, em que figuram credor e devedor, bem como a eficácia, que a lei lhe confere, de atribuir àquele o direito de promover a execução contra este.”

Igualmente em posição conciliatória das teorias acerca da natureza jurídica do título executivo, manifesta-se Antônio Carlos Costa e Silva,⁶⁸⁰ dizendo que, juridicamente, o título de execução não é somente um documento (continente), a fazer prova legal da existência de um ato jurídico, sentencial ou negocial. Nem, tampouco um ato jurídico (conteúdo) pelo qual uma determinada pessoa fica obrigada a um prestar em benefício de outra. É uma conjugação desses dois elementos, porquanto representa um documento que tem como conteúdo um ato jurídico.

Sem título executivo, a ação executiva não se mostra adequada a atingir o resultados previstos no sistema. O interesse de agir, na modalidade adequação, resta desatendido. Deve, então, o interessado percorrer a via ordinária, buscando sua constituição. A execução, como veremos adiante, para que se repute adequada sob a angulação do interesse de agir, deve ainda ser necessária ao credor,

⁶⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 23.

⁶⁷⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 200.

⁶⁸⁰ SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Da jurisdição executiva e dos pressupostos da execução civil*, p. 151.

o que só será possível quando a obrigação retratada no título for exigível.⁶⁸¹ É no título executivo que “a lei concentra a força de liberar a coação estatal em favor do credor para a satisfação da obrigação”.⁶⁸²

Do título executivo emerge a eficácia executiva, que autoriza a agressão patrimonial do devedor. O credor que proponha a execução sem título, dela será carecedor de ação por falta de interesse de agir (art. 267, VI, c.c art. 598 do CPC), porque só o título torna adequada a execução civil e suas medidas executivas.⁶⁸³

Todavia, nem mesmo a sentença civil condenatória - título executivo por excelência - tem o condão de converter em efetiva existência a certeza judiciária do direito, após seu trânsito em julgado.⁶⁸⁴ Pode ser que a obrigação já esteja extinta pelo pagamento, ou modificada em maior ou menor extensão, pela compensação, transação, remissão etc. É por essa razão que incidem em equívoco os partidários da teoria documental ou do acertamento do título executivo ao nele vislumbrarem uma certificação da existência do direito material.

O título não constitui prova do crédito. O que ocorre é que ele, encerrando um elevado grau probabilidade de existência deste, dá vazão à sua eficácia executiva, sem que para tanto necessite o juiz realizar qualquer atividade cognitiva. É justamente sobre essa probabilidade que se apóia o sistema para permitir a invasão da esfera jurídica do devedor, ainda que correndo o risco de que, na realidade, o crédito supostamente subjacente ao título seja na realidade aparente (*execução injusta*).

A eficácia executiva emergente do título libera o juiz de qualquer investigação acerca do direito afirmado pelo credor; ao juiz é vedado pronunciar-se

⁶⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 311, p. 470: “A verdadeira função do título executivo é a de permitir que, para a atuação da vontade da lei substancial referente a determinada situação jurídica concreta, lance-se mão das medidas executivas. O título torna *adequada* essa tutela (...). Para integralizar em cada caso concreto os contornos dessa condição da ação, a existência do título executivo deve somar-se à exigibilidade do crédito exequendo”.

⁶⁸² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 23.

⁶⁸³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 23.

⁶⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 303, p. 462-463.

sobre a existência ou inexistência do seu direito subjetivo. Dessa especial circunstância decorre a *abstração* do título executivo.⁶⁸⁵⁻⁶⁸⁶

Segundo Liebman⁶⁸⁷ o título executivo “não é só necessário, é também suficiente para este efeito; quer dizer, ele traz consigo, digamos assim, acumulada e consolidada toda a energia necessária para que o credor possa eficazmente exigir e o órgão público possa efetivamente desenvolver a atividade destinada a atingir o resultado que o próprio título indica ser conforme o direito. No título e somente nele se encontra agora a indicação do resultado a que deve tender a execução e, portanto, a sua legitimidade, seu objeto e seus limites”.

Como enfatiza Dinamarco:⁶⁸⁸ “Falar em eficácia abstrata do título executivo é afirmar que este conduz o juiz a *prescindir* (abstrair-se) de qualquer comprovação do crédito, bastando-lhe o título como fator legitimante dos atos executivos, sem nada a julgar quanto ao mérito”.

Cândido Rangel Dinamarco⁶⁸⁹ ressalta ainda que a eficácia abstrata do título não

“traz ao juiz a presunção da existência do direito (porque a presunção é dirigida a um julgamento e, na execução, o juiz não julga a respeito deste), como dispensa qualquer consideração quanto à real situação de direito material. O juiz executivo não presume a existência do direito: ele simplesmente aceita o título em sua eficácia e dá seguimento à execução, sem lhe ser lícito pôr em dúvida o crédito afirmado pelo exequente”.

Acentua Arruda Alvim⁶⁹⁰ que

“o título executório é autônomo, no sentido de que não se considera, no processo de execução, a sua causa. Abstrai-se desta última, dado que a lei confere ao título uma eficácia que prescinde do exame de sua causa. O título executório, no processo de execução, encontra-se desligado do seu fundamento. Não mais é possível, em regra, através de contradição, rediscutir o fundamento do título executório”.

⁶⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 312, p. 471.

⁶⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 8, p. 20-21.

⁶⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 8, p. 20.

⁶⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 312, p. 471.

⁶⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 260.

⁶⁹⁰ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. II, p. 354.

Salvatore Pugliatti⁶⁹¹ remarca que o título executivo, colocando-se à base da execução atesta sua plena autonomia, porque ele próprio é independente da relação jurídica substancial e não pressupõe necessariamente nem comprova o accertamento do direito em relação ao qual se procede. O título executivo é a “mola” da execução forçada.⁶⁹²

Logo, o título não é prova do crédito, porque desta prova prescinde o juiz. O crédito é motivo indireto e remoto da execução.⁶⁹³ Como enfatizou Angelo Bonsignori⁶⁹⁴ é como se o crédito se destacasse do título executivo, a partir da propositura da demanda executiva. O fundamento direto, a base imediata dessa é o título e só ele, residindo aí a *autonomia da execução*, que decorre apenas do título e não é condicionada nem pela existência, nem pela prova do crédito.⁶⁹⁵

Dissemos igualmente que o título é ato (ou fato) jurídico. Não se pode por óbvio confundir a noção de título executivo com a de ato jurídico, própria do direito material. O Direito Processual Civil observa o mesmo acontecimento da vida *sob angulação muito diversa*. Enquanto o direito material regula as condições de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos civis, mercantis, tributários etc., o Direito Processual os enfoca sob um prisma marcadamente instrumental.

Assim, a validade dos negócios jurídicos civis requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC).

⁶⁹¹ PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, p. 136.

⁶⁹² PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, p. 139.

⁶⁹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 8, p. 21-22: “Esse resultado, que simplifica extraordinariamente a execução, livrando-a de sempre novas discussões acerca de sua legitimidade substancial, consegue-o a lei atribuindo à regra sancionadora contida na sentença eficácia formal independente. O juiz formulou a regra sancionadora em conseqüência de ter constatado e declarado existente o direito do credor; esta é a justificação substancial, a causa jurídica dessa regra. A lei, porém, *abstrai* agora de sua causa e lhe reconhece eficácia própria, desligando-a, isolando-a de seu fundamento. Por conseguinte, o título não é prova do crédito, porque desta prova não há necessidade. O crédito é motivo indireto e remoto da execução, mas o fundamento direto, a base imediata desta é o título e só ele. Nisto reside a autonomia da ação executória que decorre do título, que não é condicionada nem pela existência, nem pela prova do crédito. Sem dúvida, a lei atribuiu esta eficácia a atos, cuja simples existência torna sumamente provável a existência do crédito. Este é, pois, o motivo político da eficácia do título, não é porém seu conceito jurídico, uma vez que o modo como ele funciona exclui qualquer possibilidade que o órgão encarregado da execução remonte a investigar a existência do crédito”.

⁶⁹⁴ BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*, p. 56.

⁶⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 8, p. 22.

O contrato de mútuo só será considerado enquanto tal se consistir no empréstimo oneroso de coisas fungíveis, obrigando-se o mutuário a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, nos termos do art. 586 do CC.

Dispõe o art. 585, II, do CPC, constituir título executivo extrajudicial o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas.

Apresentando o credor perante o Estado-juiz documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, que retrate possível obrigação de lhe pagar quantia certa em determinado prazo, estando este já vencido, é o que basta para que o juiz determine a realização dos atos executivos. É nesse sentido que se diz que o título é o ato ou fato jurídico que a lei atribui eficácia executiva.⁶⁹⁶⁻⁶⁹⁷

Não porque o juiz investigou e concluiu pela existência do ato jurídico negocial (mútuo), com todos os requisitos estabelecidos pelo direito material. Esta atividade não pode nem deve realizar. Mas sim porque o documento,

⁶⁹⁶ SATTÀ, Salvatore. *Direito processual civil*, v. 2, p. 534: “O título executivo tem portanto uma índole constitutiva, e precisamente constitutiva da condição documentada (porém a palavra documento deve ser entendida sem qualquer sentido probatório); uma índole que, ao cabo de contas, todos lha hão reconhecido mesmo erradamente, referindo-se a um *quid* que se acrescenta ao crédito, a este dando força executiva que antes não tinha”. O ilustre professor da Universidade de Roma chega a dizer (Idem, v. 2, p. 534-535) que em realidade “título executivo e crédito, sempre em tema de dinâmica do concreto, são uma única entidade, jamais duas distintas” e que o “crédito é verdadeiramente o título (e vice versa)”. Embora o eminente processualista pareça filiar-se ao entendimento de que o título executivo é documento e ato jurídico acaba aproximando em demasia a noção de título executivo da noção de crédito ao dizer que compõem a mesma realidade jurídica. O crédito, na execução forçada, é indiferente ao juiz. Pode até mesmo nem existir.

⁶⁹⁷ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, p. 46-47: “O título executivo é pressuposto *processual* da execução. Esta, sem aquele, não pode persistir. Mas, para isto se esclarecer, deve distinguir-se entre a substância e a forma do que se chama título. *Substancialmente*, título é a apreciação oficial do fato pelo órgão do Poder Judiciário: é a decisão judicial; é a própria sentença exequenda a ordenar o que o exequente pretende seja levado a efeito ou a obrigação assumida pelo devedor. *Formalmente* é o documento oficial ou extrajudicial, autêntico, em que a obrigação está contida, ou vem mencionada; é o *papel* continente do que foi escrito nos autos da ação, ou do que foi ditado, pelo julgador, como decisão oficial, ou do que foi subscrito pelo devedor. Como pressuposto do direito de execução é que se exige o título em seu elemento intrínseco, substancial; mas como pressuposto da relação processual somente é exigido o título em sua forma externa; basta o documento. Resultam estas considerações da diferença entre a relação social judicialmente apreciada, o direito de ação, e a relação processual: o título executivo, em sua forma externa, abriga o direito que tem o exequente contra o Estado de recorrer às vias judiciais; e em seu elemento intrínseco é que deve conter a decisão judicial ou a obrigação a ser executada”. Não nos parece, com o máximo respeito, como entendeu o eminente Cândido Rangel Dinamarco (*Execução civil*, n. 318, p. 481), que Amílcar de Castro filie-se à teoria do accertamento do título executivo. Assim, pensamos porque ele próprio (Obra citada, v. VIII, p. 46) declara que: “(...) pode dizer-se que a doutrina de Liebman é certa”. Ressalta, igualmente (Obra citada, v. VIII, p. 47) que “a apresentação do título formal faz-se no liminar da execução, *não como prova* do direito que se intenta realizar, mas como simples aparência do direito de execução (...)”. Enfim, o título, também para o ilustre processualista não é prova do crédito. Aqueles que se filiam à teoria do accertamento variam os argumentos para dizer que o título é, como fez Carnelutti, prova do crédito.

que atendeu às exigências do sistema jurídico, retrata uma possível obrigação, e dele (apenas dele) advém a eficácia executiva.⁶⁹⁸

Disse José Frederico Marques⁶⁹⁹ que o instrumento em que o título se formaliza é um dos elementos constitutivos do tipo (tipicidade do título executivo), o que sucede também com a prestação. Esta e aquele se subsumem na descrição legal do título executivo.

Com razão, portanto, Italo Andolina quando destaca que título retrata possível obrigação e o órgão executivo examina o título executivo não como um meio de prova do crédito, mas sim como um pressuposto legal da própria atividade.⁷⁰⁰ Andolina afasta corretamente o ato jurídico substancial da problemática da eficácia do título executivo.⁷⁰¹

Destaca esse autor:⁷⁰²

“Tutto questo induce a ritenere, pertanto, che la efficacia propria del titolo esecutivo va ricollegata no all’ato giuridico materiale, ma al documento; più esattamente ad una rappresentazione documentale tipica del credito, la quale si inserisce nella esperienza del fenomeno esecutivo come un atto del processo di esecuzione forzata”.

O título executivo, ao dispensar o juiz da investigação acerca do crédito, reforça a autonomia da execução civil em relação ao direito substancial.⁷⁰³

Se o documento não assumir a forma prevista em lei (por exemplo, se o documento particular assinado pelo devedor não contiver a assinatura de duas testemunhas), não será considerado título executivo e o credor será considerado carecedor de ação executiva. É que o título executivo possui uma regularidade

⁶⁹⁸ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 54: “(...) essendo, per contro, di tutta evidenza che l’organo dell’esecuzione, onde determinarsi al compimento degli atti *scritto sensu* espropriativi, conosca soltanto della mera regolarità formale del ‘documento-titolo esecutivo’, e non anche della validità dell’ato”.

⁶⁹⁹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 18.

⁷⁰⁰ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 58.

⁷⁰¹ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 57.

⁷⁰² ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 58-59.

⁷⁰³ PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, p. 136: “Nel tempo stesso il titolo esecutivo, collocandosi alla base dell’esecuzione, ne attesta la piena autonomia, poichè esso medesimo è indipendente dal rapporto giuridico sostanziale, e non presuppone necessariamente nè comprova l’accertamento del diritto per cui si procede”.

formal nitidamente distinta daquela própria do ato jurídico substancial.⁷⁰⁴ Não fica, obviamente, o credor impedido de comprovar a existência do ato negocial e da obrigação correspondente - como aliás expressamente dispõe o art. 888 do CC,⁷⁰⁵ ao se referir aos títulos de crédito -, mas deve promover ação de conhecimento visando à prolação de sentença condenatória, que lhe franqueará o acesso posterior à execução forçada.

Explica Sérgio Shimura:⁷⁰⁶

“Que o *documento* é requisito essencial para a constituição do título executivo mostra-o o fato de o *mesmo negócio jurídico* ser ou não fonte de ação executiva, conforme revista ou não a *forma* exigida pela lei para a existência do título executivo”. Com base no mesmo exemplo acima (documento assinado pelo devedor) elucida:⁷⁰⁷ “o devedor pode ter realmente confessado a dívida e o seu montante, mas se a forma não estiver preenchida e devidamente instrumentalizada, as portas do processo executivo estarão trancadas”.

No Direito Processual Civil pátrio uma das melhores lições acerca da relação existente entre o título executivo e o direito material é dada por Donaldo Armelin.

Diz citado autor,⁷⁰⁸ que, no plano processual, o título executivo corresponderá à expressão formal de um direito a ser satisfeito, cuja existência real é irrelevante para a ação de execução, e de um direito à via executiva, garantidora de tal satisfação. O direito do credor à execução forçada nasce com o próprio título e com ele subsiste, independente da existência do direito a ser satisfeito, razão pela qual no processo de execução tal existência não é discutida. Não obstante, a

⁷⁰⁴ ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 55, destaca que “la fattispecie-titolo esecutivo” obedece “ad una *regula iuris* nettamente distinta da quella cui soggiace l’atto giuridico. A tal fine, basta por mente al fatto che la operatività del titolo esecutivo presuppone necessariamente taluni adempimenti che – interni alla fattispecie-titolo esecutivo – sono, per contro, sicuramente estranei allo schema-atto giuridico (...)”

⁷⁰⁵ “Art. 888. A omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem”.

⁷⁰⁶ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 132-133.

⁷⁰⁷ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 132.

⁷⁰⁸ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 72.

inexistência ou a satisfação do direito material esvaziam o título de sua eficácia executiva.⁷⁰⁹

Ao dizer que o título corresponde à expressão formal do direito a ser satisfeito o eminente processualista delinea com perfeição a natureza jurídica do título executivo, sua função na execução forçada e sua relação com o direito material. O título, de fato, não é a expressão do direito material, mas sua representação formal. Essa lição é particularmente importante porque se o título não é a prova do direito material, havendo satisfação do credor pelo pagamento, essa circunstância esvaziará a eficácia executiva contida no título, levando à extinção da execução (art. 794, I, do CPC). Entretanto, provando posteriormente o devedor, por meio de ação autônoma a inexistência do direito material poderá reaver o que pagou indevidamente (art. 574 do CPC).

⁷⁰⁹ Entendemos relevante citar na íntegra a lição do eminente processualista (ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 71-72): “Dentro desse emaranhado de entendimentos diversos, que refletem de forma inequívoca a controvérsia que lavra sobre a matéria, cumpre, preliminarmente, efetivar a devida colocação de alguns pontos decisivos para o enfoque do problema. O primeiro deles diz respeito ao processo de execução, cuja finalidade difere profundamente do processo de conhecimento, já que tem por escopo o atendimento e satisfação de um direito já reconhecido pelo sistema, seja através do pronunciamento de seus órgãos judicantes, seja de forma imediata, sem necessidade de uma prévia manifestação do Judiciário, como ocorre com os títulos extrajudiciais. Esse direito, que indeclinavelmente se incorpora em um documento denominado título executivo, assegura ao seu titular a possibilidade de obter do Estado a prática de atos de constrição e expropriação de bens, dentre outros, para a sua satisfação. Conseqüentemente, a ação de execução tem natureza diversa da ação de conhecimento, o que impõe deverem ser as condições de sua admissibilidade enfocadas sob uma ótica centrada na sua específica finalidade para serem evitados resultados apartados da realidade processual examinada. Uma segunda colocação propicia um exame do processo de execução a partir do seu elemento nuclear, que é o título executivo. Realmente, por importar naqueles atos de constrição e expropriação judiciais, a ação de execução tem como pressuposto indeclinável o título executivo, sem o que seria ela inconcebível. Esse título executivo constitui em si mesmo requisito necessário e suficiente para propiciar o início da execução e levá-la a termo, enquanto subsistente o direito nele incorporado. Evidentemente, em todo título executivo encontra-se incorporado um direito a ser satisfeito através da execução forçada. Essa incorporação pode ser efetiva ou aparente, o que não afeta a ação de execução, tendo apenas relevância na ação de conhecimento ajuizada para tornar insubsistente o título, quando, então, a satisfação do direito material ou a inexistência deste servirão como fatores decisivos no provimento ou não dos embargos do devedor. A par do direito a ser satisfeito através da execução, o título garante o direito à própria execução. Este, que nasce com o próprio título e com ele subsiste, independe da existência daquele, razão pela qual no processo de execução tal existência não é discutida. Inobstante, a inexistência ou a satisfação do direito material esvaziam o título de sua eficácia executiva, seja através da nulidade deste, seja pela própria extinção do direito satisfeito. Por essa razão, a abstração do direito à execução, que emerge do título tão-somente e não se vincula a qualquer causa além do próprio título, tem sua expressão processual obstada por problemas de natureza meramente atinente ao direito material incorporado ao título. É o que ocorre com o art. 581 do CPC, primeira parte, onde se lê que ‘o credor não poderá iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação’. Conseqüentemente, no plano processual, o título executivo corresponderá à expressão formal de um direito a ser satisfeito, cuja existência real é irrelevante para a ação de execução, e de um direito à via executiva, garantidora de tal satisfação”.

Diz o art. 581, primeira parte, do CPC, que o credor não poderá iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação.

A inexistência de contradição entre essas conclusões – a satisfação retira a eficácia do título e conduz à extinção da execução, mas é possível ao devedor questionar a existência do direito material – está justamente na *representação formal* do direito material que o título realiza. Ele não atesta a existência deste. Retrata-o formalmente, *para fins essencialmente processuais*. A satisfação, quando ocorrida, significa: realização do direito tal qual retratado no título. Se existe ou não relação jurídica material, isto não é matéria própria da execução, mas sim do processo de cognição.

O possível ato jurídico subjacente ao título pode ser objeto de cognição pelo juiz, quando houver iniciativa pelo devedor. Diante do elevado grau de probabilidade de sua existência, a lei atribui o ônus de sua discussão ao devedor, que deve, segundo o CPC promover embargos à execução de título extrajudicial (art. 745 do CPC) ou impugnação à execução de título judicial (art. 475-L, do CPC), que podem suspender o curso da execução concorrendo os requisitos estabelecidos pelo Código.⁷¹⁰

Impugnação do devedor por meio de qualquer outra ação, versando sobre título executivo/ato ou fato jurídico, não estancam os efeitos executivos advindos do título, que continuará a ser fonte de energia à execução (art. 585, § 1º, do CPC).

⁷¹⁰ ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 54: “Né a diversa conclusione trae il rilievo che l’atto giuridico sottostante (cioè l’atto che, in relazione all’*iter* di attuazione della sanzione esecutiva, la legge eleva al ruolo di titolo esecutivo) opera per l’appunto all’interno del giudizio di cognizione; ché, anzi, torna agevole replicare: che una è la funzione tipica del titolo esecutivo in seno alla esecuzione forzata, ed altra è l’efficacia propria dell’atto giuridico sottostante nell’ambito del procedimento di cognizione; che – diversa essendo, come si vedrà meglio in seguito, l’efficacia certificante propria di ciascun atto giuridico – vien meno, già *in nuce*, la possibilità di assumere tali atti entro gli schemi concettuali di un’unica categoria dogmatica; che altra, infine, è la verifica che l’organo dell’esecuzione opera del titolo esecutivo, ed altro, invece, è l’accertamento che il giudice della cognizione compie dell’atto giuridico: conoscendo il primo della mera regolarità formale del documento (al solo fine di determinarsi ao compimento di singoli atti dell’esecuzione); e conoscendo, per contro, il secondo dell’esistenza del rapporto credito-debitorio contenuto nell’atto (allo scopo, quindi, di accertare il fondamento materiale della pretesa dell’attore). Di guisa che la cognizione, nell’un caso, vertendo su un presupposto dell’attività propria dell’organo dell’esecuzione, rimane assorbita dal provvedimento esecutivo; mentre all’altro, avendo ad oggetto un rapporto giuridico esistente *inter alios*, acquista un autonomo valore giuridico”.

A procedência de pretensão do devedor, adequadamente manejada, demonstrando a inexistência do ato jurídico, sua nulidade ou anulabilidade segundo os preceitos de direito material, lança reflexos imediatos sobre o título executivo, abortando sua eficácia, e desconstituindo-o enquanto fonte dos atos executivos.

É que, não obstante a autonomia da execução e a abstração do título executivo, não faltam, todavia, como lembra Salvatore Pugliatti,⁷¹¹ laços estreitos entre título executivo e direito substancial, conseqüência do caráter instrumental do Direito Processual. Cabe, entretanto, ao devedor a iniciativa de discutir os aspectos atinentes ao direito material, por meio de ação própria.

O controle da cognição na execução, ou o que é o mesmo, o controle tendente a afastar o risco de que a execução se desenvolva em favor de quem não é realmente credor, não se atua, *ad interno*, mas sim *ab externo*, como corretamente observou Italo Andolina,⁷¹² que chega a dizer que o procedimento executivo e o procedimento cognitivo de reação à execução forçada não são como duas “*parallele che non si incontrano mai.*” Isso ocorre “a tempo debito”.

2.3.4.2 Conteúdo do título executivo

Além de fonte direta e imediata da execução forçada no título executivo encontra-se o resultado a que deve tender a execução; portanto, seu objeto e seus limites.⁷¹³ A legitimidade das partes, igualmente, em regra se extrai com referência ao título executivo. Assim, do ato ou fato jurídico chumbado em documento a que a lei atribui eficácia executiva emergem, como conteúdo, a identificação das partes, a natureza da prestação e os limites da pretensão, como bem ressaltado por Sérgio Shimura.⁷¹⁴

⁷¹¹ PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, p. 137-137.

⁷¹² ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 111.

⁷¹³ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, p. 46.

⁷¹⁴ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 185 e ss.

2.3.4.2.a Identificação das partes

Consoante lição de Donaldo Armelin:⁷¹⁵

“A legitimidade no processo de execução surge também como condição que se revela precipuamente através do título executivo. Este reflete, na maioria das vezes, a legitimidade ativa e passiva para a ação de execução, pois nele estão individualizados, geralmente, o credor e o devedor. Por isso mesmo, não se pode dizer que, no processo de execução, *ad instar* do que ocorre com o processo de conhecimento, a legitimidade origina-se da afirmativa das partes, no processo, uma vez que, revelando-se no título executivo, ela é quase sempre, nesse caso, pré-processual. Evidentemente, o título executivo judicial, oriundo de um processo de conhecimento, é, necessariamente, anterior ao processo de execução, e o título executivo extrajudicial também o precede, indeclinavelmente. Mesmo nos casos em que a legitimidade é de ser perquirida fora do título executivo, deriva ela deste, seja em função de sucessão operada, seja em decorrência de circunstâncias jurídicas estritamente conotadas com os que nele figuram como devedor ou credor. Assim, se o título não é sempre a fonte reveladora imediata da legitimidade para a ação executiva, seguramente o é mediamente, mesmo nas hipóteses de legitimidade extraordinária, em que o substituto atua em nome de um substituído que figura como credor no título”.

De fato, pelo que se infere do disposto nos arts. 566, I, e art. 568, I, do CPC, a legitimidade ativa e passiva na execução civil decorre dos possíveis credores e devedores constantes do título. Mas nem sempre é assim. Basta se pensar nas hipóteses de sucessão *mortis causa*, cessão ou sub-rogação. O credor não constará exatamente do título, devendo ser demonstrada a legitimidade por outros documentos (art. 567, I, II e III, do CPC).⁷¹⁶

O art. 568, II a V do CPC alista outras hipóteses de legitimidade passiva *in executivis*, cujos sujeitos passivos nem sempre constarão do título executivo. Todavia, seja nesta ou naquelas situações de legitimidade ativa o título sempre constituirá fonte da legitimidade das partes, ainda que mediamente.

⁷¹⁵ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 161.

⁷¹⁶ LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, 1970, p. 309, ensina que a legitimidade ativa na execução pode decorrer de três hipóteses: “-un soggetto è menzionato nel titolo, come creditore o avente diritto, ed è per di più effettivamente titolare del diritto sostanziale portato dal titolo stesso; - un soggetto è menzionato nel titolo, ma non è titolare del diritto; - un soggetto non è menzionato nel titolo, ma è lui il titolare del diritto portato dal titolo stesso”.

2.3.4.2.b Identificação da natureza da prestação

O título informa a natureza da prestação exigida do devedor: obrigação de pagar quantia certa, obrigação de fazer ou não fazer, obrigação de entregar de coisa certa ou incerta. O título retrata uma pretensão de direito material, e é nele que encontramos os contornos de cada uma dessas obrigações.⁷¹⁷

A tutela jurisdicional executiva *stricto sensu* (i.e., que não diz respeito ao art. 461 e 461-A do CPC) destina-se a modificar a realidade em prol da realização de três espécies de obrigações retratadas no título executivo: dar (arts. 233-246 do CC), fazer (arts. 247-249 do CC) e não fazer (arts. 250-251 do CC). As primeiras podem ter por objeto dinheiro, coisas certas (arts. 233-242 do CC), ou incertas (arts. 243-246 do CC). Tem-se então para cada uma dessas obrigações uma espécie adequada de tutela jurisdicional: execução por quantia certa contra devedor solvente (arts. 646-724 do CPC), execução para entrega de coisa certa e incerta (arts. 621-631 do CPC), e execução das obrigações de fazer e não fazer (arts. 632-645 do CPC).

2.3.4.2.c Limites da pretensão

Se de um lado o título é requisito indispensável para qualquer execução, de outro, constitui fato limitativo da pretensão do credor. Este encontra no próprio título os limites de sua pretensão. A execução só se justifica dentro do indispensável para realizar a prestação devida.⁷¹⁸

Na execução por quantia certa contra devedor solvente o título mencionará a importância devida ao credor; na execução para entrega de coisa

⁷¹⁷ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 189.

⁷¹⁸ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 187.

certa, o exato bem perseguido e na execução de obrigação de fazer ou não fazer a conduta devida ou vedada. O título é, portanto, fator de segurança à parte devedora.

Pretensão executória que desborde desses estritos limites, é execução sem título, e, portanto, inexistente, embora o sistema aluda, equivocadamente, à execução nula (art. 618, I, do CPC).

A atuação estatal através dos meios executivos só se legitima enquanto se desenvolver com supedâneo nos limites da prestação retratada no título. Fora daí é arbítrio e merece ser reconduzida ao trilho da legalidade.

2.3.4.3 Títulos executivos judiciais e extrajudiciais

Como já assinalado, o Código de Processo Civil de 1973, ao contrário do Código de 1939, não diferencia títulos executivos judiciais de títulos executivos extrajudiciais. Todos são hábeis à promoção da execução forçada, sem que para tanto seja necessária fase de conhecimento, internamente à execução, que certifique ao cabo a existência da obrigação.

Para o Código de 1973 os títulos executivos judiciais e extrajudiciais encontram-se parificados quanto a eficácia (executiva) que produzem. Com efeito, estabelece o art. 586 do CPC que a execução para a cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. O art. 580 do CPC dispõe que a execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.

O procedimento executivo estabelecido originariamente pelo Código de 1973 era exatamente o mesmo para qualquer espécie de execução por quantia certa contra devedor solvente: citação do devedor para no prazo de 24 (vinte e quatro) horas pagar ou nomear bens à penhora. Não pago, nem ofertados bens em garantia da execução, ou declarada a ineficácia da nomeação, realizava-se penhora, facultando-se ao devedor opor-se à execução por meio de embargos, no prazo de 10 (dez) dias, os quais possuíam automático efeito suspensivo da execução (art. 652 e ss.; art. 736 e ss., do CPC, redação originária).

As Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 diferenciaram o procedimento executivo no que diz respeito à execução dos títulos judiciais e execução dos títulos extrajudiciais, vez que, quanto à primeira, a execução realiza-se como fase subsequente a uma fase cognitiva, sem novo processo e nova citação. Diante de requerimento do credor determina o juiz penhora de bens do devedor, abrindo-lhe prazo de 15 (quinze) dias para eventual impugnação à execução (art. 475-J do CPC).

Já na execução de título executivo extrajudicial, o devedor é citado para satisfazer a obrigação, em 3 (três) dias e desde logo, querendo, apresentar embargos, no prazo de 15 (quinze) dias. Não verificado o pagamento realiza-se penhora e demais atos expropriativos (arts. 652 e 738 do CPC).

Em ambos os procedimentos, a ação impugnativa do devedor não ostenta efeito suspensivo imediato, a não ser que o juiz lhe atribua esse feito, presentes a relevância da fundamentação e grave dano de difícil ou incerta reparação, que o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao devedor (art. 475-M e art. 739-A, § 1º, do CPC).

Dispõe o art. 475-N do CPC que são títulos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência da obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – a sentença arbitral; V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Outros dispositivos legais do Código também aludem a títulos executivos judiciais. Por exemplo, no procedimento monitório, a decisão que concede o mandado de cumprimento torna-se título executivo judicial se não houver embargos ou se estes forem rejeitados (art. 1.102c, *caput* e § 3º, do CPC).⁷¹⁹

⁷¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 67.

Estabelece o art. 475-N, parágrafo único, do CPC, que nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução conforme o caso. Aqui há exceção à regra de que os títulos judiciais franqueiam a execução forçada independentemente de nova ação e sem citação do devedor. Realizada a citação, segue-se o mesmo procedimento do cumprimento de sentença.

O termo “sentença” empregado no art. 475-N, I, do CPC, se mostra passível de exegese compreensiva. Também acórdãos (art. 163 do CPC) que substituem a sentença na parte impugnada (art. 512 do CPC) se alçam à condição de título executivo.⁷²⁰

Por outro lado, igualmente algumas decisões interlocutórias possuem carga condenatória e eficácia executiva.⁷²¹ O art. 733, *caput*, do CPC, prevê a execução da decisão liminar que fixa alimentos provisionais. Decisão antecipatória de tutela que determine ao réu o pagamento de quantia em dinheiro aos herdeiros daquele que falecera em virtude de acidente automobilístico, por exemplo, possui igualmente carga condenatória e eficácia executiva hábil a franquear aos autores a execução forçada (art. 273 do CPC).

Possuem idêntica eficácia as decisões interlocutórias proferidas pelo juiz contra o devedor por ato atentatório à dignidade da justiça (arts. 600 e 601 do CPC), ou as multas impostas por atraso no cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer (art. 461, § 4º e art. 645 do CPC), ou entrega de coisa (art. 461-A, § 3º e art. 621, parágrafo único, do CPC).⁷²²

Na própria execução, algumas decisões, porque condenatórias, assumem eficácia de título executivo (art. 701, § 2º, do CPC).⁷²³

⁷²⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 27.1, p. 158.

⁷²¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 27.1, p. 158.

⁷²² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*, p. 317-318.

⁷²³ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 27.1, p. 159. Ressalta o ilustre autor (Idem, *ibidem*): “Evidencia-se, assim, que decisões interlocutórias, principalmente sob a forma de liminares, franqueiam acesso à execução forçada. Esta noção é particularmente relevante após a Lei 10.444/2002 e a Lei 11.232/2005. De acordo com a nova disciplina, as condenações de prestações de fazer (positivas e negativas) – bem como as ordens judiciais – e de entrega de coisa, constantes de provimentos antecipados ou finais, executar-se-ão na própria relação processual originária, o que se depreende da remissão do art. 475-N, I, parte inicial, aos arts. 461 e 461-A. Não obstante, continuam tais provimentos dotados de força condenatória e de efeito executivo, abolida apenas a necessidade de nova estrutura (processo).”

Logo, como observa Araken de Assis,⁷²⁴ a nota fundamental do art. 475-N, I, do CPC, reside, concretamente, na eficácia condenatória do ato decisório e não na sua tipificação legal (arts. 162 e 163 do CPC).

É relevante destacar que, a partir das reformas processuais operadas, e que generalizam a execução de decisões liminares no âmbito da mesma relação jurídica processual, ergueram-se na doutrina respeitáveis vozes no sentido de que o princípio da *nulla executivo sine titulo* estaria fragilizado, existindo ao seu lado outro princípio, ou seja, o princípio da *execução sem título permitida*.

José Miguel Garcia Medina⁷²⁵ entende que a decisão que antecipa os efeitos da tutela, embora autorize execução imediata, não é título executivo. Isso porque a execução dessa decisão não se realiza da mesma maneira que a execução de título judicial. As regras do processo de execução aplicam-se como “parâmetro operativo”. O art. 273, § 3º, do CPC, determina que se observe “no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e art. 461-A”.

A abstração própria dos títulos executivos (no sentido de não ser possível ao juiz indagar acerca da existência do direito material no curso da execução forçada) aqui não teria aplicação, porque, segundo essa doutrina, a decisão antecipatória pode a qualquer momento ser revogada ou modificada em decisão fundamentada (art. 273, § 4º, do CPC).⁷²⁶

Ademais os títulos executivos são taxativamente designados pela norma jurídica, mas, no caso de decisão liminar, a realização da execução não depende de definição legal, mas de averiguação judicial, sendo o juiz, e não a norma jurídica, que define quem é merecedor de tutela executiva.⁷²⁷

Entendemos e guardando coerência com as idéias fixadas até agora, respeitosamente, que a máxima *nulla executivo sine titulo*, prevalece também no que diz respeito às decisões antecipatórias de tutela.

⁷²⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 27.1, p. 159.

⁷²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 124-134.

⁷²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 131-132.

⁷²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 132-133.

A eficácia executiva cabe à lei estabelecer. Ela pode atribuir essa eficácia a despachos, decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos. Continua sendo a lei e não o juiz quem atribui a eficácia executiva.

A norma prevê a hipótese: prova inequívoca, que convença o juiz acerca da verossimilhança das alegações, e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, ou ainda quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcelas deles, mostrar-se incontroverso (art. 273, *caput*, I, II, § 6º, do CPC).

O fato de o juiz atestar o preenchimento desses requisitos para determinar atos executivos não retira da matriz legal a origem da eficácia executiva. Quando o juiz determina a realização de atos executivos à vista da apresentação de título executivo extrajudicial realiza semelhante operação e ainda assim está na lei o supedâneo da eficácia executiva.

De fato, as decisões antecipatórias de tutela têm sua execução guiada pelos princípios gerais da execução civil. Nessa seara, as regras da execução provisória aplicam-se “no que couber”. O modo ou forma de implementação da eficácia executiva não altera a essência do pronunciamento jurisdicional, que possui eficácia de título executivo.

O legislador possui autonomia para diferenciar procedimentos executivos baseados em cognição sumária e em cognição plena. Isso não desnatura a circunstância de a decisão interlocutória possuir carga condenatória e eficácia executiva.

Na execução provisória, por exemplo, há sentença (cognição plena e exauriente), e a base sustentadora do julgado pode a qualquer momento desaparecer. Todavia, a execução (provisória) está alicerçada em título, ainda que com procedimento diferenciado. O art. 475-O, do CPC, também diz que a execução provisória da sentença far-se-á, “no que couber”, do mesmo modo que a definitiva, observadas as regras próprias especificadas nos incisos e parágrafos desse dispositivo.

Na execução da decisão antecipatória de tutela ocorre sim abstração do título. Uma vez descumprida a decisão, a implementação do pronunciamento é realizada sem se averiguar o conteúdo dessa mesma decisão. Ocorre aqui o “destaque” dos motivos em que se fundamentou o órgão jurisdicional para proferí-la. Para a execução é suficiente a decisão; não seus motivos.

A circunstância de poder ser modificada reafirma o caráter abstrato do título. Toda execução desenvolve-se independentemente da causa subjacente ao título. Mas a eficácia executiva pode ser desconstituída, pelo meios admitidos pelo sistema. Também nessa órbita é ao demandado que se transfere o ônus de provocar a discussão acerca dos motivos (fundamentação) da decisão, o que poderá fazer, através de pedido de reconsideração, ou por meio de contestação, ou através de recursos.

Logo, com a devida vênia aos respeitáveis entendimentos em contrário, também no que concerne às decisões liminares antecipatórias de tutela prevalece o princípio da *nulla executio sine titulo*.⁷²⁸

O título executivo extrajudicial independe de qualquer manifestação prévia da Justiça, porque se concebeu o processo executivo como de incompleta cognição, para atender à eficácia que se atribui ao título. O Estado admitiu que se supunha que a futura sentença seja favorável quanto à cognição, o que fez antecipada a execução. Antecipa-se, mas o julgamento desfavorável ao título, nos embargos, tudo dissipa.⁷²⁹

Postergando a função de conhecimento, o grau de estabilidade desta espécie de título diminui de modo dramático. O principal sintoma da fragilidade se encontra no regime heterogêneo da oposição do executado, que, contra execução

⁷²⁸ Nesse sentido: SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 288; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 317-318; ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 8, p. 213-215; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 228-230. Contra: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 180 e ss.; ARMELIN, Donaldo. O processo de execução e a reforma do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 685, 1996; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 230, 1997.

⁷²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IX, p. 219.

fundada em título extrajudicial possui horizontes largos (art. 745, V, do CPC),⁷³⁰ ao passo que a impugnação à execução fundada em título judicial possui âmbito restritíssimo (art. 475-L do CPC).

Os títulos executivos extrajudiciais surgiram da necessidade de simplificação imposta pelo interesse geral na satisfação dos créditos, vez que passaram a ter a mesma eficácia de uma sentença condenatória.

Dispõe o art. 585 do CPC que constituem títulos executivos extrajudiciais: I – a letra de câmbio, a nota promissória,⁷³¹ a duplicata,⁷³² a debênture⁷³³ e o cheque⁷³⁴; II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; III – os contratos garantidos por hipoteca,⁷³⁵ penhor,⁷³⁶ anticrese⁷³⁷ e caução⁷³⁸, bem como os de seguro de vida⁷³⁹; IV – o crédito decorrente de foro e laudêmio;⁷⁴⁰ V – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;⁷⁴¹ VI – o crédito de serventuário da justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial e VII – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos

⁷³⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 28, p. 169.

⁷³¹ A letra de câmbio e a nota promissória se respaldam na Lei Uniforme de Genebra, internada através do Decreto 57.663, de 24.01.1966. Nos termos da Súmula 60 do STJ: “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”. Segundo a Súmula 258 do STJ: “A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou”.

⁷³² Lei 5.474, de 18.07.1968.

⁷³³ Lei 6.404, de 15.12.1976, art. 52 e ss.

⁷³⁴ Lei 7.357, de 02.09.1985.

⁷³⁵ Art. 1.473 e ss., do CC.

⁷³⁶ Art. 1.431 e ss., do CC.

⁷³⁷ Art. 1.506 e ss., do CC.

⁷³⁸ Art. 818 e ss., do CC.

⁷³⁹ Art. 757 e ss., do CC.

⁷⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 28.4, p. 179: “Foro e laudêmio decorrem do contrato de enfiteuse, mediante o qual o possuidor direto, ou enfiteuta, usufrui os poderes ínsitos ao domínio. Fica obrigado, entretanto, ao pagamento de uma pensão anual ao dono da coisa, ou ao senhorio, certa e invariável, e a uma quota proporcional sobre o preço, em caso de alienação do domínio útil. Revela-se escassa, senão em alguns rincões do País e em situações especiais, o relevo da enfiteuse no tráfico jurídico. O art. 2.038 do CC-02 proibiu a constituição de enfiteuses e de subenfiteuses, subordinando as pendentes, até sua extinção, ao CC-1916.” No CC/1916 a enfiteuse encontra-se disciplinada no art. 678 e ss.

⁷⁴¹ Art. 565 e ss., art. 2.036 do CC; Lei 8.245, de 18.10.1991.

Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.⁷⁴²

Dispõe, ainda, o art. 585, VII, do CPC que são títulos executivos extrajudiciais todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. O elenco é vasto⁷⁴³ e é inútil tentar encontrar qualquer elemento comum nas opções legislativas, como anotou Araken de Assis.⁷⁴⁴ Compete ao legislador, por exclusivas razões de política legislativa, guindar essa ou aquela categoria de atos ou fatos à condição de títulos executivos.

2.3.4.4 Atributos da obrigação retratada no título executivo

Dispõe o art. 580 do CPC, que a execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo. Estabelece o art. 586 do CPC que a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. Já o art. 618, I, do CPC preceitua que é nula a obrigação se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível.

A redação atual desses dispositivos conferida pela Lei 11.382/2006 corrigiu antigo equívoco contido na redação originária que aludia a título líquido, certo e exigível. De fato, não é o título que possui esses atributos, mas a obrigação nele retratada.⁷⁴⁵

⁷⁴² Arts. 201-204 do CTN; Lei 6.830, de 22.09.1980, arts. 2º e 3º.

⁷⁴³ Citam-se alguns exemplos: cédula rural pignoratícia, cédula rural hipotecária, cédula rural pignoratícia e hipotecária, nota de crédito rural (art. 9º e ss., do Decreto-lei 167, de 16.02.1967); cédula de crédito industrial e nota de crédito industrial (art. 9º e ss., do Decreto-lei 413, de 09.01.1969); honorários advocatícios (art. 24, *caput*, art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.906, de 04.07.1994); multas e sanções pecuniárias impostas nos julgamentos do Tribunal de Contas da União (art. 71, § 3º, da CF), cédula de crédito bancário (art. 26 da Lei 10.931, de 02.08.2004); cédula de crédito imobiliário (art. 18 da Lei 10.931, de 02.08.2004) etc.

⁷⁴⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 28.8, p. 184.

⁷⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 324, p. 487: “Andou mal a lei do processo, ao falar em título líquido, certo e exigível (art. 586). As qualidades, de liquidez, certeza e exigibilidade não se referem ao título em sentido formal, ao ato jurídico dotado de eficácia executiva, mas ao seu *conteúdo*, ou seja, ao direito subjetivo atestado. Nosso Código fala, ainda, em *sentença ilíquida* (art. 459, par. ún.) e o anterior em *condenação alternativa* (ou seja, que não é certa: *cf.* CPC-39, arts. 900-902), mas é o direito que pode ser certo ou incerto em sua natureza ou na natureza de seu objeto; é sempre e apenas o objeto do direito que pode ser determinado (líquido) ou indeterminado em seu *quantum*. Afinal, é na natureza e no

A execução se caracteriza como um processo de finalidade eminente prática e objetiva, dispondo de meios para realização do direito e não para o acertamento de sua natureza ou existência, ou individualização do bem devido, ou ainda estabelecimento da quantidade de bens. É preciso conhecer, desde logo, a natureza e medida do sacrifício a ser imposto ao patrimônio do devedor. Os meios executivos têm sua adequação pautada justamente por esses predicados do direito retratado no título.⁷⁴⁶

Costuma-se assim diferenciar os *requisitos formais* dos *requisitos substanciais* do título executivo.⁷⁴⁷

Os primeiros dizem respeito à existência do título. Só será título executivo aquele documento que assumir a forma expressamente prevista em lei. A duplicata não aceita, por exemplo, só será considerada título executivo se, cumulativamente, tenha sido protestada, esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria e o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos cabíveis (art. 15, II, “a”, “b” e “c”, da Lei 5.474, de 18.07.1968).

Já os *requisitos substanciais* dizem respeito ao direito retratado no título, ainda assim sob uma angulação estritamente processual, i.e., sem se perquirir sobre a real existência da obrigação mesma.⁷⁴⁸ São requisitos substanciais do título executivo a certeza e a liquidez. A exigibilidade, como será visto adiante, embora

montante do direito e não do título que se colhem elementos aptos a determinar a medida da execução.” O art. 474 do CPC italiano estabelece que a execução forçada não pode ter lugar em virtude de um título executivo por direito certo, líquido e exigível. Reafirmando as qualidades do direito e não do título encontra-se a lição de CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio e TARUFFO, Michele. *Commentario breve al codice di procedura civile e alle disposizioni sul processo societario*. 5. ed. Padova: CEDAM, 2006, p. 474.

⁷⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 321, p. 484.

⁷⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 319, p. 483: “Para que um ato tenha a eficácia de tornar adequado o processo de execução é indispensável que em sua formação tenham sido observados os requisitos de forma exigidos para sua regularidade e que, além disso, esteja perfeitamente individualizado o direito a que ele se refere. Em outras palavras, há requisitos formais, referentes ao ato em si mesmo, além de requisitos substanciais, referentes ao conteúdo do ato”.

⁷⁴⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 230: “O título executivo é composto, por assim dizer, de duas dimensões, que se interligam para dar a ele a necessária conformidade ao sistema. Uma dessas dimensões é de natureza exclusivamente processual, e se caracteriza pela necessidade de que essa obrigação conste de um documento a que a lei reconheça aptidão de título executivo. A outra, de natureza substancial, está presente na certeza decorrente de um pronunciamento judicial, garantido o prévio contraditório, ou derivada de um ‘consenso dos particulares’”.

também constitua atributo da obrigação retratada no título, não constitui requisito substancial dele.

Atendido os requisitos formais e substanciais do título a via executiva torna-se adequada, sob a angulação do interesse de agir (art. 267, VI, do CPC).

O juiz, após ter concluído que determinado documento é título executivo sob o aspecto formal, para desencadear os atos materiais diante do catálogo de meios processuais existentes, deve identificar, no conteúdo do título, os *titulares* ativo e passivo da relação jurídica obrigacional, a *espécie de obrigação* e seu *objeto*, a *quantidade* de bens devidos e se direito é *atual*, ou seja, se pode ser exigido.

2.3.4.4.a Certeza

A certeza mencionada pela lei, não diz respeito à existência do direito subjetivo material subjacente ao título, ou como advertiu Romano Vaccarella⁷⁴⁹ à “‘incontestabilità’ del diritto”, porque como vimos a tutela jurisdicional executiva prescinde da existência do direito para sua completa realização.⁷⁵⁰ O conceito aqui prende-se a indispensabilidade de que os elementos do (possível) direito sejam perfeitamente conhecidos. Será certo um direito, se definidos os seus sujeitos ativo e passivo, a natureza da relação jurídica obrigacional e o seu objeto.⁷⁵¹ No Direito Processual Civil as espécies de execução forçada determinam-se justamente pela natureza do direito exequendo.⁷⁵²

Segundo Amílcar de Castro⁷⁵³ a “simples leitura do escrito deve pôr o juiz em condições de saber quem seja o credor, quem seja o devedor, qual seja o

⁷⁴⁹ VACCARELLA, Romano. *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*. 2. ed. Turim: Utet, 1993, p. 143.

⁷⁵⁰ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 203, diz que: “certeza diz respeito à existência da obrigação”. A existência deve ser entendida no sentido dos seus elementos essenciais e não no que diz respeito à existência mesma do direito obrigacional.

⁷⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 328, p. 490.

⁷⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 328, p. 491.

⁷⁵³ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, p. 57.

bem devido (...)"'. Certeza do crédito, diz Pontes de Miranda⁷⁵⁴ é a ausência de dúvida quanto à sua existência, tal como está no título executivo. O objeto e o responsável não de estar delineados no título, registrou Alcides de Mendonça Lima.⁷⁵⁵

Quando observamos, por exemplo, uma nota promissória, dela extraímos as seguintes informações: que determinada pessoa (devedor) se comprometeu a pagar determinada quantia (obrigação de dar ou pagar quantia certa) a outrem (credor), em determinada data.

Então o direito – *rectius* o possível direito material – encontra-se individualizado e certo, *sob a ótica processual*, porque sabemos quem é o credor, quem é o devedor, a espécie de obrigação e seu objeto. A partir dessas informações também sabemos que a única técnica processual, adequada e útil ao credor é a execução por quantia certa contra devedor solvente (art. 646 do CPC), e não a execução para entrega de coisa, ou a execução das obrigações de fazer ou não fazer.

Corretamente explica o Ministro Antônio Cezar Peluso⁷⁵⁶ que:

“Obrigação e objeto de natureza ‘certa’ é a que está no título, enquanto fato jurídico que lhe dá origem. A existência do título importa, por conseguinte, a afirmação de que, substanciando-se nele um fato de individualidade (natureza) conhecida, há uma como que ‘certeza’, não da existência da obrigação, mas da natureza da ‘obrigação hipoteticamente desenhada’. Nesse sentido, pois, é lícito pensar que há, no título executivo, uma ‘obrigação ou direito certo’, ou seja, o título executivo inculca ‘com certeza’, a individualidade da obrigação e de seu objeto, conquanto nada diga quanto à sua existência”.

Estabelece o art. 889, *caput*, do CC que deve o título de crédito – e a disposição estende-se aos títulos executivos - conter a data da emissão, *a indicação precisa dos direitos que confere*, e a assinatura do emitente.

⁷⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IX, p. 378: “Para ser certo o crédito é preciso: que o sistema jurídico que incide, espacial e intertemporalmente, tenha como criável tal crédito; que tal crédito possa ter o objeto que se diz ter (coisa certa, coisa incerta, ato ou abstenção do devedor); que, no caso, se se diz que há escolha, ou pelo devedor, ou pelo credor, que tal declaração de vontade possa ser estipulada; se há termo ou condição que o sistema jurídico o admita; que possa haver, no caso ou na espécie, alternatividade; que, se houve transferência, seja de acordo com o sistema jurídico”.

⁷⁵⁵ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 361.

⁷⁵⁶ PELUSO, Antônio César. Condomínio e execução. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11/12, p. 82, jul.-dez, 1978.

2.3.4.4.b Liquidez

A liquidez resulta na *quantificação do objeto do direito* a que se refere o título executivo. O direito retratado no título há de conter a indicação de uma quantidade determinada (ou determinável) de bens. Esse atributo diz respeito apenas aos direitos e obrigações que tenham por objeto coisas fungíveis (crédito em dinheiro ou obrigações de dar coisas determinadas pelo gênero e quantidade – art. 629 do CPC), não se concebendo quanto aos direitos que têm por objeto uma coisa certa, ou quanto às obrigações de fazer ou não fazer. Quanto a estes o predicado da certeza do direito cumpre por si só toda a tarefa de fixar com precisão os contornos da execução, indicando o bem a ser constricto ou a conduta devida.⁷⁵⁷

O art. 1.533 do CC/1916, sem correspondente no atual CC, estabelecia que: “Considera-se líquida a obrigação certa quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”.

Segundo Willard de Castro Villar⁷⁵⁸ a dívida é líquida quando a importância se acha determinada em todos os seus elementos de quantidade (dinheiro) e qualidade (coisas diversas do dinheiro).

Esclarece Sérgio Shimura⁷⁵⁹ que

“o título deve revelar o *quantum* da prestação pecuniária para dar acesso à execução, mas sem a tentação de entrever qualquer consideração acerca da existência da obrigação ou da especificação do seu objeto. É que não se pode agredir o patrimônio do indigitado devedor, sem que esteja limitado, numericamente, o alcance da prestação às providências materiais de satisfação de uma obrigação.”

Luiz Rodrigues Wambier⁷⁶⁰ ressalta que liquidez significa:

⁷⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 330, p. 494.

⁷⁵⁸ VILLAR, Willard de Castro. *Processo de execução*, p. 176.

⁷⁵⁹ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 199.

⁷⁶⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil*, p. 111.

“(a) em primeiro lugar, ter mensuração definida, isto é, mais do que se referir apenas à determinação da quantidade de coisas, diz respeito também à indicação de extensão, volume, medida, enfim, a *grandeza* ou ao *tamanho* daquilo que deve ser prestado (p.ex., coisas a serem entregues, dinheiro devido, atividade a ser prestada etc.); (b) em segundo lugar, diz-se também que há liquidez quando o objeto da obrigação é determinável, como quando se exige a realização de simples cálculos para a aferição do *quantum debeatur*, hipótese em que bastará ao exeqüente, a teor do que dispõe o art. 475-B do CPC, instruir seu pedido com memória discriminada e atualizada do crédito; (c) por fim, falta liquidez, ainda, quando ausente a individualização do objeto devido”.

A certeza determina a natureza da relação jurídica e o objeto devido (*quid debeatur*), ao passo que a liquidez fixa a quantidade devida (*quantum debeatur*), completando a individualização do direito e de seu objeto.⁷⁶¹⁻⁷⁶²

A quantia ou quantidade não precisa estar determinada, desde logo, no título. Basta que seja determinável, por meio de meras operações aritméticas. O título executivo deve fornecer todos os elementos para que, mediante simples cálculos, seja encontrado o número de unidades pela qual a execução se fará.⁷⁶³⁻⁷⁶⁴ Já decidiu o STJ que: “Se, para apurar o *quantum* devido, são necessários apenas cálculos aritméticos, como no caso afirmou o acórdão recorrido, o contrato é líquido.”⁷⁶⁵

Tratando-se de título extrajudicial este há de ser sempre líquido. Já se for título judicial, poderá haver a necessidade de se lhe agregar o atributo da liquidez, (situação de pedido genérico, art. 286 do CPC), o que deverá ser feito por liquidação de sentença, por meio de arbitramento ou por artigos (art. 475-A; art. 475-C a art. 475-H do CPC). Tendo o autor formulado pedido certo e determinado, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida (art. 459, parágrafo único, do CPC).

No âmbito dos Juizados Especiais Estaduais e Federais não “se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que genérico o pedido”,

⁷⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 330, p. 494.

⁷⁶² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IX, p. 385-386: “O crédito diz-se líquido (ou diz-se líquida a dívida) quando, além de ser claro e manifesto (= *efficere claram et manifestam probationem debiti*), dispensa qualquer elemento extrínseco para se lhe saber o importe (*non requiratur aliquod extrinsecus ad probandum*). Sabe-se *que é e o que é*”.

⁷⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 331, p. 494.

⁷⁶⁴ VACCARELLA, Romano. *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, p. 144.

⁷⁶⁵ STJ, 3ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 716839/MG (200501770681), rel. Min. Castro Filho, j. 09.05.2005, DJ 12.06.2006, p. 477.

nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 e art. 1º, da Lei 10.259/2001. O art. 52, I, da Lei 9.099/1995 estabelece, igualmente, que “as sentenças serão necessariamente líquidas (...)”. Isso porque, é incompatível com o procedimento célere dos Juizados a fase de liquidação de sentença.⁷⁶⁶

Manifesta-se Cândido Rangel Dinamarco⁷⁶⁷ acerca da liquidez exigida pelo microssistema dos Juizados Especiais, mas cujas lições estendem-se ao processo de execução por quantia certa contra devedor solvente disciplinado pelo Código de Processo Civil, dizendo que:

“A questão da liquidez ou iliquidez coloca-se exclusivamente em relação às sentenças condenatórias por coisas suscetíveis de serem medidas, pesadas, contadas *etc.*, como é o caso do dinheiro. *Liquidez* é a qualidade de uma obrigação já quantificada ou cuja quantificação dependa apenas de mero cálculo, que a lei impõe como requisito para a realização da execução forçada (CPC, arts. 583, 586 *etc.*) – donde não se falar nela quando se trata de condenação a entregar coisa certa, ou a fazer ou não-fazer, ou ainda quando se tratar de sentença constitutiva ou meramente declaratória.”

Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J do CPC, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo (art. 475-B). Da mesma maneira, tratando-se de execução por quantia certa contra devedor solvente fundada em título extrajudicial, cumpre ao credor instruir a petição inicial com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação (art. 614, II, do CPC).

A falta de certeza e liquidez esvaziam o pretense título de seu conteúdo substancial. Fica, assim, descaracterizado enquanto título. Sem título a via processual deixa de ser adequada. Há carência de ação por falta de interesse de agir, na modalidade adequação (art. 267, VI, do CPC).

⁷⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 160.

⁷⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*, p. 161.

2.3.4.4.c Exigibilidade

Não obstante os arts. 580, 586 e 618, I, do CPC, aludam a liquidez, certeza e *exigibilidade*, e apesar desta última também constituir atributo da obrigação, ela é estranha ao conceito e à configuração do título executivo, não fazendo parte dos seus requisitos substanciais.⁷⁶⁸

Basta se pensar na hipótese de título, que possua os requisitos formais, seja certo e líquido (requisitos substanciais), mas ainda não esteja vencido. Todos os requisitos formais e substanciais encontram-se presentes para sua perfeita identificação como título executivo. O ato-documento com eficácia executiva independe de qualquer outro requisito legal para existir e tornar adequada a via executiva. Nesse passo, a exigibilidade não interfere na existência do título. Não constitui requisito intrínseco, como a certeza e a liquidez.⁷⁶⁹ Enfim, é estranha ao conceito e à configuração do título executivo.⁷⁷⁰

A exigibilidade, enquanto atributo da obrigação concerne à necessidade concreta da jurisdição; o título executivo diz respeito à adequação da via procedimental.⁷⁷¹

“È esigibile il diritto che non è sottoposto a termine, a condizione sospensiva o a controprestazione”, dizem Federico Carpi, Vittorio Colesanti e Michele Taruffo.⁷⁷²

Para Willard de Castro Villar:⁷⁷³ “A exigibilidade prende-se à condição da ação executiva, que se realiza quando não existem impedimentos ao seu exercício. Esses impedimentos são a verificação da condição e outras no caso concreto.”

Cândido Rangel Dinamarco⁷⁷⁴ ensina que

⁷⁶⁸ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 202.

⁷⁶⁹ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 203.

⁷⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 323, p. 436.

⁷⁷¹ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 203.

⁷⁷² CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio e TARUFFO, Michele. *Commentario breve al codice di procedura civile e alle disposizioni sul processo societario*, p. 474.

⁷⁷³ VILLAR, Willard de Castro. *Processo de execução*, p. 177.

⁷⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 267, p. 410.

“inexiste necessidade concreta da jurisdição enquanto a obrigação não estiver vencida; por enquanto, é lícita ao obrigado a abstenção do adimplemento, pois o direito ainda não lhe exige qualquer prestação. A ação só nascerá quando houver uma vontade *atual* do direito (seja essa vontade a favor de quem deduz a pretensão ou de quem opõe resistência). Sem o requisito da atualidade, a vontade de lei não pode ser apreciada pelo juiz, pois ao suposto devedor não foi dada ainda a oportunidade de satisfazer voluntariamente a pretensão e o Estado, por um princípio ético e de economia, não deve desperdiçar energias e despesas talvez dispensáveis, impondo-lhe imprudentemente uma sujeição que possivelmente seria dispensável”.

A exigibilidade diz que é chegado o momento da satisfação da vontade concreta da lei, sem que haja mais qualquer impedimento legal.⁷⁷⁵

Ela concerne ao vencimento da dívida. Se a obrigação alcançou o termo ou se verificou a condição a cuja ocorrência a eficácia do negócio jurídico estava condicionada, é exigível, porque já está vencida. Refere-se ao momento a partir do qual o credor pode exigir o pagamento.⁷⁷⁶

Zanzucchi⁷⁷⁷ diz que o interesse de agir nasce da falta de adimplemento da prestação. Para Sergio La China⁷⁷⁸ “l’inadempimento, lo stato di attuale insoddisfazione del diritto, nell’esecuzione forzata è *in re ipsa*”. Todavia, o inadimplemento relaciona-se ao mérito da própria execução. Não ao interesse de agir. Romano Vaccarella⁷⁷⁹ corretamente relaciona a exigibilidade ao momento do início da execução e não àquele da formação do título.

Com efeito, dispõe o art. 572 do CPC que, quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição⁷⁸⁰ ou termo,⁷⁸¹ o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou ocorreu o termo. Ao requerer a

⁷⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 323, p. 486.

⁷⁷⁶ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 203.

⁷⁷⁷ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 130.

⁷⁷⁸ LA CHINA, Sergio. *L’esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*, p. 390.

⁷⁷⁹ VACCARELLA, Romano. *Titulo executivo, precetto, opposizioni*, p. 149.

⁷⁸⁰ Art. 121 do CC: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

⁷⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 476: “*Termo* é o dia em que começa ou extingue a eficácia do negócio jurídico. O termo convencional é a cláusula que, por vontade das partes, subordina os efeitos do ato negocial a um acontecimento futuro e certo”.

execução, cumpre ao credor instruir a petição inicial com a prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo (art. 614, III, do CPC).

O art. 397, *caput*, do CC preceitua que o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Não refuta a exequibilidade o negócio dotado de prestações recíprocas simultâneas. Ao contrário, o tema mereceu atenção do legislador no art. 582.⁷⁸²

Mencione-se, por oportuno, a situação da chamada *condenação para o futuro*. Dispõe o art. 290 do CPC que, quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.

Essa hipótese legal, apenas reafirma que a exigibilidade é atributo da obrigação, mas totalmente estranha ao título executivo. De fato, transitando em julgado semelhante sentença, o título executivo reúne os elementos formais e substanciais para que se repute existente. Mas ainda não é exigível, quanto às prestações futuras, não vencidas. Falta-lhe, em relação a essas a exigibilidade, o que conduz à falta de interesse de agir, por ausência de necessidade da tutela jurisdicional.⁷⁸³

Como diz Donaldo Armelin:⁷⁸⁴

“Por outro lado, se o título refletir um direito incerto, ilíquido ou inexigível, inadmissível será a execução, por carecer de interesse para agir, já que, ou não existe o título executivo com aptidão suficiente para embasar a ação de execução, ou, existindo, sua exigibilidade não se deflagrou, o que também lhe retira condições de arrimar tal executivo”.

⁷⁸² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 25.3, p. 152.

⁷⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 340, p. 596: “As sentenças condenatórias *para o futuro*, embora inexista possibilidade de sua imediata execução, nem por isso deixam de ser verdadeiros títulos executivos: o que falta para configurar-se o interesse de agir não é um ato formal previsto em lei como título, nem a referência a um direito bem individualizado; não falta o título executivo, não falta o requisito *adequação*. O que falta é a exigibilidade, e, por falta dela, está ausente o requisito da *necessidade* da tutela jurisdicional, que não é inerente nem diz respeito ao título executivo”.

⁷⁸⁴ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 76.

Assim, o título executivo, atendidos seus requisitos formais e substanciais, torna adequada a via executiva (interesse-adequação). A exigibilidade evidencia a necessidade de atuação da jurisdição (interesse-necessidade). A existência do título executivo associado à exigibilidade da obrigação nele retratada complementam-se para atender o interesse de agir do credor, em suas modalidades adequação e necessidade (art. 267, VI, do CPC).

2.4 Execução, cognição e contraditório

Justamente pela inadequada compreensão da especialíssima condição das partes na execução civil, reflexo de sua dinâmica peculiar nos quadrantes da jurisdição, costuma-se, sem maiores reflexões, afirmar que inexistem no interior da execução cognição e contraditório, posição com a qual não podemos, *data maxima venia*, concordar.

A execução civil, como técnica processual destinada a cumprir uma das funções jurisdicionais do Estado, assenta-se sobre vínculo jurídico de Direito Público que une órgão jurisdicional, credor e devedor (relação jurídica processual), cuja finalidade (satisfação) é gizada pelo sistema. As partes, na execução civil, a exemplo de qualquer outra espécie de processo, possuem poderes, faculdades, deveres, obrigações e ônus.

Segundo Liebman⁷⁸⁵ “sono parti del processo i soggetti del contraddittorio istituito davanti al giudice, i soggetti del processo diversi dal giudice, nei cui confronti quest’ultimo deve pronunciare il suo provvedimento”. São *sujeitos interessados* no contraditório instaurado perante o juiz, em estado de sujeição ao poder exercido por este.⁷⁸⁶ Esse conceito do mestre italiano mostra-se importante na medida em que ressalta o aspecto participativo das partes em *qualquer espécie de processo*.

⁷⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, n. 41, p. 85.

⁷⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 97, p. 164.

A dialética processual autoriza que os sujeitos interessados provoquem a atuação da jurisdição, a fim de esta, enquanto *legítimo exercício do poder estatal*, seja realizada de maneira adequada, tempestiva e eficaz. Logo, é imanente a qualquer relação jurídica processual instaurada num Estado Democrático de Direito, que ela se desenvolva em *contraditório*. Impensável, no estadual estágio da Ciência Processual, processo que sonegue às partes a paridade de armas.

As partes não são meros objetos destinatários dos provimentos jurisdicionais. Tem poderes e faculdades que lhes garantem posições ativas e participativas no desenvolvimento do procedimento.

É o que igualmente acontece na execução civil. Como disse Sérgio Shimura:⁷⁸⁷ “Sem contraditório, a atividade executiva sequer chegaria à dignidade de ser havida como processo, o seu resultado seria inconstitucional já que o despojamento patrimonial do executado dar-se-ia sem a ampla defesa (art. 5º, LV, CF).”

Como o procedimento executivo desenvolve-se em direção à plena realização da finalidade buscada pelo sistema, as partes perante as quais a sucessiva cadeia de atos executivos se realiza, podem pleitear ou se contrapor às medidas executivas. Têm direito de solicitar ao órgão jurisdicional que a execução se realize dentro dos quadrantes da legalidade. Em última análise, não há que se falar em interesse do credor ou do devedor, mas interesse do Estado em que a execução se ultime *legitimamente*.

Ressalta Vicente Greco Filho⁷⁸⁸ que

“como a situação jurídica do devedor, em virtude do título que consagra a obrigação, já se presume como tal, o contraditório desenvolve-se de maneira peculiar, compatível com a necessidade de se satisfazer o crédito constante do título, de modo que não tem ele as mesmas faculdades próprias do processo de conhecimento em que ainda não se definiu quem tem razão. Todavia, estará ele presente, podendo utilizar-se dos meios de defesa previstos na lei, adequados e compatíveis com a natureza e finalidade do processo executivo, qual seja a da satisfação do crédito”.

⁷⁸⁷ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 28.

⁷⁸⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 14.

No âmbito da execução civil, o juiz a todo instante é chamado a emitir juízos de valor visando a decidir questões que coloca a si mesmo ou que lhe são trazidas pelas partes. Das deliberações jurisdicionais sobre essas questões interrompe-se o normal desenvolvimento da relação processual executiva (diante, por exemplo, da ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação), ou avança-se no tempo visando à satisfação (em caso de rejeição de semelhantes arguições).

Logo, ao decidir sobre medidas acautelatórias urgentes (art. 615, III, do CPC), hipóteses caracterizadoras de atos atentatórios à dignidade da Justiça (art. 600 do CPC), situações de excesso, insuficiência ou substituição da penhora (art. 656, 667, II, do CPC), presença das condições da ação, concurso de credores (arts. 711 e 712 do CPC) etc., o juiz exerce, sem dúvida alguma, cognição na execução.

Observa Cândido Rangel Dinamarco⁷⁸⁹ que:

“É preciso lembrar também que, embora o mérito não se julgue no processo executivo, deixar absolutamente de julgar o juiz da execução não deixa. Nem só de mérito existem sentenças; nem só sentenças profere o juiz (*cf.* CPC, art. 162). Pois seria inconcebível um juiz *robot*, sem participação inteligente e sem poder decisório algum. O juiz é seguidamente chamado a proferir *juízos de valor* no processo de *execução*, seja acerca dos pressupostos processuais, condições da ação ou dos pressupostos específicos dos diversos atos levados ou a levar a efeito. (...). Algum conhecimento em todo processo precisa haver e o que caracteriza o processo de *conhecimento* é que, nele, este é feito como seu escopo específico e central”.

Já disse Kazuo Watanabe⁷⁹⁰ que a cognição na execução civil revela-se de forma mais tênue e *rarefeita*, sendo mesmo eventual.⁷⁹¹

Como a estrutura do processo de execução é, em regra, avessa a discussões ao redor da relação jurídica material subjacente ao título executivo,

⁷⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 101, p. 173.

⁷⁹⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 112.

⁷⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 7: “No processo de execução a cognição é eventual e por iniciativa do devedor, através dos embargos, sendo, aliás, limitada se a execução é de sentença, cuja imutabilidade é protegida pela coisa julgada”.

porque já ocorreu na fase de conhecimento antecedente, ou porque deva instaurar-se no âmbito de outra relação jurídica processual (embargos à execução de título extrajudicial ou impugnação à execução de título judicial), há limites a essas discussões, os quais, se não bem compreendidos, podem distorcer o adequado manejo da técnica processual executiva.

Assim, qualquer iniciativa que conduza à produção de provas com determinação de requisição de documentos (v.g., juntada de cópia do procedimento administrativo que deu origem à certidão de dívida ativa ou de cópias de extratos de conta poupança, visando instruir execução individual de sentença coletiva que condenou determinada instituição financeira a pagar diferenças de correção de monetária a titulares de poupança de determinado Estado), colheita de depoimentos pessoais das partes, de testemunhas e produção de prova pericial deve ser impedida, porque a execução não é a via adequada para tal fim. Ressaltamos: a inadequada compreensão dos estreitos limites da cognição na execução civil por parte dos juízes pode comprometer sua eficácia.

Basta pensar nas investidas de devedores recalcitrantes que, antes de garantir a execução visando a obter o efeito suspensivo nos embargos à execução de título extrajudicial ou na oposição de impugnação à execução de título judicial, a todo instante, com nítido intuito protelatório, procuram discutir em seu interior aspectos substanciais da relação jurídica material, que exigem dilação probatória.

A aceitação, sem adequada análise desses incidentes, desvirtua os caminhos que a execução civil deve trilhar.

Nesses termos, as exceções ou objeções de pré-executividade, que com tanta freqüência são opostas nas execuções civis, visando a supostamente discutir aspectos relativos aos pressupostos processuais e às condições da ação, ou mesmo excepcionalmente ao próprio direito material, devem ser analisadas sem se olvidar a estrutura em que se encontram inseridas.⁷⁹²

⁷⁹² Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO CABIMENTO. ARTIGO 135, III, DO CTN. 1. O STJ vem admitindo exceção de pré-executividade em ação executiva fiscal para arguição de matérias de ordem pública, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais, desde que não haja necessidade de dilação probatória. 2. A discussão acerca da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN é inviável em sede de exceção de pré-

A “cognição permitida” na execução civil, se é hábil para coibir iniciativas indevidas de devedores, como já mencionado, obviamente não pode autorizar atitudes semelhantes de credores. Realmente, a estrutura de cadeia fechada e de desfecho único próprios da execução civil, ao abolir qualquer forma de instrução processual em seu interior, impede igualmente qualquer tentativa do credor nesse sentido.

Enfim, sem dúvida alguma existe contraditório na execução civil, o que conduz igualmente à conclusão de que o juiz exerce cognição em seu interior, mas com as condicionantes próprias dessa técnica processual.

2.5 Execução civil e inadimplemento

Costuma-se situar o inadimplemento – e assim o fez nosso Código de Processo Civil, nos termos do arts. 580-582 – como o segundo requisito, ao lado do título executivo, para realizar qualquer execução. Tratar-se-ia, assim, de requisito atinente à admissibilidade da execução.⁷⁹³

executividade quando envolver questão que necessite de produção de provas. 3. Recurso especial improvido.” (STJ, 2ª T., REsp 60943 (200302034046/RJ), rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01.03.2007, DJ 20.03.2007, p. 258); b) “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. 1. A exceção de pré-executividade constitui instrumento idôneo à arguição da prescrição, bem como ao reconhecimento de nulidade de título verificada de plano, desde não haja necessidade de contraditório e dilação probatória. Precedentes. 2. Recurso especial provido.” (STJ, 2ª T., REsp 617029 (200302211520/RS), rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27.02.2007, DJ 16.03.2007, p. 335); c) “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE INDICADO NA CDA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 83/STJ. 1. Admite-se a objeção de pré-executividade para acolher exceções materiais, extintivas ou modificativas do direito do exequente, desde que comprovadas de plano e desnecessária a produção de outras provas além daquelas constantes dos autos ou trazidas com a própria exceção. 2. A questão em torno da ilegitimidade passiva do sócio, cujo nome consta na CDA, demanda dilação probatória acerca da responsabilidade decorrente do artigo 135 do Código Tributário Nacional, em razão da presunção de liquidez e certeza da referida certidão (art. 204 do CTN). 3. ‘Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida’ (Súmula 83/STJ). 4. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 2ª T., REsp 896684 (200602312842/SP), rel. Min. Castro Meira, j. 01.03.2007, DJ 13.03.2007, p. 338).

⁷⁹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 4, p. 6, alude ao inadimplemento como “pressuposto prático da execução”. Segundo o mestre italiano (Idem, *ibidem*) só “quando se verifica uma situação desta espécie é que surge a razão de ser, o interesse prático concreto para fazer-se a execução”. Enfim, encarta o ilustre jurista o inadimplemento no interesse de agir. No mesmo sentido: LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*, p. 390 e ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 130.

Todavia, o inadimplemento, isto é falta de cumprimento da obrigação tal qual retratada no título executivo, diz respeito à extinção da obrigação e constitui motivo de “improcedência” da demanda executiva.

Se dissesse respeito à admissibilidade da execução, dele o juiz poderia conhecer de ofício. Todavia, segundo sistemática do Direito Processual Civil vigente deve ser alegado pelo devedor na impugnação à execução (art. 475-L, VI, do CPC) ou nos embargos à execução (art. 745, V, do CPC).⁷⁹⁴

Excepcionalmente, a jurisprudência tem admitido sua alegação no interior da própria execução, independentemente de ação autônoma – impugnação ou embargos – desde que comprovado de plano e prescindida para sua análise de dilação probatória.⁷⁹⁵

Ressalta Cândido Rangel Dinamarco⁷⁹⁶ que quem

“recebeu o que lhe era devido já não tem o direito material que alega e isso é matéria atinente ao mérito de pretensão; ocorrido o adimplemento, quem era credor já não o é mais e a sua pretensão a receber pela segunda vez não merece ser satisfeita pela via executiva nem por qualquer outra, em qualquer tempo.”

Ainda segundo esse jurista:⁷⁹⁷

“O inadimplemento precisa ser alegado na petição inicial executiva como elemento integrante da causa de pedir, sob pena de incongruência da petição inicial (art. 282, inc. III c/c art. 295, par. ún., inc. II), mas isso está longe de significar que ele configure uma condição da ação ou integre o conceito de interesse de agir *in executivis*”.

Explica Sérgio Shimura⁷⁹⁸ que o legislador cometeu grave equívoco ao incluir o inadimplemento entre os requisitos para realizar toda e qualquer

⁷⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 270, p. 414.

⁷⁹⁵ “PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIAS PASSÍVEIS DE ARGÜIÇÃO. SÚMULA 07/STJ. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MATÉRIA FÁTICA. 1. A possibilidade de verificação de plano, sem necessidade de dilação probatória, delimita as matérias passíveis de serem deduzidas na exceção de pré-executividade, independentemente da garantia do juízo. 2. No caso em espécie, as questões suscitadas na exceção de pré-executividade demandam dilação probatória, que só pode ser exercida em sede de embargos. 3. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ, 1ª T., REsp 794.698/SC (200501830100), rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.02.2007, DJ 22.03.2007, p. 292).

⁷⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 270, p. 414.

⁷⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 270, p. 415.

execução. O cumprimento ou não da prestação refere-se ao mérito da pretensão executiva.

Destaca Donaldo Armelin⁷⁹⁹ que

“se a satisfação da obrigação é a forma mais normal de extinção de um direito, a circunstância de ter sido reconhecida esta extinção *ab initio* não lhe desnatura a essência, tornando-a condição negativa daquele direito. A forma de extinguir um direito não é condição de sua existência, mas, sim, a sua própria negação”.

Portanto, o inadimplemento não é requisito de admissibilidade da execução, mas diz respeito ao seu próprio mérito. Uma vez comprovado o adimplemento da obrigação cessa a eficácia do título executivo, não por nulidade deste, e sim porque a obrigação nele retratada estará satisfeita. A execução deverá ser extinta, na forma do art. 794, I, do CPC. Nessa atividade, remarque-se, o juiz tangencia a relação jurídica material. Não adentra em sua análise, porque o núcleo da execução é título, não a relação obrigacional nele representada, que pode nem mesmo existir.

2.6 O objeto da execução: análise da existência de lide na execução civil e as diversas conseqüências decorrentes de sua extinção

É bastante controvertida a existência de lide na execução.

Liebman,⁸⁰⁰ por exemplo, diz que o objeto do processo de execução não é a lide. O pedido do credor, segundo entende, está baseado no título executivo, que determina a regra sancionadora que deve ser efetivada, não cabendo ao juiz julgar e sim realizar as atividades decorrentes do conteúdo do título. O pedido do credor visa a produzir essas atividades e a tarefa do juiz consiste em realizá-las.

⁷⁹⁸ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 89.

⁷⁹⁹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 77.

⁸⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 22, p. 59.

Esse ilustre jurista, que tanto contribuiu para apartar os conceitos de direito material daqueles próprios da Ciência Processual, averba:⁸⁰¹

“Ora, já o dissemos, o pedido tem na execução caracteres muito diferentes do que no processo de cognição; faltam-lhe todos os requisitos para qualificá-lo de lide. Esta foi julgada definitivamente: dos interesses em conflito, um foi declarado legítimo e merecedor de proteção para que seja satisfeito coativamente, enquanto o outro foi julgado como sendo contrário ao direito, devendo por isso ser desprezado e sacrificado. O executado está sob o amparo da lei processual apenas para que se respeitem as formas estabelecidas e para que não seja prejudicado além do que é preciso para satisfazer o direito do credor: fora destes limites ele nada pode fazer para contrariar a atividade do órgão da execução. Também a sua participação no processo é prevista em lei para que preste, *volens*, ou *nolens*, sua colaboração ao órgão judicial. Desse modo, o pedido do exequente não tem natureza dialética ou contraditória, e provoca a realização de atividades dirigidas todas e unicamente a satisfazer o interesse do próprio exequente, por meio da progressiva realização da sanção”.

Sérgio Shimura⁸⁰² entende que:

“Conquanto possamos admitir que não haja propriamente uma *sentença de mérito* na execução, como sucede no processo de cognição, somos forçados a reconhecer que existe um *pedido* no pleito executivo. Na ação de conhecimento, o pedido é atendido mediante uma *sentença*. Na execução, o pedido é satisfeito pela prática de atos concretos, *atos executivos* de ingresso no patrimônio do devedor; o *mérito* na execução não é uma questão a ser decidida, mas sim atos a serem praticados.

Na execução, o objeto, portanto, o pedido reside na atividade concreta e material tendente ao cumprimento forçado da obrigação inadimplida. Não se há negar que na execução existe um conflito de interesses, criado pelo inadimplemento. Existe um *pedido* e, pois, lide a ser solucionada (lide de inadimplemento, insatisfação ou realização).”

Donaldo Armelin⁸⁰³ registra que “em todo tipo de processo, inclusive no processo de execução, onde não existe um mérito tal qual é concebido para o processo de conhecimento, há um objeto e uma finalidade a serem atingidos”. Igualmente, em todo o processo “ocorrem duas categorias básicas: a

⁸⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 22, p. 60.

⁸⁰² SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 88.

⁸⁰³ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, p. 237.

admissibilidade e a fundamentação, que correspondem à ‘*summa divisio*’ da matéria processual.”⁸⁰⁴

Adotamos nesse trabalho o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier,⁸⁰⁵ que muitíssimo bem equacionou as diferenças entre as ações cognitivas e demandas executivas especificamente no que concerne ao objeto de cada espécie processual, bem como analisou as conseqüências na órbita processual a partir dessas diferenças.

Vimos que processualmente lide e mérito são expressões equivalentes e encerram a idéia de objeto do processo, ou seja, aquilo que é pedido ao órgão jurisdicional e o que deve decidir, balizado pelos limites objetivos traçados pela parte que invoca a atuação concreta da jurisdição (arts. 128 e 460 do CPC).

Toda demanda possui, sem dúvida alguma, lide. Nas ações cognitivas, no julgamento da lide, o juiz analisará a existência ou inexistência da relação jurídica de direito material que envolve as partes e cuja afirmação *in status assertionis* permitiu o acionamento da jurisdição até a prolação do pronunciamento jurisdicional de mérito.

Ao proferir uma sentença condenatória o juiz atesta a existência da relação jurídica de direito material e lhe agrega eficácia executiva, ao predispor a incidência dos meios executivos, caso o devedor não satisfaça o direito do credor ora reconhecido em sentença.

Na execução civil, as coisas se passam de maneira diversa. O título, como condição necessária e suficiente à execução, autoriza o juiz a determinar o desencadeamento de atos de agressão sobre a esfera patrimonial do devedor. A abstração impede qualquer deliberação acerca do direito material, vez que a criação do título “destaca” deste o direito material supostamente existente.

A pretensão do credor, na execução, é a satisfação do seu crédito, com base no título executivo. Diz o art. 646 do CPC que: “A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)”. Se no processo de conhecimento o pedido é atendido em

⁸⁰⁴ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, p. 237.

⁸⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 123 e ss.

sentença, na execução o pedido (satisfativo) é atendido mediante atos materiais. A sentença apenas atesta que a realização destes satisfaz o direito do credor.

Seria inconcebível um processo que não tivesse pedido. A esse respeito Araken de Assis⁸⁰⁶ averba: “Distinto que seja das ações de carga declarativa, constitutiva ou condenatória, há mérito em qualquer ação executiva: jamais se conceberia a aberração, implícita na negativa, de uma demanda ‘oca’”.

O órgão jurisdicional tem sua atividade pautada pelo pedido da parte. Não deve decidir além, aquém ou deliberar fora dos seus limites. Na execução, o pedido do credor vincula-se diretamente à espécie de obrigação retratada no título. Como pedido, no Direito Processual Civil, é sinônimo de lide, sem dúvida alguma a execução civil possui lide, pedido, mérito ou objeto litigioso. Como destaca Marcelo Navarro Ribeiro Dantas,⁸⁰⁷ se mérito é pedido, há mérito na execução; pede-se, *in executivis*, a satisfação dos direitos do credor.

Entretanto, pela estrutura funcional e pelas características peculiares da execução, que veda discussões acerca do direito material no interior da própria execução, então a lide assume feições igualmente particulares.

Lide, na execução, traduz o pedido formulado pelo credor, ou seja, de que seja satisfeito de acordo com o crédito ou obrigação retratados no título executivo. Destaca José Maria Rosa Tesheiner⁸⁰⁸ que: “Na execução, o credor não pede que se declare a existência de obrigação do devedor. O que pede é precisamente isto: execução. Por isso, o mérito sobre o qual cabe ao juiz se pronunciar na execução restringe-se ao poder de executar, que, na hipótese, o juiz declarou extinto”.

Cândido Rangel Dinamarco⁸⁰⁹ ressalta:

“Vem de um preconceito irracional o pensamento de que o mérito seja idéia inerente ao processo de conhecimento, não guardando pertinência com o executivo. Esse preconceito tem origem na

⁸⁰⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 150, p. 475.

⁸⁰⁷ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 34, jul.-set. 1987.

⁸⁰⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

⁸⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 259.

inadmissibilidade do julgamento da pretensão executiva, no próprio processo de execução”.

Prossegue esse mesmo autor:⁸¹⁰

“Isso quer dizer, apenas, que no processo de execução não é próprio nem eficaz suscitar qualquer questão de mérito; e que nele próprio, o mérito não será julgado. (...). O afastamento das *questões de mérito* não significa, porém, que inexista *mérito* no processo executivo. Há o mérito representado pela pretensão executiva, deduzida mediante a demanda inicial. O fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos) não significa que *mérito* inexista naquele processo”.

Dispõe o art. 794, I, do CPC, que se extingue a execução quando o devedor satisfaz a obrigação. O art. 795 do CPC estabelece que a extinção só produz efeito quando declarada por sentença. E o art. 708, I, do CPC, preceitua que o pagamento do credor far-se-á pela entrega do dinheiro.

A satisfação da obrigação, seja pelo pagamento realizado no curso da execução, seja pela expropriação de bens com reversão de dinheiro em quantia suficiente ao pagamento do credor, é o meio normal de extinção da execução. Nesse passo, o juiz ao proferir a sentença de acordo com o art. 794, I, do CPC, simplesmente declarará que o direito do credor, tal qual retratado no título, foi satisfeito.

O juiz não declara existente o direito do credor, tal qual o faria se se tratasse de demanda meramente declaratória, ou constitutiva ou condenatória, com julgamento de procedência. A declaração aqui é muito tênue e impossível de assumir os contornos próprios das ações de conhecimento.⁸¹¹ O pedido do credor não será atendido mediante uma sentença, mas sim com a prática de atos, os quais efetivamente realizam a pretensão.⁸¹² A sentença apenas atesta a satisfação.

A existência ou inexistência da relação jurídica material é tema específico e próprio dos embargos à execução de título extrajudicial ou da

⁸¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 260.

⁸¹¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 150, p. 476.

⁸¹² DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. *Revista de Processo*, v. 47, p. 35.

impugnação à execução (cumprimento de sentença). Nessas ações abrir-se-á amplo debate acerca da real existência do direito do credor. Já, na execução, tal existência é indiferente para abortar a eficácia do título executivo. Sua base sustentadora só será retirada quando passar em julgado pronunciamento jurisdicional proferido nos embargos ou na impugnação declarando inexistente o vínculo obrigacional entre as partes.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier:⁸¹³

“Nada se decide, em princípio, acerca do direito do autor, porque a respeito deste direito não se discutiu na execução em que não houve embargos ou impugnação. Não se tratava, na verdade, de relação jurídica a respeito da qual havia conflito. Em outras palavras, não há, na execução, segundo o que nos parece, *lide*, no sentido em que utilizamos expressão no que tange ao processo de conhecimento. O que há é um mero ‘pedido’, no sentido de que o crédito, *conforme consta do título*, seja satisfeito. E, correlatamente, na sentença se diz que o direito do autor, *na exata medida em que estava estampado no título*, foi satisfeito. Este é o conteúdo decisório da sentença que põe fim à execução não embargada ou não impugnada”.

A extinção da execução pela satisfação provoca a imutabilidade do decidido, no âmbito daquela relação jurídica processual, formando coisa julgada formal, jamais coisa julgada material,

“já que coisa julgada é a qualidade de marcante *estabilidade* que se agrega aos efeitos da sentença, quando esta *define* uma situação jurídica. Esta estabilidade consiste em *tendência vocacionada à imutabilidade* e só atinge *enunciados* a respeito dos quais tem sentido falar-se em *durabilidade no tempo*, já que dispõem algo a respeito de certa relação jurídica, o que, em que pesem abalizadas opiniões em contrário, incorre no processo cautelar e na execução”.⁸¹⁴

Ora, se a sentença que declara satisfeita a obrigação tal qual retratada no título não tem a aptidão de produzir coisa julgada material, não é cabível o ajuizamento de ação rescisória,⁸¹⁵ não obstante a existência de precedente

⁸¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 125.

⁸¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 128.

⁸¹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 150, p. 476.

em contrário do Superior Tribunal de Justiça.⁸¹⁶ Inexiste, na espécie, cognição suficiente à sua formação.⁸¹⁷

O devedor após a extinção da execução pode perfeitamente mover ação visando demonstrar a inexistência da relação jurídica material creditícia e pleitear a repetição dos valores pagos, a teor do art. 574 do CPC, que dispõe: “O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”. Pretensão visando à repetição do pagamento indevido arrima-se, igualmente, no art. 876 e seguintes do CC.

Entendimento em contrário não explica como pode o devedor promover ação anulatória de arrematação, mesmo após a extinção da execução, visando a invalidar o ato expropriatório (art. 486 do CPC).⁸¹⁸

Logo, o pronunciamento jurisdicional proferido com base no art. 794, I, do CPC, é sentença. Dá ensejo à formação de coisa julgada formal, impedindo a rediscussão do decidido no âmbito daquela relação jurídica processual. Por outro lado, sendo sentença o recurso cabível contra esse pronunciamento é a apelação (art. 513 do CPC). Todavia, não transita materialmente em julgado, não produzindo coisa julgada material.⁸¹⁹ Via de conseqüência, não se mostra adequada a ação rescisória visando à sua invalidação.

Edson Ribas Malachini⁸²⁰ divisa o pagamento voluntário realizado pelo devedor, da satisfação provocada por ato do Poder Judiciário. Entende que na primeira hipótese a sentença proferida é de mérito e haverá formação de coisa julgada material, porque o caso seria equivalente àquele do art. 269, II, do CPC

⁸¹⁶ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. PROCESSO DE EXECUÇÃO. EXTINÇÃO. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. DECISÃO DE NATUREZA MATERIAL. - À luz da exegese do artigo 467, do CPC, somente as sentenças definitivas, que extinguem o processo com julgamento do mérito, desafiam o cabimento da ação rescisória, por formarem coisa julgada material. - A sentença que extingue o processo de execução em razão do cumprimento da obrigação, por alcançar o conteúdo material do direito assegurado no processo de conhecimento pode ser desconstituída por via da rescisória. - Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 6ª T., REsp. 147735/SP (199700638952), rel. Min. Vicente Leal, j. 23.05.2000, DJ 12.06.2000, p. 139).

⁸¹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 111, p. 413.

⁸¹⁸ MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória: art. 486 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 209 e ss.

⁸¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 128.

⁸²⁰ MALACHINI, Edson Ribas. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 10, p. 102.

(reconhecimento jurídico do pedido pelo demandado). Entende também que haverá coisa julgada material na hipótese de transação e renúncia ao crédito (art. 794, II e III, do CPC), situações que seriam equiparáveis àquelas catalogadas no art. 269, III (transação) e V (renúncia pelo autor ao direito sobre que se funda a ação), do CPC.

Thereza Alvim,⁸²¹ Gerson Amaro de Souza,⁸²² José Frederico Marques⁸²³ e José Carlos Barbosa Moreira⁸²⁴ entendem que a extinção da execução com base nos arts. 794 e 795 do CPC conduz à extinção da relação jurídica de direito material gerando coisa julgada material. Barbosa Moreira⁸²⁵ é enfático a respeito:

“Cabe ressaltar que, *em todos* os incisos do art. 794, há um denominador comum: trata-se, em qualquer deles, de atos suscetíveis de extinguir a relação jurídica material entre as partes. A extinção da execução, aí, é sempre fenômeno consequencial: o processo executivo não há de subsistir porque já não subsiste a dívida, quer com a satisfação do credor (inc. I), quer sem ela (incs. II e III)”.

Costuma-se classificar as sentenças pelos conteúdos que pode possuir. Esse foi o critério adotado por nosso Código de Processo Civil, agora explicitado pela Lei 11.232/2005. Com efeito, o art. 162, § 1º, do CPC, estabelece

⁸²¹ ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, p. 15. jul.-set. 1985: “Muito se discute sobre a sentença que põe termo à execução, tida como essencial pelo art. 795 do CPC. Esta pode ter como conteúdo quer as hipóteses enumeradas no artigo anterior (art. 794), quer outras. Todavia, tratando-se de sentença que extingue a execução, porque o devedor satisfaz a obrigação, por o devedor obter, mediante transação ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida, ou por o credor ter renunciado ao crédito, inegavelmente, ficará ela abrangida pela imutabilidade própria da coisa julgada material. Esse o motivo pelo que nos parece só poderá ser desconstituída através de ação rescisória. Assim, discordamos da afirmação de que se a execução não foi embargada, necessariamente inexistente sentença, só cabendo ação anulatória, eis que seu uso está restrito às hipóteses enquadráveis no art. 486 do CPC”.

⁸²² SOUZA, Gerson Amaro de. Mérito no processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 265, 1998.

⁸²³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. IV, p. 318: “Daí porque a sentença a que se refere o art. 795, ao declarar extinta a execução, torna também extinto o vínculo obrigacional que ligava a pretensão exigida à responsabilidade patrimonial do devedor. Trata-se, portanto, de sentença definitiva que incide sobre relação jurídica material, e cujos efeitos se tornam imutáveis, quando houver a coisa julgada”. Esse ilustre autor, em aparente contradição (Obra citada, p. 316) afirma: “O art. 794 está para o processo de execução como o art. 269, para o processo de conhecimento. Neste último, fala o texto em extinção do processo com julgamento do mérito, linguagem que não pode ser empregada para o processo executivo em que não há julgamento do litígio. Mas fácil é verificar que os ns. I, II e III do art. 794, correspondem, respectivamente, aos ns. I, III e V do art. 269”.

⁸²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71, p. 11, jul.-set. 1993.

⁸²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas). *Revista de Processo*, v. 71, p. 11.

que sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC.

Nesse aspecto, diz-se que as sentenças com conteúdo do art. 269 do CPC são sentenças definitivas. Apreciam a lide gerando coisa julgada material. Às vezes, a lide propriamente dita não é apreciada, mas o legislador equipara as hipóteses, de tal sorte que possuindo por conteúdo uma das hipóteses legais haverá formação de coisa julgada material. É o que ocorre quando o juiz pronuncia a prescrição (art. 269, IV, do CPC). Já as sentenças que não apreciam a lide, e por possuírem como conteúdo uma das hipóteses do art. 267 do CPC, dizem-se terminativas, não gerando coisa julgada material.

Na execução civil diante de sua finalidade específica (satisfação do direito do credor), a doutrina italiana⁸²⁶ e na doutrina pátria⁸²⁷ entendem que a extinção do processo executivo pode ocorrer de modo “normal”, quando satisfeito o crédito do exequente, e de modo “anormal”, quando não é atingido esse escopo.

A satisfação da obrigação retratada no título, seja por ato voluntário do devedor, no curso da execução, seja pela expropriação de seus bens, produz idêntico resultado e, *data maxima venia*, não entendemos que a sentença que apenas declara satisfeito o direito do credor produza coisa julgada material, porque a relação jurídica de direito material resta intocada e sem qualquer apreciação.

Segundo Humberto Theodoro Júnior⁸²⁸: “Na execução forçada propriamente dita não há sentença, a não ser a que declara extinto o processo, que, entretanto, é meramente formal e não contém julgamento de mérito. É que a prestação jurisdicional na espécie não é de declaração, mas de realização de direito do credor”.

O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, assentou que, não opostos embargos à execução, ou extintos sem julgamento do mérito, é possível ao devedor promover ação anulatória, não havendo que se falar

⁸²⁶ COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Turim: UTED, 1955, p. 533; MANDRIOLI, . Crisanto. *Diritto processuale civile*, v. IV, p. 199.

⁸²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, n. 958, p. 452.

⁸²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. II, n. 966, p. 457.

em coisa julgada material.⁸²⁹ Isto demonstra que a relação jurídica material resta plenamente discutível no âmbito de demanda cognitiva, justamente porque não foi apreciada pela sentença que julga extinta a execução. Todavia, julgados os embargos à execução, o comando emergente da sentença transita materialmente em julgado, impedindo a rediscussão do decidido, ainda que sob outro “rótulo”.⁸³⁰

Todavia, em hipóteses excepcionalíssimas a sentença proferida na execução pode produzir coisa julgada material.

No art. 794, II, do CPC, a remissão (forma de perdão ou de liberação gratuita do devedor) foi indicada, em forma de gênero, para abarcar todos os meios extintivos das obrigações, inclusive anômalos ou indiretos, como, por

⁸²⁹ Nesse sentido: “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. EMBARGOS DE DEVEDOR SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA OU PRECLUSÃO. 1. “Nos termos de precedente da Turma, ‘inocorre preclusão, e portanto a validade e eficácia do título executivo extrajudicial podem ser objeto de posterior ação de conhecimento, quando na execução não forem opostos embargos do devedor, e igualmente quando tais embargos, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito. Inexistência de coisa julgada material, e da imutabilidade dela decorrente.’” (AGA 176552/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 02/05/2000) 2. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido.” (STJ, 2ª T., REsp. 190752/SP (199800736000), rel. Min. Castro Meira, j. 14.06.2005, DJ 15.08.2005, p. 226). Ainda no mesmo sentido: STJ, 4ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 176552/SP (199800071377), rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.03.2000, DJ 02.05.2000, p. 144; STJ, 4ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, 8089/SP (199100004162), rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 23.04.1991, DJ 20.05.1991, p. 6.537.

⁸³⁰ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SEMELHANÇA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS. INADMISSIBILIDADE. AÇÃO ANULATÓRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR CUJA DECISÃO DE MÉRITO TRANSITOU EM JULGADO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTENTE. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 2. Caracteriza-se a divergência jurisprudencial, quando da realização do cotejo analítico entre os acórdãos paradigma e recorrido, verificar-se a adoção de soluções diversas a litígios semelhantes. 3. Julgado colacionado como paradigma que não se assemelha à hipótese dos autos. Inadmissão. 4. A desconstituição do título executivo pretendida resta protegida pelo manto da coisa julgada em face do julgamento dos embargos à execução. É evidente que a eficácia preclusiva da coisa julgada (*tantum judicatum quantum disputatum vel quantum disputari debebat*) impede que julgados os embargos à execução, com decisão trânsita, possa a parte, em ação anulatória, tentar infirmar o título executivo, sem rescindir a sentença proferida na oposição do executado. 5. É assente na jurisprudência do STJ que: ‘Nos termos de precedente da Turma, ‘inocorre preclusão, e portanto a validade e eficácia do título executivo extrajudicial podem ser objeto de posterior ação de conhecimento, quando na execução não forem opostos embargos do devedor, e igualmente quando tais embargos, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito. Inexistência de coisa julgada material, e da imutabilidade dela decorrente.’ (AGA 176552/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 02/05/2000) 6. Deveras, um dos meios de defesa da coisa julgada é a eficácia preclusiva prevista no art. 474, do CPC, de sorte que, ainda que outro o rótulo da ação, veda-se-lhe o prosseguimento ao pálio da coisa julgada, se ela visa a infirmar o resultado a que se alcançou na ação anterior. 7. Recurso parcialmente conhecido, porém, desprovido.” (STJ, 1ª T., REsp. 469211/SP (200201190752), rel. Min. Luiz Fux, j. 26.08.2003, DJ 29.09.2003, p. 152).

exemplo, a compensação, a novação, a dação em pagamento etc. Na ocorrência de remissão, o direito material estará extinto.⁸³¹

No que concerne à transação, também mencionada em citado dispositivo, embora constitua forma indireta de extinção da obrigação, a doutrina e a jurisprudência já sedimentaram o entendimento que só constituirá fundamento de ação rescisória (art. 485, VIII, do CPC) quando o juiz tiver exercido cognição sobre os termos do acordo,⁸³² o que não ocorre, em regra, na execução. Se se limitar a homologar a transação, a sentença gerará apenas coisa julgada formal, devendo ser impugnada com base no art. 486 do CPC.

Já o art. 794, III, do CPC, menciona a renúncia ao crédito como fundamento da sentença de extinção da execução. Ela se diferencia da mera desistência da execução (art. 569 do CPC), em que resta intocado o direito material. Com a renúncia o credor diz que inexistente o direito material subjacente ao título. Não pode mais voltar a demandar a obrigação que definitivamente se extinguiu.⁸³³

⁸³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. II, n. 960, P. 453.

⁸³² “PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO POPULAR ANULATÓRIA DE ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM A ANUÊNCIA DO *PARQUET*. COISA JULGADA MATERIAL. INOCORRÊNCIA. CRIVO JURISDICCIONAL ADSTRITO ÀS FORMALIDADES DA TRANSAÇÃO. CABIMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA DO ART. 486, DO CPC. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES TAXATIVAS DO ART. 485, DO CPC. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 2. A ação anulatória, prevista no art. 486, do CPC, tem por finalidade desconstituir o ato processual, homologado judicialmente, enquanto que o alvo da ação rescisória, do art. 485, do CPC, é a sentença transitada em julgado, que faz coisa julgada material. O efeito pretendido pela primeira é a anulação do ato enquanto que na rescisória é a prolação de nova sentença no *judicium rescisorium*. 3. A ação rescisória somente é cabível quando houver sentença de mérito propriamente dita, que é aquela em que o magistrado põe fim ao processo analisando os argumentos suscitados pelas partes litigantes e concluindo-a com um ato de inteligência e soberania. 4. A sentença que homologa a transação fundamentando-se no conteúdo da avença, é desconstituível por meio de ação rescisória fulcrada no art. 485, VIII, do CPC. 5. Não obstante, em sendo a sentença meramente homologatória do acordo, adstrita aos aspectos formais da transação, incabível a ação rescisória do art. 485, VIII, do CPC, posto ausente requisito primordial da rescindibilidade do julgado. Nestes casos, a desconstituição da transação, pelos defeitos dos atos jurídicos em geral, se faz por meio de ação anulatória, fulcrada no art. 486, do CPC. 6. Acordo extrajudicial homologado por sentença, em sede de ação civil pública, com a concordância expressa do órgão ministerial, e lesivo aos interesses da administração pública, é passível de anulação, *in abstracto*, na forma do art. 486, do CPC, sob os fundamentos que autorizam a ação popular. 7. *In casu*, a ação popular assume cunho declaratório porquanto o ato lesivo o foi subjetivamente complexo, passando pelo crivo do *Parquet* e do juízo. Propriedade da ação, *in genere*, porquanto a possibilidade jurídica do pedido não implica em acolhimento do pleito meritório. 8. Recurso especial provido.” (STJ, 1ª T., REsp. 450431/PR (200200907975), rel. Min. Luiz Fux, j. 18.09.2003, DJ 20.10.2003, p. 185).

⁸³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. II, n. 960, p. 453.

Nessas hipóteses (remissão e renúncia ao crédito), inegavelmente haverá formação de coisa julgada material, a partir do trânsito em julgado da sentença extintiva da execução, porque o direito material estará extinto. A declaração aqui assume feição própria da sentença de mérito no processo de conhecimento e as hipóteses se equiparam.

O art. 794 do CPC não esgota todas as hipóteses de extinção da execução. Pode, assim, o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição (art. 269, IV, do CPC). A primeira extingue o direito material e a segunda a ação que o ampara. Pelo sistema processual ambas as hipóteses estão parificadas para fins de formação de coisa julgada material. A sentença será de mérito e poderá ser atacada por meio de ação rescisória. “Nesse caso, extraordinária e excepcionalmente, acaba o juiz por manifestar-se acerca da (in)existência *do próprio crédito exequendo*”, como averbaram Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.⁸³⁴

Acolhendo o juiz, na execução, a alegação de decadência ou prescrição, ou as pronunciando de ofício, por força do art. 269, IV, do CPC a sentença dará ensejo à formação de coisa julgada material.

E o que dizer da comprovação do pagamento realizado pelo devedor? Já vimos que o inadimplemento diz respeito ao próprio direito material, devendo ser descrito na causa de pedir da execução. É matéria ligada à fundamentação e não à admissibilidade da execução. Donaldo Armelin⁸³⁵ destaca que em todo o processo ocorrem duas ordens de questões: a admissibilidade e a fundamentação. O inadimplemento, na execução, de fato, encarta-se nesta última.

O pagamento deve, via de regra, ser argüido através de ação de impugnação ou embargos à execução. Todavia, a jurisprudência tem admitido sua alegação no âmbito da própria execução, desde que prescindida de dilação probatória.⁸³⁶ Sentença que vier a acolher semelhante exceção estará declarando a inexistência do débito e a extinção da relação jurídica material, gerando coisa

⁸³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 114.

⁸³⁵ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, p. 237.

⁸³⁶ “EXECUÇÃO FISCAL. PAGAMENTO ANTES DA CITAÇÃO. HONORÁRIOS INDEVIDOS. A quitação do débito é matéria perfeitamente alegável em exceção de pré-executividade e, ocorrendo antes da citação, impede a fixação de honorários contra o devedor, porquanto ausente a sua sucumbência.” (TRF da 4ª Região, 1ª T., Apelação Cível 200670990028116, rel. Des. Federal Vilson Darós, j. 01.08.2007, D.E. 21.08.2007).

julgada material e sendo atacável via ação rescisória, como já anotaram Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.⁸³⁷

Como se nota, existe lide na execução, mas em um sentido bastante particular e adequado aos seus fins. Traduz pretensão do credor visando à satisfação. Uma vez atingida, seja de maneira voluntária através de pagamento pelo credor, seja pela expropriação, a sentença que a declarar não apreciará a relação jurídica material subjacente ao título. Logo, não haverá formação de coisa julgada material e, conseqüentemente, não poderá ser objeto de ação rescisória.

Todavia, excepcionalmente, por força do próprio sistema jurídico, pode a sentença na execução gerar coisa julgada material, como ocorre nas situações de remissão da dívida, ou então pela renúncia ao direito material realizada pelo credor, comprovação de quitação da dívida pelo devedor, ou então quando o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição.

Todas as ponderações anteriores aplicam-se tanto à ação de execução de título extrajudicial como ao cumprimento de sentença visando ao pagamento de quantia certa? Entendemos que sim.

Com a nova sistemática introduzida pela Lei 11.232/2005 aboliu-se a propositura de nova ação (ação executiva). Todavia, o Código condiciona o início da fase executiva à iniciativa da parte (art. 475-J do CPC). Não se trata de nova ação, portadora de nova lide e que inauguraria novo processo.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini⁸³⁸ explicam que há “uma nova demanda, de execução, ainda que dentro do processo em curso”. Esta explicação está corretíssima. As lições de eminentes juristas citadas na primeira parte deste trabalho demonstram que demanda não se confunde com ação. Trata-se de ato pelo qual a parte, afirmando existente uma vontade concreta da lei, que lhe garante um bem, declara querer que essa vontade se atue e invoca para esse fim a autoridade do órgão jurisdicional.⁸³⁹

⁸³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 114.

⁸³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 283.

⁸³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, n. 243, p. 297.

No cumprimento de sentença a demanda representada pelo requerimento do credor solicita ao órgão jurisdicional a atuação concreta da jurisdição, agora no que concerne ao segmento executivo. Há lide. Não lide objeto de nova ação, mas a lide objeto da mesma ação (sincrética), que deu origem a um único processo, cujo desenvolvimento fora desdobrado em duas fases sucessivas (cognitiva e executiva).

A pretensão da parte autora é o recebimento da quantia a que tem direito, decorrente, por exemplo, de contrato de mútuo. Eis os contornos da lide. Pelo sistema atual, na primeira fase do processo sincrético, o órgão jurisdicional acolhe essa pretensão declarando a existência da relação jurídica creditícia e predeterminando os atos executivos. Mas ainda não satisfaz a pretensão da parte autora. Esta satisfação ocorrerá na segunda fase, após requerimento do credor (demanda executiva). A lide é realizada numa fase executiva antecedida de uma fase cognitiva.

O cumprimento de sentença só se realiza porque há interesse atual do credor no desenvolvimento de atividades visando à sua satisfação. Anteriormente, essa pretensão vinha cunhada em petição inicial de uma ação executiva. Atualmente, essa pretensão consta desde o início da petição inicial de um único processo. Mantém-se íntegra durante todo seu desenvolvimento e é reafirmada pelo requerimento executivo do credor. É essa lide que anima e fomenta atos de agressão patrimonial até que seja inteiramente atendida.

Logo, há lide também no cumprimento de sentença e aplicam-se a ela, com adaptações necessárias, todos os argumentos anteriormente expendidos neste tópico.

2.7 As diversas classificações da execução civil

Nesta parte do trabalho, analisaremos as principais classificações da execução civil. Trata-se de tema relevante aos objetivos deste ensaio. Seu estudo permite a adequada compreensão e manejo da execução civil. Seria impossível, por

exemplo, ao tratarmos dos temas que iremos enfrentar, citarmos expressões como “execução indireta” ou “execução específica”, sem que antes tivéssemos abordado, ainda que sem a intenção de esgotarmos o assunto, suas principais características.

Sob outro enfoque, a incursão pelas diversas classificações da execução civil constituirá supedâneo para reforçar nossos argumentos em prol de uma direção mais efetiva desse instrumento processual por parte dos magistrados.

Nesse aspecto, alguns conceitos merecem ser revisitados e adaptados à sociedade atual e à sua realidade, a qual nem sempre coincide com a realidade estática das normas processuais.

2.7.1 Execução direta e execução indireta

Tradicionalmente, a execução realiza-se mediante propositura de ação executiva que dá nascimento ao processo de execução ou mediante requerimento do credor que inaugura fase executiva em processo sincrético, cujas medidas típicas voltadas à alteração do mundo empírico para satisfazer o direito do credor são do tipo sub-rogatórias, i.e., o Estado-juiz diante da resistência do obrigado em cumprir sua prestação substitui sua vontade por atos materiais, a fim de que se alcance o mesmo resultado do adimplemento ou o máximo a ele equivalente.

Nessas situações, atos de apreensão enlaçam na execução bens do devedor a fim de que sejam expropriados visando à satisfação do credor, na execução civil por quantia certa contra devedor solvente (arts. 475-B, 475-J e arts. 646-724 do CPC). Ou então, o devedor é desapossado dos bens devidos, a fim de que sejam entregues ao credor, na execução para entrega de coisa (arts. 621-631 do CPC). Ou, ainda, realizam-se atos materiais que substituem a conduta do devedor, que não fez o que estava obrigado ou fez aquilo que estava vedado, na execução de obrigação de fazer ou não fazer (arts. 632-645 do CPC). Os meios executórios incidentes na espécie, como já vimos são respectivamente: a *expropriação* (art. 647

do CPC), o *desapossamento* (art. 625 do CPC) e a *transformação* (arts. 634 e 644 do CPC).

Trata-se da chamada *execução direta*.

Os pronunciamentos jurisdicionais proferidos com base no art. 461 e 461-A do CPC também conduzem ao desapossamento (art. 461-A, § 2º, do CPC) e à transformação (art. 461 do CPC). Nesse aspecto, fala-se de tutela jurisdicional executiva num sentido mais amplo, abrangendo não apenas as situações de execuções por quantia certa, ou execuções de entrega de coisa e de obrigação de fazer ou não fazer retratadas em título executivo extrajudicial, mas também incluindo aquelas hipóteses de decisões executáveis na mesma relação jurídica processual independentemente da instauração de novo processo (executivo), nos termos dos arts. 461 e 461-A do CPC.

Todavia, pode ser que a medida executiva mostre-se mais eficaz não atuando diretamente sobre os bens da parte devedora, mediante medidas sub-rogatórias de sua vontade, mas sim diretamente sobre esta, coagindo, *legitimamente*, o executado a por si mesmo desenvolver e cumprir a conduta a que estava obrigado.

Nessas hipóteses, dirigem-se contra o devedor sanções que lhe estimulam a cumprir sua prestação sob o receio de imposição de mal maior. Diz-se, nessa hipótese, que a execução é *indireta*. Não se dispensa ato volitivo do devedor, tal como ocorre na *execução direta*, baseada em medidas sub-rogatórias. Ao contrário, espera-se que ele, coagido por medidas legítimas, seja retirado do estado de inércia em que se encontra para satisfazer o direito do credor.

Na execução direta, a satisfação é obtida mediante a aplicação dos meios executórios sub-rogatórios, incidentes *diretamente* sobre os bens do devedor; na execução indireta a satisfação se realiza pela própria conduta do devedor, que é estimulado a romper o estado de inércia em que se encontra, sob o receio de mal maior.

Esclarece Marcelo Lima Guerra⁸⁴⁰ que:

“(...) os obstáculos à tutela executiva decorrentes da vontade do devedor podem ser eficazmente contornados, como demonstram os

⁸⁴⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, n. 2.1, p. 28.

exemplos variados colhidos na história jurídica e no direito comparado, com o emprego, pelo juiz, de *medidas coercitivas*. Tais medidas, por consistirem num agravamento das conseqüências normais do inadimplemento, tendem a pressionar a vontade do devedor, induzindo-o a cumprir, ele mesmo, sua obrigação. Daí denominar-se *execução indireta* a satisfação coativa do direito do credor, pelo comportamento do próprio devedor, induzido por medidas coercitivas.

Verifica-se, portanto, que a diferença fundamental entre a execução indireta e a direta consiste em que nessa última as medidas empregadas pelo juiz realizam, elas mesmas, a tutela executiva (vale dizer, a satisfação coativa do credor), enquanto na execução indireta a tutela realiza-se sempre com o cumprimento pelo próprio devedor da obrigação, embora *induzido* pela imposição de medidas coercitivas.”

O art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC estabelece que o juiz, tratando-se de ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas necessárias e entre elas encontra-se a imposição de multa por tempo de atraso. Essa medida já era prevista em nosso sistema tratando-se de demanda coletiva de direitos (arts. 11 e 21, da Lei 7.347/1985 e art. 84, § 4º, do CDC)

O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou periodicidade da multa, caso verifique que ela se tornou insuficiente ou excessiva (art. 461, § 6º, do CPC).

Caso se trate de ação de execução visando ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer retratada em título executivo extrajudicial, o juiz ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida e, caso o valor da multa esteja previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo (art. 645 do CPC).

Por força da Lei 10.444/2002, que deu nova redação ao art. 644 do CPC, a sentença relativa às obrigações de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto nos arts. 632-645 do CPC.

Na prática, os arts. 632-643 e art. 645 do CPC, atualmente dizem respeito à execução de obrigações de fazer ou não fazer contidas em títulos executivos extrajudiciais.

A imposição de multa por tempo de atraso foi estendida às ações visando ao cumprimento de entrega de coisa (art. 461-A, § 3º, do CPC), por força da Lei 10.444/2002.

Caso o vínculo obrigacional de entrega de coisa esteja consagrado em título executivo extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo, nos termos do art. 621, parágrafo único, do CPC, com a redação conferida pela Lei 10.444/2002.

Mais recentemente, a multa também atua como fator estimulante ao cumprimento da obrigação retratada no título judicial, tratando-se de sentença condenatória visando ao pagamento de soma em dinheiro (art. 475-J do CPC), nos termos da Lei 11.232/2005. Após o *tempus iudicati* (15 dias, a partir de quando se tornar eficaz a sentença), incidirá sobre o montante da condenação multa no percentual de dez por cento.

Por vezes, a sanção a ser imposta atinge a própria liberdade física do devedor, tal como ocorre na prisão civil decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (art. 733 do CPC) ou pelo descumprimento do múnus de fiel depositário assumido perante o Estado-juiz (art. 5º, LXVII, da CF). Neste último caso, pacificou-se o entendimento que: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito” (Súmula 619 do STF).

Em todas as hipóteses vistas anteriormente nota-se que a sanção é anunciada ao devedor. Não incide de imediato. Dirige-se contra a vontade do obrigado, a fim de que indiretamente, sobre o receio de sua implementação, cumpra a prestação a que está vinculado, por força de lei, contrato ou sentença.⁸⁴¹

Ao contrário, as medidas sub-rogatórias não obstante também partam do pressuposto do descumprimento da obrigação, não aguardam que o devedor saia do estado de inércia e cumpra sua prestação. Desde logo, atuam

⁸⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 86, p. 288: “A) Meios de coação. Dizem-se meios de coação os com que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito *com participação do obrigado*, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve.”

diretamente sobre seu patrimônio, independentemente e até mesmo contra a vontade do obrigado.⁸⁴²

Tanto em uma como em outra hipótese, as medidas executivas estão conotadas pela qualidade de *inevitabilidade do poder jurisdicional*. Trata-se de *técnicas diferentes* que visam ao *mesmo resultado*.

2.7.2 Execução forçada

A idéia de *execução forçada*, em regra, vincula-se à de ação executiva, processo executivo e medidas sub-rogatórias. Agindo independentemente e até mesmo contra a vontade do obrigado, os atos executivos atuam diretamente sobre o patrimônio do devedor visando a satisfazer o direito do credor (execução direta). Nesse passo, execução forçada tem o sentido de *efetiva agressão patrimonial*. É a lição de Angelo Bonsignori.⁸⁴³

Dela, via de regra, se excluíam as sanções ou medidas coercitivas como a multa e a prisão civil.

Todavia, como superiormente defende Marcelo Lima Guerra,^{844 - 845} não se pode olvidar que as medidas de coerção atuam dentro de relação jurídica

⁸⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 86, p. 288: “B) Meios de sub-rogação. Meios de sub-rogação dizem-se aqueles com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito *independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado*”.

⁸⁴³ BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*, p. 5: “(...) se la notificazione della situazione giuridica dell'obbligato, ossia del titolo esecutivo, non lo fa desistere dall'atteggiamento in cui si concreta l'inadempimento, è necessario l'impiego della forza fisica per modificare la situazione materiale, ma tale impiego non può avvenire se non a opera di uomini che appartengono al potere giudiziario”.

⁸⁴⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, n. 2.3, p. 32-32: “Por outro lado, é razoável que se adote uma concepção restrita de execução forçada, reduzindo à execução direta o inteiro fenômeno da tutela executiva, na descrição e análise do direito positivo italiano, onde *inexiste uma previsão genérica autorizando o juiz a impor medidas coercitivas, no processo de execução*. No entanto, essa concepção, que restringe o conceito de execução forçada – e, conseqüentemente, a própria noção de tutela executiva – à satisfação do credor obtida através de medidas sub-rogatórias, revela-se totalmente inadequada a uma compreensão abrangente dessa modalidade de tutela jurisdicional, principalmente em ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, onde a lei, agora, em face de recente reforma processual, atribui ao órgão jurisdicional amplos poderes para impor medidas coercitivas no processo de execução. Note-se que a satisfação do direito do credor pelo próprio devedor, no processo de execução, sob a pressão de medida coercitiva que lhe tenha sido cominada, não se identifica com o cumprimento espontâneo da obrigação, verificado antes e fora do processo executivo. É que a aplicação de tais medidas coercitivas, por ocorrerem no processo de execução, pelo órgão jurisdicional, passam a integrá-lo, isto é, caracterizam-se como atos executivos em sentido lato. Sendo elas, portanto, medidas *jurisdicionais*, que *integram o processo de*

processual e são desencadeadas por ato de autoridade estatal. Logo, estão cunhadas pela mesma característica que as medidas sub-rogatórias, qual seja, a estatalidade e inevitabilidade do poder jurisdicional. Também elas se voltam à satisfação, mas por via indireta, não sobre o próprio patrimônio e substituindo a vontade do devedor inadimplente, mas através dessa mesma vontade, reconduzindo-a aos caminhos da legalidade. O cumprimento da obrigação, apesar de realizado pelo próprio devedor, é motivado por ordem judicial.⁸⁴⁶

Possuem, enfim, as medidas de coerção todas as notas características que igualmente marcam as medidas sub-rogatórias: realizam-se dentro de um processo, com as garantias constitucionais imanentes, mediante ordem judicial e são voltadas à satisfação, ainda que por técnicas processuais diferenciadas.

Esse posicionamento afigura-se correto, especialmente num sistema jurídico como o nosso que cada vez mais aproxima as medidas sub-rogatórias das coercitivas, às vezes sem estabelecer entre elas hierarquia ou importância. De fato, já vimos que nas ações visando ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, juiz para a efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente determina “as medidas necessárias”, tais como “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (art. 461, § 5º, do CPC).

Praticando o devedor ato atentatório à dignidade da justiça o juiz aplicará contra ele multa em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução (arts. 600 e 601, *caput*, do CPC).

execução, a satisfação do direito do credor obtida por meio delas não pode deixar de ser caracterizada como autêntica prestação de tutela executiva e, portanto, como execução (processual) forçada.”

⁸⁴⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 49, ressalta que a execução forçada “consiste, exclusivamente, nos atos executivos em sentido estrito, ou sejam, aqueles através dos quais se opera a própria satisfação coativa do direito”.

⁸⁴⁶ PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, p. 14-16 ao diferenciar a execução forçada ou coativa do adimplemento voluntário da obrigação, que vem efetuado mediante um ato jurídico (ato devido), diz que aquela “*presuppone un processo che culmina con un provvedimento*, cioè con un altro atto giuridico di natura differente”. Enfim, não restringe esse autor o conceito de execução forçada às medidas sub-rogatórias mas alarga-o para abranger qualquer espécie de atos coercitivos.

Constatado que o devedor litiga de má-fé, o juiz, de ofício, ou a requerimento do credor, condená-lo-á a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa (arts. 17 e 18 do CPC).

Essas duas últimas espécies de multa, embora não tenham a eficácia imediata de induzir o devedor a satisfazer o direito do credor, *mediatamente* cumprem essa função, encerramento um caráter pedagógico de comportamento dentro da execução civil. Essas multas constituem sanção tanto quanto às multas coercitivas e as medidas executivas sub-rogatórias.

Enfim, medidas sub-rogatórias e multas, seja de que espécie forem, atualmente, convivem dentro do mesmo processo, ou de processos diferentes e sucessivos, ou fases diferentes de um mesmo processo. A busca de aproximação entre os resultados a serem alcançados através do processo e aqueles previstos nas normas de direito material, não autoriza mais um conceito restrito de execução forçada. Se outrora ganhava relevo, no conceito de execução forçada, a agressão patrimonial, atualmente a atenção do Estado volta-se à *esfera jurídica do devedor*, ou seja, contra *seus bens*, ou *sua vontade*, e, às vezes, até mesmo contra sua *liberdade individual*.⁸⁴⁷

Como destaca Sergio La China⁸⁴⁸ dizer “*esecuzione forzata è usare un’ espressione sola per realtà diverse, e profondamente eterogenee*”.

Cândido Rangel Dinamarco⁸⁴⁹ entende que a *execução forçada* enquadra-se num conceito maior de *execução*, que designa a realização das obrigações, seja pelo adimplemento voluntário, seja coativamente por obra do Estado-juiz. Essa aproximação entre os resultados obtidos através do processo e aqueles que deveriam ser atingidos sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais

⁸⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, n. 1.340, p. 61, a respeito das medidas de pressão psicológica impostas pelo juiz à vontade do obrigado, ressalta: “Quando elas são bem sucedidas e o obrigado cumpre, com isso se obtêm os resultados desejados pela ordem jurídica, o que revela a equivalência funcional entre execução indireta e aquela feita mediante atuação direta do Estado-juiz sobre os bens do obrigado: é indiferente que o juiz consiga proporcionar o bem a quem tem direito a ele, pela via das medidas de sub-rogação ou mediante a motivação do devedor a cumprir. As pressões psicológicas sobre a vontade do obrigado deixaram de ser excepcionais e hoje acham-se integradas no conceito de *execução forçada*, mercê da significativa ampliação de sua aplicação por obra dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, posto que não seja *direta* (art. 461, *caput* e parágrafos)”.

⁸⁴⁸ LA CHINA, Sergio. *L’ esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*, p. 9.

⁸⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 54, p. 100.

avizinha sobremaneira a execução civil do direito material, sob o enfoque da efetividade.

Deve-se prestigiar, atualmente, um conceito mais amplo que abarque todas as medidas executivas que invadam a esfera jurídica do devedor, sendo todas elas pertencentes ao conceito de execução forçada.

Quando o juiz ordena medidas executivas que individualizam o patrimônio de alguém, sujeitando-o à expropriação a fim de reverter seu produto ao credor, ele exerce conduta que *força* (impõe) a satisfação do direito do credor à custa do patrimônio do devedor. Todavia, igualmente, o faz quando impõe ao obrigado medidas coercitivas visando a atingir o mesmo resultado, ou sanciona condutas antijurídicas do devedor. Todas essas medidas encontram-se parificadas quanto às suas funções e seus efeitos na execução civil *forçada*. Acompanhamos, assim, o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco.⁸⁵⁰

2.7.3 Execução específica e execução genérica

Costuma-se diferenciar execução específica de execução genérica, ou por expropriação.

Do direito italiano advém essa diferenciação, especificamente estabelecida no Código Civil italiano de 16.03.1942, Título IV (Da Tutela Jurisdicional dos Direitos), Capítulo II (Da execução forçada), Seção I (Da Expropriação) e Seção II (Da Execução Forçada em Forma Específica). Entre estas últimas o Código Civil italiano alista as execuções de entrega de coisa móvel ou imóvel, de fazer e de não fazer.

⁸⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, n. 1.329, p. 45: “As técnicas e conceitos evoluídos ao longo dos tempos em matéria de execução civil concentram-se naquela que se faz em um processo autônomo e basicamente mediante a imposição de medidas de sub-rogação (execução tradicional); reservava-se a ela com exclusividade o nome de *execução forçada*, em oposição à execução *indireta* que se faz mediante os atos de pressão psicológica. Mas, a partir de quando ambas as formas passaram a conviver paritariamente no mesmo nível, sem que uma seja ordinária e outra excepcional, tanto a execução tradicional como a que se faz mediante a indução a cumprir são modalidades de *execução forçada*; ambas são feitas mediante o exercício imperativo da jurisdição e, por um modo ou por outro, o Estado-juiz *força* (impõe) a satisfação do direito à custa de algum sacrifício da esfera jurídica do obrigado. A execução é *forçada* quando o Estado-juiz atua sobre os bens, mas também *forçada* quando ele atua sobre o espírito do obrigado, ou seja, sobre sua vontade.”

A execução diz-se específica quando visa a satisfazer o credor com a obtenção, no plano do processo e pela via coativa, da própria obrigação inadimplida. Assim, nas obrigações de entrega de coisa, de fazer ou de não fazer a execução visa a obter em favor do credor exatamente a entrega do bem ou a conduta (positiva ou negativa) prometida. Persegue o sistema o próprio objeto da obrigação.

Excepcionalmente, não obtida por impossibilidade naturais ou jurídicas, então a obrigação específica converte-se em obrigação de dar ou entregar quantia certa, quando então estaremos frente à execução qualificada como genérica, ressarcitória ou inespecífica.

Marcelo Lima Guerra⁸⁵¹ diz que

“a execução é *específica* nas hipóteses em que se obtém a satisfação do direito do credor tal qual representado no título executivo. De outra parte, a execução é *genérica* naquelas outras hipóteses em que se proporciona ao credor apenas o equivalente pecuniário do direito originariamente consagrado no título executivo”.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini⁸⁵² ensinam que:

“Execução específica é a que visa a obter bem jurídico diferente de quantia em dinheiro, em favor do credor. Só será diretamente bem sucedida na medida em que tal bem seja conseguido. Em outros termos, só com a consecução de bem *in natura* tal execução terá atingido seus objetivos. São específicas as execuções de obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa certa e incerta.”

Já execução genérica é a que

“busca a obtenção de dinheiro. Se não encontrada a quantia pecuniária no patrimônio do devedor, tal execução poderá atingir qualquer bem abrangido pela responsabilidade patrimonial, que será alienado judicialmente, conseguindo-se assim dinheiro para a satisfação do crédito. É a execução por quantia certa”.⁸⁵³

⁸⁵¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, n. 2.5, p. 39.

⁸⁵² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 159.

⁸⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 159.

Para Cândido Rangel Dinamarco⁸⁵⁴ o que

“torna *específica* a execução para entrega e a das obrigações de fazer ou não-fazer é a especificidade do objeto do direito a satisfazer. Os meios executivos aplicam-se direta e especificamente sobre o objeto do direito exequendo, isto é, especificamente sobre a coisa devida. Tendem a oferecer ao credor precisamente o bem (coisa, serviço) que por ato do devedor deveria ter-lhe sido proporcionado. A conversão em pecúnia deve ser excepcional e determina a opção pela execução expropriativa, em vez de específica.

Na execução por quantia certa, o bem devido é dinheiro, coisa fungível por excelência e nada específica, sendo ainda que os meios executivos não incidem inicialmente sobre ele, mas sobre qualquer bem sujeito à responsabilidade (objeto instrumental da execução), para convertê-lo depois, juridicamente, na coisa devida (o dinheiro).”

Já ressaltou Saltore Satta⁸⁵⁵ que entre “execução-expropriação e a execução-específica não tem afinal nenhum ponto de contato, e igualar-lhes o desenho legislativo é fruto somente de gosto escolástico e literário (...)”. Assim, segundo esse jurista, parece absolutamente impossível encartar em uma única categoria a execução em forma específica e a execução por expropriação.⁸⁵⁶

Orlando Gomes⁸⁵⁷ entende que:

“Em verdade, a *execução coativa sob força específica* constitui a *forma* por excelência de satisfação do crédito. Todo credor espera que o devedor cumpra a obrigação tal como contraída. Tanto que, na execução *voluntária*, não pode substituir a prestação. Seria absurdo que tivesse essa prerrogativa por efeito do inadimplemento. Do mesmo modo, não tem o credor o direito de exigir outra prestação que não a devida. A inadimplência não o investe no direito à sua substituição. Nestas condições, o devedor não pode oferecer o equivalente em dinheiro, nem o credor pode exigí-lo. A *execução sob forma genérica* só se justifica quando impossível a *execução direta*, por tornar-se a prestação inútil ao credor, ou importar intolerável constrangimento na pessoa do devedor. A regra é a *execução sob forma específica*”.

⁸⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 195, p. 319-320.

⁸⁵⁵ SATTÀ, Salvatore. *Direito processual civil*, v. 2, p. 524.

⁸⁵⁶ SATTÀ, Salvatore. *Direito processual civil*, v. 2, p.523.

⁸⁵⁷ GOMES, Orlando. *Direito das obrigações*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, n. 132, p. 217.

Na obrigação de dar ou entregar quantia em dinheiro a execução tem por finalidade constranger patrimônio, aliená-lo para só depois entregar ao credor o objeto da obrigação. O Estado-juiz não faz incidir, via de regra, medidas executivas sobre o próprio objeto da obrigação (dinheiro), mas se vale de meios expropriativos para atingi-lo. Com efeito, estabelece o art. 646, do CPC, que: “A execução por quantia certa *tem por objeto expropriar bens do devedor*, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).” Excepcionalmente, consegue-se, desde logo, constrição sobre dinheiro, satisfazendo o credor.

Dinamarco⁸⁵⁸ ressalta que a distinção entre execução específica e por expropriação sugere um desdobramento muito fecundo, que extrapola o interesse meramente técnico-processual pelas diversas espécies de processos executivos e seu cabimento, segundo a lei, para pôr em questão a própria *efetividade do processo executivo*.⁸⁵⁹

Entendemos possível utilizar a *essência* do conceito de execução específica e adaptá-la aos fins deste ensaio.

Explicamos melhor: se execução diz-se específica porque incide diretamente sobre o objeto da própria obrigação, deixando sua substituição por outra (a pecuniária), em situações excepcionais, que acabam não entregando ao credor aquilo e exatamente aquilo que ele tinha o direito de obter, e se todos os

⁸⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 194, p. 317.

⁸⁵⁹ Cândido Rangel Dinamarco não inclui a obrigação de dar ou entregar quantia em dinheiro como forma de tutela específica. Assim se pronunciou o ilustre jurista (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, p. 441): “Institui-se a precisa e específica situação a que a pessoa tem direito (a) mediante a restituição da coisa que lhe foi indevidamente retirada, (b) mediante a entrega da coisa que devia ser entregue e não foi, (c) fazendo-se o que devia fazer e não foi feito, (d) abstendo-se do que não se deve fazer, (e) suportando-se uma atividade que não se devia impedir. A restauração do patrimônio mediante pecúnia, que é ressarcimento, não se qualifica como uma restauração direta e, portanto, não constitui execução específica”. Noutra passagem (Idem, v. IV, p. 443): “A execução *inespecífica* é estruturada para restaurar apenas a *utilidade* que o bem sacrificado representava (ainda Mandrioli); ou seja, para trazer ao credor um bem, que é o *dinheiro*, capaz apenas de possibilitar-lhe a obtenção de outros bens – esses, sim, aptos a satisfazer alguma necessidade ou desejo (alimentação, habitação, educação, lazer, viagens de puro lazer ou até mesmo luxo). A execução inespecífica tem lugar (a) quando o direito insatisfeito já tinha por objeto o dinheiro ou (b) quando uma obrigação de entrega ou de conduta é convertida em pecúnia, caso em que a tutela jurisdicional consiste em oferecer ao credor um valor em dinheiro capaz de proporcionar-lhe, na medida do possível, a mesma utilidade que a entrega do bem ou a conduta devida teriam produzido. O dinheiro é coisa fungível por excelência e não tem qualquer utilidade por si mesmo, senão pelos bens que pode comprar; por isso, quer o pague o devedor, quer o obtenha o juiz para o credor, trata-se sempre de propiciar a este a *utilidade* da qual o dinheiro é capaz. O caráter inespecífico das execuções por quantia tem por conseqüência que elas não se realizam mediante constrições sobre uma determinada coisa individualizada, como nas execuções para entrega de coisa certa, mas sobre qualquer bem do executado que possa servir para produzir dinheiro mediante as técnicas de alienação por ato do juiz”.

estudos mais modernos de processo dirigem-se à busca de maior efetividade da jurisdição, não vemos como deixar a execução por quantia certa contra devedor solvente, seja por ação autônoma, seja como fase de processo sincrético, fora dessa mesmíssima temática.

Na realidade o art. 646, do CPC não é dotado da melhor redação. Não é que a execução por quantia certa tenha por objeto expropriar bens do devedor. Seu objeto é satisfazer o direito do credor, entregando-lhe, em regra, quantia em *dinheiro*. Tanto é assim que este é o primeiro bem na gradação legal (art. 655, I, do CPC). A expropriação é medida executiva que se coloca como meio para atingir esse fim. Todavia, sua utilização não deve ser tão realçada, e se possível deve ser entendida como excepcional, tanto quanto a conversão da obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa em obrigação pecuniária.

Quanto à adjudicação, na execução civil, embora também constitua forma de satisfação, ela é excepcional. O que credor pretende receber, por meio da execução civil, é dinheiro. Quando não consegue é pleiteia adjudicação dos bens penhorados.

Atualmente, o que temos percebido é que, sob receio de desrespeito a direitos fundamentais, impede-se a utilização de meios efficientíssimos de localização e constrição do objeto da execução por quantia certa (dinheiro), para substituí-los, indevidamente, por atos de constrição de bens.

A diferença é gritante. No primeiro caso teremos a satisfação do credor, imediatamente, com penhora e entrega de dinheiro, cumprindo-se o objeto da obrigação inadimplida. No segundo, apenas teremos bens atingidos por atos de constrição, direcionando-se o procedimento *in executivis* à expropriação, com toda a morosidade e a formalidade que possui, para só então, *em caso de sucesso da alienação*, finalmente, entregar-se ao credor o objeto da prestação inadimplida.

O Direito Processual Civil contemporâneo não pode prestigiar soluções que colidam com a obtenção específica do objeto da obrigação insatisfeita. Com efeito, o art. 461, § 1º, do CPC, dispõe que: “A obrigação somente se converterá em perdas e danos *se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica* ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

Nessa perspectiva, muitas vezes, o devedor utilizando-se de artifícios escusos mascara patrimônio ocultando-o e subtraindo-o do alcance do poder jurisdicional sob variadas formas.

A quebra do sigilo fiscal e bancário, muitas vezes possibilita, desde logo, que o Estado-juiz entregue ao credor aquilo e precisamente aquilo que ele tinha o direito de obter. Uma postura ativa do juiz determinando diligências por meios eletrônicos pode permitir a localização de ações em que o devedor figura no pólo ativo da relação jurídica processual e está prestes a receber quantia em dinheiro, às vezes no mesmo juízo, ou em juízo localizado no mesmo Estado ou Seção Judiciária, de tal sorte que a penhora no rosto dos autos equivale praticamente a uma penhora em dinheiro.

Não podemos conceber o tratamento diferenciado que temos assistido entre a execução por quantia certa e as demais espécies de execução aparelhadas pelas mais modernas técnicas legislativas inseridas pelas Reformas do Código de Processo Civil. Cabe ao intérprete aproximar a execução por quantia certa contra devedor solvente das demais espécies de execução, *onde todas elas se tangenciam, sob a angulação de sua efetividade*, extraindo dessa maneira operativa de focar o sistema jurídico a autorização para que sejam adotadas *todas as condutas necessárias e suficientes* a direcionar à execução civil na busca de resultados concretos.

Atualmente, por força do art. 600, IV, do CPC (com a redação conferida pela Lei 11.382/2006), o devedor que for intimado e não indicar ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, pratica ato atentatório à dignidade da justiça, sujeitando-se à aplicação de multa no valor máximo de 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução (art. 601 do CPC).

Da mesma forma, pratica ato atentatório à dignidade da justiça o devedor que se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos e resiste injustificadamente às ordens judiciais (art. 600, II e III, do CPC).

Parece-nos que, o conceito de execução específica, em nossa opinião, e com olhos voltados ao nosso sistema jurídico, merece sim ser ampliado para abranger também a obrigação de dar ou entregar quantia, nos termos e com as observações acima expendidas.

Ora, a única tutela que se espera do Estado-juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente é a entrega de dinheiro à parte credora. Em regra, nenhuma outra. Não observamos nesse contexto qualquer diferença entre as obrigações de entrega de coisa, de fazer e não fazer e as obrigações de dar ou entregar quantia em dinheiro. Se aquelas têm por objeto a própria coisa, ou a conduta prometida, deixando-se a conversão em pecúnia como opção excepcionalíssima, esta tem por objeto a *entrega exata da quantia prometida*, devendo o Estado-juiz remover qualquer conduta ilegítima do obrigado que dificulte a obtenção desse resultado.⁸⁶⁰

A fungibilidade não constitui óbice a qualquer aproximação conceitual entre as obrigações em análise num gênero maior (tutela específica), porque a obrigação de entrega de coisa incerta (determinadas pelo gênero e quantidade), é fungível por natureza (art. 85 do CC), tal qual a obrigação de entrega de dinheiro.

A execução de fazer e não fazer, de certa forma e em certa medida, também possuem a nota característica da fungibilidade, de tal sorte que, descumprida uma obrigação de não fazer, pode o devedor restaurar a ordem jurídica sendo obrigado ao cumprimento de uma obrigação de fazer. As medidas de apoio previstas no art. 461, § 5º, do CPC, autorizam essa conclusão.

Portanto, a infungibilidade das obrigações tidas por específicas, não é o melhor critério para afastar igualmente a tutela específica da obrigação de dar ou entregar quantia em dinheiro.

⁸⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, p. 441, conceitua: “Diz-se específica a execução consistente na *restauração direta do interesse sacrificado* (Crisanto Mandrioli), mediante a oferta, a quem tem um direito, da precisa situação que o obrigado deveria haver produzido e não produziu, ou que ele alterou sem ter o direito de alterá-la, ou impediu que se produzisse quando devia ter permitido”. Ainda do mesmo autor (Idem, v. IV, p. 443): “(...) a execução específica visa a restaurar direta e especificamente *o próprio direito sacrificado* ou transgredido pelo obrigado (...)” Não vemos porque essas lições também não possam ser estendidas às obrigações de entrega de quantia em dinheiro.

A imposição de medidas coercitivas (execução indireta), não é mais privilégio da execução visando à obtenção de condutas ou entrega de coisa, consoante já vimos mais de uma vez ao longo deste trabalho, e, agora, também se aplica à execução por quantia certa contra devedor solvente.

O alargamento conceitual de execução específica faz com que o intérprete e o operador do direito, a exemplo do que se deu quando da Reforma do Código de Processo operada pela Lei 8.954/1994 que deu nova redação ao art. 461 do CPC, não se contentem com respostas formais por parte do Estado-juiz.

Tanto quanto a conversão em pecúnia é a última opção a ser adotada na execução para entrega de coisa ou nas obrigações de fazer ou não fazer, a suspensão da execução por quantia certa contra devedor solvente por “falta de bens penhoráveis” só pode ser concebida quando inexistirem caminhos possíveis e legítimos para serem seguidos na busca de patrimônio expropriável ou, preferencialmente, do próprio dinheiro devido.

Devem ser prestigiadas medidas que primeiramente penhorem dinheiro e, apenas no insucesso, então se parta para a penhora em outros bens. Atualmente e de maneira injustificada, assistimos a preferência recorrente dos magistrados pelo caminho inverso. Ou seja, negam a quebra de sigilos (bancário especificamente), esvaziando qualquer chance de penhora em dinheiro. Deferem penhora de bens, *para se chegar no mesmíssimo resultado: venda de bens para entrega ao credor de dinheiro.*

Enfocando os magistrados a execução com visão um pouco mais aberta e prospectiva, o processo entregará ao credor *especificamente aquilo* e tudo aquilo que ele tinha o direito de obter.

Já o dissemos e desenvolveremos adiante com maior precisão essa idéia: os direitos fundamentais não constituem salvo conduto para devedores de condutas escusas, que se tem valido de uma visão inefetiva da execução por quantia certa e desse enfoque pouco aproximado, segmentado e compartimentado da jurisdição e de suas finalidades.

Calha, aqui, mais uma vez, a advertência de Dinamarco a esse respeito, direcionada *especificamente* aos magistrados no sentido de que não

frustrem os objetivos do processo de execução, a pretexto de “proteção” aos direitos fundamentais de devedores que fazem da inadimplência seu meio de vida.⁸⁶¹

Enfim, não queremos negar ou baralhar conceitos já estratificados por doutrina de escol. Mas, parece-nos ser operativo passar a visualizar a execução por quantia certa contra devedor solvente com a mesma conotação que se opera a execução para entrega de coisa ou que visa ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Dizer que a execução por quantia não é específica, pode denotar a idéia de que o sistema privilegia medidas sub-rogatórias em detrimento de outras que se mostram mais eficazes, como o bloqueio e a penhora de dinheiro e isso todos nós sabemos não é verdade. O que é a penhora em dinheiro com entrega deste ao credor, senão a obtenção *in natura* da prestação devida? Talvez o alargamento e adaptação conceitual à realidade atual seja a melhor solução.⁸⁶²⁻⁸⁶³

2.7.4 Execução frutífera e execução infrutífera

O ideal almejado através da execução é a produção dos mesmíssimos resultados que produziriam a satisfação voluntária do direito pelo próprio obrigado. A execução será, em cada caso, mais ou menos frutífera, caso o Estado consiga se aproximar tanto quanto possível da obtenção dos mesmos resultados que o adimplemento voluntário traria.⁸⁶⁴

⁸⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, p. 58.

⁸⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, p. 374, aparentemente insere a execução por quantia certa contra devedor solvente no conceito de execução específica. Isso porque após dizer que o interesse do exequente é o de ver atendida, no prazo possível, a prestação a que tem direito e que a efetividade do processo executivo está relacionada diretamente com sua aptidão para entregar ao credor a prestação *in natura*, diz que, para que esse objetivo possa ser alcançado, dispõe o juiz de *meios executivos*, relacionando aqueles citados por Chiovenda, quais sejam *meios de coação* e *meios de sub-rogação*. A lição do eminente processualista é pertinente aos comentários que fez acerca do art. 612 do CPC, que dispõe acerca do processamento da execução no interesse do credor, que adquire pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

⁸⁶³ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 110 fala em “tutela específica” do direito fundamental ao processo sem dilações indevidas, que se concretiza, segundo o autor, pelo amplo espaço de atuação dos órgãos jurisdicionais. Ora, adotar medidas que entreguem ao credor dinheiro, da maneira mais célere possível, é tutela especificamente seu direito fundamental. Nesse sentido, as lições desse jurista aproximam-se de nossas colocações.

⁸⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 58, p. 100.

Isso depende de uma série de circunstâncias, especialmente “da solicitude do órgão jurisdicional, da eficiente cooperação do exequente, das possibilidades do patrimônio do executado, da conduta leal deste e de tantos outros fatores; mas nem por isso se desnatura o seu *objetivo* específico, quando ela for menos frutífera”, como averbou Dinamarco.⁸⁶⁵

Ensina Liebman⁸⁶⁶ que: “A execução por quantia certa não encontra os obstáculos que podem tornar impossível o emprego dos outros meios executivos: ela é sempre possível. Contudo encontra ela também seus limites, que são traçados pela consistência econômica do patrimônio do devedor. Enquanto houver bens neste patrimônio, e eles não forem excluídos da execução por disposições legais (...) a satisfação do credor poderá ser conseguida pela desapropriação desses bens. Quando porém eles forem para tal efeito insuficientes, também este meio deixará de atingir sua finalidade irremediavelmente, denunciando situação de absoluta impotência da organização jurídica da sociedade”.

A ausência de bens penhoráveis é causa legal de suspensão da execução (art. 791, III, do CPC). Às vezes existem bens, mas são excluídos da órbita executiva por expressas disposições legais que são estabelecidas em atenção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). O art. 649 do CPC considera absolutamente impenhoráveis vários bens. O bem de família é igualmente alijado das constrições judiciais (Lei 8.009/1990). Nesse terreno, o patrimônio do devedor permanecesse imune aos atos estatais.

Respeitadas as disposições normativas que protegem o patrimônio do devedor contra os atos executivos e retratam, em última análise, aplicação de um princípio positivado em nosso sistema, que é o princípio da menor onerosidade ao devedor (art. 620 do CPC), a atenção do operador do Direito deve voltar-se contra qualquer conduta que esgote a eficácia da execução civil. A execução pode deixar de ser infrutífera e passar a ser frutífera diante da maneira pela qual o juiz direcione os atos executivos, em conexão direta com princípios jurídicos, especialmente os princípios próprios da execução.

⁸⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 58, p. 100.

⁸⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 16, p. 38.

2.7.5 Execução definitiva e execução provisória

A execução qualifica-se como definitiva ou provisória conforme a estabilidade do título executivo.

Estabelece o art. 475-I, § 1º, do CPC que é definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

Dispõe o art. 587 que é definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739). Essa é a atual redação conferida pela Lei 11.382/2006.

A redação anterior era a seguinte: “Art. 587. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”.

Na execução provisória, ressalta Paulo Henrique dos Santos Lucon,⁸⁶⁷

“há uma antecipação de alguns efeitos jurídicos do provimento final, pois não há ainda sentença (ou acórdão) transitada materialmente em julgado, ou seja, o processo está ainda em curso, inexistindo coisa julgada, razão pela qual a antecipação será sempre limitada a certos efeitos jurídicos da sentença, excluindo, de um lado, a certeza jurídica (obtida mediante cognição exauriente e definitiva) e incluindo, de outro, os efeitos executivos ou aqueles que sejam eventualmente ligados à executoriedade do provimento final.”

A redação conferida pela Lei 11.382/2006, embora afaste as dúvidas existentes sobre ser definitiva ou provisória a execução de título extrajudicial, pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos recebidos com efeito suspensivo, encontra-se contrária ao entendimento majoritário da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça,⁸⁶⁸ que possui Súmula

⁸⁶⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 209.

⁸⁶⁸ Nesse sentido: a) “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DO DEVEDOR. PROSSEGUIMENTO DA

nesse sentido: “Súmula 317. É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”. A Lei 11.382/2006 fez prevalecer anterior entendimento do Superior Tribunal de Justiça.⁸⁶⁹

EXECUÇÃO COMO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE EXECUÇÃO DEFINITIVA EM PROVISÓRIA. PRECEDENTES. 1. Nos termos da Súmula 317/STJ, ‘é definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos’. 2. Havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (*fumus boni juris e periculum in mora*), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. O mesmo efeito é alcançável, com relação aos recursos especial e extraordinário, como ‘medida cautelar’, nas mesmas hipóteses e pelos mesmos fundamentos. 3. Precedentes: EAg 480374/RS, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.05.2005 e RESP 658778/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 01.08.2005. 4. Recurso especial a que se dá provimento.” (STJ – 1ª T., REsp. 858950 (200601234436/RS), rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 26.10.2006, p. 264) b) “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS IMPROVIDOS. PENDÊNCIA DE APELAÇÃO. EXECUÇÃO DEFINITIVA. ARTIGO 557. APLICAÇÃO. 1. É definitiva a execução posto pendente recurso interposto contra sentença de improcedência dos embargos opostos pelo executado. Precedentes da Corte: AgRg na MC 6286 / SP, Segunda Seção, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 29/06/2005, EAg 480374 / RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09/05/2005, EREsp 440823/RS, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 25/04/2005. 2. O título base é que confere definitividade à execução. Assim, se a execução inicia-se com fulcro em título executivo extrajudicial e os embargos oferecidos são julgados improcedentes, havendo interposição pelo executado de apelação sem efeito suspensivo, prossegue-se, na execução, tal como ela era; vale dizer: definitiva, posto fundada em título extrajudicial. Ademais, neste caso, não se está executando a sentença dos embargos senão o título mesmo que foi impugnado por aquela oposição do devedor. 3. Rejeição da tese da não-definitividade da execução com embargos rejeitados e recorrida a decisão, em razão do grau de prejudicialidade que o provimento do recurso interposto da decisão denegatória pode encerrar. 4. Deveras, a lei prevê indenização para a hipótese de execução provisória, com muito mais razão deve conceber esta responsabilidade gerada pela execução definitiva, cuja obrigação vem a ser declarada inexistente. Desta sorte, pendendo o recurso de decisão que julgou os embargos improcedentes, o exequente poderá optar entre seguir com a execução definitiva, tal como procedia antes da interposição dos embargos, sujeitando-se ao disposto no artigo 574, do CPC, ou aguardar solução definitiva do juízo *ad quem*. 5. Entendimento jurisprudencial recentemente sumulado sob o verbete nº 317/STJ: ‘É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos’. 6. A aplicação do artigo 557, do CPC, supõe que o julgador, ao isoladamente, negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, confira à parte, prestação jurisdicional equivalente a que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado. 7. A *ratio essendi* do dispositivo, com a redação dada pelo artigo 1º, da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerrem matéria controversa. 8. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade. (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 508889/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ de 05.06.2006; AgRg no REsp 805432/SC, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 03.05.2006; REsp 771221/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 24.04.2006; e AgRg no REsp 743047/RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 24.04.2006). 9. Agravo regimental desprovido.” (STJ, 1ª T., AGRESP 723422 (200500223378), rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.08.2006, p. 217).

⁸⁶⁹ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUTIVO FISCAL. EMBARGOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO ENQUANTO PENDENTE DE Apreciação RECURSO DE APELAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 587, DO CPC. PRECEDENTES. 1. Agravo Regimental interposto contra decisão que conheceu de agravo de instrumento para dar provimento ao recurso especial da parte agravada. 2. O Acórdão *a quo* indeferiu pedido de efeito suspensivo à apelação interposta em face de embargos à execução julgados

Assim, atualmente, tanto a sentença condenatória ainda não transitada materialmente em julgado, uma vez pendente de solução recurso desprovido de efeito suspensivo (recurso especial, recurso extraordinário etc), quanto a execução fundada em título executivo extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos à execução recebidos com efeito suspensivo, são execuções provisórias.

Caso os autos encontrem-se em primeiro grau de jurisdição, a execução provisória processa-se desde logo nos mesmos autos.

Caso encontrem-se no tribunal, o credor deve requer o processamento da execução provisória junto ao juízo de primeiro grau, instruindo sua petição com cópias autênticas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto no art. 544, § 1º, do CPC (as cópias são declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal): sentença ou acórdão exequendo, certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo, procurações outorgadas pelas partes, decisão de habilitação se for o caso, e facultativamente, outras peças processuais que o credor considere necessárias (art. 475-O, § 3º, I, II, III, IV, V, do CPC).

Preceitua o art. 475-O, do CPC que a execução provisória far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos

improcedentes. 3. A mensagem do art. 587, do CPC, na parte em que dispõe ser definitiva a execução quando fundada em título extrajudicial deve ser interpretada com os limites postos pelo § 1º, do art. 739, do CPC, conforme a Lei nº 8.953/94, ao afirmar serem sempre recebidos com efeito suspensivo os embargos interpostos pelo devedor executado. 4. Surge como construção interpretativa lógica a conclusão de que a execução será definitiva, tão-somente, quando não forem interpostos embargos do devedor ou estes tenham sido julgados definitivamente, quer quanto ao mérito, quer por via de rejeição liminar. 5. Pendente a apelação contra a sentença que julga improcedentes, ou parcialmente procedentes, embargos do devedor, a execução não é definitiva, mas provisória, não podendo chegar, portanto, a atos que importem alienação. A alienação de bens penhorados antes do julgamento da apelação proposta poderá acarretar dano de difícil reparação, uma vez que, caso provido o recurso, não poderá obter de volta os bens alienados, tendo em vista os direitos assegurados ao adquirente de boa-fé. 6. Precedentes da Primeira Turma desta Corte Superior. 7. Agravo regimental não provido.” (STJ, 1ª T., AGA 474510 (200201202558), Rel. Min. José Delegado, *DJ* 24.03.2003, 158).

nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

No caso do inciso II do *caput* desse artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução (art. 475-O, § 1º). A caução a que se refere o inciso III do *caput* desse artigo poderá ser dispensada (art. 475-O, § 2º, I e II do CPC): quando nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o credor demonstrar situação de necessidade; nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

2.7.6 Execuções especiais

Por razões de política legislativa – *e.g.*, peculiaridades do direito material ou condição especial do credor ou do devedor – a satisfação do direito do credor pode ser processada segundo procedimento específico diverso daquele disciplinado pelo Código de Processo Civil para a execução por quantia certa (art. 646 e seguintes), como ocorre com a execução alimentícia (arts. 733-734 do CPC), a execução fiscal (Lei 6.830/1980), a execução contra a Fazenda Pública (arts. 730-731 do CPC) e execução de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação (Lei 5.741/1971).

As disposições especiais prevalecem sobre as disposições gerais do Código de Processo Civil. Todavia, na ausência de disposições específicas aplicam-se as regras deste último, desde que compatíveis com a sistemática do regramento específico.

2.7.7 Execução por quantia certa contra devedor solvente e execução por quantia certa contra devedor insolvente

Havendo bens suficientes para satisfazer o credor, ou a mera potencialidade de que essa situação exista, no que diz respeito à execução visando ao recebimento de quantia certa, o procedimento aplicável na busca desse resultado é aquele estabelecido pelo art. 475-J e seguintes do CPC, tratando-se de cumprimento de sentença, ou aquele gizado pelo art. 646 e seguintes do CPC, se a execução basear-se em título extrajudicial.

Todavia, sendo o devedor insolvente, a execução realiza-se no interesse de vários credores e a satisfação sujeita-se aos procedimentos da execução por quantia certa contra devedor insolvente (art. 748 e seguintes do CPC), ou tratando-se de devedor empresário ou sociedade empresária às disposições da Lei 11.101/2005 acerca da falência.

2.7.8 Execução imprópria

Nas demandas em que a sentença só por si proporcione à parte a proteção ao seu direito violado ou ameaçado de violação, por vezes, após o trânsito material em julgado são necessárias algumas medidas cartoriais para formalizar aquilo que o comando sentencial já realizara.

Trata-se de medidas que simplesmente exaurem a tutela jurisdicional já implementada e que só existem por razões de política legislativa, especialmente para garantir publicidade e a própria observância do pronunciamento jurisdicional.

Não se revestem de cunho sancionatório e satisfativo. Justamente por isso, não se trata propriamente de execução, no sentido técnico-processual. Por essa razão costuma-se dizer que essas medidas constituem *execução imprópria*, tal como ocorre com a averbação da sentença de separação ou divórcio no assento de

casamento, o registro do cancelamento ou transferência de imóvel junto à matrícula do cartório imobiliário etc.⁸⁷⁰

Entendeu-se por bem alistar a chamada “execução imprópria” nesta parte do trabalho para demonstrar que não se trata, na verdade, de medida executiva.

2.8 Princípios da execução civil

2.8.1 Os princípios jurídicos como importante parte do sistema jurídico e o seu papel como fator de equilíbrio desse mesmo sistema

Os princípios jurídicos, assim como as regras, são espécies de normas e fazem parte do sistema jurídico. Diferenciam-se destas porque são dotados de maior grau de abstração, encontram-se em constante grau de tensão com princípios antagônicos, contêm grande carga valorativa e sua aplicação é uma questão de ponderação. Assim, embora existam princípios antagônicos, como por exemplo, celeridade e segurança jurídica isso não autoriza dizer que se excluam. Para o juiz deferir a antecipação de tutela (arts. 273 e 461, § 3º, do CPC) ele realiza justamente a ponderação entre esses dois princípios.

A atribuição de efeito suspensivo à impugnação à execução (art. 475-M do CPC) e aos embargos à execução (art. 739-A do CPC), igualmente, assenta-se no balanceamento entre a celeridade, advinda da eficácia executiva abstrata do título, e a segurança jurídica, radicada em alegações do devedor que visam a destruir e a conter a fonte de energia (o título executivo) da execução civil.

⁸⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 3, p. 6: “Do mesmo modo, não é execução a chamada execução *imprópria*. Denomina-se assim a atividade desenvolvida pelos órgãos públicos não pertencentes ao poder judiciário e consistente na transcrição ou inscrição de um ato em registro público (registro civil, imobiliário), mesmo se ordenado pelo juiz. Escopo destas atividades é conferir publicidade aos atos respectivos, e tem por isso caráter executivo ou não, conforme o ato seja (ex.: penhora) ou não de execução”.

De acordo com as circunstâncias do caso concreto, um princípio pode prevalecer sobre o outro e, em outra situação, inverterm-se os graus de importância. Podem até mesmo ser aplicados de maneira conjunta.

Norberto Bobbio enfatizou:⁸⁷¹

“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normais mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”.

Karl Larenz⁸⁷² ao analisar os princípios jurídicos observou que o Tribunal Constitucional Federal alemão se serve do método da “ponderação de bens no caso concreto” para determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidem entre si. Também pontuou que do mesmo método se serve a jurisprudência dos tribunais, por exemplo, quando o direito geral da personalidade de alguém colide com o direito geral de personalidade ou com um direito fundamental de outrem, como também em muitos outros casos de colisão (*e.g.*, saber se existe estado de necessidade).

Ainda segundo esse jurista,⁸⁷³ os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas em certa medida são “abertos”, “móveis”, podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si.

A jurisprudência consegue isso mediante uma “ponderação” dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo, conforme o “peso” que ela confere ao bem respectivo na situação analisada. Porém, o “ponderar” e “sopesar” é só uma imagem: não se trata de dimensões quantitativamente mensuráveis, senão resultado

⁸⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1999, p. 158.

⁸⁷² LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2. ed. Tradução: M. Rodríguez Molinero. Editorial Ariel: Barcelona, 2001, p. 400.

⁸⁷³ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 400.

de valorações, que não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso.⁸⁷⁴

Outro não é o posicionamento de Karl Engisch⁸⁷⁵ ao dizer que embora o princípio da legalidade da atividade jurisdicional permaneça em si intocado, as leis são hoje, porém, elaboradas de tal forma que os juízes não descobrem e fundamentam suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de modo semelhante ao do legislador. A utilização nas regras jurídicas de palavras de conteúdos semânticos indeterminados reconduz, em regra, o processo decisório do juiz a uma ponderação de valores e de princípios jurídicos.

Segundo Robert Alexy os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, do caso concreto. Podem ser satisfeitos em graus diferentes. São suscetíveis de ponderação.⁸⁷⁶

Ensina José Miguel Garcia Medina⁸⁷⁷ que um “princípio jurídico para ser reconhecido como tal, *não carece de menção expressa numa regra escrita em especial.*”

O princípio da proporcionalidade desempenha papel de relevo na devida ponderação entre os princípios prevalentes. É um princípio “para lidar com outros princípios, de molde a preservar os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal” como destaca Teresa Arruda Alvim Wambier.⁸⁷⁸

Já as regras são normas que possuem menor grau de abstração do que os princípios. Determinam condutas, mas não se acham em grau de tensão com

⁸⁷⁴ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 400.

⁸⁷⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 207 e ss.

⁸⁷⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 162.

⁸⁷⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, nota de rodapé n. 22, p. 60.

⁸⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 64.

outras regras. Logo, ou uma regra é aplicável ou não é. Não são suscetíveis de ponderação.⁸⁷⁹

Cresce, contemporaneamente, a consciência de que o juiz não se encontra totalmente vinculado ao comando das regras jurídicas. Não é que deva abandoná-las, porque uma das funções das regras – talvez a maior delas – é gerar segurança jurídica. Todavia, as regras não conseguem, por óbvio, abarcar em seus limitados quadrantes toda a complexidade da vida. Algumas vezes, as regras mostram-se ineficazes para atingir os fins ambicionados pelo sistema. Existem, assim, situações nas quais a aplicação da regra estaria em manifesto confronto com os fins colimados pelo sistema jurídico. Trata-se dos chamados *hard cases*, ou seja, casos difíceis e impossíveis de serem decididos à luz apenas das regras jurídicas.

Ronald Dworkin⁸⁸⁰ desenvolveu notável estudo no direito americano acerca da utilização dos princípios jurídicos, justamente enfocando casos nos quais as regras não proporcionavam uma solução razoável.

Nessas hipóteses estará autorizado o juiz a decidir com base nos princípios jurídicos, de forma a vencer as deficiências e imperfeições do sistema, analisando todas as circunstâncias particulares do caso concreto e ponderando qual é o princípio jurídico prevalente na espécie. Pode, inclusive, afastar a aplicação de regras. Os princípios jurídicos podem ainda orientar em que sentido as regras devem ser aplicadas.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier,⁸⁸¹ atualmente cobra-se do juiz uma decisão justa e funcional, devendo o magistrado optar por uma concretização da idéia de justiça que esteja embutida no sistema jurídico. Isso não quer dizer que as regras jurídicas devam ser simplesmente desprezadas. Entretanto, em casos difíceis (*hard cases*) onde a aplicação pura e simples das regras à hipótese fática leva a resultados totalmente desarmônicos com o sistema jurídico, está o

⁸⁷⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 162-163.

⁸⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução: Marta Guastavino, 1ª ed., 2ª reimpressão. Barcelona: Ariel, 1995, prólogo, p. 9-11.

⁸⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 55.

magistrado autorizado a decidir com base em outros elementos contidos no próprio sistema (doutrina, jurisprudência e princípios).⁸⁸²

Na concretização do direito à saúde e à própria vida e em excelente exemplo de ponderação de princípios, o Supremo Tribunal Federal tem imposto ao Poder Público a obrigação de custear a aquisição de medicamentos, fazendo prevalecer esses direitos inalienáveis do ser humano sobre o interesse financeiro e secundário do Estado, ou entraves burocráticos no cumprimento de sua obrigação constitucionalmente prevista e imposta solidariamente à União, aos Estados e aos Municípios (arts. 23, II, 196 a 198, da CF).⁸⁸³

⁸⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 121 e ss. Conferir ainda: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade dos “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 4, p. 1.090-1.091, 2001

⁸⁸³ Nesse sentido encontra-se a decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, proferida no RE 393.175, de 1º.2.2006, e transcrita no Informativo 414, do STF: “(...). Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ‘Comentários à Constituição de 1988’, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, ‘Poder Constituinte e Poder Popular’, p. 199, itens ns. 2021, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente

Já ressaltou o Min. Celso de Mello, em decisão proferida no RE 393.175, de 1º.2.2006, e ponderando o conflito entre princípios colidentes (vida, saúde e finanças públicas), que: “(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.”

Ressaltou, igualmente, o Min. Celso de Mello, no mesmo julgado que: “Cumprasse assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.”

vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumprasse assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Todas essas razões levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida nos presentes autos, ainda mais se se considerar que o acórdão ora recorrido diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em causa (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 462.563/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 486.816-AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 532.687/MG, Rel. Min. EROS GRAU – AI 537.237/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RE 297.276/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 342.413/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 353.336/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO – AI 570.455/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.): (...).”

2.8.2 Princípios informativos e princípios fundamentais do Direito Processual Civil

Costuma-se divisar os chamados princípios informativos dos princípios fundamentais do Direito Processual Civil. Aqueles, constituem regras gerais de ordem predominantemente técnica e, pois, desligadas de mais intensa permeação ideológica, ao passo que os princípios fundamentais são diretrizes marcadamente inspiradas por características políticas. Os primeiros são mais “universais” do que os últimos, vez que por serem predominantemente técnicos se desprendem dos sistemas positivos e são menos ou pouco influenciáveis pela realidade social.⁸⁸⁴

Justamente por serem predominantemente técnicos, os princípios informativos não admitem praticamente princípios antagônicos ou contrários, dado que seriam estas regras atécnicas e, assim, conducentes a resultados objetivamente indesejáveis, enquanto que os princípios fundamentais, justamente pela carga ideológica que carregam, admitem por definição, princípios outros, que se lhes contraponham.⁸⁸⁵

Os princípios informativos, verdadeiros axiomas, são os seguintes: a) lógico; b) jurídico; c) político e d) econômico.

O processo constitui uma estrutura técnica *lógica*, vez que vocacionada a um fim específico. No plano *jurídico*, submete-se a um ordenamento jurídico preexistente a ele. A vitalidade de dado sistema processual prende-se necessariamente a determinadas premissas *políticas* que têm de ser conhecidas para a correta aplicação da lei. Interessa ao legislador que, com um mínimo de atividade expendida se obtenha o máximo de rendimento possível. Enfim, o processo há de ser, sob esse enfoque, *econômico*.

Essa classificação dos princípios processuais, idealizada por Mancini, não será por nós adotada neste trabalho. Isso porque, embora obviamente

⁸⁸⁴ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, p. 81.

⁸⁸⁵ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, p. 81.

sejam importantes para a Ciência Processual, os princípios informativos possuem um grau de abstração tão elevado, que em regra não se prendem a hipóteses concretas. São verdadeiros ideais que representam um processo civil “perfeito”.

Já os princípios fundamentais, prendem-se a hipóteses concretas trazidas à apreciação dos magistrados e cuja aplicação refletirá na vida das sujeitos do processo.

A relação de tensão recíproca entre os princípios fundamentais permite a permeabilidade e adaptabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais às circunstâncias da lide deduzida em juízo.

Do balanceamento e ponderação entre os princípios fundamentais é que surgirá a base sustentadora do pronunciamento jurisdicional (sua fundamentação - art. 93, IX, da CF), e que garante às partes controle sobre o processo decisório. Aqui não existe espaço para o arbítrio, porque a decisão deve justificar-se, explicitando o porquê teve prevalência esse e não aquele princípio.⁸⁸⁶

2.8.3 Princípios fundamentais da execução civil

Na execução civil, os princípios jurídicos também desempenham notável importância.

Numa estrutura processual em que o Estado-juiz desenvolve atividades de agressão patrimonial contra e independentemente da vontade do devedor; em que sua esfera jurídica é afetada drasticamente, inclusive às vezes em sua liberdade individual (v.g., prisão civil do depositário infiel); em que ele não pode se opor à realização dessa legítima atividade, inclusive sob pena de incidir na prática de crime, senão por meio de medidas expressamente previstas em lei; em que o direito ao contraditório e à ampla defesa é mitigado e adaptado à funcionalidade própria da execução, os princípios jurídicos constituem importantíssima *fonte de equilíbrio entre os direitos fundamentais do credor e do*

⁸⁸⁶ Adotam essa classificação respeitáveis juristas: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 83-85 e ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 8, p. 96.

devedor: aquele com pretensão voltada à máxima efetividade que se possa extrair sobre a esfera jurídica deste, que por sua vez não pode sofrer a incidência atividade jurisdicional senão dentro dos estritos quadrantes em que essa atividade se mostre adequada e legítima.

Por essa razão examinamos anteriormente as características principais dos princípios, que os diferenciam das regras, mas garantem sua aplicação conjuntamente com elas. Trata-se de assunto estritamente ligado aos poderes do juiz e ao seu adequado exercício.

Os poderes dos magistrados exercidos na execução civil encontram-se entrelaçados com os princípios fundamentais desta, sendo impensável qualquer pronunciamento executivo desvinculado dessas normas.

Na execução civil, a todo o instante os princípios desempenham a função de orientar os pronunciamentos jurisdicionais de molde a extrair a máxima eficácia da atividade jurisdicional, sem desrespeitar os direitos fundamentais do devedor.

Não obstante na execução o juiz não julgue a relação jurídica que supostamente envolve as partes no plano do direito material, constitui manifesto equívoco entender que ele não possa aplicar, no desempenho dessa função jurisdicional, princípios jurídicos. Ao contrário, os princípios jurídicos buscam o ponto de equilíbrio e diminuem o grau de tensão entre a pretensão executiva do credor e o direito à sua adequada realização por parte do devedor.

O poder criativo outorgado aos magistrados em casos difíceis (*hard cases*), também se evidencia na execução civil.

Assim, os poderes de que são investidos os magistrados possuem matriz não só nas regras expressas do Código de Processo Civil ou legislações esparsas, mas igualmente nos princípios jurídicos.

Os princípios jurídicos garantem o regular desenvolvimento da relação processual executiva, ou fase executiva em processo sincrético.

A celeridade e economia processuais aliam-se à eficiência que o credor espera dos meios executivos.

O devedor não encontra supedâneo no sistema jurídico para impedir a plena realização da satisfação do credor, principalmente criando ilegalmente obstáculos à consecução dos resultados a que o sistema visa. Se existentes, cabe ao juiz removê-los, e os princípios constituem fonte segura (porque adequada) nessa tarefa.

Por outro lado, agressão patrimonial que não encontre apoio no sistema (lei, doutrina e princípios) é atividade arbitrária, que fere direitos fundamentais do devedor e que deve ser coibida, pelos vários modos previstos nesse mesmo sistema.

Enfim, o operador do Direito que desconhece os princípios próprios da execução civil passa a enfocá-la por uma angulação muitíssimo limitada (legalidade estrita). A concretização da função jurisdicional executiva é extremamente complexa em sua dinâmica e visualizá-la pela simples angulação das regras é conhecê-la “pela metade”.

Os poderes do juiz na execução civil devem necessariamente ser examinados em conjunto com os princípios jurídicos. Para nós, atualmente, é impossível dissociar a atividade jurisdicional, em qualquer espécie de processo, de uma adequada compreensão dos princípios jurídicos e de sua real importância para o sistema.

Na primeira parte desse ensaio observamos que a visão radicada estritamente nas regras jurídicas diz respeito ao início da formação do Estado de Direito. Entendia-se que a ausência de liberdade do magistrado e a vinculação absoluta à lei constituíam fonte de segurança para o jurisdicionado. Hoje, sabe-se que o fenômeno decisório é muito mais complexo do que esse modelo pensado para uma sociedade oitocentista.

Atualmente, exige-se do magistrado que direcione a atividade jurisdicional de modo a decidir os casos concretos de acordo com suas especialíssimas peculiaridades, e isso não é simplesmente possível de ser realizado por meio de mecânica aplicação das regras jurídicas e do método subsuntivo clássico.

Daí a razão pela qual não poderíamos deixar de citar nessa parte do trabalho noções de princípios jurídicos, radicadas em lições de autores consagrados, bem como alistar alguns princípios próprios da execução civil, especialmente aqueles atinentes à execução por quantia certa contra devedor solvente. Também nesse terreno, inexistente unanimidade na doutrina. Alguns autores relacionam pouquíssimos princípios jurídicos. Já outros catalogam vários princípios.

José Miguel Garcia Medina,⁸⁸⁷ por exemplo, um dos autores nacionais que se destaca pelo profundo estudo dos princípios fundamentais da execução civil, entende que

“podem-se separar os princípios em três grandes grupos, relativos (a) aos pressupostos básicos da execução; (b) à estrutura ou forma da execução e sua relação com a cognição; (c) aos poderes do juiz e sua limitação quanto aos meios executivos suscetíveis de serem utilizados, notadamente em relação à tutela das partes quanto a tais meios. Os princípios relativos ao primeiro grau são os da *nulla executio sine titulo* e da execução sem título permitida; quanto à estrutura, trata-se dos princípios da autonomia da execução e do sincretismo entre cognição e execução; quanto à limitação dos meios executivos e dos poderes do juiz, está-se diante dos princípios da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas, cuja aplicação é norteada, dentre outros, pelo princípio do meio mais idôneo e da menor restrição possível”.

Alguns doutrinadores relacionam como princípios da execução civil o que, em nosso entender, *data maxima venia*, pode ser qualificado como característica estrutural e funcional dessa técnica processual. Às vezes, a diferenciação nem sempre é possível porque os temas encontram-se entrelaçados.

Humberto Theodoro Júnior,⁸⁸⁸ por exemplo, alista o ônus da execução a ser suportado pelo devedor, como princípio. Para nós, trata-se de característica da própria execução, em que o devedor sujeita-se à investida estatal. Para esse mesmo e ilustre autor⁸⁸⁹ a satisfatividade do credor seria outro princípio da execução, e para nós trata-se igualmente de característica do procedimento *in executivis*.

⁸⁸⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 90-91.

⁸⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, n. 687-f, p. 130.

⁸⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, n. 687-b, p. 129.

Teori Albino Zavascki⁸⁹⁰ e Araken de Assis⁸⁹¹ entendem que, ao ser necessária uma adequação entre a função executiva e o procedimento hábil a debelar, materialmente, a situação contrária ao Direito de acordo com as especificidades da partes e da obrigação retratada no título, existiria um princípio fundamental da execução, qual seja o princípio da adequação das formas.

De fato, também na execução, assim como acontece com as demais funções jurisdicionais, o meio processual escolhido deve ser hábil a atender à pretensão da parte, o que ocorrerá através de operações materiais, que modificarão um estado de fato contrário ao Direito.⁸⁹²

Os sujeitos enlaçados na relação obrigacional (Fazenda Pública, por exemplo), ou a própria espécie de obrigação (fazer ou não fazer, pagar quantia, entregar coisa), conduzem à necessidade de que a execução deva ser adequada à satisfação do direito do credor. Não nos parece, aqui, que exista um princípio da execução, mas apenas pura aplicação do interesse de agir, uma das condições da ação, na modalidade adequação (art. 267, VI, do CPC).

A disponibilidade da execução, igualmente, invocada por Humberto Theodoro Júnior,⁸⁹³ Araken de Assis⁸⁹⁴ e Teori Albino Zavascki⁸⁹⁵ como princípio da execução, deriva da própria estrutura do procedimento *in executivis* voltado a desfecho único, que por sua vez foi considerado por Marcelo Abelha⁸⁹⁶ como princípio da execução.

Enfim, inexistente unanimidade quanto ao número nem mesmo quanto a quais são os princípios fundamentais da execução civil, especialmente pela adoção de critérios muito diferenciados de classificação.

Procuraremos destacar aqueles de maior relevância e que não poderiam deixar de ser citados.

Esclarecemos que não temos, nesse particular, a intenção de esgotar o assunto, que apenas aporta nesta parte do trabalho como *meio* para adequada

⁸⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*, p. 91.

⁸⁹¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 14, p. 107.

⁸⁹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*, p. 91-92.

⁸⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, n. 687-h, p. 131.

⁸⁹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 13, p. 103.

⁸⁹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*, p. 97 e ss.

⁸⁹⁶ ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 50.

compreensão do funcionamento da execução em conexão com os poderes dos juízes.

Por outro lado, não se pode olvidar a advertência de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini,⁸⁹⁷ ou seja, como consequência do caráter jurisdicional da execução, aplicam-se-lhe todos os princípios da Teoria Geral do Processo. Assim, vigoram na execução os princípios de acesso à justiça, da inércia da jurisdição, do devido processo legal etc.

2.8.3.1 Princípio do título ou da *nulla executio sine titulo*

Estudamos anteriormente que o título constitui o núcleo em que se apóia e em torno do qual gravita a execução civil. No sistema jurídico pátrio inexistente execução sem título, de onde advém a parêmia latina *nulla executio sine titulo*.

O art. 586 do CPC é categórico ao dizer que (toda) a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. A instauração da execução subordina-se à existência de título executivo (art. 580 do CPC). Ao requerer a execução cumpre ao credor instruir a petição inicial com o título executivo extrajudicial (art. 614, I, do CPC).

O cumprimento de sentença não foge a essa sistemática. A fase executiva instaura-se a partir da existência de título executivo, i.e., sentença condenatória, a teor do art. 475-N, I, do CPC, ou pronunciamentos a ela parificados e dotados de eficácia executiva por força de lei (art. 475-N, II a VII, do CPC).

Disse, acertadamente, Araken de Assis⁸⁹⁸ que a

“ação executiva nasce do efeito executivo da condenação. Tal efeito origina o título executivo. Explicitou a lei, no fundo, os outros casos de elemento executivo capaz de produzir o título (art. 475-N, III, V e VII), dotou documentos de índole diferente desta mesma condição (art.

⁸⁹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 142.

⁸⁹⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 10, p. 99.

585), e, no caso da sentença penal condenatória, anexou efeito extrapenal (art. 475-N, II).”

Nessa seara não existe exceção ao princípio em questão, com a devida vênia a respeitáveis entendimentos em contrário. Como já ressaltamos anteriormente, outros pronunciamentos jurisdicionais, que não sejam sentença, também possuem eficácia executiva, tal qual ocorre com as decisões antecipatórias de tutela (art. 273 do CPC). O efeito executivo precipitado no tempo autoriza a realização de atos satisfativos sem que se tenha atingido o necessário grau de certeza, próprio da sentença de mérito transitada em julgado.

A sentença condenatória provisoriamente executada demonstra que a execução não se vincula a uma cognição plena e exauriente, que no processo civil é coroada com o trânsito material em julgado.

Título executivo é o que a lei diz ser título executivo e qualquer tentativa de sistematização na busca de critérios unívocos está fadado ao insucesso porque as razões de políticas legislativas que levam a sua criação não são reconduzíveis a critérios comuns.

Assim, em nosso sistema encontramos títulos executivos advindos de processo (títulos executivos judiciais), ou constituídos a partir de negócio jurídico extraprocessual (títulos executivos extrajudiciais); baseados em acordo de vontades ou mesmo constituídos unilateralmente pelo credor (certidão da dívida ativa, art. 585, VII, do CPC); fundados em sentença condenatória transitada em julgado (art. 475-N, I, do CPC), ou ainda provisoriamente executada (art. 475-N, I, c.c. art. 475-O, do CPC); fundamentados em pronunciamento com cognição plena e exauriente (sentença condenatória) ou em cognição limitada e sumária (hipótese da não oposição de embargos na ação monitória, convertendo a decisão inicial em título executivo judicial, art. 1.102-C, do CPC); assentados em sentença ou decisões interlocutórias, como é o caso das decisões liminares antecipatórias de tutela (v.g., art. 273, 461, § 3º, e art. 733, *caput*, do CPC); produzidos a partir de processos cognitivos ou emergentes do próprio processo executivo (situação das decisões proferidas no curso da execução, v.g., arts. 14, V, parágrafo único, 17 e 18, 600 e 601, 701, § 2º, do CPC) etc.

Em nosso entender não existe exceção a esse princípio,⁸⁹⁹ porque todos os pronunciamentos jurisdicionais citados anteriormente são dotados da mesmíssima eficácia executiva da sentença condenatória. A obrigação de pagar quantia certa, líquida e exigível é clara. Esses atributos da obrigação, sem dúvida alguma, todos esses pronunciamentos possuem. A certeza aqui é da obrigação (identificação dos sujeitos ativo e passivo, do objeto etc) e não diz respeito à definitivamente do título.

A sentença proferida com base nos arts. 466-A a 466-C do CPC (sentença substitutiva de declaração de vontade), é constitutiva, e não condenatória. A execução aqui é imprópria. Portanto, discordamos respeitosamente de Araken de Assis que vislumbra na hipótese a existência de demanda executiva que prescinde de título.⁹⁰⁰

O título executivo representa a condição necessária e suficiente para acesso à execução. A simples posse do título pelo credor, que retrate obrigação certa e líquida, torna adequada a via executiva. A exigibilidade da obrigação representada no título evidencia a necessidade da tutela jurisdicional.

Ausente o título com todos os atributos da obrigação nele cunhada, o autor é carecedor de ação. O título não é nulo, como equivocadamente supôs o legislador (art. 618, I, do CPC). O vício é muito mais grave, porque a carência de ação diz respeito à inexistência do processo, que uma vez constatada retira sua base

⁸⁹⁹ Contra: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 137-138, com vigorosa fundamentação, ao lado e em contraposição ao princípio da *nulla executio sine titulo* alista o princípio da execução sem título permitida, averbando que o preceito legal de que não existe execução sem título “foi criado tendo em vista o processo de execução ‘tradicional’, tal como regulado no Livro II do CPC (arts. 566 ss.), não se amoldando, rigorosamente, ao sistema jurídico processual posterior às modificações legislativas operadas na última década. Tais reformas foram norteadas por valores como a busca de um processo mais célere e efetivo; se o processo é um *instrumento*, de nada adianta que tal instrumento seja, em vez de expedito, lento e ineficaz. Daí a necessidade de se buscar a criação de modos de tutela jurisdicional mais eficientes, que atendessem aos anseios da sociedade (...). Os pronunciamentos judiciais executivos criados pelo legislador imbuído dessa preocupação são marcados pela busca da tempestividade da tutela jurisdicional, relegando, assim, a um plano secundário a cognição completa sobre o direito discutido. (...). Precisamente porque criados com tal preocupação, tais pronunciamentos não se submetem às limitações estruturais e funcionais do título executivo. Sua execução se opera, é verdade, à semelhança daquela baseada em título executivo, mas não se submete às restrições procedimentais peculiares a este instituto. Tal situação ocorre, por exemplo, na execução realizada na ação monitória, e na execução da decisão que antecipa efeitos da tutela, como já mencionado. O princípio, assim, manifesta-se apenas e tão-somente em relação ao título executivo ensejador do processo de execução propriamente dito, não valendo em relação aos demais pronunciamentos judiciais citados. Em relação a estes, há execução *sine titulo* permitida.”

⁹⁰⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 10, p. 101.

jurídica sustentadora, de tal sorte que nenhum efeito jurídico será produzido a partir dele.

2.8.3.2 Princípio da autonomia da execução e princípio do sincretismo entre cognição e execução

Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil, destacou que a execução civil do ponto de vista estrutural e funcional diferenciava-se do processo de conhecimento e cautelar: “A matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação”.

Como ensina Araken de Assis: “Corolário da especificidade da própria função executiva, curial se ostenta a autonomia da execução, agora compreendida no sentido funcional. Ele constitui ente à parte das funções de cognição e cautelar”.

O princípio da autonomia da execução tradicionalmente sempre foi utilizado para estabelecer *summa divisio* entre os processos de conhecimento e execução. Além de realçar as características próprias de cada espécie de função jurisdicional, ao lado da função cautelar, a autonomia recíproca remarcava a impossibilidade das atividades cognitivas e executivas “misturarem-se”. Cada uma dever-se-ia desenvolver em processos distintos, inaugurados por ações diversas e vocacionadas a finalidades muito bem delineadas pela ordem jurídica e totalmente diferenciadas uma das outras.

Nosso Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado exatamente assentado sobre essas premissas. Os Livros I e II não só tratam das funções cognitiva e executiva como espécies diferentes de atividade jurisdicional, mas cuidam particularmente de destacar que elas só se realizam em processos próprios e inconfundíveis.

Para Chiovenda⁹⁰¹ a ação condenatória, ao acolher o pedido do autor, afirmando a existência de uma vontade concreta da lei, e uma vez transitada em julgado, tem-se por consumada. Segundo Liebman a ação condenatória “morre por consumação”.⁹⁰²

Na clássica lição de Liebman⁹⁰³ “na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico” e “ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável”. Já na “execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material” e a “posição das partes também é diferente”, razão pela qual é “pois, natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos, construídos sobre princípios e normas diferentes, para a obtenção de finalidades muito diversas”.

A “*unificação dos meios executivos*”, retratava justamente esse segmento processual próprio, totalmente diverso do processo de conhecimento, vocacionado apenas às operações lógicas e ideais realizadas pelo juiz.⁹⁰⁴

A existência de atividades executivas no interior do processo de conhecimento, até pouco tempo, era enfocada como exceção à uma “regra geral”.

Todavia, como já analisamos anteriormente, a segmentação de atividades jurisdicionais cognitivas e executivas em processos diversos tornou-se perniciosa ao jurisdicionado de “carne e osso” que nem sempre podia aguardar o processo civil concluir os seus ciclos procedimentais estanques e artificialmente desenvolvidos para uma sociedade da década de 1970, e que reafirmavam a autonomia da execução, criando uma realidade artificial e própria, que rompia o contrato com a vida para celebrar o próprio rito em uma condição de dolorosa separação, como já ressaltou Andolina.⁹⁰⁵

A generalização da antecipação de tutela (art. 273, art. 461, § 3º, art. 461-A e art. 84 do CDC), abrangendo as mais diversas espécies de obrigações, inclusive a obrigação de pagar quantia, bem como as alterações provocadas pela Lei

⁹⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 36, p. 171-172.

⁹⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 18, p. 45.

⁹⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 18, p. 44.

⁹⁰⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 151-152.

⁹⁰⁵ ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 17.

11.232/2005 acerca do cumprimento de sentença, romperam, sem dúvida alguma, o dogma da autonomia da execução.

De fato, a partir do momento em que se precipita a eficácia executiva para ser realizada inteiramente no início do processo, dentro de uma fase eminentemente cognitiva, fez-se cair por terra o dogma da unificação dos meios executivos.

Ademais, após proferida a sentença condenatória, autorizar o cumprimento do comando sentencial por meio de medidas executivas dentro da mesma relação jurídica processual (processo sincrético), mas apenas em fase subsequente, sem que seja necessária a propositura de nova ação com inauguração de novo processo, afasta de uma vez por todas de nosso sistema a conclusão de que o princípio da autonomia da execução é absoluto. O que era regra, hoje caminha para tornar-se exceção.

Assim, em contraposição ao princípio da autonomia da execução desenvolveu-se outro princípio, qual seja, o do *sincretismo entre execução e cognição*.

Com efeito, ensina José Miguel Garcia Medina:⁹⁰⁶

“Reconhece-se hoje, assim, que as atividades cognitivas e executivas podem ser realizadas num mesmo processo. (...) esta situação tende a se tornar preponderante, de modo que já se pode falar, atualmente, na existência de um princípio que representa esta nova configuração da relação entre cognição e execução, a que denominaremos de *princípio do sincretismo entre cognição e execução*.”

Obviamente, não se trata de princípio novo. Mesmo antes das referidas reformas, já se reconhecia a existência de diversas demandas judiciais em que conviviam cognição e execução. Tais demandas, no entanto, eram tratadas pela doutrina como meras *exceções* ao princípio da autonomia. As recentes reformas havidas na legislação processual, entretanto, alçaram o que então se considerava algo excepcional ao nível de princípio *contrário* ao então existente”.

Por outro lado, na execução não se instala discussões acerca do direito material e por isso a sentença que nela se profere não transita materialmente em julgado. Todavia, excepcionalmente isso pode acontecer (prova do pagamento

⁹⁰⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 264-265.

pelo devedor, demonstrando que inexistia inadimplemento, ocorrência de prescrição ou decadência etc).

Já observamos anteriormente, que existe cognição e igualmente contraditório na execução, ainda que bastante mitigada. Essa cognição às vezes, nas hipóteses acima, permite a extinção da execução por meio de sentença que tenha por conteúdo uma das hipóteses do art. 269 do CPC. Isso por si só seria suficiente para mitigar a idéia de que a execução não convive com atividade cognitiva.

Deste modo, hoje temos dois princípios fundamentais da execução civil no que se refere à estrutura ou forma da execução e sua relação com a cognição:⁹⁰⁷ princípio da autonomia da execução e princípio do sincretismo entre cognição e execução.

Pensamos que a própria concepção do princípio da autonomia da execução mereça releitura e adaptação à realidade atual.

Atualmente seria equivocado dizer-se que apenas a ação executiva é autônoma em relação ao processo de conhecimento, porque também temos execução na fase de cumprimento de sentença, e igualmente no implemento da antecipação dos efeitos da tutela.

Na realidade, a autonomia não pode mais ser enfocada como um marco limítrofe e intransponível entre atividades cognitivas e executivas.

A execução é autônoma enquanto função jurisdicional diferenciada, informada por regras e princípios próprios, colocados à disposição da jurisdição para adequadamente tutelar o direito da parte, e não para criar um segmento processual estanque cuja função seja a de reafirmar sua diferença de outro precedente (fase cognitiva) e com isso criar embaraços à plena realização do direito do credor.

Corretamente, Ugo Rocco⁹⁰⁸ já ressaltou:

“Pero el afirmar que el proceso ejecutivo tiene carácter autónomo no quiere decir que entre las distintas funciones reservadas por el derecho procesal objetivo a la jurisdicción (función de cognición, ejecutiva y

⁹⁰⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 90.

⁹⁰⁸ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. IV, p. 89.

cautelar), existan barreras que limiten la actividad de los órganos jurisdiccionales e impidan la posibilidad de interferencias entre esas distintas actividades, entrando todas ellas en el único concepto de la actuación del derecho”.

A autonomia da execução auxilia o operador do Direito a operar adequadamente o processo para que a função executiva seja eficazmente realizada dentro dos quadrantes impostos pelo sistema jurídico. Compreender, por exemplo, a abstração do título executivo, que permite a realização de atos executivos sem análise do direito material a ele subjacente, confirma essa autonomia.

Assim, execução e cognição, são funções jurisdicionais que podem, e em regra devem, se relacionar. Existe cognição (ainda que mitigada) na execução e existe, igualmente, execução em demandas cognitivas. As diferenças entre as funções não impedem que sejam consertadas e harmonizadas para que cumpram a finalidade maior da jurisdição que é a pacificação social

2.8.3.3 Princípio do resultado, da utilidade ou da máxima efetividade da execução

Estabelece o art. 612 do CPC, que ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), *realiza-se a execução no interesse do credor*, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

Decorrência de sua estrutura fechada ou de desfecho único, a execução visa a satisfazer o direito do credor e por isso se desenvolve no interesse deste. O conjunto dos meios executivos, integrado pela expropriação (art. 646 do CPC), tem o único objetivo de satisfazer o credor.⁹⁰⁹ Nesse sentido é que se fala do princípio do resultado, da utilidade ou da máxima efetividade da execução.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini destacam que a orientação contida nesse princípio não é mais do

⁹⁰⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 12, p. 101.

que desdobramento do princípio da máxima utilidade da atuação jurisdicional, sintetizada na célebre afirmação de que o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, inerente à garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).⁹¹⁰

Também segundo esses autores,⁹¹¹ esse

“princípio, entretanto, assume especial importância na execução, na medida em que, nesta a atuação da sanção e a satisfação do credor só são concretamente atingidos mediante obtenção de resultados materiais, fisicamente tangíveis: só se estará dando a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo que lhe cabe quando se consegue, mediante meios executivos, modificar a realidade, fazendo surgir situação concreta similar, quando não idêntica, à que se teria com a observância espontânea das normas”.

Diversas medidas são empregadas na execução, especialmente voltadas à efetivação desse princípio entre as quais: a) a previsão de multa diária, na execução das obrigações de fazer ou não fazer (arts. 644 e 645) e de entrega de coisa (art. 621, parágrafo único); b) a execução provisória; c) a própria antecipação de tutela, que abrange a possibilidade de antecipação do resultado da execução (arts. 273, 461 e 461-A); d) a sanção ao devedor que age deslealmente (arts. 600 e 601 do CPC); e) o arresto de bens do devedor não localizado (art. 653 do CPC).⁹¹²

De fato, se o processo, segundo a máxima chiovendiana, deve dar à parte aquilo e exatamente aquilo que ela tem o direito de obter, a execução há de ser sempre útil ao credor, no sentido de que é obrigação do órgão jurisdicional atuar os atos executivos com a máxima eficácia possível.

O princípio da economia e celeridade processual impedem a realização de atos inúteis ou diligências estéreis, sem qualquer eficiência ou resultado prático.

⁹¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 144.

⁹¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 144.

⁹¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 144.

Da mesma forma, o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), confere especial matiz à atividade jurisdicional de tal sorte que, como toda relação jurídica processual serve não só ao interesse da parte autora, mas também e principalmente ao interesse do próprio Estado em ver atingidas as finalidades traçadas pelo sistema, ele deve direcionar o procedimento *in executivis* para caminhos que traduzam resultados efetivos (penhora, expropriação e reversão de dinheiro ao credor).

Nesse contexto, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), há de ser enfocado não como promessa retórica e vazia de conteúdo efetivo.

Assim, o princípio da utilidade ou máxima eficiência da execução é decorrência de todos esses outros princípios, mas conotado pela especial estrutura da execução civil.

Para nós, trata-se de um dos princípios fundamentais da execução civil mais importantes a servir como “guia” aos magistrados no exercício dos seus poderes e que nem sempre é bem compreendido.

É que quando a execução é processada e conduzida de maneira adequada pelo órgão jurisdicional, fazendo com que seja realizada e cumprida inteiramente a função executiva, a execução não se revela útil apenas ao credor, mas útil à jurisdição. Essa dimensão do princípio da máxima utilidade da execução, infelizmente, não tem sido bem equacionada e compreendida.

Remover toda sorte de empecilhos, inclusive aqueles criados maliciosamente pelo devedor, a fim de que se obtenha, por meio do processo, exatamente aquilo que o credor tinha o direito de obter, não é atender exclusivamente ao interesse da parte demandante, mas concretizar a promessa de um acesso à justiça, adequado, tempestivo e eficaz.

Na busca da máxima eficiência da execução, o devedor responderá sozinho pelas despesas do processo, cabendo todavia ao credor adiantá-las (arts. 19 e 20, do CPC). Como a máquina judiciária não se move graciosamente, o resultado não se cumprirá, restaurando o direito do credor, se o devedor não suportar todos os ônus do processo, inclusive honorários de advogado (art. 652-A do CPC). Havendo saldo da expropriação, dele deve ser retirada a quantia necessária ao pagamento das

despesas processuais e da verba honorária do credor, como lembra Enrico Tullio Liebman.⁹¹³

Por outro lado, esse princípio não permite a transformação da execução em instrumento de simples castigo ou sacrifício do devedor, como já ressaltou Humberto Theodoro Júnior.⁹¹⁴ Em conseqüência, é intolerável o uso da execução apenas para causar prejuízo ao devedor, sem qualquer vantagem para o credor e, em última análise, para o próprio Estado-juiz.⁹¹⁵ Por essa razão o art. 692, parágrafo único, do CPC, é taxativo ao determinar que será suspensa a arrematação logo que o produto da alienação dos bens bastar para o pagamento do credor.

Preceitua o art. 659, *caput*, do CPC, que a penhora deve incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. Enfim, a constrição não deve ir além do estritamente necessário à plena satisfação do credor. Por outro lado, não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (§ 2º). Nesta última hipótese, a execução deixa de ter qualquer utilidade, seja ao credor, seja à própria jurisdição.

2.8.3.4 Princípio da menor onerosidade ao devedor

No período das *legis actiones*, após proferida condenação contra o réu consistente no pagamento de determinada quantia ao autor, e não cumprindo aquele sua obrigação no prazo de trinta dias, este novamente o intimava a comparecer perante o magistrado, pronunciando mais uma vez palavras solenes. Utilizava-se, dessa forma, da *legis actio per manus iniectioem*.

Caso o réu permanecesse inerte, o magistrado concedia ao autor (*addictio* pretorial) o direito de levá-lo até sua casa, amarrá-lo e vendê-lo como escravo além do Tibre, uma vez que, como cidadão romano ele não poderia ser

⁹¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 48, p. 113.

⁹¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, n. 687-c, p. 129.

⁹¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, n. 687-c, p. 129.

subjugado à condição de escravo em sua própria terra. Não vindo a pagar a dívida dentro de sessenta dias, poderia o autor até mesmo matá-lo. Havendo mais credores, o corpo do devedor seria dividido entre todos.⁹¹⁶

A propósito, dizia a Lei das XII Tábuas (ano 450 a.C):

“Aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até ao máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará em altas vozes o valor da dívida. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.”⁹¹⁷

Historicamente, a execução evoluiu de atos contra a pessoa do devedor para atos contra o seu patrimônio. A prisão do devedor e, até seu esartejamento, cederam lugar a providências contra seus bens e gradativamente, à medida que as instituições processuais progrediram, menos drásticos se tornaram os meios executivos, tanto os de coação quanto os de sub-rogação.⁹¹⁸

O princípio da máxima efetividade da execução encontra limite em outro princípio igualmente muito importante na execução civil que é o *princípio da menor onerosidade ao devedor*.

Esse princípio encontra-se expresso no art. 620 do CPC que estabelece: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

⁹¹⁶ CORREIA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. Rio de Janeiro: Sedegra, s/d, p. 78; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 5; LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 23.

⁹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 4, p. 33

⁹¹⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 601-602.

Segundo Araken de Assis,⁹¹⁹ estatuidando que a execução é econômica, evitando maiores sacrifícios ao devedor que os exigidos pelo resultado, o art. 620 apenas enuncia princípio que governa a intimidade dos meios executivos.

Trata-se de regra que traduz a *humanização da execução*.

Como ressalta Alcides de Mendonça Lima,⁹²⁰ ainda

“que a execução seja realizada como resultado do exercício de um direito do credor, para satisfazer a obrigação assumida pelo devedor, nem por isso o sujeito passivo deve ser inutilmente sacrificado, quando, por outro modo que não o usado pelo sujeito ativo, seja atingido o mesmo objetivo quanto à solvência da prestação. O interesse social e a finalidade ética do processo exigem, sem dúvida, que a dívida (em acepção ampla) seja totalmente adimplida. Mas, nem assim o credor tem o direito de agravar a situação do devedor, no curso da execução, escolhendo meio mais oneroso do que outro que possa alcançar o mesmo alvo quer por ignorância como, geralmente, por má-fé, com a intenção preconcebida de lesar o devedor.”

A menor onerosidade ao devedor garante equilíbrio às medidas executivas e impõe limites ao princípio da máxima efetividade da execução. Trata-se, como lembram Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini⁹²¹ de desdobramento do princípio da proporcionalidade, que permeia todo o Direito (e não só o Direito Processual). De acordo com esse princípio, sempre que houver a necessidade de sacrifício de um direito em prol de outro, esta oneração há de cingir-se aos limites do estritamente necessário.

Ainda de acordo com esses juristas, do balanceamento entre os princípios da máxima efetividade da execução e da menor onerosidade ao devedor advém o conceito de *execução equilibrada*.⁹²² Deve o órgão jurisdicional justificar, fundamentadamente, os motivos da prevalência de um ou outro princípio (art. 93, IX, da CF) em seus pronunciamentos.⁹²³

⁹¹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 12, p. 102.

⁹²⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 601-602.

⁹²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 145.

⁹²² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 147.

⁹²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 147.

Aplicação direta do princípio em análise encontra-se no art. 594 do CPC, ao estabelecer que: “O credor, que estiver, por direito de retenção, na posse de coisa pertencente ao devedor, não poderá promover a execução sobre outros bens senão depois de excutida a coisa que se achar em seu poder”.

Neste contexto, o art. 655, do CPC, com a redação conferida pela Lei 11.382/2006, dispõe que a penhora observará, *preferencialmente*, o rol de bens que alista.⁹²⁴ A ordem do antigo art. 655, do CPC, segundo melhor entendimento nunca foi absoluta.

Sob outra angulação, não obstante a penhora seja ato imprescindível da execução por quantia certa e que individualiza parcela do patrimônio do devedor, a fim de que futuramente seja expropriada, nem sempre sua incidência mostra-se possível, justamente pela aplicação do disposto no art. 620 do CPC. O art. 649 do CPC alista várias hipóteses em que o patrimônio do devedor mostra-se protegido contra os atos de agressão patrimonial, estabelecendo situações de impenhorabilidade.

Simple análise desse rol evidencia o sentido humanitário que o anima e que visa a impedir seja o devedor colocado em situação econômica desproporcionalmente desfavorável. Preserva-se, deste modo, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos em que se assenta a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF).

Humberto Theodoro Júnior⁹²⁵ entende que o respeito à dignidade humana constitui um outro princípio da execução civil. Entendemos, tratar-se de decorrência do princípio da menor onerosidade, em cuja base encontra-se o respeito à dignidade da pessoa humana.

⁹²⁴ “Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos. § 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora. § 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado.”

⁹²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, n. 687-g, p. 131.

Nesse sentido, veda-se a penhora sobre os vestuários e pertences de uso pessoal do devedor, salvo se de elevado valor (art. 649, III, do CPC), os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria etc (art. 649, IV, do CPC), os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros móveis, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão (art. 649, V, do CPC).

Nesse sentido, veda-se a penhora sobre os vestuários e pertences de uso pessoal do devedor, salvo se de elevado valor (art. 649, III, do CPC), os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria etc (art. 649, IV, do CPC), os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros móveis, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão (art. 649, V, do CPC).

Recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça têm admitido a impenhorabilidade de bens de empresas, sob o argumento de que “a aplicação do inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil, a tratar da impenhorabilidade de bens essenciais ao exercício profissional, pode-se estender, excepcionalmente, à pessoa jurídica, desde que de pequeno porte ou microempresa ou, ainda, firma individual, e os bens penhorados forem mesmo indispensáveis e imprescindíveis à sobrevivência da própria empresa.”⁹²⁶

Todavia, com a devida vênia, não podemos concordar com esse posicionamento. Não se pode admitir que microempresa e empresa de pequeno porte sempre invoquem a impenhorabilidade de seus bens com base no art. 649, V, do CPC (redação da Lei 11.382/2006) para se livrarem da constrição judicial.

Hoje, uma empresa de pequeno porte pode ter faturamento anual até R\$ 2.400.000,00 (art. 3º, II, da Lei Complementar 123/2006). Admitir a impenhorabilidade de bens da empresa – considerando esse elevado limite de faturamento – impediria a satisfação de grande parcela das execuções por quantia certa contra devedor solvente, o que, com o devido respeito, não se mostra razoável.

⁹²⁶ STJ, 1ª T., Agravo Regimental no Recurso Especial 903666/SC (200602558083), rel. Min. Francisco Falcão, j. 20.03.2007, *DJ* 12.04.2007, p. 256 e STJ, 2ª T., REsp. 686581/RS (200401092105), rel. Min. Franciulli Netto, j. 14.12.2004, *DJ* 25.04.2005, p. 323.

E o que dizer das execuções que se processam nos Juizados Especiais Estaduais, limitadas a 40 (sessenta salários mínimos), nos termos do art. 3º, I, e art. 53, da Lei 9.099/1995? Ora, todas as empresas devedoras no âmbito dos Juizados, em regra, são microempresas ou empresas de pequeno porte. O princípio da menor onerosidade não pode impedir o acesso à justiça, que é um direito fundamental do credor. Portanto, com o máximo respeito, o posicionamento que limita, como regra geral, a penhora de bens de todas as microempresas e empresas de pequeno porte, com base no art. 649, V, do CPC, deve ser revisto.

O mesmo Superior Tribunal de Justiça já ressaltou que a “exceção à penhora de bens de pessoa jurídica deve ser aplicada com cautela, a fim de se evitar que as empresas fiquem imunes à constrição de seus bens e, conseqüentemente, não tenham como ser coagidas aos pagamentos de seus débitos.”⁹²⁷ Esse Tribunal registra precedentes um pouco mais antigos rejeitando alegações de impenhorabilidade de bens da empresa.⁹²⁸

O imóvel residencial do devedor e de sua família encontra-se sob o pálio da impenhorabilidade, a teor da Lei 8.009/1990.

Nas ações que visam ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, o juiz não se vincula à medida executiva pleiteada pela parte autora a fim de que seja efetivada a tutela específica ou obtido o resultado prático equivalente.

Diante da atipicidade das medidas executivas, o magistrado verificará qual medida mostra-se mais adequada e traduza menor sacrifício ao patrimônio do devedor. Logo, o rol do art. 461, § 5º, do CPC, além de meramente exemplificativo, não estabelece ordem legal a ser seguida pelo juiz no cumprimento da decisão antecipatória de tutela ou no cumprimento do comando sentencial. Aqui existe certa relativização ao princípio da congruência (arts. 128 e 460 do CPC).

Na execução por quantia certa contra devedor solvente, em que as medidas executivas são, em regra, típicas, i.e., encontram-se taxativamente previstas

⁹²⁷ STJ, 1ª T., REsp. 512555/SP (200300480663), rel. Min. Francisco Falcão, j. 14.10.2003, DJ 24.05.2004, p. 168.

⁹²⁸ STJ, 3ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 200068/MG (199800596470), rel. Min. Nilson Naves, j. 04.03.1999, DJ 26.04.1999, p. 102.

em lei, ainda assim o juiz possui margem de liberdade para adequadamente concretizá-las.

Está correto o entendimento de José Miguel Garcia Medina⁹²⁹ ao acentuar que o juiz realiza operações mentais e valorativas não apenas naqueles casos em que o sistema opta pela atipicidade das medidas executivas. Incide, igualmente, nas situações em que as medidas executivas são típicas, e também nestes casos a aplicação dos princípios em análise é visível.

O valor da multa a ser fixada contra o devedor pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (arts. 600 e 601 do CPC), possui teto máximo, ou seja, 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito, podendo o juiz, fundamentadamente, fixá-la dentro desse limite. O valor variará conforme as circunstâncias do caso concreto.

O art. 692, *caput*, do CPC dispõe que não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça *preço vil*. Trata-se de palavra de conteúdo semântico vago, cuja colmatação deve ser realizada pelo juiz de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Assim, numa execução que se processa há décadas a arrematação por 40% (quarenta por cento) do valor da avaliação não será considerada preço vil. Todavia, idêntico raciocínio não é adequado para execução que esteja em tramitação há pouquíssimo tempo.⁹³⁰

Trata-se do que Karl Engisch⁹³¹ chamou de “conceito normativo”, ou seja, envolve situações em que é sempre necessária uma valoração para aplicar no caso concreto uma regra jurídica.

⁹²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 420.

⁹³⁰ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. ARREMATAÇÃO. BEM IMÓVEL. ARTS. 615, II, E 698 DO CPC. INVALIDADE DA ALIENAÇÃO SOMENTE COM RELAÇÃO AO CREDOR HIPOTECÁRIO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. PREÇO VIL. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A arrematação levada a efeito sem intimação do credor hipotecário é inoperante relativamente a este, não obstante eficaz entre executado e arrematante; 2. Dado que o devedor não fora encontrado - apesar das diligências efetuadas -, correta a sua intimação por edital, para ciência do leilão; 3. As instâncias ordinárias não consignaram os montantes pelos quais fora o imóvel avaliado e arrematado; ademais, já decidiu este STJ que ‘dada a inexistência de critérios objetivos na conceituação do preço vil, repudiado pelo nosso direito para que não haja locupletamento do arrematante à causa do devedor, certo é que o mesmo fica na dependência, para a sua caracterização, de circunstâncias do caso concreto, no qual peculiaridades podem permitir uma venda até mesmo inferior à metade do valor em que foram avaliados os bens’ (REsp 166.789/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo); 4. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 4ª T., REsp. 704006/ES (200401639726), rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13.02.2007, DJ 12.03.2007, p. 238).

⁹³¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 213.

A análise da quebra dos sigilos fiscais e bancário representa forma genuína de balanceamento dos princípios em análise. A violação à intimidade do devedor só se justifica se for necessária e útil ao credor, à jurisdição e se impuser menor sacrifício à esfera jurídica da parte devedora. Havendo bens conhecidos em seu patrimônio, seria mais oneroso violar sua intimidade do que dirigir os atos de agressão para bens já identificados.

O mesmo se diga em relação à penhora de faturamento da empresa devedora (art. 655, VII e 655-A, § 3º, do CPC, com a redação conferida pela Lei 11.382/2006).

A concretização do princípio da menor onerosidade ao devedor ou do menor sacrifício possível não se coaduna com invocação de alegações metajurídicas, como bem destaca Marcelo Abelha.⁹³² Assim, alegações no sentido de que “a execução é absurda”, ou “o devedor ficará na penúria”, ou, ainda “o credor não precisa do dinheiro” etc., não devem, por óbvio, ser aceitas como impedientes à efetivação dos atos executivos.

Por outro lado, é importante que se compreenda que o princípio em análise, justamente por ser um princípio, não é absoluto. Dizemos isso porque assistimos, com muita frequência, a equivocadíssimas invocações suas por devedores que, durante todo o desenvolvimento da execução, visam unicamente a frustrar a eficiência dos atos executivos.

Assim, para essa espécie de devedor, todos, absolutamente todos os atos executivos traduzem “agressão desmedida”, “violência contra a parte executada”, “execução absurda” etc. Esse tipo de alegação parifica-se àquelas metajurídicas, com a agravante de que ocultam, no fundo, oposição maliciosa à execução e constituem, enquanto tais, atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 600, II, do CPC).

É preciso que o juiz esteja atento a esse tipo de comportamento que deve ser repudiado com rigor. Destaque-se, que entre nós um dos juristas que mais

⁹³² ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*, p. 55

veementemente prega a correta aplicação da norma-princípio contida no art. 620 do CPC é Cândido Rangel Dinamarco.⁹³³ Concordamos integralmente com suas lições.

2.8.3.5 Princípio da realidade ou da responsabilidade patrimonial

Quando se afirma que toda execução é real, quer-se com isso dizer que, no Direito Processual Civil moderno, a atividade jurisdicional executiva incide, direta e exclusivamente, em regra, sobre o patrimônio, e não sobre a pessoa do devedor.⁹³⁴

Estabelece o art. 591 do CPC, que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei. Já o art. 391 do CC dispõe que pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

A inexistência de bens penhoráveis conduz à suspensão da execução (art. 791, III, do CPC). Essa “cômuda” situação em que se coloca o devedor deve

⁹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, p. 58: “Mas as generosidades em face do executado não devem mascarar um descaso em relação ao dever de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver um direito insatisfeito, sob pena de afrouxamento do sistema executivo. É preciso distinguir entre o *devedor infeliz e de boa-fé*, que vai ao desastre patrimonial em razão de involuntárias circunstâncias da vida, e o caloteiro chicanista, que se vale das formas do processo executivo e das benevolências dos juízes como instrumento a serviço de suas falcaturas. Infelizmente, essas práticas são cada vez mais freqüentes nos dias de hoje, quando raramente se vê uma execução civil chegar ao fim, com a satisfação do credor. *Quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos*. A regra do art. 620 não pode ser manipulada como um escudo a serviço dos maus pagadores nem como um modo de renunciar o Estado-juiz a cumprir seu dever de oferecer tutela jurisdicional a quem tem razão. A triste realidade da execução burocrática e condescendente, que hoje se apresenta como um verdadeiro *paraíso dos maus pagadores*, impõe que o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil seja interpretado à luz da garantia do acesso à justiça, sob pena de fadar o sistema à ineficiência e pôr em risco a efetividade dessa solene promessa constitucional (Const., art. 5º, XXXV)”. O exemplo citado a seguir pelo eminente jurista, bem ilustra como não se deve frustrar a promessa constitucional de acesso à justiça (Idem, v. IV, p. 58-59): “Em meio a grandes dificuldades para encontrar bens penhoráveis no patrimônio do devedor, o credor obteve a informação de que este mantinha uma quantidade significativa de dólares norte-americanos guardados em uma caixa-forte bancária. Pediu ao juiz que determinasse o arrombamento do cofre-forte, mediante a participação de dois oficiais de justiça e acompanhamento por testemunhas idôneas, responsabilizando-se pelas despesas do arrombamento, pois só assim poderia obter a penhora daqueles valores. Mas o juiz, em uma conduta de autêntico Pilatos, despachou simples: ‘diga a parte contrária’. O credor desistiu da diligência e acabou fazendo um acordo para receber somente 40% do crédito, ficando os outros 60% por conta da ineficiência do Poder Judiciário. Obviamente, a regra da menor onerosidade não tem esse significado nem foi feita para dar abrigo a devedores como este da triste histórica verídica que acaba de ser narrada”.

⁹³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, n. 687-a, p. 128.

ser contornada pelo juiz com o adequado balanço entre os princípios da máxima efetividade e da menor onerosidade.

De qualquer forma, de fato, a execução por quantia atua, em regra, sobre o patrimônio do devedor e, por isso, diz-se que ela é real. A humanização da execução, como já vimos, baniu atos de agressão física contra o devedor.

Todavia, o princípio de que toda execução incide apenas sobre bens do devedor comporta temperamentos.

Nas ações que visam ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, o pronunciamento jurisdicional procurará entregar à parte a prestação *in natura* (tutela específica), ou o resultado prático equivalente, e na busca desses resultados o juiz poderá determinar “as medidas necessárias” exemplificativamente alistadas no art. 461, § 5º, do CPC. Entre essas medidas encontra-se a “remoção de pessoas.”

O art. 5º, LXVII, da CF, não permite a prisão do devedor por dívidas, a não ser nas hipóteses do devedor de alimentos e do depositário infiel.

Na execução por quantia certa contra devedor solvente, a jurisprudência tem abrandado o rigor da sanção constitucional e legal ao depositário infiel de bens fungíveis, sob a alegação de que o depósito de bens fungíveis e consumíveis equipara-se ao mútuo, e não se admite prisão do depositário de tais bens.⁹³⁵

Esse entendimento, com o máximo respeito, deixa de dar aplicação ao princípio da máxima efetividade da execução, ao mesmo tempo em que não analisa adequadamente o princípio de que toda execução é real.

As conseqüências desse posicionamento para a execução por quantia certa são muito graves, porque, a par do esvaziamento do objeto da penhora pela conduta ilícita do depositário, existe por parte deste a quebra do dever de guarda e conservação dos bens assentado em vínculo de direito público frente ao Estado-juiz.

⁹³⁵ “EXECUÇÃO. PENHORA. BENS FUNGÍVEIS E CONSUMÍVEIS. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. O depósito de bens fungíveis e consumíveis equipara-se ao mútuo. Não se admite prisão do depositário de tais bens.” (STJ, 1ª T., Habeas Corpus 29960/SP (200301491200), rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 04.11.2003, DJ 24.11.2003, p. 215).

O respeito ao cumprimento das obrigações decorrentes desse vínculo não podem ser abrandadas dessa maneira. Esse posicionamento, *data venia*, compromete o valor segurança jurídica que os credores depositam quando promovem suas demandas perante o Poder Judiciário e isso não pode ser esquecido.

Por outro lado, não se pode olvidar outras situações de execução indireta existentes na execução civil, especialmente na execução por quantia certa contra devedor solvente, como se dá com a multa prevista no 475-J, do CPC. Não obstante o inadimplemento tenha como conseqüência um aumento do débito, que terá como garantia exatamente os bens do devedor, a multa dirige-se contra a vontade do obrigado visando a tirá-lo do estado de inércia em que se encontra.

2.8.3.6 Princípio da especificidade da execução

Araken de Assis⁹³⁶ ressalta que toda execução “há de ser específica. É tão bem sucedida, de fato, quando entrega rigorosamente ao exeqüente o bem perseguido, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo. Este há de ser o objetivo fundamental da função jurisdicional executiva, favorecendo a realização do crédito.”

Marcelo Abelha⁹³⁷ diz que:

“Sempre que for viável do ponto de vista processual, o Estado deve prestar a tutela jurisdicional específica, ofertando ao jurisdicionado o mesmo resultado que ele teria caso não fosse necessário o processo. Isso mesmo! O Estado deve preocupar-se em fornecer um resultado (tutela) o mais coincidente possível com o que originariamente esperava o jurisdicionado caso o adimplemento fosse espontâneo.”

Reportamo-nos, neste tópico, ao que já dissemos quando abordamos a classificação da tutela jurisdicional executiva em execução específica e execução genérica. Não obstante o termo execução ou tutela específica sejam utilizados, em regra, para as ações que visam ao cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou

⁹³⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 12, p. 101.

⁹³⁷ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*, p. 55.

entrega de coisa, entendemos que na execução por quantia certa contra devedor solvente, se não inteiramente aplicáveis os conceitos já sedimentados pela doutrina nacional e estrangeira, especialmente com base no Direito Processual Civil italiano, ao menos ele deve ser adaptado para essa importante espécie de execução.

Marcelo Abelha⁹³⁸ ao comparar a tutela específica e a tutela genérica averba:

“De outra banda, o desaconselhamento da tutela genérica em detrimento da específica existe porque a tutela expropriatória para pagamento de quantia possui um procedimento cheio de becos, nos quais o executado arditosamente pode se esconder, sem contar que é o que tem o itinerário mais demorado, o que se justifica pela sua própria natureza (expropriação). Tudo isso sem contar que a efetividade da expropriação depende da existência de patrimônio, o que nem sempre existe, ou, quando existe, em geral está maliciosamente escondido”.

Está corretíssimo o ilustre autor quando aponta que o procedimento executivo é “cheio de becos”, nos quais o devedor arditosamente procura se esconder, bem como que esse procedimento é bastante demorado, o que somado à malícia de alguns devedores em ocultar seu patrimônio, traduz sua grande inefetividade, seja sob a angulação constitucional do acesso à justiça, ou a angulação processual da busca dos resultados traçados pelo sistema.

É justamente pela existência dessas deficiências congênicas que o operador do Direito deve, com base em elementos contidos no próprio sistema, encontrar caminhos possíveis para contornar, legitimamente e com adequado balanceamento de princípios, todas as imperfeições que contribuem sobremaneira para sua ineficácia. Nesse passo, o juiz ao exercitar seus poderes, deve tentar, na medida do que for praticamente possível, entregar ao credor o objeto da prestação inadimplida, retratada no título pela obrigação de pagar quantia. Assim, a execução por quantia certa, deve ser específica nessa perspectiva.

⁹³⁸ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*, p. 56.

2.8.3.7 Princípio da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas

De acordo com o princípio da tipicidade das medidas executivas, a esfera jurídica do devedor somente poderá ser afetada por formas executivas taxativamente estipuladas pela norma jurídica. Esse princípio satisfaz a exigência de garantir a intangibilidade da esfera jurídica do devedor, que somente poderá ser infringida pelos mecanismos executivos expressamente previstos em lei.⁹³⁹

Na primeira parte deste trabalho, vimos que a noção de Estado arquitetada por diversos movimentos liberais, principalmente da segunda quadra do século XVIII, estava vinculada à noção de limitação do arbítrio do próprio Estado. A divisão de funções do Estado (*checks and balances*) apóia-se sobre essa premissa.

As três funções – executiva, legislativa e judiciária –, desempenhadas por três órgãos diversos, independentes e harmônicos entre si, manteria em constante equilíbrio um sistema que tinha como uma de suas premissas a liberdade do cidadão, outrora aniquilada pelo Estado absolutista.

Portanto, a existência de leis, predispondo a maneira de atuação da jurisdição, garantiria segurança aos cidadãos, que estavam cientes, de antemão, de que forma sua esfera jurídica poderia ser legitimamente violada. A existência de normas de condutas (normas jurídicas), servia, igualmente, a esse sistema de garantias individuais.

Essa (almejada) segurança jurídica se estendeu a todas as searas do Direito, inclusive naquela que disciplina a punição do cidadão transgressor do sistema, com sua segregação da sociedade por meio de encarceramento.

O Direito Penal, por exemplo, é constante conceituado como um ramo repressivo do Direito. Na realidade, em nosso entender, trata-se de ramo do Direito que diz respeito à liberdade. Sim, pois aqueles que se acham vinculados às normas penais sempre terão sua liberdade garantida, desde que não transgridam os bens jurídicos tutelados por elas. Essas normas de conduta devem ser prévias, ou seja, anteriores à situação de fato analisada. Com efeito, dispõem o art. 1º do CP e o

⁹³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 406.

art. 5º, XXXIX da CF que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.⁹⁴⁰

Vimos, anteriormente, que segundo a concepção liberal clássica ao juiz não se garantia qualquer margem de liberdade no processo decisório. Era sobre a norma jurídica e não sobre a liberdade decisória do órgão jurisdicional que gravitava a segurança jurídica. O juiz era visto como “a boca da lei”.

O desenvolvimento da sociedade, que migrou de um sistema rural para um sistema industrial, levando a população a se concentrar em grandes centros urbanos, aliado à complexidade das relações intersubjetivas, provocou uma fissura nos sistemas jurídicos concebidos para uma sociedade oitocentista e ainda vinculados à mecanismos de contenção – e não de outorga de liberdade – dos poderes dos juízes. A norma jurídica por mais amplo que seja seu espectro de abrangência, nunca conseguirá abarcar todas as situações conflituosas que eclodem dos conflitos sociais.

Com o objetivo de acompanhar a complexidade e mutabilidade das relações jurídicas intersubjetivas, ao lado de leis predispondo taxativamente quais são as medidas legítimas de invasão da esfera jurídica daquele que transgredir a ordem jurídica, foi-se, paulatinamente, criando mecanismos que outorgassem maior liberdade ao juiz para, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, analisar quais são as medidas de agressão mais adequadas, mais úteis ao credor e que, ao mesmo tempo, sacrificassem minimamente a esfera jurídica do devedor.

A diversidade de mecanismos hábeis a tutelar adequadamente a pretensão executiva passou a ser necessidade inelutável dos sistemas jurídicos.⁹⁴¹

A execução civil insere-se exatamente nesse contexto e particularmente em relação a ela, faz-se sentir de maneira mais intensa a exigência

⁹⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 90: “Surge o princípio no direito moderno como fruto do direito natural e da filosofia política à época do Iluminismo, orientada no sentido de proscriver a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça criminal. Montesquieu, com a teoria da separação dos poderes, afirma que o juiz não pode, sem usurpação dos poderes que competem ao legislativo, estabelecer crimes e sanções. Afirma-se, por outro lado, o princípio da obediência do juiz à letra da lei, com a proibição de interpretá-la. As grandes linhas do direito natural, que remontavam ao século anterior, já haviam firmado as bases políticas do princípio, ao estabelecer as relações entre a liberdade e o vínculo de dever imposto ao cidadão pela sociedade civil: deram os cidadãos ao Estado o direito de fixar os seus deveres através da lei. Enquanto a lei não é editada subsiste a liberdade individual”.

⁹⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 408.

de um sistema de atipicidade de medidas executivas, que garante maior plasticidade ao magistrado na acomodação do pronunciamento decisório à hipótese trazida à apreciação.

A atipicidade das medidas executivas constitui, assim, um princípio fundamental da execução ao lado do *princípio da tipicidade das medidas executivas*.

Em nosso Direito, ao contrário do que se poderia supor, a atipicidade não se opõe totalmente ao princípio da tipicidade das medidas executivas. Explicamos melhor. Não há uma prevalência absoluta de um ou de outro. Há sim uma convivência desses princípios, o que garante maior eficiência dos mecanismos executivos. Como corretamente já observou José Miguel Garcia Medina “no direito brasileiro nenhum dos dois princípios é adotado com exclusividade”.⁹⁴² Nesse aspecto, avulta a importância dos poderes dos juízes.

Vejamos alguns exemplos de balanceamento entre os princípios da tipicidade e atipicidade das medidas executivas, nas diversas espécies de execução existentes em nosso sistema.

No cumprimento de decisões antecipatórias de tutela e sentenças que impõem o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, segundo preceitua o art. 461, § 5º, do CPC, poderá o juiz determinar “as medidas necessárias”, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Disposição a tudo e em tudo semelhante a essa já constava do art. 84, § 5º, do CDC, a respeito da qual manifesta-se Arruda Alvim:⁹⁴³

“Além do art. 83, *caput*, no seu parágrafo quinto se estabelece que todos os meios possíveis (com vistas à satisfação do direito, por meio da realização da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente) podem ser utilizados, pois este parágrafo quinto, as elenca e

⁹⁴² MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 409.

⁹⁴³ ALVIM, Arruda. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 403.

indica de uma forma exemplificativa (utiliza-se aqui da expressão ‘tais como’). Prevê-se que o juiz poder-se-á utilizar de quaisquer medidas que sejam adequadas, principalmente medidas de caráter cautelar (as aí nominadas, ou outras) ou, de caráter executivo, porque se admite, mesmo liminarmente, tutela específica; ou, se inviável, deverá ordenar o Juiz a produção de resultado prático equivalente. Tudo através da utilização possível do que consta deste parágrafo quinto, ou mesmo por outros comandos. Alia-se a isso, se for o caso, a requisição de força policial, cujo concurso poderá ser ordenado desde logo”.

Kazuo Watanabe,⁹⁴⁴ acerca do art. 84 do CDC e das medidas executivas nela previstas ao comentar a possibilidade de fixação de multa pelo juiz, como uma das medidas colocadas à disposição do juiz para obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, destaca que:

“O dispositivo confere maior plasticidade ao processo, principalmente quanto ao provimento nele reclamado, permitindo que o juiz, em cada caso concreto, através da faculdade prevista no parágrafo em análise, proceda ao adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que esta última ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso”.

Por outro lado, remarca o ilustre jurista que:⁹⁴⁵

“O maior preparo dos juízes mais ainda se impõe quando se tem presente a ampliação de seus poderes, pela clara adoção do Código de novos e mais eficazes tipos de provimentos jurisdicionais, como a ação mandamental de eficácia assemelhada à *injunctio* do sistema da *common law* e à ‘ação inibitória’ do Direito italiano”.

Kazuo Watanabe⁹⁴⁶ ao comentar a execução de pronunciamento jurisdicional com base no art. 461, § 5º, do CPC, destaca que

“dois princípios igualmente relevantes devem ser sempre observados em matéria de execução, o que assegura a maior efetividade

⁹⁴⁴ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 751.

⁹⁴⁵ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 751.

⁹⁴⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 44.

possível à tutela jurisdicional e o que determina seja a execução feita, evidentemente sem prejuízo da efetividade, ‘pelo meio menos gravoso para o devedor’ (art. 620 do CPC)”.

Cita o autor elucidativo exemplo de como existe grande liberdade do juiz na execução de pronunciamentos tomados com base no art. 461 do CPC: pense-se no dever legal de não poluir (obrigação de não fazer). Descumprido, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v.g., colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluentes etc.) e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de *cessar a atividade nociva*.

A execução dessa última obrigação poderá ser alcançada coativamente, também através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de força policial. Não se trata de adoção arbitrária de qualquer medida, mas de medidas “adequadas e necessárias” à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado prático equivalente.⁹⁴⁷

Essa grande liberdade na forma de execução dos pronunciamentos jurisdicionais, também se aplica no que concerne à antecipação de tutela deferida com base no art. 273 do CPC, que engloba o cumprimento de outras espécies de obrigação, inclusive a de pagar quantia.⁹⁴⁸ Atualmente, inexistente qualquer dúvida nesse sentido, tanto que o § 3º, do art. 273 do CPC, com redação determinada pela Lei 10.444/2002, expressamente estabelece que: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A”.

Também por força da Lei 10.444/2002, que acrescentou ao CPC o art. 461-A, na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, aplica o disposto no art. 461, § 1º a 6º do CPC.

⁹⁴⁷ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 44-45.

⁹⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 21

As medidas de apoio previstas no art. 461, § 5º, do CPC, flexibilizaram o princípio de que ninguém pode ser constrangido a fazer uma coisa (*nemo ad factum praecise cogi potest*), e que foi consagrado pela Direito liberal. O art. 1.142 do Código de Napoleão é expresso a respeito: “Toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor”.

Dispõe o art. 644 do CPC, com a redação determinada pela Lei 10.444/2002 que a sentença relativa às obrigações de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto nos arts. 632 a 645 do CPC, que disciplinam a execução dessas obrigações, quando o título que fomenta a execução é extrajudicial.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que condenado “o réu à obrigação de fazer, o prazo para o cumprimento corre do trânsito em julgado da condenação” e não “cumprida a obrigação, o credor poderá utilizar serviços de terceiros, ficando o devedor responsável pelos gastos.”⁹⁴⁹ A atipicidade e tipicidade das medidas executivas, na hipótese que envolvia o cumprimento de obrigação de fazer, foi combinada para adequadamente tutelar.

As medidas executivas estabelecidas pelo Código de Processo Civil na execução das obrigações de fazer e não fazer constantes de título executivo extrajudicial são taxativas: citação para cumprimento da obrigação; caso não seja satisfeita, o credor pode requerer seja executada à custa do devedor; se o fato puder ser prestado por terceiro, a requerimento do credor, o juiz pode decidir que aquele o realize à custa do devedor; não sendo isto possível, o credor poderá haver perdas e danos, caso em que a obrigação converte-se em indenização.

Na execução de obrigações de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo (art. 645 do CPC).

⁹⁴⁹ STJ, 3ª T., REsp 536964/RS (200300505840), rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 04.05.2006, DJ 29.05.2006, p. 230.

Inexistem dúvidas, todavia, que também na execução de obrigações de fazer ou não fazer constantes de títulos executivos extrajudiciais, excepcionalmente e em atenção às características da situação concreta, aplica-se, no que couber, as disposições do art. 461, § 5º do CPC, como já averbaram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁹⁵⁰ e outros respeitáveis autores.⁹⁵¹⁻⁹⁵² Assim, as medidas executivas típicas somam-se a outras atípicas para adequada e tempestivamente satisfazer o direito do credor.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento emblemático, deferiu antecipação de tutela, inclusive de ofício, contra a Fazenda Pública, para pagamento imediato à parte autora de pensão militar, mediante recálculo daquela que já vinha sendo paga.⁹⁵³ Esse julgado evidencia, como é

⁹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 3, p. 461: “No processo de execução de título extrajudicial apenas se admite o meio coercitivo da multa periódica (art. 645 do CPC) ou, eventualmente, a sub-rogação do fato a terceiro e a conversão da obrigação original em perdas e danos. (...). Assim, se determinado caso concreto demonstrar a inidoneidade dos meios de execução, deverá o juiz, ainda que diante de ação de execução de título extrajudicial valer-se da regra processual aberta do art. 461, § 5º. Neste caso, como é óbvio, o juiz estará considerando o seu dever de dar tutela efetiva aos direitos e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – consagrado no art. 5º, XXXV, da CF -, devendo justificar a razão pela qual se tornou necessária a utilização de modalidade executiva a partir de tal cláusula aberta, a qual, além de idônea à tutela do direito, deve ser a que, nesta dimensão, traz a menor restrição possível à esfera jurídica do executado”.

⁹⁵¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entregar coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 427. Esse autor tem entendimento bastante restritivo à aplicação subsidiária das medidas de apoio previstas no art. 461, § 5º, do CPC à execução das obrigações de fazer ou não fazer fundadas em título executivo extrajudicial. Ressalta que o art. 637 do CPC ao (“se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência em igualdade de condições de oferta, ao terceiro”) alude não só a obras, mas também a *trabalhos*. Numa interpretação que privilegie a máxima efetividade da execução a escolha do terceiro (art. 634 do CPC) não estaria, segundo esse autor, limitada ao tipo de atividade que seria realizada por ele, ou seja, poderia ser outra que não apenas obras.

⁹⁵² GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 67, antes da Lei 10.444/2002, entendia que a utilização dos poderes conferidos ao juiz pelo art. 461, mesmo na execução de título judicial, deveria ser realizada em processo autônomo de execução, e em caráter complementar ao disposto nos arts. 632 a 638 e 644 e 645 do CPC.

⁹⁵³ “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CASO DAS MÃOS AMARRADAS. INTERESSE PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. VERBA HONORÁRIA. EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CF. ART 5º, XXXV E LXXVIII. Caso das mãos amarradas. Ex-Sargento do Exército torturado no DOPS, levado à Ilha do Presídio no Rio Guaíba, vítima de novas torturas, assassinado por militares em 1966, tendo sido o corpo encontrado boiando no Rio Jacuí, com as mãos amarradas. A indenização normatizada nas Leis 6.683/79 e 9.140/95 não se confunde com o pedido desta ação. Postula-se neste feito a indenização total pelos danos causados. Aquela reconhecida pelos diplomas legais citados, com base nos princípios da reconciliação e da pacificação nacional, não pode excluir a reparação integral do dano e nem eles tiveram por critério ressarcir e pensionar excluindo outros valores e obrigações devidas. O pedido manifestado na inicial foi no sentido de que fossem indenizados os danos decorrentes do ilícito. Estes

danos abrangem aqueles de natureza material e moral. A presente tese tem suporte principalmente no fato de que a controvérsia sobre a possibilidade do ressarcimento dos danos morais somente foi afastada com a promulgação da Carta de 1988, que expressamente os acolheu. Dessa forma, mesmo que não se entendessem acobertados pelo pedido os danos morais, teríamos o direito superveniente socorrendo a demandante. Quanto à prescrição do direito de ação, a matéria não merece ser conhecida, porquanto a decisão do Tribunal Federal de Recurso sobre o tema fez coisa julgada. Restou evidenciado que o ex-sargento foi preso por determinação de militares federais. Neste sentido, as cartas remetidas deixam claro que o preso estava à disposição do III Exército. O III Exército detinha jurisdição sob o Sul do País, à época dos fatos. De outro lado, o princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Verificando-se na hipótese a conduta de agentes públicos, consubstanciada na prática de atos de tortura que resultaram na morte da vítima, resulta inarredável a obrigação de indenizar do Estado. Não se poderia exigir, em uma situação trágica como a presente, documentos demonstrando as despesas. É fato notório que essas despesas ocorreram, que o jazigo foi adquirido, que a viúva deslocou-se às suas expensas para os funerais, cujas despesas também suportou. Por isso correta a condenação neste tópico e o arbitramento de valores efetuado. Presença do nexo de causalidade no que se refere aos danos morais. Neste item afirma a União que a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais caracteriza-se como enriquecimento às custas dos cofres públicos - tão combatidos ultimamente, visto que nem consta na exordial. Basta anotar que o sofrimento injustificado da autora deu-se pela ação determinada por agentes públicos. Também não custa lembrar que se os cofres públicos se encontram combatidos, isso não se deve a pagamentos do que justamente é devido. O dano moral deve ser apurado a partir de sua dupla natureza, compensatória para a vítima e punitiva ou sancionatória para o ofensor, cuidando-se, ainda, de evitar o enriquecimento sem causa. No presente caso, atentando-se aos critérios de moderação e prudência, as peculiaridades do caso, o tempo do processo e, também, ao grau de intensidade da culpa do responsável, a intensidade do sofrimento da vítima e a retratação verificada quanto aos danos materiais, o valor fixado obedece um padrão de razoabilidade. A condenação em honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação, também deve ser mantida. Ela está dentro dos parâmetros fixados pela legislação processual civil e, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, os incidentes suscitados, o longo tempo do processo e a dificuldade na produção da prova, está adequada. Este processo, por uma série de motivos e circunstâncias já relatadas, tramita há trinta anos. Ele já está na memória pública, pois foi tombado, arquivado, a sentença foi copiada e exposta, transformou-se em história, mas o processo não findou. A jurisdição, função do Estado, não foi entregue. Este julgamento deve cuidar também desta questão. Por isso, tão só manter a sentença como prolatada não é o bastante e nem digo para fazer justiça, mas para minimizar a injustiça. Justiça depois de trinta anos não é mais possível. Aliás, talvez bem mais de trinta anos, porque há possibilidade de outros recursos. Quantos anos mais, para que a decisão se faça definitiva e possa ser cumprida. Claro, cumprida depois da execução, com todos os recursos possíveis até se encontrar o valor devido. E, óbvio, submetendo-se ainda ao precatório. É sabido que o Estado deve assegurar às partes meios expeditos e eficazes na prestação da tutela jurisdicional. E é o juiz quem deve, em nome do Estado, velar pela célere solução do litígio. A demora do processo inflige à parte o sofrimento, inclusive psicológico. Por isso, a efetiva prestação jurisdicional é problema que aflige os operadores do direito de longa data. Exsurge, a partir daí, a necessidade de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, realizando o direito de obter a decisão justa em tempo razoável. Nessa trilha, de há muito a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm trabalhando com o conceito de efetividade da jurisdição, buscando através de princípios consagrados na Constituição, como o da universalidade, o da jurisdição e o do devido processo legal, a concretização do ideal de uma justiça célere. É seguindo nesta rota que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inseriu no art. 5º, o inciso LXXVIII, com a seguinte redação: 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação'. Foi consagrada, desta forma, como garantia do cidadão, a razoável duração do processo e a celeridade processual. A Constituição de 1988 consagrou o princípio da universalidade de jurisdição, no art. 5º, inciso XXXV, pelo qual não se excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Acresce-se, agora, que a jurisdição deverá ser célere, prestada em tempo razoável. Exatamente por isso, a garantia de razoável duração do processo e celeridade processual deve ser concretizada de imediato, independentemente de qualquer outro ato normativo complementar. Seu conteúdo normativo se impõe. Saliente-se que a garantia ora examinada foi inserida no art. 5º da CF, que possui um § 1º, determinando a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Manifesta-se, a partir da norma constitucional transcrita, um direito subjetivo a uma razoável e célere duração do processo. Direito subjetivo que, como tal, opõe-se ao Estado. Há norma consagrando o direito fundamental de exigir do Estado uma prestação jurisdicional

apropriada. Deixar de dar aplicabilidade imediata ao novel dispositivo constitucional é torná-lo letra morta. É retirar a força normativa da Constituição e ela admitirá, então, voltar a ser acusada de uma 'mera folha de papel'. Não há qualquer razoabilidade em um processo tramitar por trinta anos com a promessa de mais outro tanto. Razoável duração do processo é conceito que deverá ser realizado em cada caso. Neste caso, a razoabilidade determina, impõe, que a decisão produza efeitos imediatamente. A parte tem direito a uma resposta adequada do Estado. E o Poder Judiciário é o foro de afirmação deste direito. O processo ainda não saiu de um Tribunal e certamente ainda transitará por outros. Por isso, em determinadas situações, especialíssimas, é claro, deve ser admitida a entrega de uma tutela satisfativa, mesmo sem a definitividade da decisão. Neste feito, percebe-se com extrema nitidez e clareza, que é preciso antecipar os efeitos da tutela final, assegurando-se o ressarcimento pretendido, mesmo que provisória a decisão. Cuida-se de realizar a pretensão manifestada, enquanto possível. A sentença de primeiro grau foi lavrada dentro de parâmetros de justiça e legalidade, confortada por farta jurisprudência pátria. Cumpre prestar a tutela jurisdicional a quem demonstrou ter razão, a quem demonstrou deter o direito postulado. Está comprovada a titularidade do direito postulado. A autora demonstrou, a duras penas, em face da dificuldade em produzir a prova pelas peculiaridades do caso, que sofreu danos materiais e morais em face da ação criminosa de agentes a serviço do Estado. Estes danos devem ser reparados. A demandante está amparada pela presença do direito material. Não mais se cuida apenas de um juízo de verosimilhança, e sim, de certeza do direito clamado. O risco de um dano irreparável decorre do tempo deste processo. O risco, aqui, é o de não ser prestada a jurisdição, já enfatizamos este aspecto. Um processo que já fez trinta anos e ainda não acabou. Um processo que já consta dos memoriais de vários órgãos públicos. Que consta dos arquivos como justiça produzida através da sentença transcrita. Mas justiça que ainda não foi feita, pelo menos de forma efetiva, concreta. Por enquanto, só para contar a história. A antecipação da tutela jurisdicional é viável em qualquer fase do processo, seja em primeira ou segunda instância. O direito processual civil deve ser lido como direito constitucional aplicado e, dentro dessa vertente, deve ainda ser objeto de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais. Sendo o próprio acesso à justiça um direito fundamental, não se poderia entendê-lo senão como um direito a uma 'proteção efetiva', como bem observa Robert Alexy, já que obrigado o Estado (inclusive na sua feição judiciária) a provê-lo de maneira eficiente e tempestiva. No que ora interessa, importa observar que dentro dessa tutela jurisdicional efetiva vai compreendido o direito a um processo com duração razoável, sem dilações indevidas, que bem distribua o ônus do tempo processual entre as partes. Consectário esse, aliás, que hoje se encontra inclusive explícito em nossa Constituição (art. 5º, LXXVIII). Nada obstante o art. 273, CPC, exija para concessão da tutela antecipada requerimento da parte, não se pode olvidar que, por vezes, se mostra possível antecipar a tutela jurisdicional, ainda que não exista pedido da parte, como, de resto, já vem se pronunciando a doutrina mais atilada (conforme, por todos, José Roberto dos Santos Bedaque, Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 807). Essa possibilidade decorre da utilização do pensamento tópico, problemático, dentro do pensamento sistemático, algo já bastante amadurecido na doutrina europeia (conforme, por todos, Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 243 e seguintes), mas que ainda não ganhou foro livre entre nós. Vale dizer: a primazia é do problema, do caso a ser resolvido. A possibilidade de antecipação de tutela de ofício decorre de dois mandamentos constitucionais: os incisos XXXV e LXXVIII da Constituição da República, que consagram o direito à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. Ora, tendo os direitos fundamentais eficácia imediata, está autorizado o juiz, consoante as lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ('O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais'. In: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.), Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5 e seguintes), Luiz Guilherme Marinoni (Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 220 e seguintes) e Daniel Francisco Mitidiero (Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49), a concretizar diretamente esses direitos fundamentais, sem a mediação do legislador infraconstitucional, isso porque negar a possibilidade de antecipar-se a tutela de ofício, no presente caso, significa desprestigiar ainda mais a justiça que, ao fim e ao cabo, é mesmo o fim último do processo. O direito à duração razoável, como refere Mitidiero (Op. cit., pp. 62 e seguintes), é auto-aplicável em nosso direito, o que coloca a problemática da tempestividade processual no nível constitucional. A justiça que tarde acode é manifesta injustiça. De igual sorte, há requerimento da autora nestes autos solicitando que se dê preferência em seu julgamento, para que a justiça se faça. Por isso, entendo que neste pedido maior inclui-se o pedido de antecipar a tutela. Mesmo porque, à época do pedido não havia previsão legal para o exposto pedido de antecipação de tutela. E, como foi salientado, o caso concreto mostra a necessidade de que se impeça o efeito danoso do tempo, impedindo a efetiva tutela jurisdicional. Ao juiz incumbe velar pela efetiva prestação da jurisdição. De qualquer forma, se havia dúvidas sobre a

possível o Poder Judiciário, em atenção às peculiaridades do caso concreto, e utilizando-se dos princípios jurídicos, especialmente a efetividade da jurisdição (e em última análise a máxima eficácia que a execução deve proporcionar ao credor), concretizar e tornar efetivo o acesso à justiça, ainda que contra a Fazenda Pública, cuja tutela jurídica é cercada de grandes prerrogativas.

A lide envolvia pretensão visando à reparação de danos decorrente de homicídio praticado por servidores do Exército contra marido da parte autora. O trâmite há décadas do feito (mais de trinta anos!) pesou decisivamente na tomada de atitude por parte do tribunal, que não se coadunou com a prolação de pronunciamento que outorgasse uma resposta formal ao pedido da parte. Essa foi a razão pela qual deferiu, de ofício, antecipação dos efeitos da tutela e determinou o imediato cumprimento do comando jurisdicional consistente no recálculo da pensão mensal da autora com base nos parâmetros que fixou, livrando-a da sistemática do pagamento mediante precatório.

Em última análise o comando do julgado não envolvia apenas o pagamento de diferenças, que se submete ao procedimento da execução contra a Fazenda Pública, mas o cumprimento de uma obrigação de fazer (recálculo das diferenças, com implantação de novo valor), que, em princípio, não se sujeita ao disposto no art. 100 da CF e art. 730 do CPC.

Diante das peculiaridades do caso concreto, o julgado em questão, para possibilitar a execução da antecipação de tutela, flexibilizou o disposto no art. 2º.-B, da Lei 9.494/1997, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, que dispõe:

antecipação de tutela de ofício, estas não podem permanecer diante do disposto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88. Esta norma garante aos jurisdicionados o direito a uma tutela efetiva, em tempo razoável. É garantia fundamental atribuída às partes, que, como tal, exige sua aplicabilidade imediata. Exatamente por isso é que é dado ao juiz determinar todas as providências necessárias para sua concretização. Quanto à circunstância de ser a tutela dirigida contra a Fazenda Pública, tampouco vejo óbice à sua concessão. O Supremo Tribunal Federal já assentou que ‘O ordenamento positivo brasileiro não impede a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público. (Recl. 1967, Rel. Min. Celso de Mello). Antecipação de tutela deferida parcialmente para que se implante imediatamente a pensão vitalícia, como determinado na sentença ora confirmada. Improvido o apelo da União.’ (TRF da 4ª Região, 3ª T., Apelação Cível 200104010852029/RS, rel. Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, j. 12.09.2005, DJU 05.10.2005, p. 633).

“Art. 2º.-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

Outro exemplo, da amplitude dos poderes executivos do juiz e do seu correto manejo, foi demonstrada pelo Superior Tribunal de Justiça ao apreciar situação que envolvia a saúde e a própria vida da parte autora que teve deferida em seu favor antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público, determinando a este que fornecesse àquela medicamentos.

A recalcitrância do réu no cumprimento da medida, levou o Poder Judiciário a determinar o *seqüestro de verba pública* para a aquisição do medicamento. Ressaltou-se que o rol do art. 461, § 5º, do CPC não era taxativo.⁹⁵⁴

O sistema de satisfação das obrigações decorrentes de pronunciamentos jurisdicionais, via precatório, prevista constitucionalmente (art. 100 da CF), não foi óbice à implementação da medida, sob o argumento de que, sujeitar à parte beneficiária da decisão ao sistema de pagamento dos precatórios seria o mesmo que submetê-la ao risco gravíssimo (de vida) ao qual se buscou afastar. Ademais, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que apenas as sentenças condenatórias encontram-se sujeitas ao regime dos precatórios, mas não as decisões antecipatórias de tutela.⁹⁵⁵

⁹⁵⁴ O seqüestro de numerário de entes públicos é medida executiva prevista na Lei 10.259/2001, art. 17, § 2º, a fim de garantir o cumprimento da ordem judicial (requisição de pagamento à autoridade citada para a causa) e a plena satisfação da parte credora.

⁹⁵⁵ “ADMINISTRATIVO – FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, E ART.461-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per se, viola direitos indisponíveis, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 2. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, uma vez tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. 3. O direito à saúde deve prevalecer sobre o princípio da impenhorabilidade dos recursos públicos. Nas palavras do Min. Teori Albino Zavascki, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. (REsp 840.912/RS, Primeira Turma, julgado em 15.2.2007, DJ 23.4.2007) 4. Não há que se sujeitar os valores deferidos em antecipação de tutela ao regime de precatórios, pois seria o mesmo que negar a possibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando o Supremo Tribunal Federal apenas resguarda as exceções do art. 1º da Lei 9.494/97. Precedente. Agravo regimental

Assim, nem mesmo a norma-princípio da impenhorabilidade dos bens públicos foi suficiente para impedir que o Poder Judiciário, em atenção às circunstâncias do caso concreto e para dar eficácia a seus pronunciamentos determinasse medida atípica numa execução contra a Fazenda Pública, conotada por extrema formalidade.

Todos os princípios inerentes às normas orçamentárias também não foram suficientes para impedir a prevalência do direito à vida da parte autora.

Em ambos os casos supra (*hard cases*), temos exemplo de como os juízes podem, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, adotar medidas atípicas de satisfação, em execuções de pagar quantia. Sim, pois a execução contra a Fazenda Pública é uma execução de quantia certa, apenas submetida a formalidades maiores, circunstância que reforça o elevado grau de liberdade dos magistrados frente a alguns casos, pois se diante de entes públicos podem flexibilizar regras jurídicas e inclusive outorgarem medidas executivas atípicas, com muito maior razão podem fazê-lo em execuções envolvendo particulares.

Na execução por quantia certa contra devedor solvente vigora em maior intensidade o princípio da tipicidade das medidas executivas. A esfera jurídica do devedor só pode ser invadida de acordo com as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil (art. 646 e seguintes). A expropriação patrimonial igualmente segue rol taxativo (adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública, usufruto de bem móvel ou imóvel – art. 647 do CPC).

Todavia, mesmo nesse procedimento acentuadamente balizado por disposições legais estabelecendo quais são as medidas executivas incidentes, ainda assim reserva-se ao juiz certo campo de liberdade de atuação no que se refere aos meios executivos e sua implementação no caso concreto.

Não haveria sentido em tolher, de maneira absoluta, a liberdade de atuação jurisdicional na execução por quantia certa e manietá-la a um catálogo taxativo, impedindo que os juízes, em atenção às peculiaridades de cada caso concreto, adotassem, ainda que excepcionalmente, solução que nem sempre

improvido.” (STJ, 2ª T., Agravo Regimental no Recurso Especial 935083/RS (200700571932), rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 02.08.2007, DJ 15.08.2007, p. 268).

encontra apoio na lei expressa, mas é plenamente apoiada em princípios latentes do sistema jurídico.

Não seria racional entender que o sistema jurídico tenha tido a intenção de conferir tão elevado grau de eficiência no que diz respeito às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, mesmo que retratadas em título executivo extrajudicial, e não tenha assumido semelhante postura nas obrigações de pagar quantia, a espécie mais comum das obrigações.

Se o acesso à justiça deve ser efetivo; se o processo deve tramitar em tempo razoável; se é obrigação do Poder Judiciário, adotar as medidas necessárias para que os litígios tenham rápida *e a melhor* solução, inclusive às vezes afastando justificadamente a aplicação de regras jurídicas em prol de princípios jurídicos que arejam o sistema jurídico, mantendo-o rente à realidade das pessoas, seria trabalhar com uma visão muito apequenada e compartimentada desse mesmo sistema, entender-se que na execução por quantia certa contra devedor solvente o juiz não fosse investido de maiores poderes do que aqueles que algumas e poucas regras lhe conferem.

Nesse sentido, manifesta-se José Miguel Garcia Medina:⁹⁵⁶

“A idéia de que o juiz, na execução, não realiza operações mentais lógicas e valorativas, só pode ser compreendida quando se compreende a execução como espécie de tutela jurisdicional em que o juiz apenas realiza atos materiais, quase que mecanicamente. Se é certo que não é no curso da execução que o juiz deve declarar se há ou não direito a ser executado – notadamente no processo de execução, ante a abstração do título executivo – não menos certo é dizer que é na execução que as expectativas das partes se encontram em maior crise, e o juiz não pode ficar alheio a esta tensão. Esta observação não diz respeito apenas àqueles casos em que o sistema opta pela atipicidade das medidas executivas, em que o grau de participação do juiz é visivelmente maior. Incide, também, nos casos em que as medidas executivas são típicas, e também neste caso a aplicação dos mencionados princípios é visível”.

Remarque-se a lição de Dalmo de Abreu Dallari:⁹⁵⁷ o juiz não é escravo de nada, nem de ninguém; tampouco da lei. Embora, por óbvio, não esteja

⁹⁵⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 420.

⁹⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 80.

totalmente desvinculado das disposições contidas nas regras jurídicas, também não está totalmente vinculado a elas.

Portanto, nos pontos de estrangulamento, em que as regras não são eficientes e aptas a entregar à parte aquilo e exatamente aquilo que ela tem o direito de obter, e para que o processo não redunde em dano a quem tem razão, *é dever do juiz* encontrar soluções, apoiado em outros elementos contidos no sistema jurídico (princípios jurídicos), que reconduzam o processo à sua condição de instrumento técnico adequado, tempestivo e eficaz à disposição da parte demandante.

É evidente que a liberdade de atuação do juiz não é absoluta. Em hipóteses especiais, devidamente justificadas em atos decisórios e em atenção às circunstâncias específicas, pode o magistrado atuar com maior liberdade a fim de direcionar os atos executivos à máxima eficácia que deles espera o credor, sem sacrificar demasiadamente o devedor.

Os poderes dos juízes não encontram sua fonte de legitimidade apenas das regras jurídicas. Em nosso entender, os incisos XXXV e LXXVIII, do art. 5º, da CF constituem as fontes imediatas e diretas de toda atuação jurisdicional, e qualquer – qualquer mesmo! – situação que impeça o processo de cumprir seu papel constitucionalmente traçado de garantir a concretização dos direitos fundamentais – e o acesso à justiça é o maior deles -, deve ser imediatamente removida.

A partir dessas premissas, torna-se mais fácil compreender que os juízes possuem poderes, também na execução por quantia certa contra devedor solvente, cuja latitude não está totalmente restringida pelo conteúdo das regras jurídicas.

A penhora sobre faturamento, que encontra apoio no art. 655, VII e 655-A, § 3º, do CPC, com a redação conferida pela Lei 11.382/2006, não deve ser deferida de plano pelo juiz diante de simples requerimento pelo credor nesse sentido.

Embora não sejam explícitos os dispositivos legais, segundo as diretrizes até agora traçadas pela jurisprudência, só se admite essa espécie de

penhora, quando não encontrados outros bens, cumprindo o comando do princípio da menor onerosidade possível ao devedor (art. 620 do CPC).

Isso porque a constrição do faturamento da empresa, se não bem equacionada, pode levar, por falta de recursos, à sua quebra. A penhora de faturamento só se torna eficaz se fixado razoável percentual que não comprometa demasiadamente a continuidade dos negócios do devedor e concomitantemente reverta ao credor quantia suficiente à satisfação do seu crédito. Um administrador deve ser nomeado, devendo ser apresentada forma de administração.

Não fica totalmente afastada a possibilidade de o juiz nomear um administrador estranho aos quadros da empresa, se os representantes legais, à frente dos negócios obstaculizarem a implementação da medida executiva, em analogia às medidas contidas na Lei 8.884/1994 (arts. 69 e seguintes),⁹⁵⁸ a qual dispõe sobre a

⁹⁵⁸ Dispõe a Lei 8.884/1994, em seus arts. 69 a 77: “Art. 69. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor. Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.” “Art. 70. Se, dentro de quarenta e oito horas, o executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em três dias, o Juiz decidirá em igual prazo.” “Art. 71. Sendo a impugnação julgada procedente, o Juiz nomeará novo interventor no prazo de cinco dias.” “Art. 72. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.” “Art. 73. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, e terá duração máxima de cento e oitenta dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade. § 1º Aplica-se ao interventor, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. § 2º A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.” “Art. 74. O Juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor. A substituição dar-se-á na forma estabelecida no contrato social da empresa. § 1º Se, apesar das providências previstas no *caput*, um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o Juiz procederá na forma do disposto no § 2º. § 2º Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o Juiz determinará que este assumam a administração total da empresa.” “Art. 75. Compete ao interventor: I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução; II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento; III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.” “Art. 76. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada.” “Art. 77. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao Juiz Federal relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.” “Art. 78. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Código Penal.”

prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

Embora existam regras prevendo a medida executiva (penhora sobre faturamento), elas não dispõem como deve ser implementada, cabendo ao juiz ponderar, em atenção às circunstâncias do caso concreto, se ela se mostra adequada, e delimitar o âmbito de sua incidência. Há aqui manifestação do princípio da atipicidade das medidas executivas.

Cassio Scarpinella Bueno⁹⁵⁹ destaca a atipicidade da penhora sobre faturamento, quando ainda não existiam regras específicas a respeito, em cotejo com a necessidade de o juiz “revisitar” os institutos de Direito Processual Civil à luz da efetividade que se esperam dos provimentos jurisdicionais.

As quebras de sigilo bancário e fiscal igualmente só se admitem na execução, após prévio esgotamento dos meios extrajudiciais na busca de bens penhoráveis, vez que o direito fundamental ao sigilo não pode ser mitigado diante de simples pretensão patrimonial. Deve haver justificativa para sua não prevalência no caso concreto.

O art. 655-A do CPC, acrescentado pela Lei 11.382/2006, prevê a possibilidade de o juiz, para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, a requerimento do credor, requisitar à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente, por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Previu-se, assim, em regra jurídica, o que já era determinado pelos juízes por meio do balanceamento de princípios. O que a regra não diz – e aqui insere-se a grande margem de liberdade de atuação do magistrado – é quando e como deve se operar a quebra do sigilo. As peculiaridades da hipótese trazida à apreciação é que autorizarão ou não o uso da medida. Novamente, há incidência do princípio da atipicidade da medida executiva.

Mas não é só.

⁹⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 78-79, 2006.

Dispõe o art. 692, *caput*, do CPC que não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil. Palavra de conteúdo semântico vago, apenas ponderando as circunstâncias do caso concreto, poderá o juiz decidir se o lance é ou não vil, a fim de validar ou invalidar o ato expropriatório.

As situações que envolvem prisão civil do depositário de bens (art. 5º, LXVII, da CF) envolvem grande balanceamento de princípios. O depositário é obrigado a guardar e conservar os bens penhorados (art. 148 do CPC), não se justificando que, quando intimado a entregá-los os apresente em péssimo estado de conservação, que esvazie seu conteúdo econômico e impeça sua alienação em praça pública. Se se houve com dolo ou culpa, se a deterioração ou perecimento ocorreram por circunstâncias alheias à vontade do devedor, são situações que cabe ao juiz analisar também considerando todas as variantes do caso concreto.

Citamos alguns poucos exemplos que demonstram que os poderes do juiz, na execução por quantia certa contra devedor solvente, não se encontram vinculado estritamente ao princípio da tipicidade das medidas executivas. Embora, sem dúvida alguma, as medidas constritivas que o juiz deve adotar, em regra, devam seguir o rol previsto no Código de Processo Civil, isso não afasta grande margem de liberdade que possui para ponderar acerca da real necessidade da medida pleiteada, ou mesmo, caso seja adequada e necessária, a sua forma de incidência no procedimento *in executivis*. Excepcionalmente, é possível até mesmo a aplicação de medida executiva não prevista no Código de Processo Civil, como é o caso do afastamento do sócio-gerente ou diretor da empresa, na penhora sobre faturamento.

Essa margem de liberdade que possuem os juízes é o que basta para concluir que ao lado do princípio da tipicidade das medidas executivas vige igualmente também na execução por quantia certa contra devedor solvente, ainda que em menor extensão, o princípio da atipicidade das medidas executivas.

OS PODERES DO JUIZ E A EXECUÇÃO CIVIL

3.1 Noções da palavra poder e significado da expressão “poderes do juiz”

Poder, derivado do latim *potere* (poder, ter poder, ser capaz), é expressão usada na terminologia jurídica nas mesmas condições em que se usa na linguagem corrente, isto é, como verbo e como substantivo.⁹⁶⁰

Como verbo é tomado no sentido de ser autorizado, ser permitido, dar autoridade, faculdade, ter autoridade. Toda vez que o verbo vem reger qualquer frase, mostra, em relação ao que rege, uma autorização, uma permissão, uma faculdade, em virtude do que se adquire a faculdade de fazer ou de seguir o que ali contém.⁹⁶¹

Entre as várias acepções da palavra poder como verbo, destacam-se as seguintes: a) ter a faculdade de; b) ter possibilidade de, ou autorização para; c) ter ocasião, ter oportunidade, meio de; conseguir; d) ter força para; e) ter o direito, a razão, o motivo de; f) ter possibilidade; g) dispor de força ou autoridade; h) ter força, robustez, capacidade para suspender, agüentar ou suportar.⁹⁶²

Como substantivo poder significa o domínio e a posse tida sobre certas coisas, ou a faculdade, permissão, força ou autorização para que se possam fazer ou executar certas condutas.⁹⁶³

Do Estado de Direito estruturado a partir dos movimentos liberais burgueses, especialmente pela Revolução Francesa, advém a origem do poder, não mais vinculado à vontade pessoal do soberano, mas sim do povo.

Assim, “a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos

⁹⁶⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 613.

⁹⁶¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, p. 613.

⁹⁶² HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Eletrônico Século XXI – CD ROM*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, s/d.

⁹⁶³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, p. 613.

que compõem o todo social. É a idéia de soberania popular, é a idéia de democracia.”⁹⁶⁴

Rousseau⁹⁶⁵ explicou a origem do poder estatal conectando-o a um “pacto social”, em que todos os homens, não podendo engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes, não teriam outro meio de conservar-se, senão formando, por agregação, um conjunto de forças que pudesse sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concreto.

A Constituição Federal de 1988 expressa a origem do poder estatal, no art. 1º, parágrafo único, dispondo que: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” (destaques nossos).

Como ressalta Montesquieu:⁹⁶⁶ “(...) trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar”, de tal sorte que “ele vai até onde encontra limites”. E para que “não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.⁹⁶⁷ Advém daí a noção de autolimitação do poder pela divisão de funções a serem desempenhadas por órgãos do Estado.

Nossa Constituição expressamente dispõe: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Assim, embora a noção de Estado de Direito tenha evoluído para a de Estado Constitucional Democrático e de Direito, com agregação de outros valores à atuação estatal, principalmente a de não mero garantidor formal de direitos, sem dúvida é importantíssima a reafirmação da origem do poder exercido pelos magistrados.

No sentido do Direito Público, poder exprime, em regra, o órgão ou a instituição a que se atribui uma parcela da soberania do Estado, para que se

⁹⁶⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11.

⁹⁶⁵ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, v. 1, p. 69.

⁹⁶⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, p. 166.

⁹⁶⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*, p. 166.

constitua em autoridade e exerça as funções jurídicas, de ordem política e administrativa, que lhe são cometidas por lei. Geralmente, a denominação de poder público exprime uma autoridade de dominação, que se apresenta como delegado do próprio Estado. Desse conceito, decorre o significado de poder como competência ou função autorizada, que se atribui ao órgão, dentro da competência que lhe é traçada. Em face desta delegação, cada poder, constituído por um órgão, desempenha ou exerce a soberania nacional.⁹⁶⁸

Na terminologia romana, o poder, nesse sentido, era a *potestas* ou o *imperium*, sentido este indicativo do poder que provinha da autorização suprema, em cujas mãos repousava a chefia do Estado.⁹⁶⁹

Vinculando todas essas acepções ao presente trabalho, a palavra poder traduz a autoridade de que se encontram investidos os juízes, como órgãos do Estado, investidos de parcela de soberania estatal diretamente decorrente da Constituição Federal, para atuarem-na de maneira coativa⁹⁷⁰ na busca da realização dos objetivos traçados pelo sistema, especialmente dos valores contidos nas normas constitucionais. Desde logo, afastam-se noções ligadas à faculdade ou simples

⁹⁶⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, p. 614.

⁹⁶⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, p. 614.

⁹⁷⁰ SICHES, Luis Recasens. *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentos de la filosofia del derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1952, p. 173-174: “A esta característica esencial de lo jurídico de imponerse incondicionalmente, tanto si cuenta con la voluntad del sujeto como si ésta le es adversa, se le há llamado tradicionalmente *coactividad* o *coercitividad* y también autarquía. Yo prefiero denominar esta nota *impositividad inexorable* o *inexorabilidad*, porque creo que estas palabras expresan mucho más exactamente la característica de que se trata. (...) La imposición inexorable es algo que se desprende esencialmente del sentido mismo de lo jurídico. Como el sentido esencial del Derecho consiste en establecer los límites recíprocos y los enlaces *necessarios* entre la conducta de varios sujetos, para ordenar de un modo *objetivo* y *externo* la vida social, lógicamente no puede estar condicionada al azar de cuál sea la voluntad de los sujetos cuyo comportamiento se quiere sujetar en una estructura colectiva. Precisamente porque el Derecho es una organización de las relaciones externas entre los miembros de la sociedad, en aquellos puntos en que la conducta de unos es condición imprescindible para los demás, esta condición no puede depender de la voluntad fortuita e imprevisible de los llamados a cumplirla. Tal pensamiento sería absurdo, sencillamente contradictorio. El Derecho trata de que un sujeto ponga aquello que es reputado como necesario e imprescindible para outro; luego la realización de esto no puede depender del querer de quien debe cumplirlo, sino que tiene que ser impuesto de modo incondicionado, autárquico, es decir, a todo trance. Como el Derecho requiere sujetar necesariamente a una persona en interés o por motivo de outra u otras, no puede dejar a aquélla en libertad de cumplir o no los deberes que le impone. Como el sentido del Derecho (...) consiste en establecer necesaria y eficazmente un mínimo de certidumbre y de fijeza en las relaciones sociales, por eso excluye ineludiblemente la fortuidad y la inseguridad que implicaría el confiar su observancia al albedrío subjetivo. Por eso, el Derecho es Derecho porque y en tanto que puede imponerse de modo inexorable a todos sus sujetos, a cualquier precio, con, sin o en contra la voluntad de éstos (venciendo en tal caso su resistencia violentamente, por la fuerza). Y, por eso, el cumplimiento de los deberes jurídicos se exigible por vías de hecho, por una imposición coercitiva que haga imposible la infracción, o que la remedie en la misma forma impositiva, si había ocurrido ya.”

autorização para que os juízes façam uso da parcela de soberania de que se encontram investidos. Como veremos, o poder para os juízes, em regra, significa dever.

Os juízes exercem essa parcela de soberania estatal, ou seja, exercem o poder jurisdicional de variadas formas, de acordo a espécie de processo e de função jurisdicional a ser realizada através dele, do procedimento, da fase processual etc. Assim, a atuação do órgão jurisdicional durante todo o curso da relação jurídica processual sofre variações.

Quando estudamos quais são as possíveis manifestações dos juízes no desempenho de sua atividade jurisdicional o que estamos fazer é sistematizar os poderes dos juízes, para melhor compreender e operacionalizar o sistema. Assim, a expressão poderes dos juízes significa manifestações do poder que o Estado confere ao juiz para dirigir, instruir e decidir no - e através do - processo as demandas que lhe são dirigidas.⁹⁷¹

3.2 Juiz e o seu papel na relação jurídica processual

São sujeitos do processo todos aqueles que figuram na relação jurídica processual. Assim, incluem-se entre os sujeitos do processo o juiz, as partes propriamente ditas (partes principais) e até mesmo os que figuram no processo sem que nada peçam diretamente para si, como é o caso do assistente simples.⁹⁷²

Autor e réu são os sujeitos parciais do processo. Já o juiz ocupa o papel central em toda e qualquer relação jurídica processual. Isso porque ele é órgão do Estado que exerce, em cada processo, concretamente, os poderes inerentes à jurisdição. Faz atuar a vontade contida no sistema através das diversas técnicas processuais colocadas à sua disposição como ferramental necessário para tutelar o direito da parte demandante, se sua pretensão estiver acorde com o sistema jurídico.

⁹⁷¹ GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 42.

⁹⁷² ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 19.

O juiz deve ser considerado, num sentido lato da expressão, funcionário público. No entanto, as peculiaridades respeitantes à sua posição e, em especial, à sua função são tantas, que o distanciam muito do funcionário público comum e do regime jurídico a que este se submete. São tão importantes algumas garantias do juiz, que o legislador constituinte originário houve por bem tratá-las, no texto constitucional, de maneira separada daquelas próprias dos servidores públicos em geral.⁹⁷³

O Estado, pessoa jurídica de Direito Público, para a realização de suas finalidades processuais, o desenvolvimento de suas atividades, o exercício de seus poderes, o cumprimento de suas obrigações jurídicas, em resumo, para a realização de todos os atos juridicamente relevantes no exercício da jurisdição e no desenvolvimento do processo civil, está dotado, como todas as demais pessoas jurídicas públicas, de uma organização, isto é, de órgãos que, dentro do âmbito de sua personalidade jurídica, permitem ao Estado querer e atuar. Tais órgãos no exercício da função jurisdicional estão, por outra parte, personificados por sujeitos, isto é, por pessoas físicas que atuam na qualidade de titulares desses órgãos.⁹⁷⁴

Todos os que, em nome do Estado, têm o exercício do poder, chamem-nos de juízes de direito, desembargadores, ou ministros, todos são juízes. Em primeira instância, vigora entre nós a singularidade dos juízes, funcionando, em segunda instância, juízos colegiados dos Tribunais. Os juízes são os representantes do Estado na promoção da justiça, no desempenho da função jurisdicional.⁹⁷⁵

O juiz, na relação jurídica processual, posiciona-se de maneira equidistante e acima das partes, desinteressadamente. Na representação triangular do processo, ele ocupa seu vértice. Para ele são endereçadas as pretensões dos demandantes e opostas as resistências pelos demandados. O juiz comanda o processo baseado nas diretrizes contidas no sistema, especialmente com base na lei, devendo agir imparcialmente.⁹⁷⁶

⁹⁷³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 20.

⁹⁷⁴ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. II, p. 3.

⁹⁷⁵ PACHECO, José da Silva. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 1, p. 156.

⁹⁷⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 20.

Dos sujeitos processuais, o juiz, como órgão no exercício da função jurisdicional, é quem desempenha papel preponderante, no dizer de Moacyr Amaral Santos.⁹⁷⁷ É a figura central do processo. É o sujeito mais eminente da relação processual, na observação de José Frederico Marques.⁹⁷⁸

É compreensível a razão de ser da predominância do juiz na relação processual, porque ele dela participa como órgão do Estado, como órgão de poder (poder jurisdicional), ou seja, é o sujeito detentor em cada relação jurídica processual do poder de fazer atuar, concretamente, os comandos imperativos contidos no sistema.

O juiz impulsiona o processo em direção à realização do seu escopo, de acordo com a espécie de tutela buscada por meio da ação e a ser implementada através da técnica processual adequada.

Pronunciamentos jurisdicionais simples, de mera movimentação do processo e sem substancial conteúdo decisório, garantem o fluxo de atos processuais na direção traçada pelo sistema.

No desempenho de sua atividade, o juiz profere pronunciamentos deferindo ou indeferindo provas na formação de material que conferirá supedâneo ao seu convencimento, no processo de conhecimento e cautelar, ou determinando a realização de atos materiais que enlaçam na teia executiva o patrimônio do devedor, ao mesmo tempo em que alteram a realidade fática, através de resultados práticos a serem revertidos em favor do credor, na execução forçada.

O juiz pode deferir medidas de urgências a fim de precipitar, no tempo, a fruição do direito material retratado na lide (antecipação de tutela, na demanda cognitiva), ou preservar a situação de fato ou de direito a ser tutelada em demanda cognitiva ou executiva já iniciada ou por iniciar (liminares acautelatórias, na demanda cautelar).

Para garantir o bom andamento dos trabalhos judiciais, o juiz pode ordenar a saída de pessoas das salas de audiências, ou ainda, para garantir a autoridade e o fiel cumprimento de suas decisões, pode requisitar o auxílio de força

⁹⁷⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1, p. 280.

⁹⁷⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 125.

policial. Pode, igualmente, determinar que sejam riscadas expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo.

Ao cabo da relação jurídica processual, o juiz deve proferir pronunciamentos jurisdicionais, que, no processo de conhecimento, uma vez atendidos os pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito, acolhem ou rejeitam a pretensão da parte demandante e assumem conteúdos variados e complexos de acordo com a natureza do direito discutido e a espécie de tutela processual hábil a ampará-lo.

Na demanda executiva, esse pronunciamento assume conteúdo bastante simples, atestando simplesmente a satisfação do direito da parte tal qual delineado no título executivo, que fomentou e sustentou a pretensão executiva do início ao fim do procedimento *in executivis*.

Assim, na condução do processo, o juiz exerce largos e diversos poderes, mas possui perante as partes e o próprio sistema jurídico deveres, que ora assumem a conotação de fonte daqueles poderes, ora funcionam como fatores de sua contenção. Nem sempre é fácil a diferenciação entre poderes e deveres do juiz, estando muitas vezes entrelaçados de tal forma que falar em poder é, ao mesmo tempo, falar em dever e vice-versa.

Equivocam-se aqueles que, precipitadamente, como temos sustentado ao longo deste trabalho, qualificam de autoritária a atuação dos juízes que buscam, por meio do processo, nada mais do que a realização dos escopos traçados pelo sistema, e assumem, no desempenho dessa função, uma postura ativa, e que não se contente com respostas formais, vazias de conteúdo prático, totalmente inefetivas.

Como ressalta Moacyr Amaral Santos:⁹⁷⁹

“Na verdade, ao juiz *inerte*, ao juiz *passivo*, de outros tempos, se substituiu o juiz *ativo*, como o compreende a doutrina contemporânea e o instituiu o direito brasileiro, um juiz que é sujeito predominante da relação processual e como tal desenvolve atividades amplas e variadas, não só quanto ao ordenamento do processo como, ainda, no que toca à

⁹⁷⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 281.

instrução do processo e à formação do material de convicção necessário para as suas decisões.”

Na efetivação dos poderes que o sistema atribui ao juiz, este, a todo momento, concretiza direitos fundamentais.

De fato, esses direitos, cuja origem está contida na Constituição Federal, são trabalhados, manejados criativamente e efetivados por obra dos pronunciamentos dos juízes. Logo, desde simples pronunciamentos que movimentem ao processo até pronunciamentos complexos que decidam a lide, ou mesmo convertam o direito em fato através de atos materiais, todos (absolutamente todos!) encontram-se matizados pela força emergente da Constituição Federal, uma vez atendidos os comandos ditados por ela.

Já observamos que os poderes do juiz devem ser contextualizados aos institutos fundamentais do Direito Processual.

Também examinamos como o exercício do poder jurisdicional deve adaptar-se às características principais, à estrutura e à funcionalidade próprias da execução forçada. Observamos, igualmente, que as diversas classificações que a execução civil possui encontram-se totalmente vinculadas aos poderes do juiz, que deve utilizá-las de modo a tornar a execução forçada específica e frutífera.

Os princípios fundamentais da execução civil funcionam como normas gerais, com grau de abstração superior aos das regras, e conferem fundamento legal e constitucional para que, por meio dos poderes do juiz e com a utilização da técnica executiva, seja obtido em favor do credor o mais eficaz resultado possível, com a imposição de medidas executivas que sacrifiquem minimamente a esfera jurídica do devedor.

Agora, examinaremos as bases legais e constitucionais sobre as quais se apóiam os poderes do juiz. É dizer, suas fontes legais e principalmente constitucionais, abordando nesse caminho temas importantíssimos que demonstrarão a grande extensão e também os limites dos poderes do juiz.

Fixadas essas premissas, veremos quais são exatamente os poderes que o juiz possui na execução por quantia certa, esboçando uma tentativa de sua sistematização.

Em seguida, analisaremos, em cada fase em que a execução por quantia certa contra devedor solvente pode ser dividida, como os juízes exercem concretamente seus poderes em prol dos resultados ambicionados pelo sistema e em respeito aos postulados do nosso Estado Democrático e de Direito, cujas linhas mestras encontram-se cravadas na Constituição Federal.

3.2.1 Capacidade geral

Segundo José da Silva Pacheco,⁹⁸⁰ todos os juízes, de qualquer denominação ou grau, devem possuir: a) jurisdicionalidade, isto é, devem estar investidos de jurisdição; b) competência, ou seja, devem estar dentro da faixa de atribuições que a lei lhes assegura; c) imparcialidade ou alheabilidade, ou seja, devem ficar na posição de terceiro em relação às partes interessadas; d) independência, isto é, sem subordinação jurídica aos tribunais superiores, ao Legislativo ou ao Executivo, vinculando-se exclusivamente ao ordenamento jurídico; e) processualidade, isto é, devem obedecer à ordem processual instituída por lei, a fim de evitar a arbitrariedade, o tumulto, a inconseqüência e a contradição desordenada.

Da mesma forma que as partes, os órgãos jurisdicionais devem atender a determinados requisitos de capacidade processual para serem sujeitos do processo. Nesses órgãos distinguem-se a capacidade geral e a capacidade especial.⁹⁸¹

A capacidade geral dos órgãos jurisdicionais diz respeito à possibilidade de serem tais órgãos, como elementos do Estado, investidos das funções de caráter jurisdicional.

Na relação jurídica processual, somente pode exercer funções e poderes jurisdicionais o órgão que esteja previsto na Constituição Federal, de maneira explícita ou implícita como integrante do Poder Judiciário. Esses órgãos

⁹⁸⁰ PACHECO, José da Silva. *Direito processual civil*, v. 1, p. 157.

⁹⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 126.

podem ser monocráticos (juízes) ou coletivos (turmas ou câmaras dos tribunais). Os juízos monocráticos e coletivos que as leis processuais e de organização judiciária criam e estruturam, possuem base na previsão genérica da Constituição Federal, sendo os únicos que têm capacidade para ser sujeitos jurisdicionais.⁹⁸²

Dispõe o art. 92 da Constituição Federal serem órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e juízes Federais; IV – os Tribunais e juízes do Trabalho; V – os Tribunais e juízes eleitorais; VI – os Tribunais e juízes militares; VII – os Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios.

A capacidade geral do juiz, como pessoa física, é a aptidão para provimento em cargo jurisdicional, apresentando-se bastante variável segundo o cargo a ser ocupado. Exige-se, por óbvio, para todos os cargos saúde física e mental.

Assim, para ingresso na carreira, por exemplo, como juiz de direito ou juiz federal, exige-se a aprovação do candidato em concurso público de provas e títulos, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação (art. 93, I, da CF).

Deve também o magistrado possuir capacidade para o exercício do cargo, que só se adquire quando nomeado, empossado no cargo juiz e assuma efetivamente suas atribuições.⁹⁸³

A ausência de capacidade geral ocasiona a ausência de jurisdição do órgão jurisdicional, retirando a base sustentadora de seus pronunciamentos, vez que ausente um dos pressupostos de existência da relação jurídica processual (jurisdição), nos termos do art. 267, IV, do CPC. Nenhum efeito jurídico emergirá de processo em que atue pessoa sem estar investida, como juiz, de capacidade geral. Vício de grande gravidade, a sentença de mérito nele proferida jamais transitará materialmente em julgado, podendo ser invalidada, por simples requerimento no

⁹⁸² MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 126.

⁹⁸³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 128.

próprio feito, por ação declaratória e até mesmo por ação rescisória, aqui admitida excepcionalmente como forma de vulnerar o pronunciamento diante da aparência de legalidade, embora não seja, tecnicamente falando, o melhor meio para esse fim.

3.2.2 Capacidade especial objetiva

Para que o juiz possua capacidade como sujeito do processo é necessário que, ao lado das condições mencionadas de capacidade geral, coexista a capacidade especial relativa ao exercício do poder jurisdicional. Essa capacidade pode ser objetiva ou subjetiva, dizendo respeito, a primeira ao órgão jurisdicional (juízo) e a segunda à pessoa do magistrado (ao juiz).⁹⁸⁴

A capacidade objetiva está regulada pelas normas que disciplinam a competência. Em se tratando de juízos coletivos, é também necessário que esteja ele regularmente constituído pelo número de juízes determinados em lei.⁹⁸⁵

Como ressalta Couture,⁹⁸⁶ a competência é uma medida de jurisdição. Todos os juízes têm jurisdição, mas nem todos têm competência para conhecer de determinada demanda. Um juiz competente é ao mesmo tempo juiz com jurisdição; porém, um juiz incompetente é um juiz com jurisdição e sem competência. A competência é fragmento de jurisdição atribuído a um juiz.

Estando a situação de competência regulada por norma no interesse público em razão da pessoa (*ratione personae*), da matéria (*ratione materiae*) ou da hierarquia, a infração à regra de delimitação do poder jurisdicional causa a incompetência absoluta do órgão jurisdicional para processar e julgar determinada demanda. A situação é de nulidade absoluta.

A incompetência absoluta diz respeito a pressuposto processual de validade do processo (art. 267, IV, do CPC). É inderrogável por convenção das partes (art. 111 do CPC). Pode ser alegada por qualquer das partes envolvidas no

⁹⁸⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 129.

⁹⁸⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 129.

⁹⁸⁶ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 24.

processo e ser pronunciada, até mesmo de ofício, pelo próprio órgão jurisdicional (art. 113, 267, § 3º, art. 301, § 4º, do CPC).

A ausência de declaração de ofício não convalida o vício, ou seja, o órgão jurisdicional não tem prorrogada sua jurisdição. A sentença de mérito, uma vez proferida, conterà vício de nulidade, sendo passível de invalidação por meio de ação rescisória, no prazo de 2 (dois) anos após o trânsito material em julgado, nos termos do art. 485, II, do CPC.

No âmbito Processual Penal, merece destaque o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho,⁹⁸⁷ no sentido de que situações de infração às regras constitucionais de competência jurisdicional, por violarem o princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF), são causa não de nulidade, mas de inexistência do processo, e do pronunciamento jurisdicional condenatório nele proferido.

Destaca Arruda Alvim⁹⁸⁸ que, embora o problema da competência absoluta seja relativo ao órgão e, portanto, implique o desligamento da causa do órgão, como conseqüência desliga o juiz da causa também.

Todavia, estabelecendo a regra a delimitação de competência do órgão jurisdicional, em atenção precipuamente ao interesse das partes envolvidas na relação jurídica processual, de acordo com critérios que dizem respeito ao valor da demanda ou ao território, sua infração deve ser alegada oportunamente pela parte interessada, em prazo peremptório e por meio de exceção, sob pena de prorrogação

⁹⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50: “(...) Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem juiz natural, não há função jurisdicional possível. A idéia de imanência do juiz no processo leva, assim, a revisitar o princípio do juiz natural, visto como verdadeiro *pressuposto de existência do processo*. Na moderna evolução da teoria dos pressupostos processuais, da posição inicial – que falava em requisitos sem os quais a relação processual não chegaria a nascer – partiu-se para a idéia de que, sem os pressupostos processuais, a relação processual pode nascer, mas será inválida. (...). Todavia, o juiz natural é condição para o exercício da jurisdição. Sem ele, a própria relação processual não pode nascer, é apenas aparente, é um não-processo. Estamos aqui, inquestionavelmente, perante um verdadeiro pressuposto de existência do processo, em cuja ausência não se pode falar em mera nulidade da relação processual.”. Prosseguem (Idem, p. 54): “Agora, em face do texto expresso na Constituição de 1988, que erige em garantia do juiz natural a competência para *processar e julgar* (art. 5º, LIII, da CF), não há como aplicar-se a regra do art. 567 do CPP aos casos de incompetência constitucional: não poderá haver aproveitamento dos atos não-decisórios, quando se tratar de competência de jurisdição, como também de competência funcional (hierárquica e recursal), ou de qualquer outra, estabelecida pela Lei Maior”.

⁹⁸⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 21.

da jurisdição (art. 111, *caput*, 112, 114 e 304, do CPC). Admite-se que as partes modifiquem a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações (art. 111, *caput*, do CPC).

3.2.3 Capacidade especial subjetiva

Além da capacidade especial objetiva para que determinada pessoa possa exercer, em determinado processo, os poderes jurisdicionais, é preciso também que inexistam qualquer impedimento ou causa de suspeição que comprometam o exercício imparcial da função jurisdicional. Assim, o juiz não pode ser impedido nem suspeito no exercício do ofício jurisdicional. Como já ressaltado, as situações em análise dizem respeito ao juiz e não ao juízo.

Como registra Ugo Rocco,⁹⁸⁹ a finalidade pela qual se impõem essas condições é a de colocar as partes à frente de órgão jurisdicional em condições de desempenhar sua função com objetividade, imparcialidade e independência necessárias, evitando aquelas situações, de fato ou de direito, e aquelas circunstâncias, que podem influir sobre sua atividade, ou que podem, pelo menos, não lhe permitir a serenidade indispensável para formar sua convicção.

Consoante se infere do disposto no art. 137 do CPC, deve o juiz abster-se de atuar em feito que lhe ocasiona seu impedimento ou cause sua suspeição.

Explica Hélio Tornaghi⁹⁹⁰ que o impedimento é a circunstância que priva o juiz do exercício de suas funções em determinado caso, dada sua relação com o objeto da causa. Embora, em abstrato, continue tendo todos os poderes inerentes à jurisdição ou necessários ao seu exercício, no caso concreto, vê-se privado de exercitá-los.

⁹⁸⁹ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. II, p. 21.

⁹⁹⁰ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 416.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho⁹⁹¹ registram que a “imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural erigido em núcleo essencial do exercício da jurisdição”.

Estabelece o art. 134 do CPC que é defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de que for parte; II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral até o segundo grau; V – quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de qualquer das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Na hipótese do inciso IV, do art. 134, do CPC, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz (art. 134, parágrafo único, do CPC).

O vício existente na hipótese de infração da regra prevista no art. 134 é de nulidade absoluta do processo, porque a imparcialidade (= ausência de impedimento) é pressuposto processual de validade da relação jurídica processual (art. 267, IV, do CPC). As partes podem argüi-lo a qualquer tempo por meio de exceção de impedimento, na forma do art. 304 do CPC. Apesar deste dispositivo tratar conjuntamente a hipótese em questão e aquelas relativas à incompetência relativa, apenas estas últimas precluem se não alegadas, no tempo oportuno, como registra José Joaquim Calmon de Passos.⁹⁹²

⁹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 50.

⁹⁹² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. III, p. 294: “No tocante ao impedimento, é adequada a afirmativa do Código de que ele poderá ser oposto em qualquer tempo ou grau de jurisdição; mas é falso o enunciado de que a parte só

Proferida sentença de mérito e transitando ela em julgado, o vício se propaga sobre o pronunciamento, sendo este rescindível dentro do biênio decadencial (art. 485, II, do CPC).

A suspeição, anota Hélio Tornaghi⁹⁹³ é “a desconfiança, a dúvida, o receio de que o juiz, ainda quando honesto e probo, não terá condições psicológicas de julgar com isenção dada sua relação com qualquer das partes. O acolhimento na lei de normas sobre suspeição, longe de ser injúria aos juízes é ato de justiça que se lhes faz, reconhecendo-lhes a condição humana e poupando-os de possíveis desacertos. Dizer que o juiz é suspeito não significa, de maneira alguma admitir-lhe a improbidade.”

Estabelece o art. 135 do CPC que se reputa fundada a suspeição de parcialidade do juiz quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo (art. 135, parágrafo único, do CPC).

A suspeição trata-se de vício de menor gravidade do que o vício de impedimento, tanto que haverá pressuposto processual de validade se o juiz for suspeito. Não obstante o art. 137 do CPC estabeleça que o juiz deve, de ofício, se declarar suspeito, se não o fizer, a parte interessada poderá argüir sua suspeição por meio de exceção (art. 304 do CPC), mas, se não oposta no prazo legal de quinze dias do conhecimento da parte acerca do fato que ocasionou a suspeição, ocorrerá a convalidação do vício.

poderá fazê-lo no prazo de 15 dias, contado do fato que ocasionou o impedimento. É verdadeira a primeira proposição, porque importando o impedimento rescindibilidade da sentença não se pode falar em preclusão para sua argüição. Ele pode ser decretado de ofício, em qualquer tempo, quer na primeira quer na segunda instância. Conseqüentemente, em qualquer tempo e em qualquer instância, pode a parte provocar a sua declaração. Os 15 dias valem apenas para efeito de sanção processual do argüinte retardatário”.

⁹⁹³ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 416-417.

Tanto a incompetência relativa como a suspeição, embora se tratem de vícios processuais, o são de menor intensidade do que a incompetência absoluta e o impedimento, tanto que haverá pressuposto processual de validade ainda que aquelas situações sejam verificadas em determinado processo, como registra Teresa Arruda Alvim Wambier:⁹⁹⁴

“Quando se elencam os pressupostos processuais, costuma-se falar de competência e imparcialidade. Vale, aqui, ressaltar que estará presente o pressuposto processual da competência, se o juiz for relativamente incompetente – e o mesmo se pode dizer quanto à imparcialidade: estará presente o pressuposto processual, se o juiz for suspeito. Isto porque se trata de irregularidades sanáveis.”

3.3 Poderes dos juízes, suas matrizes constitucionais e a execução civil

Ressalta Nelson Nery Júnior⁹⁹⁵ que era muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do Direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava. Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal e trabalhista), com o penalista, com o comercialista etc.

Ainda segundo esse autor,⁹⁹⁶ isto se deve a um fenômeno cultural e político por que passou e tem passado o Brasil ao longo de sua existência, ou seja, ao fato de o País ter tido poucos hiatos de tempo em Estado de Direito, em regime democrático, em estabilidade política, enfim. Essa é a razão pela qual não se vinha dando grande importância ao Direito Constitucional, já que nossas Constituições não eram respeitadas, tampouco aplicadas efetivamente.

⁹⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 46: “Quando se elencam os pressupostos processuais, costuma-se falar de competência e imparcialidade. Vale, aqui, ressaltar que estará presente o pressuposto processual da competência, se o juiz for relativamente incompetente – e o mesmo se pode dizer quanto à imparcialidade: estará presente o pressuposto processual, se o juiz for suspeito. Isto porque se trata de irregularidades sanáveis.”

⁹⁹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 19.

⁹⁹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 19.

A seriedade com que deve ser encarada a alegação de ofensa ao Texto Constitucional tem mudado,⁹⁹⁷ crescendo a cada dia a consciência de que a Constituição Federal é a base sobre a qual se assenta o Estado, seja sobre suas raízes políticas, seja sobre o modo de aquisição e de exercício do poder, especialmente em conexão com os direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional.

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, trata da organização dos seus elementos essenciais: é um sistema de normas jurídicas, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.⁹⁹⁸

Significa ordem ou ordenação que determina a posição, considerada em si mesma e nas recíprocas relações que dela derivam, dos vários elementos do Estado e, portando, o seu funcionamento, a atividade, a linha de conduta desse mesmo Estado e dos que dele fazem parte ou dele dependem.⁹⁹⁹

A Constituição é algo que tem como forma um complexo de normas (no caso de nosso País de normas escritas); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (por exemplo, econômicas e políticas); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade, e, finalmente, como causa criadora e recriadora o poder que emana do povo.¹⁰⁰⁰

Em sentido material, a Constituição representa a parte fundamental e essencial da estrutura do Estado, sobre a qual se apóia toda sua estrutura organizacional. Em sentido formal, representa o documento, “carta”, “estatuto”, que estabelece ou da qual resulta a Constituição em sentido material.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 19.

⁹⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 39.

⁹⁹⁹ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 4.

¹⁰⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 41.

¹⁰⁰¹ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 4-5; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 35.

Uma importante tarefa da Constituição, ensina José Joaquim Gomes Canotilho,¹⁰⁰² é a de constituir normativo da organização estatal, ou seja, a determinação vinculativa de competências, formas e processos do exercício do poder, em conexão com a racionalização e os limites dos poderes públicos.

O Direito Constitucional é o ramo principal do Direito que marca a própria existência do Estado, o qual existe apenas quando há alguma Constituição; dá-lhe uma forma e determinada fisionomia; restabelece e une seus elementos essenciais e, conseqüentemente, as pessoas e instituições menores que concorrem para a formação de sua estrutura; circunscreve a sua esfera de eficiência; indica-lhe os fins e os interesses fundamentais, assim como os poderes, os direitos e as obrigações que são atribuídos aos vários sujeitos; organiza o seu governo, ou seja, o conjunto dos mecanismos por meio dos quais aqueles interesses são realizados e mediante os quais aqueles poderes ou direitos são exercidos; estabelece e regula as liberdades públicas e as autonomias, e fixa os princípios mais gerais, a partir dos quais se desenvolvem aquelas particularidades dos vários ramos de sua ordenação.¹⁰⁰³

Na definição de Jorge Miranda,¹⁰⁰⁴ o Direito Constitucional é a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, como comunidade e como poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza.

¹⁰⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 151.

¹⁰⁰³ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 5.

¹⁰⁰⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, t. 1, p. 13-14.

O maior produto do Direito Constitucional é a própria Constituição elaborada para exercer dupla função, consoante lição de José Joaquim Gomes Canotilho:¹⁰⁰⁵ garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro.

Na lição de Casimiro A. Varela,¹⁰⁰⁶ é impossível falar-se de Constituição de um Estado sem fazer referência à normatividade. Todo Estado tem Constituição enquanto está ordenado conforme uma estrutura determinada e enquanto essa ordenação e estrutura sejam normativas, revestidas de pautas de valor e de dever ser. O Direito Constitucional, fundamento do Direito Processual, não escapa a tal concepção, vez que sua finalidade é estudar e interpretar as normas jurídicas tendentes a fixar as regras que fundamentam os fins últimos da convivência cidadã, dentro de um marco de liberdade e respeito pelos direitos individuais.

A Constituição é o ponto inicial do Direito estatal considerado em seu todo; a base de todas as demais partes, sendo, precisamente, por isso, parte integrante dele.¹⁰⁰⁷

Diante das diversas classificações que a Constituição pode assumir a Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como: *formal*: consubstanciada em forma escrita por meio de documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário; *escrita*: conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, para fixar a organização fundamental; *dogmática*: apresenta-se como produto escrito e sistematizado por um órgão constituinte a partir de princípios e idéias fundamentais da teoria política e do direito dominante; *promulgada*: deriva do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração; *rígida*: pode ser alterada, porém apenas através de um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a alteração das demais espécies

¹⁰⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 152.

¹⁰⁰⁶ VARELA, Casimiro A. *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999, p. 30-31.

¹⁰⁰⁷ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 8.

normativas; e *analítica*: examina e regula todos os assuntos que entenda relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado.¹⁰⁰⁸

Nas palavras de Santi Romano,¹⁰⁰⁹ o Direito Constitucional é aquela esfera da ordenação estatal que está em maior, mais contínua e geral conexão com todas as demais, não excluindo nenhuma e, em certo sentido, coordenando-as, reafirmando a indissolúvel unidade da ordenação, o que longe de atenuar, revigora e confirma sua autonomia.

Ainda segundo esse autor, o Direito Constitucional é o próprio tronco ao qual se prendem, mas do qual também derivam os vários ramos da mesma ordenação. Enquanto o Direito Constitucional é o início de todo o Direito do Estado, cada um dos ramos deste o pressupõe, sendo, por assim dizer, gerados e amparados por ele, sem que com ele possam ser confundidos.¹⁰¹⁰

Todo ramo do Direito, suas particulares instituições, suas normas e, em geral, seus elementos têm sempre um fundamento constitucional embrionário, embora, depois, se desenvolvam com vida própria. Princípios de Direito Constitucional são, em regra, aqueles que lhes são comuns ou que lhes servem de pressuposto.¹⁰¹¹

Toda interpretação constitucional assenta-se no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição Federal. Trata-se do chamado *princípio da supremacia da Constituição*. No momento da entrada em vigor da Constituição Federal todas as normas anteriores com ela contrastantes ficam revogadas. E as normas editadas posteriormente à sua vigência, se contrariarem seus termos, devem ser declaradas inexistentes.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 35; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 80-92; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 42-44.

¹⁰⁰⁹ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 10.

¹⁰¹⁰ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 10.

¹⁰¹¹ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 10.

¹⁰¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161.

Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹⁰¹³ sendo a Constituição a primeira lei positiva, tal situação faz dela o elo entre o Direito – a justiça e especificamente o direito natural – e o Direito positivo. Por outro lado, ela é a lei, não em decorrência da vontade arbitrária do poder constituinte, mas da vontade de um poder constituinte limitado pelo Direito, fundado no direito natural.

É na Constituição Federal que também o Direito Processual Civil encontra seu fundamento de validade. Seus institutos e princípios têm necessariamente origem em normas constitucionais e a elas devem se conformar sob pena de inaplicabilidade às demandas judiciais por vício de inconstitucionalidade.

Os estudos constitucionais sobre o Processo Civil podem ser apontados como um dos traços característicos mais salientes da atual fase científica da Ciência Processual, como remarca Ada Pellegrini Grinover.¹⁰¹⁴

A justiça constitucional, no quadro da evolução do Direito moderno, desempenha papel de equilíbrio de exigências contrastantes e de atuação de fórmulas constitucionais.¹⁰¹⁵

A focalização do processo como garantia dos direitos fundamentais do cidadão chamou a atenção de ilustres juristas que desenvolveram notáveis estudos sobre o denominado “Direito Constitucional Processual”, entendendo-se por esse termo a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo. Tem por objeto a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo.¹⁰¹⁶

Entre os princípios fundamentais da organização judiciária, enquadram-se as normas constitucionais sobre os órgãos jurisdicionais, sua competência e suas garantias; os princípios fundamentais do processo, no plano constitucional, englobam o direito de ação e de defesa e outros postulados que deste decorrem; o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, *os poderes e deveres do juiz* e das partes, a assistência judiciária etc.¹⁰¹⁷

¹⁰¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 81-82.

¹⁰¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 1.

¹⁰¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 1.

¹⁰¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 1-2.

¹⁰¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 2.

Com a orientação publicista do processo, reconheceu-se a todo o Direito Processual, seu aspecto de ramo autônomo do Direito Público. Embora tenha por fim a composição de lides civis, seus princípios e normas repousam sobre uma atividade estatal.¹⁰¹⁸

A “constitucionalização” das tradicionais garantias das partes no processo, com a possibilidade de um especial controle contra eventuais violações, representa indubitavelmente um importante aspecto daquele fenômeno que é chamado de “constitucionalismo moderno”, acentua Mauro Cappelletti.¹⁰¹⁹

Enrico Tullio Liebman¹⁰²⁰ ressalta que, por comodidade, criou-se o hábito de estudar os diversos ramos do Direito separadamente, ressaltando-se suas diferenças nos objetos específicos de que tratam. Todavia, esses ramos não são senão partes de uma unidade na qual vivem imersos, ligados e coligados entre si por um princípio de coerência que garante esta unidade indivisível.

Explica esse processualista¹⁰²¹ que o Direito Constitucional representa o centro dessa unidade, o tronco comum de onde vários ramos partem e de onde trazem sua “linfa vitale”. Isso é verdade, em sentido formal e substancial, porque o Direito Constitucional regula a formação das leis e é dessa circunstância que derivam a juridicidade de todas as normas, mas também o Direito Constitucional regula, nos seus aspectos fundamentais, as posições das pessoas singulares, dos grupos sociais e dos poderes públicos na sociedade juridicamente constituída. Assim, os outros ramos do Direito, destinados a regular a atividade dos homens nas mais variadas circunstâncias da vida, são especificações e desenvolvimentos das normas da Constituição.

Liebman¹⁰²² destaca que o estudo dos institutos do processo vem sendo realizado ignorando-se a ligação com outros ramos do Direito e, em particular, com o Direito Constitucional. Entretanto, essa tarefa adquire seu

¹⁰¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 9-10.

¹⁰¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*, p. 346.

¹⁰²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile. Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: CEDAM, v. VII, parte I, p. 327, 1952.

¹⁰²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, v. VII, parte I, p. 328, 1952.

¹⁰²² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, v. VII, parte I, p. 328-329, 1952.

verdadeiro e importante significado, quando venha entendida como estudo dos indispensáveis aparatos de garantias e de modalidades de exercício, estabelecidos para a defesa dos direitos fundamentais do homem, no rigor da disciplina necessária de uma função pública.

O eminente professor da Universidade de Pávia¹⁰²³ salienta que é necessário que o reconhecimento das relações e das ligações por ele mencionadas não permaneça apenas uma “boa intenção” ou uma afirmação genérica, privada de conseqüências práticas. É indispensável que essas relações sejam tidas sempre como vivas nos estudos concretos dos institutos do Direito Processual Civil.

A processualística moderna sempre invoca as relações que o Direito Privado possui com o Direito Processual Civil, mas não observa aquelas relações que o Processo Civil possui com o Direito Constitucional. Nada justifica que ainda hoje não se orientem os esforços dos estudos de Processo Civil de modo a conduzi-lo a uma maior consideração dos valores humanos aos quais é relacionado,¹⁰²⁴ o que só pode correr se enfocada sua íntima e estreita relação com o Direito Constitucional.

Um dos juristas que mais se destacou no cenário mundial pelo estudo do Direito Processual Civil sob constante angulação de sua ligação com as normas e princípios do Direito Constitucional, foi Eduardo Juan Couture. A preocupação deste jurista em não distanciar o Direito Processual Civil de suas matrizes constitucionais é realmente notável, a tal ponto que Liebman,¹⁰²⁵ em memorável artigo publicado no início da década de 1950, chegou a dedicar várias páginas acerca do trabalho de Couture, ressaltando a imprescindibilidade de que os institutos processuais sejam sempre examinados à luz das normais constitucionais.

¹⁰²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. VII, parte I, p. 329, 1952.

¹⁰²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. VII, parte I, p. 329-330, 1952.

¹⁰²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. VII, parte I, p. 331, 1952: “Ma il tratto più originale dell’opera del C. è indubbiamente costituito dalla cura posta nel collegare gli istituti del processo ai loro presupposti politico-costituzionale. L’a. non traslascia naturalmente di studiarli nella loro struttura e nei loro aspetti tecnico-giuridici; ma approfondisce anche la ricerca del loro significato politico-costituzionale, in una misura che può dirsi inconsueta (...)” Liebman referia-se particularmente aos *Fundamentos del derecho procesal civil*, em sua segunda edição (1951). Destaca igualmente outra importante obra de Couture, ou seja, *Estudios de derecho procesal civil*.

De fato, Couture sempre que examina qualquer instituto fundamental do Direito Processual Civil o faz enfocando-o sobre seu significado político-constitucional: a ação como direito cívico de petição, a exceção como contraposição a direito de ação e também como direito cívico, a garantia constitucional do juiz competente etc.

Diz esse autor que há estreita relação entre a Constituição, a lei e a sentença.¹⁰²⁶

Entre as garantias da jurisdição, ou seja, as garantias para que os poderes jurisdicionais dos juízes possam ser efetivos e em consonância com os vetores ditados em um Estado Constitucional Democrático e de Direito, Couture destaca a “garantia de autoridad”.¹⁰²⁷

Segundo esse autor, o conteúdo da jurisdição não se reduz à atividade cognitiva e também à atividade executiva.¹⁰²⁸ “Esta necesidad de asegurar tanto el conocimiento como la ejecución plantea el alcance constitucional de las medidas coercitivas de la jurisdicción”.¹⁰²⁹ O destaque à coercibilidade dos pronunciamentos jurisdicionais demonstra que eles não podem ser proferidos sem que o próprio Estado garanta que, através deles, serão extraídos resultados práticos.

Couture¹⁰³⁰ desenvolve com maestria a idéia de que, no atual estágio da Ciência Processual, existe o que chamou de “tutela constitucional do processo”.

¹⁰²⁶ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil: la constitución y el proceso civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979, t. I, p. 74.

¹⁰²⁷ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, p. 89.

¹⁰²⁸ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, p. 89.

¹⁰²⁹ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, p. 89.

¹⁰³⁰ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 120-122: “El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar. Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal. La tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales. El problema consiste en la hipótesis de que el legislador instituya leyes procesales de tal manera irrazonables que virtualmente impidan a las partes defender sus derechos o a los jueces reconocer sus razones. En este caso, la garantía constitucional de que ‘las leyes deben fijar el orden y las formalidades de los juicios’, se cumple de una manera meramente formal y externa. El proceso sancionado por el legislador viola otras garantías de la misma Constitución. (...). En estos casos el proceso como instrumento de la justicia ha sido desnaturalizado. Se trata de saber si es posible, dentro del régimen democrático conocido con el nombre de Estado de derecho, evitar este mal. En otras palabras; si es posible tutelar el proceso para que él a su vez pueda tutelar el derecho”.

Ou seja, embora o processo deva tutelar o interesse da parte, não raras vezes esse objetivo acaba não sendo alcançado por imperfeição das leis processuais. Então, deve o processo também ser tutelado por um conjunto de normas gerais, para as quais devem ser reconduzidas todas as decisões judiciais.

Essas normas encontram-se ditadas na Constituição Federal; garantem direitos fundamentais aos litigantes e qualquer ato contrário a essas garantias afigura-se absolutamente inconstitucional. Esse posicionamento remarca a compreensão do ilustre processualista acerca do direito de ação como um direito cívico.

Couture¹⁰³¹ também afirma que a noção de jurisdição como poder é insuficiente porque, na verdade, ela constitui um poder-dever. O juiz tem o dever de julgar. A observação é importante porque reforça a idéia de que o juiz está vinculado, também ele, às finalidades ditadas pela Constituição e se ela ordena que o acesso à justiça seja efetivo, cabe ao magistrado torná-lo, de fato, efetivo, ainda que utilizando-se de coerção para garantir a autoridade de suas decisões.

A garantia constitucional do devido processo legal também é trabalhada por Couture sob o enfoque constitucional, lembrando citado processualista,¹⁰³² que ela é condensada pelo Direito Norte Americano, pela fórmula *his day in Court*, ou seja, o direito de estar um dia perante o tribunal.

Mauro Cappelletti¹⁰³³ remarca que uma das grandes tendências evolutivas que os ordenamentos jurídicos contemporâneos colocam em evidência é a dimensão constitucional do processo civil, que se traduz na busca de valores fundamentais contidos em normas com força de *lex superior*, vinculantes também para o legislador, e que freqüentemente impõe o respeito através de formas e mecanismos especiais jurisdicionais.

Hoje enfoca-se o acesso à justiça sob uma dimensão social. Destaca Cappelletti¹⁰³⁴ que:

¹⁰³¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 25.

¹⁰³² COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 122-123.

¹⁰³³ CAPPELLETTI, Mauro. Acceso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: CEDAM, n. 3, p. 233, abr.-jun. 1982.

¹⁰³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Acceso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 237, 1982.

“Se tratta del problema e delle crisi derivanti dalle profonde trasformazioni delle società industriali e postindustriali moderne, in cui la domanda di giustizia è venuta a significare, sempre più decisamente, e per moltitudini sempre più vaste, domanda di uguaglianza non soltanto formale, ma reale - effettiva uguaglianza di possibilità di sviluppo della persona ed uguale dignità dell'uomo.”

Na busca pelo efetivo acesso à justiça “allora anche la figura tradizionale (o più o meno illusoria che'essa sia) del giudice come mero, passivo, neutrale ‘tecnico del diritto’ resta completamente offuscata”.¹⁰³⁵ Uma “certa politicizzazione del giudice e della giustizia risulta inevitabile, come inevitabile sarà, in ogni società democratica, l'istanza di responsabilizzazione del giudice siffattamente politicizzato”.¹⁰³⁶

Por outro lado, Mauro Cappelletti¹⁰³⁷ destaca que a análise realística e funcional do Processo Civil atualmente concentra-se sobre os “consumidores” antes que dos “produtores” do sistema jurídico. A análise assim é colocada sobre partes, antes do que sobre os juízes, os legisladores, e os administradores. Os juízes são vistos em uma nova luz, aquela das necessidades dos consumidores da tutela jurisdicional. Direito e Estado devem finalmente ser vistos por aquilo que são, ou seja, simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não o contrário.

¹⁰³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 241, 1982.

¹⁰³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 241, 1982.

¹⁰³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 244, 1982: “L'analisi si è portata così sulle parti e sugli amministratori, prima che sui giudici, sui legislatori e sugli amministratori: non nel senso che questi ultimi, i ‘produttori’ del sistema, siano trascurati in questa nuova visione della scienza del diritto, ma nel senso che giudici, legislatori e amministratori sono visti in una nuova luce, quella appunto della domanda dei consumatori. E così dei consumatori sono stati analizzati i bisogni non soddisfatti, il loro relativo ‘bargaining power’ (risorse finanziarie, informative, organizzative), il tipo di rapporti e d'interessi in cui sono coinvolti e di cui chiedono la tutela, le loro garanzie costituzionali, i loro problemi sociali economici culturali, gli ‘ostacoli’ insomma al ‘accesso’ ed i vari tentativi – con i loro successi e insuccessi – di superamento di tali ostacoli nei vari paesi”. Conclui (Idem, n. 3, p. 245, 1982): “La vecchia prospettiva, che il Chan chiama ‘imperiale’ o ‘ufficiale’ e che è stata ereditata da – e tuttora può dirsi prevalente in – tutti i sistemi giuridici moderni, consiste nel concentrare la ricerca, e far convergere le norme, i principii e le soluzioni, sui ‘rulers, governors, and other officials’; essa è estata essenzialmente la prospettiva dei ‘processors’, ossia di quelli che noi diremmo i produttori del sistema; mentre invece il nuovo punto di vista è appunto quello dei ‘consumers of law and government’. Ma è proprio questa nuova prospettiva quella che meglio si addice, ovviamente, ad una società democratica, libera ed aperta (...)”.

Há muito tempo que, na experiência constitucional americana, destaca Vittorio Denti,¹⁰³⁸ o *due process* não deve configurar uma dedução meramente processual da garantia de ação, ou seja, meramente formal, sem ser efetiva. Vittorio Denti¹⁰³⁹ também esclarece que “l’azionabilità dei diritti e degli interessi legittimi”, sob o perfil constitucional, não é reconduzível nem à ação em sentido abstrato, nem à ação em sentido concreto, mas é considerada como a proteção sob plano da jurisdição das formas de tutela (real, obrigacional, ressarcitória, inibitória etc) que o ordenamento prevê para as singulares situações subjetivas.

O problema do acesso à justiça se insere na transição da perspectiva meramente formal ou do garantismo formal do Estado liberal àquela que consegue a atuação dos assim chamados direitos sociais reconhecidos na Constituição e que se poderia definir neo-garantística ou de garantismo substancial.¹⁰⁴⁰

Citando lição de Di Majo, esclarece Vittorio Denti¹⁰⁴¹ que a norma constitucional que garante acesso ao Poder Judiciário deve ser enfocada como uma garantia de efetividade no sentido de que às singulares situações substanciais correspondam formas de tutela homogêneas, que assegurem satisfação aos interesses dos quais aquelas situações são expressão.

Na Constituição Federal de 1988 encontram-se as matrizes ou bases do poder jurisdicional.

Com efeito, o Texto Constitucional prevê a própria existência do Poder Judiciário, como função e atividade específica do Estado a ser desempenhada especificamente por meio de seus mais variados órgãos, monocráticos ou coletivos (arts. 92 a 126 da CF).

A forma de ingresso de cidadãos no Poder Judiciário com assunção dos poderes correlatos é minuciosamente tratada pela Constituição Federal (art. 93, I,

¹⁰³⁸ DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: CEDAM, n. 3, p. 446, jul.- set. 1984.

¹⁰³⁹ DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 448, 1984.

¹⁰⁴⁰ DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 448, 1984.

¹⁰⁴¹ DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 448, 1984.

II, III, 94, 101, 104, 106, 107, 111, 111-A, 115, 118, 119, 120, 122, 123, 125), bem como as garantias (art. 95, I, II e III, da CF) e as vedações no exercício do cargo e da função (art. 95, parágrafo único, I, II, III, IV e V, da CF).

A autonomia e independência em relação aos demais poderes também se encontram expressas na Constituição Federal (art. 2º da CF), o que se reforça pela autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (art. 99 da CF).

A par de várias disposições acerca da autonomia e da origem do poder jurisdicional, várias outras orientam a atuação do Poder Judiciário e o exercício dos poderes de que são investidos os juízes. Essas disposições constituem ao mesmo tempo garantia do jurisdicionado e fonte de legitimação do poder jurisdicional.

Nesse sentido, estabelece o art. 5º, XXXV, da CF que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O art. 5º, LXXVIII, da CF preceitua que a todos, no âmbito judicial (e administrativo), são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Por outro lado, estabelece o art. 5º, LIV, que ninguém será privado a liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e o inc. LV do mesmo dispositivo dispõe que aos litigantes, em processo judicial (ou administrativo), e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, a Constituição impõe ao juiz, no exercício da jurisdição, a observância e o cumprimento dos postulados que garantam aos demandantes a plenitude do direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de a atividade jurisdicional se transformar em atividade arbitrária e sem apoio no sistema.

O direito à intimidade não pode ser violado através do processo, sendo este um direito fundamental da parte (art. 5º, X, da CF), cumprindo aos órgãos jurisdicionais, como dever imposto pela Constituição, velar pela tutela desse direito.

Veda a Constituição Federal a admissão, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF).

Nem mesmo a lei poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, devendo os magistrados afastar a aplicação de normas que colidam com mais esses direitos fundamentais (art. 5º, XXXVI, da CF).

Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF), e não haverá juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF). Os dispositivos constitucionais em questão, conjuntamente analisados, encerram o chamado *princípio do juiz natural*, isto é, a garantia de que suas pretensões ou defesas deverão ser analisadas por juiz competente, e que não constitua órgão de exceção, instituído *ex post facto* para analisar apenas aquela demanda. Integra, ainda, a idéia de juiz natural a de juiz imparcial.¹⁰⁴²

Segundo Mauro Cappelletti:¹⁰⁴³ “Le pronunce più significative sul diritto delle parti ad un giudice naturale concernono soprattutto le norme sull’organizzazione degli uffici giudiziari e sui poteri dei magistrati dirigenti”.

A tutela da liberdade individual é garantida pela proibição da prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF).

Ademais, todos os pronunciamentos jurisdicionais devem ser fundamentados, sob pena de nulidade, a teor do art. 93, IX, da CF. Segundo essa mesma norma constitucional, todos julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

No âmbito do penal e processual penal a Constituição Federal alista várias garantias fundamentais, que orientam o exercício do poder jurisdicional (art. 5º, X, XI, XII, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLV,

¹⁰⁴² Sobre o princípio do juiz natural conferir, amplamente: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 50-57. Esses autores entendem que juiz competente a que alude a Constituição Federal no art. 5º, LIII, é órgão jurisdicional estabelecido pela Constituição Federal.

¹⁰⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*, p. 355.

XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LI, LIII, LIV, LV, LIV, LVII, LVIII, LIX, LX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII, LXXV, da CF).

Alistamos algumas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e que têm relação direta com os poderes jurisdicionais. Existem várias outras esparsas no Texto Constitucional.

As garantias fundamentais processuais, ao mesmo tempo em que constituem direitos de grandeza constitucional às partes litigantes, também, em regra, são fonte de legitimação dos poderes do juiz.

Essa noção é particularmente relevante, porque assistem-se, infelizmente, e até hoje, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que visualizam os poderes do juiz não sob a angulação de suas fontes constitucionais, mas apenas sob o enfoque da legislação infraconstitucional.

Quando a Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito, não institui uma garantia formal ao cidadão. Institui-lhe garantia de efetivo e concreto acesso à justiça. Por outro lado, se o cidadão tem o direito constitucional de acionar a jurisdição, o Poder Judiciário, incumbido de exercê-la em concreto, deve possuir o ferramental técnico-jurídico indispensável para tutelar o direito lesado ou impedir que a lesão se consuma.

Aqui há uma *ordem* dirigida ao Poder Judiciário. É por isso que o exercício do poder jurisdicional significa, via de regra, dever e não faculdade de exercício. Não se faculta ao juiz o exercício dos seus poderes. Impõe-se que os exerça de acordo com as técnicas processuais adequadas a amparar o direito substancial.

E se a legislação que regula a técnica processual destinada a amparar o direito da parte mostrar-se lacunosa, ou inefetiva, enfim, ineficaz? Aí então o juiz deve se acomodar, por ser “escravo da lei”? Deve exercer o ofício jurisdicional guiado apenas e tão somente pelos restritíssimos quadrantes da legislação infraconstitucional? Não!

O juiz não é escravo de nada, nem de ninguém. Seus poderes possuem fonte constitucional. A mesma Constituição que regula a própria existência

do Estado garante o pleno e efetivo desempenho da função jurisdicional. Portanto, ao prever o direito de ação a Constituição impôs ao Poder Judiciário o dever de tornar efetivo esse direito, ainda que sob as mais variadas falhas da legislação, seja por ser lacunosa, seja por ser inefetiva, ou por ser inadequada. Reafirme-se: o poder dos juízes não vem das leis, mas da Constituição.

Essa maneira de enxergar a atuação jurisdicional abre os horizontes e, conseqüentemente, reafirma a grande latitude dos poderes jurisdicionais.

Legalidade não significa apenas leis formais (leis ordinárias e leis complementares), como espécies normativas previstas na Constituição. O princípio da legalidade visa a garantir segurança jurídica ao jurisdicionado e isso é simplesmente impossível ser realizado no atual estágio da sociedade sem que se trabalhe com outros elementos contidos igualmente no sistema.

Teresa Arruda Alvim Wambier tem acentuado a importância de que se confira outra conotação ao princípio da legalidade. Disse a ilustre jurista, cuja lição já citamos anteriormente, mas convém remarcar:¹⁰⁴⁴ “Hoje, o princípio da legalidade significa que o juiz há de decidir em conformidade com o sistema, *i.e.*, com o conjunto composto do ordenamento positivo, doutrina, jurisprudência e princípios que aparecem na lei, nas decisões judiciais e de que trata a doutrina.”

Por outro lado, a Constituição Federal ao explicitar o princípio da razoável duração do processo, novamente impôs o Estado-juiz o dever deste em utilizar o ferramental contido no sistema jurídico (Constituição, lei, doutrina, jurisprudência, operados criativamente) para, por meio do processo, entregar à parte aquilo e exatamente aquilo que ela tinha o direito de obter, sem o concurso da vontade da Estatal, aproximando o escopo da tutela jurisdicional da tutela prevista nas normas de direito material.

Logo, o juiz não tem apenas o poder de exercer o ofício jurisdicional, num sentido vizinho ao de faculdade. Tem o dever de exercer os poderes diretamente emergentes da Constituição, concretizando resultados efetivos em favor da parte demandante.

¹⁰⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 292.

Como diz José Joaquim Gomes Canotilho,¹⁰⁴⁵ a fixação na Constituição de formas ou processos do atuar estatal só adquire sentido material quando relacionada com determinados fins. Não sendo nenhuma organização neutra quanto aos fins, também a organização constitucional só alcançará dignidade material quando superar definitivamente as “seqüelas” de descrédito do Estado de Direito formal.

Obviamente, esses poderes devem ser operados com equilíbrio, respeitando-se certos limites, especialmente quando destinados a atuar sobre a esfera jurídica do demandado. Mas, a ponderação e as balizas para a atuação jurisdicional também se encontram na Constituição.

Logo, quando o magistrado adota solução que, sem estar muitas vezes prevista expressamente na legislação, tutele, no âmbito jurisdicional, o direito subjetivo da parte, é porque exerceu seus poderes utilizando-se de fontes constitucionais, de maneira legítima e acorde com os fins traçados pelo Estado. Não agiu, de forma alguma, arbitrariamente.

Os direitos fundamentais do demandado devem evidentemente ser respeitados. Caso a efetivação dos poderes jurisdicionais desborde para a agressão de outros valores, igualmente importantes e cravados na Constituição, é porque a partir daí o poder jurisdicional mostra-se ilegítimo.

Não aceitamos assim, de forma alguma, qualquer tentativa em manietar a atuação dos juízes sob equivocados argumentos de que devem se ater apenas à legislação reguladora da matéria em discussão. Essa visão é própria do Estado liberal, cujos valores há muito tempo se dissiparam pela evolução do pensamento de que o descomprometimento do Estado e a garantia formal de direitos é o mesmo que não garantir direito algum.

Entendemos, com apoio em autorizadíssima doutrina, nacional e estrangeira, serem aplicáveis as idéias aqui defendidas à execução por quantia certa contra devedor solvente.

Já dissemos e relacionamos o grande avanço que o Processo Civil tem sofrido nos últimos tempos, por meio de sucessivas e setoriais Reformas do

¹⁰⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 151-152.

Código de Processo Civil. Essas Reformas, em sua essência, trazem não apenas alterações procedimentais para orientar a atuação do juiz no exercício de seus poderes. Trazem subjacente a cada norma alterada uma *mensagem* dirigida aos operadores do Direito e especialmente ao juiz, que há necessidade de alteração igualmente da mentalidade e da maneira de conduzir o processo civil.

Nada ou pouco significarão as alterações legislativas se não se fizerem acompanhar de alterações por parte dos juízes da maneira de operar o ferramental técnico-processual.

Uma grande mudança já seria obtida com a simples constatação – e que independe de qualquer alteração no sistema – de que os poderes do juiz, antes que se coloquem óbices à sua efetivação no caso concreto, têm à sua base normas constitucionais, que servem como guias no processo decisório.

Sem dúvida alguma, a legislação, seja ela processual civil ou penal, contém regras que disciplinam as várias técnicas processuais a serem operadas pelos magistrados e dentro delas inserem-se os poderes do juiz de acordo com cada espécie de tutela. Mas visualizar os poderes dos juízes *apenas* sob essa angulação, com a devida vênia, não é a melhor opção, porque, como se sabe, à lei é impossível prever todas as situações conflituosas, que aportam ao Poder Judiciário.

Enfocar os poderes do juiz sem reconduzir *todos* os seus pronunciamentos às normas e princípios constitucionais certamente conduzirá a resultados totalmente contrários àqueles buscados pelo sistema jurídico.

O intérprete, ressalta Nelson Nery Júnior,¹⁰⁴⁶ deve buscar a aplicação do Direito ao caso concreto sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema. Essa é a razão pela qual todos devem conhecer e aplicar o Direito Constitucional em toda a sua extensão, independentemente do ramo do direito infraconstitucional que se esteja examinando.

¹⁰⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 20.

A legislação é muitas vezes lacunosa, e com grande freqüência, o juiz é chamado a decidir sem que exista regra expressa a respeito, ou em situações em que direitos fundamentais de ambas as partes encontrem-se em conflito.

A ponderação dos direitos fundamentais, o adequado manejo dos princípios jurídicos e a consciência de que à base do pronunciamento a ser proferido encontram-se normas constitucionais, e não apenas regras jurídicas, garantirão ao juiz o exercício *equilibrado* de seus poderes jurisdicionais.

Particularmente na execução civil por quantia certa, existe certa tendência de apartar os pronunciamentos dos juízes de suas matrizes constitucionais, vinculando-os apenas às regras contidas no Código de Processo Civil, em razão de procedimentos rígidos nele estabelecidos e do princípio da taxatividade dos meios executivos.

Todavia, é inaceitável que nas demandas cognitivas ostente o juiz largos poderes e nas executivas limitadíssimos poderes. A realização dos fins ambicionados pelo legislador constituinte só se realiza em sentido material se, através dos poderes do juiz com força normativa advinda da Constituição, ele reverte em favor do credor a quantia decorrente da obrigação retratada no título.

Exatamente no sentido aqui sustentado encontramos na doutrina italiana interessantíssimo estudo realizado por Luigi Paolo Comoglio.¹⁰⁴⁷ Este eminente jurista coloca em exame crítico a efetividade e as funções do processo executivo, especialmente da execução por quantia certa, na perspectiva constitucional do acesso à justiça, revalorando os conceitos tradicionais em que a execução se funda. As ponderações desse jurista encontram-se de acordo com a postura que assumimos perante o mesmo tema. Passamos a analisá-las.

Tradicionalmente, a opinião processualística, diz Comoglio,¹⁰⁴⁸ é muito redutiva quando se trata das características e funções estruturais da execução civil. Essa opinião deixa, *a priori*, de preocupar-se com a *qualidade dos resultados concretos*, aos quais a execução busca chegar. Por outro lado, a doutrina processual

¹⁰⁴⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua: CEDAM, n. 2, p. 450 e ss., abr.-jun. 1994

¹⁰⁴⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 450-452, 1994.

reputa irrelevante qualquer *indagação de tipo teleológico* sobre meios executivos, contentando-se em constatar ou verificar a abstrata (formal) idoneidade ao escopo. “Poco importa, a conti fatti, se l’esecuzione funzioni, oppure no; basta – a giustificare la piena razionalità del sistema – la pluralità strumentale delle *forme di tutela esecutiva*, quali sono disciplinate dalla legge”.¹⁰⁴⁹

A essa visão contrapõe-se outra mais substancialista do fenômeno, para a qual a *qualidade da tutela executiva* significa muito mais do que a completude abstrata das formas de necessidade previstas. Manifesta-se numa nova exigência de *efetividade de resultados*, através dos quais seja possível: a) por um lado, realizar do modo mais pleno possível o direito acionado do credor; b) por outro lado, sancionar com a mesma eficácia o comportamento contrário ao Direito do devedor, que não pretenda adimplir espontaneamente a obrigação a seu encargo.¹⁰⁵⁰

Nesse contexto, sobressaem *o meio e o grau de eficiência da atuação coativa* dos direitos documentados no título executivo, bem como o elemento finalístico da execução, com *a prevalência da substância sobre a forma*. Na busca desses resultados coloca-se a vocação dos principais instrumentos executivos, atribuindo à execução em forma específica o escopo institucional de realizar coativamente o direito do credor e proporcionando à execução por expropriação a função de salvaguardar *com a mesma satisfação* o direito dos outros credores.¹⁰⁵¹ Aqui reside aquela aproximação que sustentamos entre execução específica e execução direta por expropriação, e que não é aceita, com frequência, pela doutrina.

A experiência constitucional caminha no sentido de elaborar um *conceito de tutela jurisdicional* não apenas *destinado* às formas, mas principalmente

¹⁰⁴⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 452, 1994.

¹⁰⁵⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 452, 1994.

¹⁰⁵¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 452, 1994.

aos seus conteúdos. A combinação funcional dos elementos constitucionais garantísticos resulta que:¹⁰⁵²

a) o direito fundamental do indivíduo a um processo diante de um juiz independente e imparcial, adquire um conteúdo modal qualificado, convertendo-se no direito a um processo equitativo e justo;

b) a igualdade das partes não é mais concebida como circunscrita em modo estático de uma paridade formal de posições no momento inicial de instauração do juízo, mas se estende dinamicamente ao inteiro complexo da atividade processual, qualificando-se como “*eguaglianza sostanziale*” dos litigantes no exercício dos poderes processuais;

c) a ação e a defesa são então revistas e reescritas em novo quadro, transformando-se de garantias formais, de apenas meios, em garantias de resultado, ou seja, capazes de assegurarem ao titular a obtenção de um certo resultado modal mínimo, no âmbito do processo;

d) a reforçada inviolabilidade de alguns direitos e *poteres processuais de base* (demanda judicial, defesa e exceção, direito à prova etc.), consagra a possibilidade de obter, durante o trâmite processual, um mínimo garantido de formas de tutela efetiva, correspondentes aos imperativos essenciais de um processo justo;

e) em todo caso se afirma como insuprimível o vínculo teleológico (de meio ao fim) entre o instrumento processual garantido e a tutela adequada dos direitos ou dos interesses substanciais a proteger;

f) aquele mínimo garantido assume um conteúdo agora mais substancial e concreto, onde o objeto da garantia não seja mais adequação modal do processo de cognição e de suas estruturas, mas seja ao contrário garantia de efetividade das formas e do tempo;

g) no mesmo tempo assume um significado sempre mais forte a pretensão a uma justiça que, nas suas diferentes manifestações (cognitiva, cautelar

¹⁰⁵² COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 453-454, 1994.

ou executiva), seja obtida celeremente, para não se traduzir em uma *substancial denegação de tutela*.

A previsão constitucional que garante o acesso à justiça¹⁰⁵³ deve ser enfocada igualmente como direito a uma *execução efetiva da sentença jurisdicional*; a eficácia da tutela jurisdicional se realiza não apenas por uma obrigação generalizada de plena execução dos pronunciamentos do juiz, colocada a ônus da inteira coletividade, *mas também pela presença de idôneos poderes, atribuídos ao juiz para garantir, quando seja necessário, a maior efetividade possível dos meios de atuação coativa*.¹⁰⁵⁴

Essa importante elaboração de princípios não pode deixar de incidir também sobre a disciplina da execução forçada. A perspectiva da tutela jurisdicional, no seu significado constitucional, significa, em particular que, onde a tutela jurisdicional realizada no processo de cognição tenha assumido a forma típica de pronunciamento condenatório, essa não poderá mais dizer-se efetiva se – na ausência de um adimplemento espontâneo do obrigado – aquele que a obteve não disponha de eficazes e adequados instrumentos de tutela executiva, capazes de darem concreta atuação àquela condenação.¹⁰⁵⁵

É necessária a reavaliação do processo de execução ressaltando seu aspecto teleológico, ou seja, instaurando uma *relação constante de efetividade entre as diferentes formas e as correspondentes técnicas de atuação da tutela dos direitos substanciais*, para a necessária verificação de graus de adequação qualitativa de resultados práticos aos quais conduz o processo executivo.

Ressalta Comoglio¹⁰⁵⁶ que essa noção teleológica da execução não se reduz apenas ao setor da execução em forma específica, onde prevalece a atuação coativa do direito a proteger, *mas se estende também ao setor da execução por expropriação*, relativa às obrigações de conteúdos patrimoniais.

¹⁰⁵³ Dispõe a Constituição italiana acerca da garantia de petição: “Art. 24. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.” A garantia “del tempo ragionevole” deve ser interpretada como implícita nesse dispositivo, acentuou Mauro Cappelletti (*Giustizia e società*, p. 349).

¹⁰⁵⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 454-455, 1994.

¹⁰⁵⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 457, 1994.

¹⁰⁵⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 457-458, 1994.

Comoglio¹⁰⁵⁷ também destaca o aspecto de *tutela jurisdicional diferenciada da execução forçada*, única a amparar, como técnica processual, o direito do credor insatisfeito, o que também corresponde ao nosso entendimento pessoal acerca do tema. Diz igualmente, que as formas expropriatórias da tutela de execução não são conformes os imperativos constitucionais de efetividade, se nos seus limites próprios não sejam capazes de aproximar o direito ou o interesse tutelável a uma atuação adequada ao escopo, nos modos, no tempo e nos resultados práticos, conduzindo à satisfação do crédito acionado.¹⁰⁵⁸

Comoglio¹⁰⁵⁹ pontua que *a ineficácia da execução por expropriação* deve-se em grande parte ao fato de que *o órgão jurisdicional não frui de poderes instrutórios suplementares*, antes da penhora e, principalmente, após penhora infrutífera, que o autorizem a *agir de ofício* às necessárias indagações, inclusive junto a terceiros ou a órgãos administrativos, a fim de individualizar e de localizar os bens suscetíveis de execução. Por outro lado, *a lei não exige do devedor preliminar declaração de propriedade de bens penhoráveis*, nem tampouco impõe a ele (ou a terceiros) *deveres adequadamente sancionados de colaboração e de verdade em relação aos pedidos de informação*.

Igualmente a exemplo que temos argumentado, o ilustre processualista averba que há muito tempo tem-se preocupado somente em salvaguardar as “sacrosante” garantias de defesa do devedor, olvidando o não menos importante nível de efetividade das formas de tutela executiva, que asseguram ao credor a atuação dos seus direitos ou a satisfação de suas pretensões patrimoniais.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 458, 1994.

¹⁰⁵⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 458, 1994.

¹⁰⁵⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 464, 1994.

¹⁰⁶⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 465-466, 1994.

Comoglio¹⁰⁶¹ visualiza duas formas de otimizar a obtenção de tutela por meio da execução por expropriação, cuja efetividade depende quase que exclusivamente da existência de bens penhoráveis.

Para ele, deve-se optar por inserir na fase inicial da execução sanção compulsória que induza o devedor (ou eventualmente terceiros) a oferecerem colaboração aos órgãos executivos, mediante informações sobre a existência e localização de bens, ou também se optar pelo reforço dos poderes de localização e de indagação de bens atribuídos aos juízes e aos seus auxiliares, ou eventualmente também a um outro órgão público de justiça, com ou sem colaboração do sujeito passivo e dos terceiros.

A vantagem da primeira opção reside na coercibilidade indireta do dever de colaboração, sem implicar um excessivo empenho dos meios ou de um particular custo a cargo da estrutura pública. Já o segundo tem o inconveniente de aumentar o custo a cargo da coletividade, mas possui a vantagem de colocar a serviço da justiça os modernos meios tecnológicos de informação através da *busca officiosa*. As opções podem ser combinadas.

Finaliza Comoglio¹⁰⁶² suas considerações dizendo:

“Non saprei, certo, dire se quei propositi di *soluzione mista*, ove convergono esigenze di accertamento officioso e coazioni indirette del debitore esecutado, siano destinati a fallire. Una constatazione è comunque scontata trasfondendosi in una ben facile profezia. Sino a quando non si riuscirà a rimuovere i denunziati inconvenienti, che perlopiù sviliscono le *chances* di successo dei mezzi espropriativi, quel fondamentale *diritto all'esecuzione* delle sentenze – in cui si traduce una componente essenziale del diritto costituzionale all'*effettività* della *tutela giudiziaria* – rimarrà, purtroppo, lettera morta.”

Como se observa, o eminente processualista italiano assenta suas ponderações sobre bases constitucionais, em prol de um processo de execução de resultados. Relembra que o acesso à justiça previsto constitucionalmente só pode ser entendido como efetivo e não meramente formal ou retórico.

¹⁰⁶¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 466-467, 1994.

¹⁰⁶² COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 469, 1994.

Ora, se o direito de ação é constitucionalmente previsto e se as formas de tutela exercidas por meio do processo, inclusive o de execução, devem de fato entregar à parte aquilo que ela tem o direito de obter, chega-se, sem grande espanto, a conclusões como aquelas a que chegou Comoglio, ou seja, de que a cômoda situação do devedor de simples omissão é nociva ao sistema e pode sim ser objeto de medidas executivas indiretas que incidam sobre sua conduta a ponto de obrigá-lo a colaborar com o Poder Judiciário na localização de seus bens.

A Lei 11.382/2006 inseriu o inciso IV nas disposições do art. 600 do CPC, passando a considerar ato atentatório à dignidade da justiça e, portanto, passível de incidência de multa em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, a conduta do devedor que, intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Também não causa qualquer surpresa ou sentimento de contrariedade aos direitos fundamentais a alternativa apontada pelo citado jurista no sentido de que aumentar os poderes jurisdicionais para que o próprio órgão jurisdicional realize pesquisas sobre bens do devedor, sem embargo de que as duas opções podem ser combinadas.

Quando se focaliza a atuação dos juízes e o exercício dos seus poderes sob suas matrizes constitucionais rompem-se, com grande facilidade, verdadeiros mitos do Estado liberal, como o princípio da inércia e da incoercibilidade da vontade do obrigado. Concordamos integralmente com as colocações do processualista italiano, as quais estimulam uma equilibrada atuação jurisdicional em prol da tutela efetiva dos direitos, na execução forçada.

3.4 A independência do juiz no Estado Constitucional Democrático e de Direito

O pleno exercício dos poderes jurisdicionais pressupõe plena, absoluta e ilimitada independência dos juízes, que não podem ter limitada sua atuação por meio de indevida intervenção dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), e nem mesmo ter tolhida sua liberdade decisória por meio de

imposições vindas do próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, costuma-se falar que os magistrados gozam, segundo nosso sistema jurídico, de independência política e de independência jurídica.

3.4.1 Independência política

Estabelece o art. 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Os Estados, com base nos postulados liberais, passaram a dividir suas funções (sem que isso traduza seção ou ruptura do poder uno e indivisível sobre o qual se assenta a idéia de Estado de Direito) e a atribuí-las a três Poderes, que devem manter entre si harmonia, mas que para o pleno desenvolvimento das atribuições constitucionais devem necessariamente ser independentes.

A indevida incursão política de um Poder em outro não atenta apenas contra a independência do Poder ofendido, mas também ofende a soberania do próprio Estado Constitucional, ou seja, um de seus fundamentos, nos termos do art. 1º, I, da CF. O poder uno e indivisível que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) acaba, na realidade, sendo alvo de semelhante investida.

A inviolabilidade da independência política dos Poderes da União é remarcada pela vedação de qualquer proposta de emenda à Constituição tendente a abolir “a separação dos Poderes” (art. 60, § 4º, III, da CF).

Como o Poder Judiciário é o responsável pela tutela jurisdicional dos direitos fundamentais do cidadão, a supressão de sua independência, inclusive por meio de proposta de emenda à Constituição Federal, acabaria, no fundo, significando abolição de direitos e de garantias individuais, também vedada pela própria Constituição (art. 60, § 4º, IV, da CF).

Enfim, os membros do Poder Judiciário para que concretizem seus poderes pelas mais diversas técnicas de tutela previstas no sistema, de forma alguma podem ser alvo de qualquer tentativa, direta ou transversa, por parte dos demais

Poderes, tendente a oprimir ou suprimir a autoridade e a independência de seus pronunciamentos.

As garantias políticas da independência judiciária estão contidas em normas constitucionais que dão ao juiz certas prerrogativas, tais como as da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, bem como naquelas que estatuem a respeito do acesso à magistratura e nomeação para os diversos cargos nela existentes, e ainda nas que regulam o autogoverno do Poder Judiciário.¹⁰⁶³ O Poder Judiciário tem autonomia funcional, financeira e administrativa.

Essas garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário têm o condão de conferir à instituição a necessária independência para o exercício da jurisdição, resguardando-a de pressões do Legislativo e do Executivo, não se caracterizando, pois, as garantias da magistratura privilégio dos magistrados, mas meios para assegurar o seu livre desempenho.¹⁰⁶⁴

Dispõe o art. 99, *caput*, da CF, que o Poder Judiciário goza de autonomia administrativa e financeira, sendo que os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes, na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99, § 1º, da CF).

Por outro lado, são os tribunais que elegem seus órgãos diretivos e elaboram seus regimentos internos; organizam suas secretarias e serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados; provêm, na forma prevista na Constituição Federal, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; propõem a criação de novas varas judiciárias; provêm, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, os cargos necessários à administração da justiça; concedem licenças, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, “a” a “f”, da CF).

O acesso à magistratura, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, far-se-á por concurso público de provas e de títulos, com participação obrigatória da Ordem dos Advogados do Brasil, em todas as fases (art. 93, I, da CF). A promoção

¹⁰⁶³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 164.

¹⁰⁶⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 434.

realiza-se de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento (art. 93, II, da CF). O acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância (art. 93, III, da CF).

Não se confunda a independência absoluta do Poder Judiciário tutelada pela Constituição Federal com o equilíbrio entre os Poderes também previsto no Texto Constitucional.

Assim, um quinto dos lugares dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Federais será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação (art. 94, *caput* e parágrafo único, e art. 115, I, da CF).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF).

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados, igualmente, pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal, e um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94 (art. 104, *caput*, I e II, da CF).

Aqui não há indevida intromissão dos Poderes Executivo e Legislativo na atividade jurisdicional, cuidando-se apenas de composição de tribunais, órgãos jurisdicionais colegiados, e que se insere na teoria de freios e contrapesos do Estado de Direito.

O juiz goza das seguintes garantias, que blindam sua atividade contra intromissões indevidas de outros Poderes e do próprio Poder Judiciário: a) *vitaliciedade*: o juiz só perderá seu cargo em virtude de decisão judicial transitada em julgado; a vitaliciedade só é adquirida após o chamado estágio probatório, ou seja, após 2 (dois) anos de exercício da carreira, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado (art. 95, I, da CF); b) *inamovibilidade*: uma vez titular do cargo o juiz só poderá ser removido ou promovido, ou seja, ter alterada sua competência, e, conseqüentemente, o exercício da jurisdição, por iniciativa própria, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII (art. 95, II, da CF); d) *irredutibilidade de subsídios*: os subsídios auferidos pelos magistrados não podem ser reduzidos ou suprimidos como forma de pressão (art. 95, III, da CF).

O ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (art. 93, VIII, da CF).

3.4.2 Independência jurídica

A independência jurídica consiste na mais absoluta e plena autonomia que o magistrado possui para analisar e decidir todas as demandas que aportam ao Poder Judiciário. Seus pronunciamentos devem ser fundamentados nos termos do art. 93, IX, da CF, mas o conteúdo que podem assumir não se encontra preestabelecido em orientações de qualquer espécie, nem mesmo do próprio Poder Judiciário.

Assim, ao proferir pronunciamentos jurisdicionais, o juiz possui a mais ampla liberdade de entendimento. Não se encontra vinculado a orientações políticas dos Poderes Executivo, Legislativo, nem tampouco a precedentes do próprio Poder Judiciário.

A vinculação do magistrado é ao sistema, especialmente à Constituição Federal e seus princípios. O manejo do ferramental (lei, doutrina, jurisprudência, princípios jurídicos) pertence ao juiz e só a ele.

Por óbvio, em regra, seus pronunciamentos são recorríveis, o que constitui forma de controle e de correção do exercício do poder, mas isso reforça a autonomia jurídica dos magistrados. Igualmente, não se exclui a atividade censória dos tribunais contra condutas indevidas dos magistrados, mas do ponto de vista administrativo-funcional, nunca sob o enfoque jurisdicional.¹⁰⁶⁵

Por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, pondo fim ao amplo debate acerca de um “controle externo” do Poder Judiciário, foi criado como órgão componente desse Poder o Conselho Nacional de Justiça (art. 92, I-A, da CF). Sua composição é bastante heterogênea, formado por Ministros de Tribunais Superiores, desembargadores, juízes, advogados, membros do Ministério Público e cidadãos de notável saber jurídico e de reputação ilibada (art. 103-B, I a XIII, da CF).

Sua função não é jurisdicional, mas de controle administrativo e financeiro do próprio Poder Judiciário, devendo zelar especialmente pelo cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Suas atribuições encontram-se disciplinadas pelos incisos I a VI, do art. 103-B, da CF, além do art. 50, da Lei Complementar 35/1979 (Estatuto da Magistratura). Uma dessas atribuições é justamente “zelar pela autonomia do Poder Judiciário” (art. 103-B, I, da CF).

Como se nota, o Conselho Nacional de Justiça não detém qualquer controle sobre a independência jurídica dos magistrados, ao contrário é uma de suas

¹⁰⁶⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 163: “No exercício de suas funções, o juiz não está preso a vínculos hierárquicos. Para Adolf Merki, o traço específico da magistratura reside justamente nessa situação de independência de cada juiz em relação aos outros órgãos judiciários. Na Administração, existe a *subordinação* que decorre a hierarquia orgânica; na justiça, a *coordenação*, tão-somente, que resulta da independência funcional de cada magistrado. A independência judicial consiste sobretudo na inadmissibilidade e falta de obrigatoriedade de quaisquer instruções superiores relativas ao exercício da atividade judiciária, mesmo que desçam tais instruções de tribunais de instância mais elevada. A atividade judiciária não só prescinde de instruções dessa natureza, como também não deve sofrer o seu influxo. A hierarquia das instâncias e dos graus de jurisdição nada mais traduz que ‘uma competência de derrogação, e nunca uma competência de mando do superior sobre a instância inferior’. Isso não exclui, é evidente, a jurisdição censória dos órgãos disciplinares da magistratura sobre certos aspectos da conduta do juiz, conforme é aceito pela *communis opinio*. Se o juiz é independente até mesmo em face dos órgãos de grau superior da magistratura, com maior razão o é em face do Legislativo e do Executivo. A atividade judiciária não pode sofrer injunções de qualquer ordem, dos demais órgãos ou poderes da soberania nacional. Só à lei regularmente promulgada, e que não se choque com os textos constitucionais, é que ele deve obediência”.

funções velar justamente pela autonomia do Poder Judiciário. Sua criação resulta da necessidade de controle e orientação administrativa-funcional em relação aos magistrados. Logo, igualmente, não se revela nenhuma tentativa de desrespeito à independência jurídica dos juízes.

Também por força da Emenda Constitucional n. 45/2004 o poder constituinte derivado inseriu o art. 103-A da CF institucionalizando a chamada “súmula vinculante”.

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (art. 103-A, *caput*, da CF).

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, § 1º, da CF).

Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, § 2º, da CF).

Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, § 3º, da CF).

A Lei 11.417/2006 regulamentou o art. 103-A da CF.

Muito se questionou sob o desrespeito à independência jurídica dos juízes ao tornar obrigatória a observância dos enunciados de súmulas vinculantes editados pelo Supremo Tribunal Federal. Igualmente, nesse aspecto, inexistiu qualquer ofensa à independência jurídica dos magistrados.

Anteriormente à súmula vinculante (que só diz respeito à matéria constitucional), por meio de alteração legislativa, o Código de Processo Civil passou a atribuir grandes poderes aos relatores, nos tribunais, para negar seguimento a recursos manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, ou dar provimento aos recursos se a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 527, I, art. 544, § 3º e art. 557 do CPC).

Ao próprio juiz de primeiro grau atribuiu a Lei 11.276/2006 o poder de não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 518, § 1º, do CPC).

A reclamação sempre foi instrumento jurídico destinado a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, “I”, da CF).

Assim, a reclamação teve apenas ampliado seu espectro de abrangência, como forma de racionalização dos pronunciamentos jurisdicionais, e não de interferência nestes, o que já era realizado em larga escala por meio dos poderes atribuídos aos relatores de recursos nos tribunais.

Como ressalta Sidnei Agostinho Beneti,¹⁰⁶⁶ um dos maiores choques para o jurisdicionado é a diversidade de interpretação jurisdicional para situações idênticas, aquinhoando ou desamparando vizinhos, parentes, presos da mesma cela, trabalhadores que prestam serviços ao mesmo empregador. Conclui o ilustre jurista: “Que desafio, esse, o da formação de jurisprudência estável, pressuposto de afirmação do poder dos Juízes! Quanto de desgaste do poder dos Juízes vem da dispersão do sentido da jurisprudência”.

Destaca Donaldo Armelin¹⁰⁶⁷ que a súmula vinculante atenderá precipuamente à questão da demora das decisões judiciais, na medida em que propiciará o estancamento de ações parelhas, que, envolvendo milhares de interessados, soem abarrotar os pretórios, notadamente os Tribunais Superiores da União, trazendo em contrapartida o estiolamento da criatividade dos órgãos judicantes de primeiro grau de jurisdição, aos quais se reconhece modernamente a necessidade de serem prestigiados.

Competindo ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, a única interpretação possível a ser extraída da relação entre as leis e a Constituição é aquela conferida por esse órgão máximo do Poder Judiciário. Pelos recursos chegar-se-ia a idêntico resultado, que é precipitado, no tempo, em atenção à celeridade, economia processual e segurança jurídica.

É possível ainda que próprio Supremo Tribunal Federal proceda à revisão ou cancelamento da Súmula, o que não impede, ao contrário permite, que os juízes decidam contrariamente a ela.

A Lei 11.419/2006 não exclui a impugnação ao pronunciamento contrário à súmula vinculante por meio dos recursos ou outras formas de contrariedade admissíveis no sistema.

Não há, como não poderia deixar de ser, qualquer punição administrativa aos juízes que decidirem contrariamente às súmulas vinculantes.

Logo, a súmula vinculante não é forma de mitigação da independência jurídica dos juízes.

¹⁰⁶⁶ BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 204.

¹⁰⁶⁷ ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 137, p. 249, jul.- 2006.

3.5 Poderes e deveres do juiz

Cabendo aos magistrados, como órgãos integrantes do Poder Judiciário, o exercício dos mais largos poderes na busca da solução dos litígios e da tutela dos direitos subjetivos, sua atividade é conotada pelo matiz público da relação jurídica em que se insere (relação jurídica processual).

Das normas constitucionais e da supremacia que desfrutam no sistema jurídico, emergem comandos imperativos dirigidos aos magistrados, ora diretamente (como é o caso do art. 93, IX, da CF, que dispõe que todas as decisões devem ser fundamentadas), ou indiretamente, mas com a mesma eficácia, por decorrência lógica da previsão de direitos fundamentais das partes.

Observa Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰⁶⁸ que a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de dever antes do que poder, caracterizando uma função, em sentido jurídico.

No exercício da função os agentes estatais exercitam poderes, para que cumpram os deveres que lhes impõe a ordem jurídica, e nessa atividade o fazem, não em proveito próprio, mas alheio, ou seja, na tutela dos interesses do Estado. É por isso que ao agente estatal não é outorgada a faculdade de exercer ou não exercer os poderes que lhe são atribuídos. Está obrigado a exercê-los e no interesse público do Estado.¹⁰⁶⁹

Os poderes são meros veículos instrumentais para propiciar aos obrigados cumprir seus deveres.¹⁰⁷⁰

Os agentes do Estado são seus representantes. O poder que exercem resulta de delegação do Estado. O poder que exercem é poder estatal (poder soberano), cujo titular é o povo. No Estado de Direito o próprio Estado, por não ser o titular do poder, encontra-se subordinado ao império da lei (*lato sensu*). Assim,

¹⁰⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 13.

¹⁰⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 14.

¹⁰⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 15.

seria inconcebível que, não pertencendo aos representantes do Estado o poder soberano, pudessem exercê-lo segundo sua própria vontade e segundo critérios pessoais. Os juízes e seus poderes inserem-se nessa mesma temática.

Assim, também os poderes exercidos pelos juízes, em regra, constituem deveres impostos a estes no exercício da função estatal que desempenham. Nessa órbita, em regra, não há faculdade de o juiz exercer poderes. Há imposição por parte do sistema, não deixando campo de liberdade para qualquer entendimento nesse sentido.

Como corretamente observou Moacyr Amaral Santos, “dever do juiz é usar dos seus poderes”.¹⁰⁷¹

Ressaltam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹⁰⁷² que todos os poderes de que dispõem os juízes caracterizam-se como poderes-deveres, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses seus, ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes.

O processo é instrumento de efetivação da jurisdição e como tal os objetivos ambicionados pelo sistema e efetivados através do processo não se sujeitam à disponibilidade das partes ou mesmo dos juízes.

Aos magistrados a Constituição Federal incumbe a tarefa de concretizar os direitos fundamentais das partes litigantes. Um desses mais significativos direitos fundamentais é o acesso à justiça. Uma vez acionado o órgão jurisdicional, cabe a ele movimentá-lo, por impulso oficial, nos termos do art. 262 do CPC. Uma das características principais dos direitos ou liberdades fundamentais, como ressalta Mauro Cappelletti¹⁰⁷³ “è la loro insostituibilità, per il semplice fatto che non c’è somma di danaro che possa pagare la libertà”.

Portanto, quando o juiz atua seus poderes, na execução forçada, na busca de resultados práticos, especialmente na localização e penhora de bens, inclusive em várias hipóteses de ofício e até mesmo utilizando-se do poder cautelar

¹⁰⁷¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 286.

¹⁰⁷² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 302.

¹⁰⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*, p. 345.

de que se acha investido (art. 615, III, do CPC); quando impede e sanciona comportamentos inescrupulosos de devedores que buscam frustrar a execução no alcance de seus objetivos, empregando ardis e meios artificiosos; quando relativiza direitos fundamentais dos devedores, em pronunciamentos devidamente fundamentados, em atenção às peculiaridades do caso concreto que fazem prevalecer sobre aqueles outros direitos fundamentais do credor, como o acesso efetivo à justiça, ele simplesmente cumpre tarefa e função às quais está subordinado.

Exatamente nesse sentido manifesta-se Salvatore Pugliatti:¹⁰⁷⁴ Il potere dello Stato o del suo organo é un potere-dovere, il cui esercizio è obbligatorio, anche nei confronti del privato al quale compete un diritto a chiedere ed ottenere quell'intervento e a provocare l'esercizio di quella funzione”.

Segundo Celso Agrícola Barbi,¹⁰⁷⁵ a partir do momento em que o órgão jurisdicional é acionado pela parte demandante, através do exercício do direito de ação,

“o Estado tem interesse em que sua função seja desenvolvida na maneira mais correta e rápida, pondo termo ao litígio, com a atuação da lei, e restabelecendo a paz social perturbada pela divergência entre os demandantes”. E “para que esses fins sejam alcançados, é preciso que o processo seja dirigido pelo próprio Estado, representado na pessoa do juiz, o qual agirá tendo em vista o objetivo estatal. O livre jogo do interesse das partes não é capaz de dar correta orientação ao processo, porque o próprio contraste entre seus interesses o dificultaria.”¹⁰⁷⁶

Não haveria sentido no fato de o Estado atribuir o desempenho de uma de suas funções a determinado órgão, obrigando o cidadão a se dirigir a ele sempre que pretendesse a tutela dos seus direitos, e, em seguida, deixasse à livre vontade daquele órgão cumprir ou não tarefa que lhe foi confiada.

Embora até certo ponto o tema abordado nesse tópico pareça lógico, essa não é a realidade a que assistimos em muitos pronunciamentos jurisdicionais,

¹⁰⁷⁴ PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, p. 140.

¹⁰⁷⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. I, p. 383.

¹⁰⁷⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 384.

que ainda enfocam o processo através de uma visão marcadamente liberal, atribuindo às partes total e absoluta liberdade na condução do instrumento de efetivação da jurisdição, em seara na qual o sistema além de impedir qualquer tentativa de interferência das partes, atribui ao juiz a obrigação de cumprir os comandos emergentes das normais constitucionais e legais.

Estabelece o art. 125 do CPC que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código competindo-lhe: I – assegurar às partes igualmente de tratamento; II – velar pela rápida solução do litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Sem sombra de dúvida, que o dispositivo em questão dirige ao juiz imposições (deveres) e não meras faculdades que o juiz pode ou não exercitar, segundo sua vontade. Por ser dever do juiz velar pela rápida solução do litígio, o Estado o mune de indispensáveis poderes para impulsionar, de maneira efetiva, o instrumento de efetivação do direito material, na busca de resultados efetivos.¹⁰⁷⁷

Também por constituir dever do juiz prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, o sistema o investe de suficientes poderes para impedir qualquer conduta do devedor tendente a abortar o instrumento de tutela dos direitos no alcance dos seus objetivos, ou reprimir, por meio de sanções pecuniárias idênticas violações do dever de probidade processual.

Importante destacar também que além da noção de poder como dever no sentido de o magistrado estar vinculado ao cumprimento das diretrizes traçadas pela Constituição por meio do processo, o adequado exercício dessa atividade é obtido com a imposição ao juiz do cumprimento de vários outros deveres, contidos tanto em normas constitucionais quanto na legislação infraconstitucional.

Assim, dever, aqui, assume principalmente uma noção de abstenção do exercício dos poderes jurisdicionais sem o cumprimento de determinada pauta de valores considerada indispensável para o adequado desempenho da função

¹⁰⁷⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 385, fala justamente em “poder-dever” do juiz velar pela rápida solução do litígio.

jurisdicional. Esses deveres dirigidos aos juízes garantem imparcialidade de seus pronunciamentos, sua harmônica relação com partes, advogados e membros do Ministério Público, além de celeridade na prática de atos em busca dos objetivos almejados pelo sistema.

A indeclinabilidade do ofício jurisdicional soma-se a uma adequada postura do magistrado ditada por uma extensa pauta de valores, que infringida pode levar à sanções administrativas, cíveis ou até mesmo sua punição penal.

Vejamos alguns deveres alistados na Constituição Federal e na Lei Complementar n. 35/1979 (Estatuto da Magistratura).

O art. 93, VII, da CF estabelece que o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal.

O art. 93, IX, da CF, já citado, impõe a indispensável motivação de todas as decisões jurisdicionais, além da publicidade dos julgamentos.

A independência jurídica dos magistrados é tutelada pela Constituição com vedações expressas dirigidas aos juízes. Assim, aos juízes é vedado: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílio ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (art. 95, parágrafo único, I a V, da CF).

O descumprimento desses deveres, também alistados na Lei Complementar n. 35/1979 (art. 26), dá ensejo à instauração de processo administrativo disciplinar contra o magistrado que poderá levar o tribunal a que se encontra vinculado o juiz a proferir ato de aposentadoria compulsória ou sua colocação em disponibilidade por interesse público, fundado em decisão por voto da maioria do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (art. 93, VIII, da CF e art. 27 e seguintes da Lei Complementar n. 35/1979).

Dispõe o art. 35, da Lei Complementar 35/1979, serem deveres do magistrado: I - cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

O art. 39, da Lei Complementar 35/1979 estabelece que os juízes remeterão, até o dia 10 de cada mês, ao órgão corregedor competente de segunda instância, informação a respeito dos feitos em seu poder, cujos prazos para despacho ou decisão tenham sido excedidos, bem como indicação do número de sentenças proferidas no mês anterior.

O Código de Processo Civil pune a atuação dolosa, fraudulenta ou descomprometida do juiz no cumprimento dos seus deveres jurisdicionais. Com efeito, estabelece o art. 133 do CPC que responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Dispõe o art. 133, parágrafo único: “Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias”.

3.6 Poderes do juiz, dogmática jurídica e positivismo jurídico

O estudo dogmático do Direito compreende o conhecimento das regras positivas, sua organização e hierarquia, seus conceitos fundamentais e princípios orientadores, buscando a determinação de seu significado atual, tendo em vista a sua aplicação a determinado contexto social. A dogmática jurídica concentra seus esforços de generalização e sistematização sobre o direito positivo, ou seja, sobre as regras emanadas do poder competente, em espaço e tempo determinados.¹⁰⁷⁸

Uma disciplina (Direito Civil, Direito Comercial, Direito Processual Civil etc) pode ser definida como dogmática na medida em que considera certas premissas vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. As disciplinas dogmáticas tratam de questões finitas. Elas são regidas pelo princípio da proibição da negação, i.e., princípio de não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas. O princípio da legalidade, por exemplo, obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais a partir da lei, conforme à lei, mas nunca contra a lei.¹⁰⁷⁹

A dogmática jurídica está ligada a uma dupla abstração. Ou seja, como não existe sociedade sem dogmas, pois sem pontos fixos de referência, a comunicação social (interação humana) é impossível, toda comunidade elabora suas normas. Mas as normas não bastam. Sua ambigüidade e vagueza exigem também regras de interpretação. Tem-se, assim, um produto abstrato, as regras, que têm por objeto outro produto abstrato, as normas, daí a dupla abstração. O objeto do conhecimento jurídico-dogmático é esta dupla abstração, que o jurista elabora num grau de abstração ainda maior (regras sobre regras de interpretação das normas).¹⁰⁸⁰

Foi no século XIX que as grandes linhas mestras da dogmática jurídica se definiram, embora no século XVIII, com a vitória dos movimentos liberais burgueses ela tenha ganhado contornos bastante precisos.

¹⁰⁷⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Dogmática jurídica e ensino do Direito. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 49, p. 207-208 e ss. jul.- 1990.

¹⁰⁷⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 48-49.

¹⁰⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 49-50.

A necessidade de dominar tecnicamente a natureza ameaçadora do homem, através de uma organização racional da ordem social, leva ao desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa *neutralidade*, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma positivação e a uma formalização do antigo direito natural.¹⁰⁸¹

Desenvolve-se, entre os séculos XVII e XVIII, a idéia de sistema como organismo, mecanismo e ordenação de normas jurídicas. A teoria jurídica européia, que até então era mais uma teoria de exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado de normas, cuja estrutura dominou, e até hoje domina, os códigos e os compêndios jurídicos.¹⁰⁸²

As leis, segundo a dogmática jurídica, têm um sentido formal e genérico, que garante a liberdade dos cidadãos. A teoria jurídica estabelece uma oposição entre os sistemas formais do Direito e a própria ordem vital, criando um espaço juridicamente neutro ao intérprete e ao aplicador do Direito.¹⁰⁸³

O século XIX é marcado pelo aparecimento do “Direito dos Professores”. A doutrina passou a ocupar um lugar mais importante do que a práxis e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os práticos.¹⁰⁸⁴

A clássica teoria da tripartição dos poderes garantiu uma progressiva separação entre Política e Direito, regulando a legitimidade da influência política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente aceita no Executivo e é fortemente neutralizada no Judiciário. A necessidade de *neutralidade do Poder Judiciário* irá afastá-lo e desvinculá-lo progressivamente de suas bases políticas, éticas e, mais tarde, sociais.¹⁰⁸⁵

O Estado liberal garantia a segurança jurídica através da edição de normas sancionadoras dos comportamentos considerados antijurídicos pela ordem estatal. Organicamente consideradas, essas normas constituíam um todo harmônico

¹⁰⁸¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 40.

¹⁰⁸² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 45.

¹⁰⁸³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 49.

¹⁰⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 58.

¹⁰⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 67.

(sistema). As normas pertenciam aos mais variados ramos do Direito, que possuem entre si grandes diferenças.

À doutrina coube o papel de diferenciá-los, desenvolvendo institutos, conceitos (“Jurisprudência dos Conceitos”), subconceitos, distanciando-se cada vez mais dos motivos sociais que justificaram a edição normativa. O papel do jurista acaba se prendendo a essas construções doutrinárias; não à crítica aos textos legislativos ou às suas possíveis injustiças.¹⁰⁸⁶

O sistema jurídico, nessa visão, é necessariamente manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada. Trata-se de um sistema fechado. Não possui lacunas.¹⁰⁸⁷

O Poder Judiciário, nesse contexto, deve pautar seus pronunciamentos sempre com base em grande neutralidade, o que garante segurança jurídica. O papel que dele se espera não é o de crítico, e julgamentos *contra legem* são considerados arbitrários.

O processo decisório pautava-se pelo método dedutivo, quase uma operação algébrica, em que podem ser visualizados: premissa maior, constituída pela regra jurídica encontrada pelo aplicador como reguladora da hipótese concreta a julgar; premissa menor, formada pela hipótese litigiosa; conclusão, como síntese dessa operação, através da qual o julgador dirá se os fatos encaixam-se ou não dentro dos rígidos limites da norma. Os conceitos jurídicos, contidos em magníficos tratados, auxiliava os juízes nessa tarefa.

Ressalta Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁰⁸⁸ que o desenvolvimento da dogmática jurídica no século XIX, ligado à sua função social na época, passa a atribuir aos seus conceitos um caráter abstrato que permite uma emancipação das necessidades cotidianas dos interesses em jogo. Com isso, tornou possível *uma neutralização dos interesses concretos na formação do próprio Direito*, neutralização já exigida politicamente pela separação dos poderes e pela autonomia do Poder Judiciário.

¹⁰⁸⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 68-77.

¹⁰⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 78.

¹⁰⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 75.

Ainda no século XX, a dogmática jurídica manteve acentuada a preocupação dos juristas na construção de séries conceituais (direito subjetivo, direito de propriedade, direito das coisas etc). Subjaz a esse tipo de teorização a preocupação com a completude, gerando conceitos cada vez mais precisos, buscando-se um “perfeito” processo de encaixe dos fatos às normas.¹⁰⁸⁹

A dogmática clássica serviu ao positivismo jurídico como ferramenta de estudo do Direito. O positivismo, ao arredar o direito natural, procura reconhecer tão-somente o direito positivo, no sentido de direito vigente e eficaz em determinada sociedade, limitando assim o conhecimento científico-jurídico ao estudo das legislações positivas.¹⁰⁹⁰

Alf Ross¹⁰⁹¹ entende que “el derecho es distinto de la conducta social misma. Es la norma, no lo que es regulado por la norma; es *dogmatismo* y no *teoría social*”. Para ele, a tarefa da Ciência do Direito consiste numa reprodução sistemática das normas jurídicas como significação. Sua atividade é interpretar e sistematizar; seu nome é dogmatismo. A Ciência do Direito “no es ni teoría social (psicología) ni ética, sino dogmatismo; el derecho no es ni la conducta social fáctica ni una validez ideal, sino una suma de máximas, significaciones, *dogmas*”.¹⁰⁹²

Norberto Bobbio¹⁰⁹³ sintetiza as principais características do positivismo jurídico nos seguintes termos: um dos primeiros problemas do positivismo jurídico diz respeito ao *modo de abordar, de encarar o Direito*: o positivismo responde a este problema considerando o Direito como um fato e não como um valor. O jurista deve estudar o Direito abstendo-se de formular juízos de valor. A *definição do Direito* assenta-se sobre sua coatividade. O Direito vige como tal numa determinada sociedade, a saber, aquelas normas que são feitas para valer por meio da força.

Quanto às fontes do Direito, o positivismo é informado pela teoria da *legislação como fonte proeminente do Direito*. Há de ser ressaltar o enfoque da

¹⁰⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 77.

¹⁰⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 92.

¹⁰⁹¹ ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista del derecho: crítica del dualismo en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 62-63.

¹⁰⁹² ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista del derecho*, p. 63.

¹⁰⁹³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131-132.

teoria da norma jurídica segundo os postulados positivistas. O positivismo considera a norma como um comando, formulando a *teoria imperativista do direito*. Outro ponto concerne à *teoria do ordenamento jurídico*, que considera a estrutura não mais da norma isolada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade.¹⁰⁹⁴

O positivismo sustenta a *teoria da coerência e completude* do ordenamento jurídico. Com o requisito da completude o positivismo jurídico afirma que, das normas explícita ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico, o juiz pode sempre extrair *regula decidendi* para resolver qualquer caso que lhe seja submetido. Assim, o positivismo jurídico exclui decididamente a existência de lacunas.¹⁰⁹⁵

O positivismo jurídico pode ser considerado sobre três aspectos: um certo modo de abordar o Direito; uma certa teoria do Direito e uma certa ideologia do Direito.

Por outro lado, o positivismo sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do Direito. Bobbio ressalta: “empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que *o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica*” (destaques nossos). Por derradeiro, diz respeito ao positivismo a *teoria da obediência*, ou seja, a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal.¹⁰⁹⁶

Hans Kelsen, um dos maiores expoentes do positivismo jurídico, desenvolveu profundo estudo acerca do objeto da Ciência Jurídica, sustentando a existência de uma “Teoria Pura do Direito”. Como teoria, “quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já lhe não importa a questão de saber como deve ser

¹⁰⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 133.

¹⁰⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 133.

¹⁰⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 133.

o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.”¹⁰⁹⁷

Ao sintetizarmos as principais características da dogmática jurídica e do positivismo jurídico na sua crença no direito positivo como fonte segura, inesgotável, hermética e ideal de resolução das demandas, e que tem origens em movimentos liberais burgueses dos séculos XVII e XVIII, notamos que essas mesmíssimas características do estudo dogmático do Direito encontram-se plenamente presentes no método de que se valem os magistrados para decidirem as demandas que aportam ao Poder Judiciário, em pleno século XXI.

A formação do juiz contemporâneo está ainda muito vinculada a postulados do Direito liberal clássico e sedimentada sob as diretrizes da dogmática clássica, o que provoca, por óbvio, pronunciamentos jurisdicionais extremamente formais, que se ocupam do eixo metodológico sobre o qual gira o dogmatismo (construção de conceitos), mas muito distanciados dos valores sociais e das necessidades dos demandantes. A justiça dos pronunciamentos não é tema estranho, mas intrínseco ao Direito.

O princípio da legalidade ainda é focado pelo magistrado exatamente pela concepção positivista de que o juiz é servo da lei, não podendo jamais, à luz da hipótese concreta trazida à sua apreciação, afastar sua incidência, ou aplicá-la buscando seu sentido à luz dos fatos e dos valores atuais, e que divergem daqueles próprios da época em que foi editada.

A “assepsia” do Direito, causada pelo positivismo e dogmatismo jurídico, baseada num isolamento absoluto das normas como eixo gravitacional do sistema, causou a neutralização do juiz diante do complexo e importante fenômeno decisório, que foi reduzido e inserido praticamente numa operação algébrica, baseada em método dedutivo.¹⁰⁹⁸ Na realidade, a busca pela neutralidade sempre ocultou a ideologia liberal que garantia, sob esse método de enfoque do Direito, as bases econômicas e políticas do sistema construído pela burguesia.

¹⁰⁹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Armado, 1976, p.17.

¹⁰⁹⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Dogmática jurídica e ensino do Direito. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 49, p. 209.

Os perigos da adoção de semelhante postura, principalmente pelos magistrados frente ao sistema jurídico, são evidentes. O afastamento das normas jurídicas dos fatos e dos significativos valores de uma sociedade em determinada época provoca um abissal distanciamento da realidade das pessoas que integram o Estado.

Ou seja, se o Direito é Ciência criada para regular a vida em sociedade, o método dogmático, quando levado a extremos, caminha em direção contrária a isso. No plano processual, a adoção de concepções positivistas resulta em pronunciamentos inefetivos e despreocupados com os resultados da jurisdição. A preocupação maior concentra-se no rigor dos conceitos. Com essa postura enfraquece-se a noção de poder estatal.¹⁰⁹⁹

O método subsuntivo clássico, como destaca Plauto Faraco de Azevedo, constitui perigoso ingrediente de desagregação social, porque impede a freqüente adaptação jurisprudencial do Direito às necessidades históricas progressivamente configuradas.¹¹⁰⁰

O dogmatismo jurídico gerou aquilo que se chama de “geometrização” do Direito.¹¹⁰¹ O método subsuntivo é decorrência dessa visão. A construção de conceitos (conceitualismo) cada vez mais genéricos e afastados da realidade, conduziu a Ciência Jurídica a um campo de neutralidade tão grande que esses conceitos adquiriam a condição de categorias eternas, de verdadeiros dogmas, válidos para sempre e sem qualquer preocupação com as vicissitudes sociais.¹¹⁰²

¹⁰⁹⁹ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 5. ed. Tradução: João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 3: “A nossa teoria do direito, e isto não pode ser mais claro, ocupa-se mais da balança do que da espada da justiça; o exclusivo ponto de vista, puramente científico, com o qual ela considera o direito e que faz, em resumo, que o presente não pelo seu lado real, como noção de poder, mas antes pelo seu lado puramente lógico, como sistema de regras abstratas – imprimiu quanto a mim, a toda a sua concepção do direito, um caráter que de forma alguma concorda com a rude realidade”.

¹¹⁰⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Dogmática jurídica e ensino do Direito. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 49, p. 210.

¹¹⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38.

¹¹⁰² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 300: “A segunda consequência do dogmatismo é sua tendência para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais – como se elas fossem eternas. Este pendor pela ‘naturalização’ das instituições processuais constitui propriamente o dogma. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente conceitual, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas passa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. O pensamento dogmático, porém, considera

A estratificação de dogmas conduziu à supressão de qualquer vestígio de pensamento crítico.¹¹⁰³ Como registra Ovídio Araújo Baptista da Silva,¹¹⁰⁴ o dogmático perde a capacidade de indagar “o porquê” dos fenômenos, das circunstâncias e obstáculos que o embarçam; o dogmático não pergunta pelas causas daquilo que acontece no domínio do Direito.

Não se nega a relevância e até mesmo a importância que a dogmática jurídica possuiu na construção de muitos ramos do Direito, como é o caso especificamente do Direito Processual Civil. O problema reside na adoção de um método de generalização ilimitado que acaba criando institutos, conceitos, subconceitos (num movimento incessante de construção doutrinária), divorciados da realidade da sociedade.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹¹⁰⁵ previne os riscos de semelhante iniciativa:

“Ora, isto (normas, conceitos, regras) passa a ser o material da dogmática, que se transforma numa elaboração de um material abstrato, num grau de abstração ainda maior, o que lhe dá, de um lado, certa independência e liberdade na manipulação do Direito, permitindo-lhe grande mobilidade, pois tudo aquilo que é Direito passa a ser determinado a partir de suas próprias construções. (...). De um lado, porém, paga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo, pois a dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função das suas próprias classificações, com a natureza jurídica dos seus próprios conceitos etc”.

Como afirma Plauto Faraco de Azevedo¹¹⁰⁶ a enunciação do objeto da dogmática jurídica evidencia sua importância, vez que é impossível resolver qualquer problema jurídico prático sem o seu adequado conhecimento, justificando-

natural que as estruturais legais de um processo civil concebido para a sociedade européia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI. Afinal, as figuras geométricas de Savigny não são as mesmas? Nosso processo civil, concebido como pura forma, ao estilo das matemáticas, para a doutrina, deveria servir a qualquer sociedade humana. Já não se sonha com um código de processo civil universal? A neutralidade da ciência processual é nosso dogma”.

¹¹⁰³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 299.

¹¹⁰⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 299.

¹¹⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, p. 76. Conferir, ainda, do mesmo autor *Introdução ao estudo do direito*, p. 50.

¹¹⁰⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Dogmática jurídica e ensino do Direito. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 49, p. 208.

se, por essa forma, a extensão que lhe confere o ensino jurídico. Todavia, o reconhecimento de sua relevância não importa em subscrever a orientação positivista que lhe é normalmente assinalada, de graves conseqüências sobre a concepção do Direito e sérias projeções sociais.

Miguel Reale¹¹⁰⁷ ensina que, sendo a regra jurídica o elemento nuclear do Direito, é evidente que ela não pode deixar de ter uma estrutura tridimensional. No modelo normativo há a previsão de um fato ou um complexo fático, que é a base necessária à formulação da hipótese, da qual resultará a conseqüência. Mas, se se enuncia dada conseqüência, declarando-a obrigatória, é sinal que se pretende atingir um objetivo, realizando-se algo de *valioso*, ou impedindo a ocorrência de fatos negativos. Finalmente, essa correlação entre fato e valor se dá em razão de um enlace deôntico, isto é, em termos lógicos de dever ser, com que se instaura a norma.

Averba o citado jurista¹¹⁰⁸ que o momento lógico expresso pela proposição hipotética da regra jurídica, é inseparável de sua base fática e de seus objetivos axiológicos, de tal sorte que fato, valor e forma lógica compõem-se de maneira complementar, dando, em sua plenitude, a estrutura lógico-fática-axiológica da norma de Direito.

Miguel Reale¹¹⁰⁹ repudia, com veemência, que o ato decisório possa ser reduzido a um silogismo. Destaca que o ato de julgar não obedece exigências lógico-formais, implicando sempre apreciações valorativas (axiológicas) dos fatos.

¹¹⁰⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 103.

¹¹⁰⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 103.

¹¹⁰⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 85: “(...) elaborada e promulgada a lei, que, do ponto de vista formal ou lógico, é uma ‘proposição ou um conjunto ordenado de proposições normativas’, o que prevalece é o processo dedutivo. Das leis ou preceitos legais vigentes inferem-se conseqüências disciplinadoras dos fatos sociais. A importância do processo dedutivo é tão grande que levou, durante muito tempo, ao equívoco de reduzir-se a aplicação do Direito ao uso de sucessivos silogismos. Foi cômodo, por exemplo, afirmar-se que uma sentença (isto é, o *juízo* editado pelo *Juiz*, numa demanda: notem a correlação esclarecedora entre *juízo* e *juiz!*) poderia ser reduzida a um silogismo, cuja premissa maior seria a lei; a premissa menor, os fatos; e a decisão constituiria a conclusão necessária. Na realidade assim não acontece. O ato de julgar não obedece a meras exigências lógico-formais, implicando sempre *apreciações valorativas (axiológicas)* dos fatos, e, não raro, um processo de interpretação da lei, aplicável ao caso, graças a um trabalho que é antes de ‘dedução simplificadora’. Muitas vezes, para julgar uma ação, o juiz é levado, pela força geral e unitária do ordenamento jurídico, a combinar preceitos legais distintos, chegando a conseqüências normativas que não se continham, à primeira vista, nas proposições por ele criadoramente aproximadas.”

O jurista, diz Miguel Reale,¹¹¹⁰ a todo instante ordena normativamente fatos segundo valores, ou correlaciona valores a fatos segundo normas, o que significa que não pode dispensar o prisma do valor, na apreciação dos fatos sociais abrangidos pelas normas jurídicas.

É inconcebível que em pleno século XIX ainda assistamos nos pronunciamentos jurisdicionais à reprodução de dogmas ultrapassados, que servem como fator, na realidade, de contenção dos poderes dos juízes, vez que limitam a atuação desses, vinculando-os à concepção restrita do princípio da legalidade.

Na precisa observação de Teresa Arruda Alvim Wambier,¹¹¹¹ *o positivismo tinha a pretensão de reduzir a complexidade do real, criando a ilusão de uma verdade*. É como, diz a ilustre processualista, se a realidade pudesse ser reduzida a um esquema ou a um quadro sinótico em que a busca da verdade apareceria como um caminho claramente visível.

Todavia, a sociedade contemporânea, marcada pela extrema mobilidade social, em que setores da sociedade migram para outros, e em que as noções de certo e errado perderam um pouco a credibilidade, *impede que se reduza a complexidade do real, através de esquemas artificialmente criados*, sob pena de se criar um sistema absolutamente inoperante.¹¹¹²

No Estado Constitucional Democrático e de Direito, o juiz encontra-se, sem dúvida alguma sob o império da legalidade. Sujeita-se, ele, próprio à lei. Todavia, o princípio da legalidade, hoje, tem outra dimensão do que aquele próprio da época de estruturação do Estado de Direito e concebido pelos movimentos liberais burgueses.

A vinculação do juiz à lei tem por fim gerar segurança jurídica, através de jurisprudência iterativa e uniforme, gerando certa margem de previsibilidade. Entretanto, o princípio da legalidade, tal como entendido

¹¹¹⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 85.

¹¹¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 492.

¹¹¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 487.

modernamente, não pode levar, como de fato não levou, a uma situação de automatismo na aplicação da lei.¹¹¹³

Ensina Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹¹⁴ que a segurança jurídica é atingida tanto pela vinculação à lei e só a lei, quanto com a vinculação à lei, vista sob outro enfoque, que abrange também a doutrina e a jurisprudência. Assim, *a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência*, como se estes dois elementos desempenhassem uma função de *engate lógico* entre a lei e os fatos.

A vinculação, ainda segundo as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier,¹¹¹⁵ existe, mas é entre o juiz, sua decisão *e o sistema jurídico*, e não à letra da lei ou à lei propriamente dita. De acordo com esta ótica, há decisões judiciais que parecem, à primeira vista, ser *contra legem*, e que, na verdade, estão absolutamente em harmonia com o sistema jurídico visto como um todo.

Apenas nesse contexto dinâmico é que deve ser entendido o papel da dogmática jurídica. A dogmática contemporânea tende a passar a incorporar elementos que permitem justamente a operacionalização de um sistema positivo, uma vez que o instrumento clássico de cunho dedutivo tem se mostrado insuficiente para resolver problemas atuais, exceto em nível de bancos acadêmicos.¹¹¹⁶

Pouco tempo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, Fábio Konder Comparato¹¹¹⁷ já destacava que a grande gama de atribuições que o Texto Constitucional pretendia conferir aos magistrados, especialmente no que dizia respeito à tutela das liberdades públicas, era incompatível com a idéia de um “juiz neutro”.

Sálvio de Figueiredo Teixeira¹¹¹⁸ ressalta que o Judiciário,

¹¹¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 496.

¹¹¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 496.

¹¹¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 496.

¹¹¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 498.

¹¹¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 37, p. 202, jul.- 1986.

¹¹¹⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 72, p. 49, mar.- 1998.

“como Poder ou atividade estatal, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante do processo evolutivo das nações, também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa. Co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna.”

Ora, se as pessoas que dirigem ao Poder Judiciário suas angústias sociais, sob a forma de pretensões, esperam do magistrado que enfoque as lides sob uma visão o mais prospectiva possível de sistema jurídico, e, portanto, não apenas pela angulação da legislação infraconstitucional, mas dos princípios jurídicos, especialmente daqueles contidos na Constituição Federal, afigura-se patente que esse órgão jurisdicional não pode permanecer um juiz “neutro” diante da realidade atual, naquele sentido próprio da dogmática jurídica de realização do Direito pela mecânica aplicação de regras jurídicas.¹¹¹⁹

A neutralidade do juiz na realidade atual pode perfeitamente ser traduzida como declínio das funções jurisdicionais, em prol de formalismos estéreis e de concepções doutrinárias ultrapassadas, próprias da época da formação do Estado liberal, mas muito distantes de nossa realidade e das necessidades dos demandantes.

¹¹¹⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Dogmática jurídica e ensino do Direito. *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 49, p. 211-212: “Aparentemente, o jurista ‘dogmático’ realizaria uma tarefa de mera descrição das normas jurídico-positivas, de cujo círculo não poderia sair. Sucede, no entanto, que, para fixar a significação atual das normas, há de seguir a evolução doutrinária e jurisprudencial de sua interpretação. Ora, seguir a evolução jurisprudencial é seguir a experiência histórica por que passam as normas, que não é, nunca foi, e jamais será *neutra*. Tampouco, como o demonstra a experiência, será necessariamente lógica, ou poderá afastar as opções, vale dizer, as *valorações* perceptíveis em seu curso, através do tempo. Esse o sentido da famosa afirmativa de Holmes, segundo a qual ‘a vida do Direito não tem sido lógica, mas experiência’. Percebe-se, portanto, que o conhecimento propiciado pela Dogmática Jurídica, apesar das insistentes afirmações contrárias, se visto adequadamente, não será assim tão asséptico e distanciado da realidade social como pretendem os partidários de hermetismo jurídico. Não se podendo limitar a Dogmática Jurídica aos juízos de constatação, deve o jurista, ao revés, a partir da acurada análise das instituições, aferir o grau de seu afeiçoamento às necessidades sociais, em função de que precisamente, nos sistemas romanistas, são prepostas as normas positivas que constituem seu objeto. Conseqüentemente, ainda que sem a latitude crítica da Filosofia do Direito, como é natural, é incontestado a necessidade de valorizar o jurista as instituições e prefigurar seus efeitos sociais, tanto quando opera ao nível doutrinário, quanto, *a fortiori*, quando opera como aplicador do Direito. Não é possível esquecer que as regras jurídicas exprimem juízos de valor sobre as diversas situações que visam a reger e que a evolução cultural *lato sensu* sofre decisiva influência do Direito, que pode conferir-lhe a estabilidade necessária, sobre que se apóia o progresso social, ou uma rigidez excessiva incompatível com aquele”.

Ademais, no plano processual, a neutralidade do Estado liberal em prol de uma igualdade (formal) era apenas aparente e ocultava sob esse discurso a tutela dos interesses da classe economicamente mais forte. O Processo Civil, desde seu nascimento como Ciência e até grande parte do século XX, apoiava-se exatamente sobre a premissa de que deveria estar afastado do meio social, e que esse distanciamento constituiria garantia de neutralidade e de imparcialidade do órgão julgador. Também no Direito Processual Civil os postulados dogmáticos e positivistas voltaram-se para a elaboração de princípios e categorias dotados de “intrínseca validade”.¹¹²⁰

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira desenvolveu interessante estudo acerca da ideologia liberal e de como o dogma da neutralidade aplicado ao Direito Processual Civil pode perfeitamente ser manipulado em prol dos interesses de uma determinada classe econômica. À época do estudo – pouco mais de 10 (dez) anos após a vigência do atual Código de Processo Civil – os profissionais do Direito enfrentavam grande dificuldade com o modelo traçado pelo Código, muito apegado ao valor segurança jurídica e quase neutro em relação ao valor efetividade.

Esse autor relacionou vários diplomas legais (Decreto-lei 911 de 01.10.1969; Decreto-lei 70, de 21.11.1966; Decreto-lei 167, de 14.02.67) que instituíram procedimentos céleres, com mitigação do direito de defesa ao limitar a cognição judicial, e que garantiam notável grau de efetividade *em prol de instituições financeiras*.

O problema, em nosso sentir, não está no fato da criação de procedimentos diferenciados pela natureza do direito a tutelar, mas na ausência da mesma postura para direitos violados ou ameaçados de violação de *pessoas comuns*, não ligadas a negócios do mercado financeiro. A quebra do princípio da igualdade é mais do evidente. A neutralidade do Estado é apenas aparente.

Entendemos que os poderes dos juízes na execução por quantia certa contra devedor solvente devem ser criativamente operados sem as amarras que lhe pretendem colocar aqueles (devedores) a quem interessa que o sistema e seus

¹¹²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 33, p. 79, mar.- 1985.

operadores continuem distantes da realidade e das necessidades das pessoas que vão ao Poder Judiciário na busca de resultados efetivos e concretos.

Couture¹¹²¹ lembra para o Direito Processual individualista e liberal focalizava o processo praticamente como uma relação de direito privado, na qual a vontade dos particulares “se servia” do Estado como instrumento de critério de sua própria justiça.

Não pregamos, por óbvio, arbítrio. Não negamos a importância da dogmática e do próprio positivismo na construção daquilo que concebemos hoje como Direito positivo e cujo postulado maior é a segurança jurídica. A insuficiência do formalismo dogmático não significa, porém, necessariamente sua invalidade, como pontuou Mauro Cappelletti.¹¹²² Todavia, não assentimos à exacerbação dessas construções a ponto de distanciá-las da vida das pessoas, criando uma realidade artificial que envolva o sistema jurídico numa intrínseca validade.

O Direito Processual Civil é instrumento de efetivação do direito material. Seu caráter instrumental conduz à necessidade de que as técnicas processuais se adaptem às necessidades dos direitos carentes de tutela.¹¹²³ Se o instrumento se mostra inefetivo, cabe ao seu operador (juiz) reconduzi-lo aos trilhos da efetividade, mas nessa tarefa não se pode conceber a idéia de neutralidade

¹¹²¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, p. 309.

¹¹²² CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 23, p. 30-31: “Aqui uma simples notícia. Se é verdade que as concepções filosóficas, políticas, culturais e ideológicas penetram, diretamente ou através do direito substancial, no processo e na sua concreta regulamentação, imprimindo-lhes certas orientações, significados, desenvolvimentos que o simples texto da lei não saberia revelar; se isto é verdade, parece também certa, portanto, a insuficiência metodológica de certo formalismo dogmático, tal como se revela freqüentemente em estudos que a nós juristas são familiares. A insuficiência do formalismo dogmático não significa, porém, necessariamente sua invalidade. Bem poderá, muitas vezes, ser justificada, realmente, a tendência do jurista no limitar-se ao estudo das normas em sua estrutura formal, prescindindo da necessária e inevitável ‘abertura’ das mesmas normas sobre o complexo, enigmático, mutável mundo dos valores. É uma tendência justificada, contanto que o jurista seja ciente de que parte de um pressuposto talvez útil, mas não de todo certo, de mera repartição de competência, de especialização, em suma, do trabalho: tanto quanto parta, pois, de uma premissa de ‘humildade metodológica’, a humildade nobilíssima do estudioso sabiamente ciente de que, mesmo confrontando-se com aspectos e setores de menos importância, e talvez mesmo artificialmente separados da realidade, poderá realizar obra de pesquisa séria, precisa, competente sem incorrer nos perigos de outro modo ocorrentes de superficialidade, generalidade ou leviandade. Esta premissa levará, porém, o estudioso formalista não a desprezar como inválida mas, ao contrário, a estimar como necessária a integração, ao seu próprio método, do método diverso do seu, que é o método de *compreender o direito como um elemento da história dos valores e das idéias*, idéias e valores que vivem e se movem e evoluem junto com as demais idéias - as idéias que constituem a vida e a história do homem.”

¹¹²³ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 23, p. 17.

própria do Estado liberal, porque ela é falsa e nociva a qualquer tentativa de correção da inefetividade por meio do manejo de outros elementos contidos no sistema, que não apenas as regras jurídicas.

Como ensina Arruda Alvim,¹¹²⁴ vincula-se a ação à indeclinável correspondência da prestação jurisdicional; conseqüentemente constituem uma e outra – ação e jurisdição - em verdadeiras condições de funcionamento e validade de um ordenamento jurídico, decorrendo disso que a impossibilidade de acesso efetivo à justiça equivale ao menos, na medida ou espaço em que isso se verifique, à ausência de ordem jurídica válida e atuante.

O juiz contemporâneo não pode ser indiferente ao desrespeito aos direitos fundamentais e se o processo mostra-se falho na consecução dos objetivos traçados pelo sistema (especialmente pelas normas constitucionais), então o magistrado deve sair do estado de “neutralidade” e tomar postura ativa para reverter esse estado de coisas. A imparcialidade do juiz não está em contraste com sua postura ativa na direção do instrumento de efetivação do direito material.

Ressalta Arruda Alvim,¹¹²⁵ em primoroso estudo acerca da dogmática jurídica e o Código de Processo Civil pátrio, pouco depois de sua vigência, que, apesar dos aspectos técnicos e eminentemente lógicos hauridos da aplicação da lógica formal e material ao Direito, afigura-se que este não se esgota e não se circunscreve num problema lógico ou estritamente técnico. Ao contrário, no Direito, além de tais realidades, encontramos ínsita uma grande carga ideológica, que, por assim dizer, distorce, em certa medida, a pureza ou a pretensa pureza do ordenamento jurídico.

Essa marcada tendência ideológica de alteração de enfoque das funções do processo civil não é produto da cultura de um determinado país ou mesmo continente.

Trata-se de movimento mundial, ainda inacabado, mas que se contrapõe radicalmente àquela postura passiva e indiferente do juiz com os resultados de sua atividade jurisdicional.

¹¹²⁴ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, v. 1, p. 211.

¹¹²⁵ ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* v. 1, p. 95.

A comparação entre sistemas jurídicos diversos, ainda que pertencentes a “famílias” diferentes – *civil law* e *common law* –, garante resultados profícuos na concretização dos valores dessa nova concepção do Direito e do seu operador, como destacou Mauro Cappelletti.¹¹²⁶

O jurista do atual contexto social não pode sucumbir à tentação das teses positivistas e deixar de perquirir “os porquês” da inefetividade do sistema. “Falta-nos capacidade de perquirir, ou mesmo interessarmo-nos, pelas origens de nossas instituições processuais”.¹¹²⁷

Esse trabalho se ocupa “dos porquês” da inefetividade da execução por quantia certa contra devedor solvente, da inconcebível neutralidade dos juízes na direção dos feitos executivos, do exercício tímido de poderes jurisdicionais mesmo diante do riquíssimo ferramental contido no sistema à disposição dos magistrados etc. À importância conceitual, e que garante suficiência lógica ao Direito Processual Civil, acrescentamos a necessidade indispensável de utilidade prática para a vida das pessoas.

3.7 Formação do juiz contemporâneo, seu recrutamento e aperfeiçoamento

É fato incontestável que ainda hoje o profissional da área jurídica tem sua formação estritamente baseada em noções dogmáticas do Direito. O ingresso na magistratura é marcado por rigoroso processo de seleção, mas

¹¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 23, p. 32: “Mas deste movimento unificador a força motriz mais notável é, em minha opinião, precisamente a ideológica: a tendência igualitária, se não em todos os países do mundo, mas ao menos em vastos grupos de tais países, com relação às ideologias dominantes e especialmente àquelas ideologias que, como vimos, estão na base dos institutos de direito substancial e processual. A cultura humana, em quaisquer países, é hoje interdependente; a osmose entre os vários movimentos culturais é da mesma forma rápida e plena; e as fontes de informações encontram-se também internacionalizadas, o que tornou já inconcebível uma qualquer corrente de pensamento, base de qualquer movimento ou transformação inclusive no mundo jurídico, que não seja ao mesmo tempo, de alguma forma, derivação ou causa de outros análogos movimentos ou transformações em outros países. Não é mais verdade, hoje, que as diferenças mais radicais ocorram entre as legislações assim chamadas da *civil law* e as da *common law*. Os institutos e os princípios fundamentais do direito e do processo civil, inspirados como são em todos os países ditos ocidentais, em ideologias comuns ou análogas, não diferem substancialmente tanto quanto a uma primeira vista poderia parecer; e mesmo no que refere aos institutos e princípios fundamentais do direito público e especialmente constitucional, em que antigamente ocorria uma nítida contraposição *civil law - common law*, os pontos de união se vão multiplicando.”

¹¹²⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 299.

totalmente vinculado a uma visão técnica dos diversos ramos do Direito, seus conceitos, seus institutos, seus princípios etc. Às vezes, os candidatos chegam a ser indagados durante horas sobre conceitos. Durante a carreira, muito pouco se investe na atualização jurídica dos magistrados, por meio de cursos regulares de aperfeiçoamento e, quando ocorrem, igualmente a preocupação volta-se à análise de conceitos jurídicos, especialmente de grandes tratadistas.

Enfim, o juiz contemporâneo tem toda sua formação profissional assentada sobre bases dogmáticas do Direito, e, em regra, só nelas. O grande problema do método dogmático de se entender o Direito reside no distanciamento que ele provoca entre o juiz e a sociedade, por mais paradoxal que essa afirmativa possa parecer.

A preocupação dos cursos de bacharelado em Direito restringe-se aos aspectos técnicos das disciplinas que são ministradas. Essas disciplinas correspondem às divisões com que se costuma separar os ramos do Direito de acordo com suas particularidades. Não há qualquer preocupação em uni-las sob a força comum que lhes garanta unidade, coerência lógica e, principalmente, grandes áreas de contato com apoio no Direito Constitucional.

A formação humanista do profissional do Direito é praticamente nula. Estudos sob ética simplesmente não existem, com raríssimas exceções. A inserção do profissional no atual contexto social, a complexidade das relações intersubjetivas, a crítica às normas que conflitam com valores fundamentais contidos na Constituição e o poder de transformação que os profissionais do Direito possuem para conduzir, por meio do processo, à efetivação das normas de direito material e à alteração desse estado de coisas, são assuntos raramente inseridos nos programas dos cursos de bacharelado.

Outro fator que contribui para a contínua formação de profissionais com bases dogmáticas é a ausência de problematização por meio de casos concretos. A tendência continua sendo exatamente aquela preconizada pelo dogmatismo, de certa forma totalmente explicável. A ausência de pensamento por meio de casos concretos garante e reafirma a autoridade dos dogmas conceituais, porque a análise de casos particulares em pouco tempo demonstra a fragilidade de

um sistema de ensino preocupado apenas com aspectos puramente formais na formação do acadêmico.

A crítica, nesse sentido, de Ovídio Araújo Baptista da Silva,¹¹²⁸ é totalmente procedente, pois realmente ensina-se a norma como axioma, não como problema.

Encontra-se igualmente correto esse autor¹¹²⁹ quando afirma que os tratados de Direito Processual do século XIX são pródigos em construções conceituais, mas jejunos quanto a exemplos práticos. Felizmente, hoje esse quadro se altera pela aproximação indispensável entre regras, teoria e sua dinâmica jurisprudencial.

Ainda em concordância com as lições de Ovídio Araújo Baptista da Silva,¹¹³⁰ se “quisermos, no entanto, constituir o Direito como instrumento democrático, será indispensável discutir com os alunos os casos práticos, colhidos na jurisprudência, mostrando-lhes a *problematicidade* essencial ao fenômeno jurídico, de modo que o Direito abandone o *dogmatismo*, com todas as falsificações da realidade que lhe são inerentes para lançá-lo na dimensão hermenêutica, reconhecendo-lhe a natureza da ciência da *apreensão* e, conseqüentemente, a legitimidade da criação jurisprudencial do Direito”.

Dos candidatos, nos rigorosíssimos concursos públicos para provimentos de cargos de juiz substitutivo, cobra-se alta qualificação técnica, mas raramente são indagados sobre a aproximação desses conhecimentos conceituais à realidade das pessoas.

¹¹²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 36: “A busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de ‘casos’, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a ‘norma’, com eliminação do ‘fato’. A separação entre ‘direito’ e ‘fato’, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e o do *dever ser*, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como *ciência da compreensão*, exista no ‘fato’, hermeneuticamente interpretado. Ensina-se, ao contrário, nas universidades o ‘direito puro’, apenas a *norma*, como *axioma*, não como *problema*. Ao aluno oculta-se a essencial dimensão *problemática* do Direito, que só pode ser compreendido depois, através de uma longa e penosa aprendizagem profissional, que desfaça as ilusões que a Universidade lhe inculcara.”

¹¹²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 37.

¹¹³⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 37.

O impacto que os pronunciamentos jurisdicionais podem causar na vida dos jurisdicionados e as repercussões que geraram na sociedade, não constituem, em regra, áreas de interesse dos examinadores.

Enfim, não se investiga como aquele que aparentemente reúne excelentes predicados técnicos, enxerga a conexão da atividade que pretende realizar com os impactos que serão lançados na sociedade a partir deles. Parte-se do equivocadíssimo pressuposto de que, para o desempenho da atividade judicante, basta o conhecimento dogmático.

João Gaspar Rodrigues,¹¹³¹ em estudo sobre o perfil moral e intelectual do juiz brasileiro, aponta o comportamento dogmático como um dos maiores fatores de impedem o desenvolvimento de pronunciamentos rentes à realidade da vida das pessoas e não da realidade artificial do “mundo dogmático”.

É indispensável, assim, que exista uma mudança profunda na formação jurídico-cultural dos magistrados nacionais, o que, por óbvio, exige uma profunda alteração dos programas de bacharelado em Direito, além dos próprios cursos de aperfeiçoamento de magistrados.

Num contexto atual em que a cada dia elaboram-se novas técnicas de administração pública, especialmente com base em planejamentos estratégicos, em que a acirrada competição no setor privado exige cada vez mais qualificação de profissionais com conhecimentos não apenas limitados à área técnica de atuação, o sistema brasileiro de recrutamento de juízes ainda está baseado essencialmente em conhecimentos dogmáticos, segmentados e apartados da realidade.

Assiste total razão a Sálvio de Figueiredo Teixeira¹¹³² quando diz que “se no setor público e privado valoriza-se o elemento humano daqueles que desempenham importantes funções com maior razão é de ser observada em relação ao Juiz, para cuja missão, delicada, difícil e complexa, se exige uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais, cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras

¹¹³¹ RODRIGUES, João Gaspar. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro: a formação dos magistrados no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 83.

¹¹³² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 72, p. 53.

vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento científico.”

Continua o eminente processualista:¹¹³³ “Carreira de especificidade singular, a magistratura não pode ter seus quadros preenchidos por profissionais que receberam apenas uma formação genérica para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica.”

O aperfeiçoamento de magistrados continua vinculado igualmente a aspectos técnicos e conceituais do Direito, nos cursos que são ministrados pelos tribunais.

Esses cursos raramente investem em técnicas de conciliação, com ênfase à forma de abordagem e de diálogo com as partes (aqui o auxílio multidisciplinar é indispensável), visando à aproximação entre elas, superação de divergências nem sempre reveladas nas manifestações de seus advogados, a fim de que, com serenidade, cheguem a um acordo.

A conciliação, além de por fim ao processo, ocupa-se com uma parcela do conflito que, em regra, não está revelada nos autos e da qual o processo civil clássico não se ocupa, por não ser, em sua ótica, importante ou digna de relevo (não faz parte da lide!), qual seja, a angústia daqueles que vieram ao Poder Judiciário porque não conseguiram até então, por si sós, resolver suas divergências, as quais são potencializadas pelo número de anos que a demanda permanece sem solução definitiva.

A formação do juiz contemporâneo não se ocupa de um dos elementos mais importantes do sistema jurídico, ou seja, dos princípios jurídicos. Justamente o componente que garante organicidade, logicidade e “arejamento” ao sistema jurídico, além de grande elasticidade ao fenômeno decisório na busca da melhor solução à hipótese concreta, sem desprezar particularidades que nem sempre podem ser reconduzidas aos quadrantes das regras jurídicas, é desconhecido pelos operadores do Direito. Novamente, o dogmatismo entra em cena para alimentar

¹¹³³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 72, p. 49.

pronunciamentos retóricos e para desencorajar tomada de postura crítica frente à graves incoerências do sistema, que podem ser corrigidas pela utilização dos princípios.

Canotilho,¹¹³⁴ a esse respeito, ressalta que, se as escolas de formação de magistrados, a pretexto da necessidade de fornecerem as regras da técnica jurisprudencial e de radicarem nos jovens magistrados a convicção de segurança jurídica, ocultarem deliberadamente os princípios, desde logo, os princípios jurídico-constitucionais, estarão a formar, no começo do milênio, magistrados positivistas – legalistas e jurisprudencialistas – pouco preparados para os desafios das sociedades plurais inclusivas.

O ponto de início de qualquer alteração na formação dos magistrados deve começar, como dissemos, nos cursos de bacharelado. Técnicos devem ser substituídos por operadores do sistema, conhecedores não apenas das regras, mas de outros elementos igualmente importantes na concretização dos direitos fundamentais, como são os princípios jurídicos. O ensino jurídico ainda se encontra voltado ao estudo das normas, mesmo que o processo tenha por objeto a lide, que é um “pedaço” da história humana.¹¹³⁵

Deve-se realizar, concomitantemente, uma alteração na forma de seleção dos magistrados. Além, obviamente, de candidatos com excelente preparo técnico, os tribunais devem buscar investigar qual o enfoque que possuem a respeito da responsabilidade e da seriedade dos pronunciamentos jurisdicionais na vida dos demandantes e da própria sociedade. O caráter humanista do candidato deve ser ressaltado. O papel transformador do juiz, pelas diversas técnicas previstas no sistema, em busca da concretização dos direitos fundamentais, não pode mais ser olvidado.

Igualmente, ao mesmo tempo, deve haver uma reformulação dos cursos de aperfeiçoamento de magistrados. O auxílio de outros técnicos, como são aqueles ligados à área de psicologia, pode garantir a finalização de muitos processos, em número que, quando bem conduzido o método de conciliação, acaba

¹¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 98, p. 84, abr.-jun. 2000.

¹¹³⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*, p. 36-37.

por surpreender aqueles que se mostravam céticos a resultados frutíferos. Cursos sobre princípios jurídicos, seu adequado manejo e como eles também garantem segurança jurídica, muito mais do que a mecânica aplicação de textos legais, são indispensáveis.

A formação de magistrados tem, aos poucos, recebido maior atenção do Poder Judiciário.

Nesse processo, destacam-se dois órgãos, ambos vinculados ao Superior Tribunal de Justiça, ou seja, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e o Conselho da Justiça Federal (art. 105, parágrafo único, I, da CF, com a redação conferida pela EC n. 45/2004).

Nos termos do art. 93, II, “c”, da CF (redação conferida pela EC n. 45/2004), fora fixado como critério para aferição de merecimento na promoção de entrância para entrância, além de outros requisitos a “frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”.

O art. 93, IV, da CF (redação conferida pela EC n. 45/2004) estabeleceu como princípio a ser obedecido pela Lei Complementar que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura (atualmente Lei Complementar n. 35/1979) a previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados. Até aqui não há grande novidade, vez que a redação anterior já continha previsão nesse sentido. Todavia, estabelece a norma em questão que constitui etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados.

A redação do inciso IV, do art. 93, da CF era a seguinte: “IV - previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira”.

Embora expressamente previstos cursos oficiais de preparação de magistrados como requisito para ingresso na carreira, na prática esses cursos realizados pelos tribunais nem sempre seguiam critérios objetivos do que se considerava relevante em termos de preparação. Cada tribunal, em regra, até hoje, realizava o curso segundo os critérios que ele próprio elegia como relevantes para

serem ministrados aos recém aprovados. Ademais, não constituíam etapa obrigatória do concurso. Embora antecedessem a posse do magistrado, não possuíam caráter eliminatório do certame.

Atualmente, por força do art. 105, parágrafo único, I, da CF (redação conferida pela EC n. 45/2004), funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira.

O Presidente do Conselho Superior e o Diretor Geral da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados baixaram, em 1º.09.2007, a Resolução n. 1 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, dispondo que o “curso de formação para ingresso na carreira da magistratura constitui etapa final do concurso para seleção de magistrados” (art. 1º). “A execução do curso cabe aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça por intermédio das respectivas escolas da magistratura” (art. 2º). “A carga horária mínima do curso será de quatrocentas e oitenta horas-aula, distribuídas em quatro meses” (art. 4º).

Observe-se agora o disposto no art. 5º de mencionada Resolução: “A metodologia do curso consistirá não só em aulas e eventos, presenciais e a distância, *com ênfase na formação humanista e pragmática, mas também em estudos de casos*” (destaques nossos).

O conteúdo programático compreenderá os seguintes itens, a teor do art. 6º da Resolução n. 1: I – elaboração de decisões e sentenças e realização de audiências; II – *relações interpessoais e interinstitucionais*; III – *deontologia do magistrado*; IV – *ética*; V – *administração judiciária, incluindo gestão administrativa e de pessoas*; VI – capacitação em recursos da informação; VII – *difusão da cultura de conciliação como busca da paz social*; VIII – *técnica de conciliação e psicologia judiciárias*; IX – *impacto econômico e social das decisões judiciais*.

Estabelece o art. 8º que o candidato, no decorrer do curso, será avaliado quanto ao conteúdo programático e à conduta mantida no período e, para

essa avaliação, *será possível contar com equipe multidisciplinar formada de profissionais como psicólogos, pedagogos, psiquiatras e outros médicos especialistas.*

A Resolução n. 2 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, de 17.09.2007, *dispõe acerca dos cursos de aperfeiçoamento destinados à formação continuada e à atualização de magistrados*, com aproveitamento para o vitaliciamento, bem como para a promoção por merecimento.

Em linhas gerais, também no que concerne ao aperfeiçoamento de magistrados, essa Resolução mantém as diretrizes traçadas na Resolução n. 1 quanto ao conteúdo programático, especialmente temas relativos a matérias jurídicas e disciplinas afins como *filosofia, sociologia e psicologia* (art. 8º, III). Por outro lado, também será dado ênfase aos aspectos “humanísticos, à ética e à deontologia do magistrado” (art. 8º, § 1º), além de administração judiciária, gestão administrativa e de pessoas (art. 8º, § 2º).

Evidenciam-se, assim, passos importantes no implemento de uma formação jurídico-cultural do magistrado não totalmente voltada para aspectos técnicos, mas humanísticos.

3.8 Poderes do juiz e segurança jurídica

3.8.1 A fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais como fator de controle e de segurança jurídica

Visando a neutralizar os abusos do Estado absolutista contra os direitos fundamentais do cidadão, o Estado liberal levou a concepções extremadas a segurança jurídica cristalizando-a sob forma de dogma.

O dogma da segurança jurídica alinha-se ao dogma da legalidade e da neutralidade jurisdicional. Sistema jurídico seguro, segundo os postulados

liberais, seria aquele em que as condutas exigidas estariam cunhadas em normas jurídicas, que uma vez violadas deveriam ser aplicadas pelo Poder Judiciário aos casos concretos, cujos pronunciamentos deveriam apenas reproduzir e reafirmar os preceitos primários e secundários dessas mesmas normas, em verdadeiro esquema lógico-dedutivo-silogístico e, por que não dizer, algébrico.

As normas jurídicas estruturadas e organicamente consideradas constituíam o sistema jurídico.

A segurança jurídica não estava na liberdade concedida ao juiz para julgar, nem na força argumentativa por ele utilizada, mas proporcionada pela força imperativa emanada das normas jurídicas, que atestavam a ideologia liberal.

Qualquer investida dos magistrados através de seus pronunciamentos contra eventuais incoerências normativas, i.e., a ausência de perfeita subsunção diante das características do caso concreto, seria traduzido como arbítrio. A imparcialidade do juiz decorria justamente da neutralidade que deveria assumir frente ao conflito de interesses retratado na lide.

Assim, uma vez enfeixados em uma mesma “fórmula” de julgamento, os litígios tinham glosadas suas características particulares, que não se encaixavam dentro dos rígidos limites das normas jurídicas. Assim, os cidadãos acabam recebendo idênticas soluções para situações conflituosas que, rigorosamente, não eram iguais. Cumpria-se, aqui, mais um dos dogmas do Estado liberal, qual seja, o da *igualdade formal* de todos perante a lei. Como se sabe, tratar desiguais de maneira igual é um dos maiores desrespeitos ao princípio da *igualdade substancial*.

Contra esse sistema fechado, impermeável e “perfeito”, de uma única classe social, a sociedade de massa e heterogênea, formada pela existência de diversos grupos, e não apenas de um só, passou a reivindicar uma atuação eficiente e ativa do Poder Judiciário e que levasse em consideração todas as circunstâncias que qualificavam os conflitos.

Assim, o sistema dogmático, aos poucos, foi ganhando fissuras e colocando à mostra sua natural impotência e ineficiência de adequadamente tutelar os direitos das pessoas e das classes de uma sociedade intrusiva, conotada por

relações jurídicas heterogêneas, cujos conflitos delas emergentes não se encaixilhavam nem nos rígidos quadrantes de todas as normas jurídicas, nem na mecânica técnica de resolução dos conflitos.

A verdade é que, na sociedade contemporânea, a segurança jurídica não repousa mais unicamente na lei. *Também na lei, mas não só nela.*

Evidentemente que qualquer Estado contemporâneo encontra-se estruturado em normas jurídicas, que continuam a ditar os padrões de comportamento exigíveis para que uma adequada e harmônica convivência social.

Não há como considerar, basicamente, em qualquer ordenamento jurídico atualmente vigente do mundo civilizado, outra forma de descrição de conduta, havida como juridicamente relevante, senão aquela previamente descrita pela norma jurídica.¹¹³⁶

Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, *caput* que todos são iguais *perante a lei*, sem distinção de qualquer natureza. A Constituição Federal também estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei* (art. 5º, II, da CF).

No plano do processo, o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade *na lei*, devendo no julgamento da lide aplicar *as normas legais* e, apenas não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (art. 126 do CPC).

A decisão baseada na equidade só é possível nos casos previstos *em lei* (art. 127 do CPC). Com efeito, o art. 1.109 do CPC, inserto nas Disposições Gerais dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária, preceitua que o juiz não é obrigado a observar o *critério de legalidade estrita*, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Enfim, na lei, ainda hoje, repousa em grande parte a idéia de segurança jurídica dos cidadãos.

Todavia, diante da notória impossibilidade de as normas jurídicas regularem a vasta gama de particularidades das complexas relações jurídicas que

¹¹³⁶ ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* v. 1, p. 85-86.

eclodem do convívio em uma sociedade heterogênea, exige-se do Poder Judiciário em cada pronunciamento jurisdicional uma análise particularizada, e não mais massificada de cada demanda. Assim, o cidadão passou a depositar confiança também nos pronunciamentos jurisdicionais.

Esse novo quadro da sociedade levou as pessoas a possuírem consciência de sua condição frente ao Estado e da necessidade de terem respeitados seus direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, acorrendo ao Poder Judiciário na busca de tutela efetiva desses direitos, os quais muitas vezes são colidentes com regras jurídicas estruturadas para um modelo de sociedade que não mais existe.

Ou seja, os pronunciamentos jurisdicionais passaram a constituir, eles próprios, fator de segurança jurídica.

A sociedade contemporânea tem plena ciência de que as leis não são tão neutras quanto pregavam os ideólogos do Estado liberal. Ao contrário, não raras vezes estão bastante matizadas por forte carga ideológica de grupos sociais e políticos, que tendem a ver cristalizados e preservados seus particulares interesses sob forma de normas jurídicas.

Enfatiza Arruda Alvim¹¹³⁷ que os “dogmas da dogmática” não são propriamente postos pelo legislador. São postos pela conjuntura sócio-político-econômica, pelos interesses efetivamente prevalentes, de cuja equação metodológica a legislação é interprete e artífice.

Lembrem-se das constantes investidas do Estado-administração numa arrecadação tributária cada vez maior, causando a propositura de milhares de demandas que visam a neutralizar os efeitos emergentes de normas editadas com total desrespeito a princípios tributários previstos na Constituição Federal.

Na hipótese de colisão entre direitos fundamentais e leis, o cidadão sabe que deve se dirigir ao Poder Judiciário. Mais do que isso. Confia nos pronunciamentos proferidos pelos órgãos jurisdicionais, porque sabe que são

¹¹³⁷ ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 5.

absolutamente imparciais. Cresce, a cada dia, a consciência de que da autoridade dos pronunciamentos jurisdicionais depende a autoridade do próprio Estado.¹¹³⁸

Ora, nesse quadro, o fenômeno decisório não pode mais ser concebido como verdadeira fórmula matemática. Como afirma Barbosa Moreira,¹¹³⁹ na fase atual da elaboração científica, não se afigura prudente reconhecer peso decisivo a argumento de valor condicionado à sobrevivência da teoria silogística no julgamento.

A dignidade dos problemas humanos não pode ser tratada como se fosse fase (premissa) de um problema algébrico. A atividade jurisdicional não pode ser concebida como uma “máquina”, na crítica de Couture.¹¹⁴⁰ Os demandantes são pessoas reais, que são atingidas em sua esferas jurídicas pelas decisões judiciais. É indispensável que o Poder Judiciário mantenha suas decisões bem próximas à realidade dos consumidores dos serviços jurisdicionais, e não distantes deles.

Em contraposição à técnica silogística ou dedutiva de pensamento utilizada pelo “juiz dogmático”, fala-se em aplicação da *tópica*. Basicamente ela consiste num modo de pensar através de sucessiva problematização. A questão a ser decidida não é enfocada sob uma premissa inquestionável e única. Ao contrário, os argumentos na busca da resolução da questão são reconduzidos a lugares comuns de altíssima indeterminação chamados de *topoi* ou *loci*.

Os *topoi* constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade da opinião é fortalecida. Como se trata de séries argumentativas, o pensamento tópico não pressupõe nem objetiva uma totalidade sistematizada. Parte de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido como um *dado*, como algo que dirige e orienta a argumentação, a qual culmina numa solução possível entre outras.¹¹⁴¹

¹¹³⁸ COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 76.

¹¹³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 70-71.

¹¹⁴⁰ COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 77: “El día en que sea posible decidir los casos judiciales como se deciden las carreras de caballos, mediante un ojo eléctrico que registra físicamente el triunfo o la derrota, la concepción constitutiva del proceso carecerá de sentido y la sentencia será una pura declaración, como quería Montesquieu.”

¹¹⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 300.

Os catálogos tópicos são elásticos e, propriamente falando, a única instância de controle dos pontos de vista aceitáveis, isto é, dos *topoi* catalogados, é a discussão mesma. No debate, o que fica justificado por aceitação, é admitido como premissa.¹¹⁴²

Os lugares comuns ou *topoi* são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Na moderna teoria jurídica da interpretação, a flexibilidade interpretativa das leis em oposição ao princípio literal pode ser vista como um *topos* da hermenêutica atual. O art. 5º, da LICC dispõe que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum. Tanto a noção de “fins sociais” quanto à de “bem comum” são noções tópicas que devem orientar o discurso aplicativo da lei. A presença dos *topoi* no discurso dá à estrutura uma flexibilidade de abertura característica, pois sua função é antes a de ajudar a construir um quadro problemático.¹¹⁴³

Todos os lugares comuns da argumentação jurídica giram em torno de uma questão sempre presente: a aporia da justiça.¹¹⁴⁴ Explica Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹⁴⁵ que aporia é um termo que designa uma questão que é estimulante e ineludível; designa a falta de um caminho, uma situação problemática que não é possível eliminar. A idéia de justiça parece ser dotada de poderosa força motivadora.

Outro exemplo de aporia é a lacuna no Direito. Na lição de Maria Helena Diniz,¹¹⁴⁶ cujos ensinamentos aplicam-se à questão da justiça, a lacuna é um *dubium*, uma questão fundamentalmente aporética; densa é a problemática que a envolve. Teríamos, no dizer de Tércio Sampaio Ferraz Júnior,¹¹⁴⁷ talvez uma seqüência inexpressiva, um amontoado de opiniões incapaz de nos guiar no labirinto do problema, que sempre continuaria aberto.

¹¹⁴² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 301.

¹¹⁴³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 23.

¹¹⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipada, p. 499.

¹¹⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipada, p. 499.

¹¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117.

¹¹⁴⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 2.

Assim, a tópica constitui um modo de pensar problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar. Pensar topicamente significa manter princípios, conceitos e postulados com caráter problemático no sentido de que jamais perdem sua qualidade de tentativa.¹¹⁴⁸

O pensamento tópico repele a concepção de sistema jurídico como algo unitário, definitivo, imutável e fechado e pressupõe sempre a *consideração dinâmica do Direito*, bem como a *idéia de sistema aberto* e elástico para poder oferecer *soluções satisfatórias* que se integrem à sistemática jurídica.¹¹⁴⁹ Trata-se de técnica que, dado um problema, procura assinalar sugestões e indicar possibilidades, desvendando caminhos, tendo por fim uma decisão.¹¹⁵⁰ É a teoria dos lugares comuns, vale dizer, das classes gerais nas quais podem ser encontrados todos os argumentos ou raciocínios. O conhecimento destes lugares forma, por consequência, um conjunto de repertórios que facilita a invenção.¹¹⁵¹

A interpretação, indispensável no pensamento jurídico, desenvolve-se dentro do estilo tópico. O que garante a permanência de uma ordem jurídica em face de certos câmbios sociais no correr do tempo é justamente este estilo flexível em que os problemas são pontos de partida, os quais impedem o enrijecimento das normas interpretadas.¹¹⁵²

A tópica como técnica de pensamento leva a argumentação judicial a um *jogo eminentemente assistemático*, em que se tem observado a ausência de rigor lógico, impossibilidade de redução das decisões a silogismos etc. Ressalte-se, ao contrário, o uso abundante das distinções, das *redefinições de velhos conceitos*, das analogias, das interpretações extensivas, das retorsões, das ironias, da exploração técnica das ambigüidades, das vaguezas, das presunções etc.¹¹⁵³

Nas ciências cuja função é predominantemente descritiva, constrói-se o raciocínio a partir de premissas verdadeiras, ou tidas como tais. Demonstra-se

¹¹⁴⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 299-300.

¹¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, p. 124.

¹¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, p. 122.

¹¹⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, p. 122.

¹¹⁵² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 301.

¹¹⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 302.

algo através da lógica estritamente silogística. Diz-se que essas demonstrações seriam apodíticas.¹¹⁵⁴

O Direito não é uma ciência cujas proposições são primordialmente funcionais. Não se tratando de uma ciência exata, o raciocínio apoiado no silogismo revela-se frágil para devidamente apreender toda a complexidade das lides aportadas ao Poder Judiciário. A tópica conduz o processo argumentativo a uma forma *retórica* e *dialética* de pensar, pois parte de premissas não propriamente verdadeiras, mas aceitas pela comunidade como verdadeiras. A dialética é o tipo de raciocínio que está na base da prudência (= virtude de saber sopesar os argumentos, confrontar opiniões e decidir com equilíbrio). A tópica está no terreno dialético e não apodítico.¹¹⁵⁵

Evidencia-se, destarte, que a maneira tópica de pensar é muitíssimo mais rica em elementos a serem considerados do que a técnica silogística-dedutiva dos postulados dogmáticos. Conseqüentemente, decisões judiciais baseadas na tópica, com absoluta certeza mostram-se mais eficientes do que aquelas apoiadas em silogismos-dedutivos, vez que procuram enlaçar no processo decisório todas as suas particularidades da situação litigiosa.

A execução forçada deve realizar a finalidade satisfativa ditada pela ordem jurídica. Por essa razão, assegura-se ao credor a “razoável duração” do processo, nos termos do inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF? O que é “razoável duração”? O inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF diz que para se atingir a razoável duração garantem-se ao demandante “os meios” que asseguram a celeridade de sua tramitação. O que são e quais são “os meios” mencionados pela norma constitucional?

A execução deve sempre respeitar a “dignidade da pessoa humana”, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF). O que é “dignidade da pessoa humana”?

¹¹⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipada, p. 499.

¹¹⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipada, p. 499.

O art. 620 do CPC determina que, quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo “modo menos gravoso para o devedor”. O significa “modo menos gravoso”?

Imagine-se a hipótese de uma execução civil em que o credor postule a quebra do sigilo bancário do devedor visando à localização de bens, alegando que a execução não está “tramitando em tempo razoável” e que por essa razão o juiz deve adotar os “meios” necessários à satisfação do seu direito. O devedor por sua vez insurge-se contra tal pleito dizendo que a execução deve ser processada pelo “modo menos gravoso”.

Pense-se noutra hipótese. Em determinada execução em que houve arrematação, o devedor insurge-se contra a validade do ato expropriatório, que segundo ele teria ocorrido por “preço vil”. Invoca o disposto no art. 692, *caput*, do CPC, que veda expropriação “por preço vil”. O que é “preço vil”?

Em ambas as hipóteses o juiz obviamente não conseguiria decidir tais questões reconduzindo-as a uma forma silogística de pensamento e de decisão.

Imprescindível, portanto, que nas situações apontadas o juiz se utilize do estilo tópico de pensar na busca da melhor solução. “Tempo razoável”; “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”; “modo menos gravoso” e “preço vil” constituem *topoi*.

Nessa órbita, a busca de conceitos estáticos contidos em tratados de Direito Processual Civil e concebidos como dogmas é inútil na resolução de semelhantes questões.

No primeiro caso, o tempo real de tramitação da execução, a existência de manobras ilícitas por parte do devedor, através da ocultação de bens, a comprovação pelo credor do prévio esgotamento de localização de bens na via extrajudicial etc., são alguns critérios que podem auxiliar o juiz na busca da adequada solução.

No segundo caso, o tempo de tramitação da execução, o número de vezes em que foram levados à praça ou leilão os bens sem despertar interesse de licitantes, os gastos despendidos em todas essas vezes pelo credor, a situação dos

bens, a região do País em que localizados etc., são aspectos que não podem ser desprezados no raciocínio decisório.

Suponha-se, agora, que em determinada execução alegue o credor que o devedor está litigando de “má-fé” e que essa postura está comprometendo a “rápida satisfação” do crédito, que neste caso destina-se a custear o tratamento de saúde do credor, que comprova, por documentos, padecer de doença terminal.

Por maiores que sejam as inclinações dogmáticas de alguns juízes, eles não poderão, num caso como esse, simplesmente desprezar e excluir do processo decisório valores e questões como ética, justiça, probidade processual etc, que assumem a condição de séries argumentativas.

Por outro lado, o elevado grau de vaguidade dos termos que se colocam à base da questão a ser solucionada acabam levando, inexoravelmente, os juízes, numa situação semelhante, a decidir utilizando-se da técnica de problematização, não sendo possível simplesmente dizer ou negar que essa ou aquela conduta é de má-fé, porque não existe semelhante catálogo na ordem jurídica.

Veja que o art. 17 do CPC, em seus incisos, reconduz o processo decisório novamente para outros *topoi* ao dizer que reputa-se litigante de má-fé aquele que deduz pretensão ou defesa contra “texto expresso de lei”, altera “a verdade dos fatos”, opõe “resistência injustificada” ao andamento do processo, procede de “modo temerário”, provoca incidentes “manifestamente infundados” etc.

Apesar de a técnica decisória baseada na tópica garantir uma decisão mais rente à realidade por envolvê-la amplamente, poder-se-ia objetar que tal postura geraria insegurança ao jurisdicionado, diante de palavras e termos de conteúdo vago e indeterminado. Como seria possível garantir ao jurisdicionado e à toda a sociedade a indispensável segurança jurídica nessa visão aberta de sistema jurídico, que confere ao magistrado em suas decisões amplo ferramental? Através da fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais!

Três são os pronunciamentos jurisdicionais: despachos, decisões interlocutórias e sentenças (art. 162, *caput*, do CPC).

Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC (art. 162, § 1º, do CPC). Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (art. 162, § 2º, do CPC). São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma (art. 162, § 3º, do CPC).

Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais (art. 163 do CPC).

Constituem requisitos essenciais da sentença *os fundamentos*, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito (art. 458, II, do CPC).

Estabelece o art. 165 do CPC que as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão *fundamentadas*, ainda que de modo conciso.

Os despachos por possuírem conteúdo decisório mínimo prescindem de fundamentação.

Das várias teorias e possíveis razões para a exigência de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais na sociedade contemporânea, destaca-se o posicionamento de Enrico Tullio Liebman,¹¹⁵⁶ que resume a apenas um único motivo: *a garantia contra o arbítrio*.

Segundo Liebman,¹¹⁵⁷ em um Estado de Direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do Direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação será uma garantia contra o arbítrio.

Não bastassem todas as normas antes mencionadas, a Constituição Federal de 1988 é expressa quanto à necessidade de que sejam fundamentadas todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF). Andou bem o

¹¹⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, p. 80, jan.-mar. 1983.

¹¹⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, v. 29, p. 80.

legislador constituinte ao assim proceder, porque a expressa previsão constitucional guindou a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais à categoria de direito fundamental do cidadão, pondo-o a salvo de vicissitudes legislativas em nível ordinário.¹¹⁵⁸

Destaca José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁵⁹ que no Estado de Direito todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, *justificar-se*, o que caracteriza o Estado de Direito como “*Estado que se justifica*”. Essa justificação possui dois aspectos: o material e o formal. A intromissão é materialmente justificada quando para ela existe fundamento. É formalmente justificada, quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento.

A questão da fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais é questão que se insere no plano dos princípios fundamentais da ordem política, que devem presidir à disciplina da atividade estatal, *in genere*, e da atividade jurisdicional, *in specie*. Nesse contexto, avulta a idéia de garantia como inspiração básica e fim precípua da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida.¹¹⁶⁰

Barbosa Moreira assinala que compete ao Poder Judiciário a função de custodiar a integridade da ordem jurídica. É no seu âmbito que se submete ao teste definitivo a efetividade do ordenamento. Não basta a este reconhecer direitos *in abstracto*, senão que lhe cumpre assegurar a possibilidade de obter-se, *in concreto*, a proteção ou a reintegração dos direitos abstratamente reconhecidos.

A atuação dos órgãos jurisdicionais só se torna legítima frente ao sistema jurídico se os próprios órgãos se submeterem às normas e aos princípios fundamentais desse mesmo sistema. Garante-se ao jurisdicionado o acesso à justiça e o respeito aos direitos fundamentais. Todavia, a garantia tornar-se-ia ilusória caso

¹¹⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 89.

¹¹⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de direito processual: segunda série*, p. 89.

¹¹⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de direito processual: segunda série*, p. 87.

se reconheça ao juiz a faculdade de silenciar os motivos pelos quais se concede ou rejeita a proteção na forma pleiteada.¹¹⁶¹

A fundamentação garante ao demandante o controle dos pronunciamentos jurisdicionais, que poderá analisar e questionar os caminhos trilhados pelo julgador para chegar à decisão, a técnica argumentativa utilizada, os conceitos levantados, a valoração das normas à luz das provas produzidas, a fim de tentar, pelos vários meios previstos no sistema (recursos e ações impugnativas autônomas), reformar ou anular o ato decisório.

Na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier:¹¹⁶² “O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que se *justifica*, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete”.

Esse “justificar-se” imposto ao Estado-juiz blinda o sistema jurídico contra o arbítrio, que pode assumir diferentes formas, via de regra bastante veladas: vaidades, preferências ideológicas, preconceitos etc. Esta imensa gama de situações que envolvem o magistrado como ser humano, se negativas a ponto de impedir um julgamento imparcial, ficam neutralizadas pela necessidade de fundamentação.

Apesar de os juízes possuírem grande liberdade no processo decisório, esta liberdade não é absoluta; ao contrário, está totalmente vinculada a valores tidos como invioláveis pela ordem jurídica.

Observa Sérgio Nojiri¹¹⁶³ que, num Estado Democrático de Direito, não se concebe a figura de um exercente de função pública sem responsabilidade. Isso significa que o juiz deve responder pelos seus atos, motivando e dando publicidade às suas decisões.

Enfim, a fundamentação funciona como fator de neutralização do sistema jurídico contra pronunciamentos baseados em valores que não são considerados legítimos pela ordem jurídica, ainda que simpáticos ao juiz. Ao ter de explicitá-los a fundamentação revelará seu total confronto com os valores acolhidos pelo ordenamento.

¹¹⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de direito processual: segunda série*, p. 89.

¹¹⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 314.

¹¹⁶³ NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 66.

Adroaldo Furtado Fabrício¹¹⁶⁴ ressalta que o poder-dever de dizer o Direito é exterior à pessoa do juiz e não se confunde com a individualidade de cada um dos membros do Poder Judiciário. Embora o juiz não deixe de ser homem, é também submetido ao poder do qual faz parte. O poder é atributo do Estado, não do juiz. Os juízes podem apresentar variados comportamentos, condutas diversas, e a própria jurisdição pode ressentir-se – obra humana que é – de certa falta de uniformidade decorrente dessas variações. Mas os objetivos e inspirações do Poder são constantes e imutáveis.

Falamos até agora do controle *endoprocessual* dos pronunciamentos, mas existe também o controle *extraprocessual*, como lembra Barbosa Moreira.¹¹⁶⁵ A publicidade dos julgamentos (art. 93, IX, da CF), outra garantia fundamental que se alinha à sua indispensável fundamentação, possibilita também à sociedade o questionamento do conteúdo dos pronunciamentos jurisdicionais.

De fato, os julgamentos que dizem respeito a importantes questões sociais no País, especialmente aqueles advindos do Supremo Tribunal Federal, são quase que diariamente veiculados pela imprensa para conhecimento e “controle” da sociedade. Ademais, cabe à doutrina analisar esses julgamentos e comentar acerca de seus acertos ou equívocos, contribuindo para o aprimoramento da jurisprudência. Isso só é possível pelo conhecimento da fundamentação em que se apóiam.

3.8.2 A marcada tendência contemporânea de alta concentração de poderes nas mãos do juiz, especialmente por meio de normas jurídicas que contenham conceitos jurídicos vagos

Como vimos até agora, o instrumental clássico, conhecido como representativo da dogmática jurídica, tem-se evidenciado insuficiente para solução

¹¹⁶⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O juiz e o poder. *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 31, p. 39, jul.- 1984.

¹¹⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de direito processual: segunda série*, p. 89.

de muitíssimos problemas atuais que agitam as sociedades contemporâneas. Esse instrumental “antigo”, sob certo ângulo, nos dias de hoje, em verdade apenas “resolveria” os problemas em nível de escolas de Direito e no patamar das soluções judiciárias, num plano de discussão centrada na norma, mas em escala apreciável, desligado de ponderáveis aspectos da realidade contemporânea, como ensina Arruda Alvim.¹¹⁶⁶

A congênita impossibilidade de descrever nas normas jurídicas todas as hipóteses de possíveis condutas, com suas variantes, particularidades e singularidades, tem conduzido os sistemas jurídicos, cada vez mais, a se utilizarem de técnica que insere nos preceitos das normas de Direito palavras que encerrem conceitos vagos ou indeterminados.

Em regra, esses conceitos encontram-se inseridos nos preceitos primários das normas jurídicas, ou seja, na descrição da conduta exigida, mas nada impede que também estejam alojados no preceito secundário e sancionador da conduta transgressora.

O Direito Processual Civil pátrio, por meio de sucessivas Reformas, tem igualmente se valido dessa técnica, como forma de aprimoramento da jurisdição.

Essa tendência representa grande avanço porque amplia, em larga escala, a liberdade dos juízes na apreciação dos casos litigiosos.

A preferência do legislador por termos com sentidos unívocos limita em grande medida o processo decisório e, conseqüentemente, o exercício dos poderes do juiz.

Ainda que o juiz não adote uma postura dogmática e procure resolver a lide ou questões com base em outros elementos contidos no sistema, especialmente com base nos princípios jurídicos, ele não pode simplesmente desprezar a norma jurídica. Os princípios têm incidência, em regra, em situações limites, nas quais as normas colidem com valores maiores.

Enfim, normas jurídicas que não contenham palavras cujos sentidos sejam bastante abertos e indeterminados, acabam limitando a realidade fática e, em

¹¹⁶⁶ ALVIM, Arruda. *Argüição de relevância no recurso extraordinário*, p. 2.

consequência, restringindo a liberdade do julgador na análise do caso concreto. Conceitos precisos não conferem grande margem de liberdade ao julgador na apreciação de circunstâncias particulares.

Todavia, quando na norma jurídica encontram-se palavras de conteúdo semântico vago ou indeterminado amplia-se, sobremaneira, a liberdade do juiz em analisar a demanda. No desempenho dessa atividade todas as circunstâncias que adjetivam a questão controvertida serão, em regra, levadas em consideração.

Destaca Barbosa Moreira¹¹⁶⁷ que nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção, o cuidado de “preencher os claros”, de cobrir os “espaços em branco”, costumando a doutrina falar em “conceitos juridicamente indeterminados”.

Ensina Arruda Alvim¹¹⁶⁸ que, como a tópica se ancora fundamentalmente no *problema*, para, quase que integralmente, a partir deste, estabelecer os pressupostos de uma solução, na medida em que as sociedades de nossos dias contêm uma gama maior de problemas, o próprio legislador, já disto consciente, estabelece normas flexíveis e sem conteúdos plenos de elementos.

Com essa técnica, o legislador mesmo se afeiçoa a alguns aspectos cardeais das sociedades contemporâneas, porque nestas, o quadro subjacente à ordem jurídica revela uma complexidade decorrente da heterogeneidade dos problemas, que, em outros tempos, revelaram-se menos complexos, porque solucionáveis a partir de padrões homogêneos de solução, estampados com clareza em normas jurídicas.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 64.

¹¹⁶⁸ ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 3.

¹¹⁶⁹ ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 3.

Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹⁷⁰ registra que o conceito vago desempenha funções que devem ser valorizadas positivamente:

“1. permite que se incluam, sob o agasalho da norma, casos em que o legislador poderia não ter pensado (= casos que, por especiais ou por raros, certamente não seriam incluídos num dispositivo legal que usasse a técnica dos *numerus clausus*, ou seja, fossem taxativos) e, então, ficariam fora do alcance da norma; 2. permite que *a mesma norma* dure mais no tempo, pois o conceito vago ou indeterminado é mais *adaptável*; 3. permite que a *mesma norma* seja aplicada de forma mais *justa* em um mesmo tempo, mas em lugares diferentes.

Parece-nos que de fato, a função do conceito vago é a de *driblar* a complexidade das relações sociais do mundo contemporâneo e a de fazer com que haja certa flexibilização adaptativa na construção e na aplicação da norma jurídica. Eles se constituem na resposta adequada à permanente e freqüentíssima mobilidade da realidade objetiva abrangida pela previsão normativa, permitindo ‘uma aplicação atualista e individualizada da norma, ajustada às peculiaridades de cada situação concreta’”.¹¹⁷¹

Com base nas lições dessa eminente jurista, percebe-se que normas que contenham conceitos vagos possuem maior “plasticidade” em sua incidência fática, o que garante sua constante atualização, vez que não têm pretensão de “engessar” a realidade fática.

Remarca Arruda Alvim¹¹⁷² que:

“O universo real é infinitamente mais rico do que a regra de direito ou mesmo do que o universo normativo. Sequer a este, pois, em princípio, é virtualmente possível açambarcar aquele, ao menos a priori. Por esta técnica dos conceitos vagos, há, na própria norma a tendência para que, por intermédio de sua aplicação, se venha a compreender no seu âmbito, todo universo do real aí posto; a norma propende a isso”.

Arruda Alvim¹¹⁷³ destaca que a idéia contemporânea de utilidade está ligada à concepção segundo a qual o aparato estatal há de, efetivamente e eficientemente, abranger um número cada vez maior de jurisdicionados, transmudando-se de *jurisdicionados formais* em *jurisdicionados substanciais*.

¹¹⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 516, 1997.

¹¹⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 516.

¹¹⁷² ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 18.

¹¹⁷³ ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 5.

Acentue-se que a imprecisão, fluidez, indeterminação a que se referiu *residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula*, como anotou Celso Antônio Bandeira de Mello.¹¹⁷⁴ Se a palavra fosse imprecisa, bastaria substituí-la por outra para eliminar a indeterminação. Todavia, isso não é possível em situações como “urgência”, “interesse público”, “relevância da fundamentação” etc. A intenção do legislador é justamente a de utilizar palavras precisas, que encerrem conceitos imprecisos.

Não há qualquer dúvida de que um sistema que se utilize, em abundância, em suas normas dessa técnica legislativa, é um sistema que opta por outorgar, cada vez mais, poderes ao juiz.

Imagine-se uma norma que estabeleça que teriam direito ao internamento hospitalar gratuito apenas os que ganhassem até um salário mínimo.¹¹⁷⁵ Negado o atendimento e deduzida pretensão em juízo por pessoa que ganhe um salário mínimo e meio, a liberdade de apreciação do juiz é quase nenhuma, porque foi vontade do legislador limitar a realidade fática de maneira objetiva e sem exceções. Assim, uma pessoa que ganha um salário mínimo, seja solteira, de pais ricos e estude em universidade particular receberá atendimento, mas outra que ganhe um salário mínimo e meio, seja pobre, casada, pai de vários filhos, sustente parentes e more em situação de mais absoluta miséria, não.

Todavia, se idêntica norma estabelecesse que teriam direito ao atendimento hospitalar gratuito “pessoas pobres”, o âmbito de abrangência da norma seria infinitamente superior. Ela espalha o alcance do preceito primário sobre a realidade fática de uma maneira tão ampla que é impossível conceituar (este é o objetivo da norma) o que são “pessoas pobres”. Transfere, propositadamente, o legislador o “preenchimento” do conceito vago para o aplicador da norma, que terá melhores condições para valorar se essa ou aquela pessoa é pobre ou não.

A Lei 8.742/1993, em seu art. 20, garantiu o benefício de prestação continuada no valor de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso (atualmente aquele que possua mais de 65 anos de idade),

¹¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 21.

¹¹⁷⁵ O exemplo pertence: a MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 34.

desde que comprovem “não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família”. O § 3º, do art. 20, da citada legislação, dispôs que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família “cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.”

Foi editada a Súmula n. 11 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, nos seguintes termos: “A renda mensal, *per capita*, familiar, superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”.

Assim, os juízes federais, de acordo com esse entendimento, verificavam as circunstâncias do caso concreto e mesmo nas hipóteses em que a renda familiar *per capita* era superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, ainda assim acolhiam a pretensão deduzida, quando era possível subtrair dessa renda bruta despesas com medicamentos, alimentação, e outras despesas importantes à manutenção do grupo familiar. A cláusula “meios de prover a própria manutenção” ou de “tê-la provida por sua família” era lida conjuntamente com o critério numérico contido na norma (um quarto do salário mínimo). Havia grande margem de liberdade no processo decisório, porque ele não desprezava as circunstâncias particulares de cada família retratada na lide, garantindo decisões rentes à realidade daqueles a quem a norma visou tutelar.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, através de reiterados precedentes, especialmente proferidos em reclamações e com base no decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.231-1/DF, que fora julgada improcedente e tinha por objeto o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1994, firmou entendimento que a renda familiar trata-se de parâmetro objetivo e insuperável por outras interpretações, não podendo ser afastado em atenção às peculiaridades do caso concreto, sob pena de o julgado estar declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma em questão, fato que motivou o cancelamento da Súmula 11, da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

A indeterminação dos conceitos contidos das normas jurídicas conduz o juiz a se utilizar do estilo tópico de pensar, sem desprezar, todavia, o método subsuntivo. Ao final das séries argumentativas as conclusões podem ser redirecionadas para outras séries, numa busca incessante (e pendular) para encontrar o sentido dos *topoi* para aquele caso concreto.

O juiz vai aos fatos. Recolhe as informações (= circunstâncias particulares). Tenta “encaixá-las” na norma. Não reunindo dados satisfatórios para solucionar o problema, é novamente reconduzido aos fatos para analisar outras circunstâncias ou circunstâncias entre si. Nesse movimento pendular de fatos-norma-norma-fatos busca encontrar a melhor solução para o caso concreto. Com essa atividade “il giudice ricrea complementariamente la norma in relazione al fatto operando come *longa manus* del legislatore” acentuou Giovanni Criscuoli.¹¹⁷⁶

Se o Estado de Direito (Estado liberal) procurava limitar ao máximo o poder do juiz, concentrando a segurança jurídica nas leis, o Estado Constitucional Democrático e de Direito concentra em grande medida a segurança jurídica nos pronunciamentos dos juízes, que estão obrigados, por força de norma constitucional, a explicitar os caminhos seguidos para chegar à decisão, daí a inexistência de qualquer risco de arbítrio.¹¹⁷⁷

Segundo Arruda Alvim,¹¹⁷⁸ a flexibilidade do Direito tem encontrado nos conceitos vagos um instrumento idôneo de tentativa de uma maior individualização, o que, a seu turno, responde a um desejo de “justiça”, a ser mais diferenciadamente concretizado, e isto é indispensável a uma sociedade contemporânea.

¹¹⁷⁶ CRISCUOLI, Giovanni. *La discrezionalità regolamentare del giudice civile*. Pádua: CEDAM, 2000, p. 11.

¹¹⁷⁷ CRISCUOLI, Giovanni. *La discrezionalità regolamentare del giudice civile*, p. 10-11, afasta qualquer possibilidade de arbítrio na interpretação de conceitos vagos, que entende constituir “discrezionalità”: “Ma per quanto ampio possa essere lo spazio della manovra ermeneutica, interpretare significa sempre rispettare la norma, sicché il giudice, come ogni altro esegeta, non può andare oltre ciò che sia riferibile ad essa e, in generale, giudicare nel vuoto della legge, trasformandosi in legislatore o sostituendosi ad esso nella sua funzione normativa”. Segundo esse autor (Idem, p. 10): “si tratta, per un verso, di diagnosticare in ordine al fatto; per altro verso di cogliere il senso ed il valore finalistico della norma per misurarne l’estensione disciplinare (...)”

¹¹⁷⁸ ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 14.

Observa Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹⁷⁹ que a dogmática jurídica clássica tem como pressuposto uma crença profundamente enraizada no Direito posto, como realizador das aspirações sociais predominantes. Hoje, esta crença não mais existente.

A sociedade contemporânea busca segurança jurídica. Hoje, espera-se igualmente que os pronunciamentos jurisdicionais sejam uniformes e previsíveis. Mas não existe mais uma crença cega e irrefletida de que a segurança jurídica, como valor importante para a sociedade, será obtida pela “maneira mecânica” de julgar.

Atualmente, abandonou-se a idéia que da interpretação judicial decorreriam decisões unívocas, independentemente da consideração de determinados fatos subjacentes, em si mesmos diferentes. E a partir da aceitação dessa realidade, chega-se a dizer que a vinculação do juiz à lei, viu-se enfraquecida.¹¹⁸⁰

A preferência por normas que contenham termos e palavras de conteúdo semântico vago, representa a resposta aos anseios da sociedade contemporânea por um acesso à justiça efetivo e qualificado. A segurança jurídica é obtida pela certeza de que as circunstâncias que adjetivam o caso concreto serão levadas em consideração.

Não se esqueça que tanto normas com conceitos precisos quanto aquelas que possuem palavras com conteúdos vagos, num determinado período histórico, e em casos idênticos, só podem ter um único sentido. Resultaria desrespeitado o princípio da segurança jurídica entender-se que uma norma possa ter dois sentidos num mesmo espaço de tempo e nas mesmas condições. Aos juízes cabe velar pela segurança jurídica através de pronunciamentos jurisdicionais uniformes.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 503-504.

¹¹⁸⁰ ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 14.

¹¹⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 497: “O que não se pode, entretanto, é entender que esta liberdade que tem o juiz significa que o Judiciário possa, de fato, decidir de forma diferente *casos iguais*, aos quais se aplica o *mesmo texto legal*”.

Arruda Alvim pontua:¹¹⁸² “Pode-se dizer que a lei é vocacionada a ter um só entendimento, dentro de uma mesma situação histórica. A diversidade de entendimentos, na mesma conjuntura histórica, compromete o valor certeza (do Direito)”.

O art. 273, em seu *caput* e incisos I e II, do CPC alude, como requisitos ao deferimento da antecipação de tutela à “prova inequívoca”, à “verossimilhança da alegação”, ao “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, ao “abuso do direito de defesa” e ao “manifesto propósito protelatório do réu”.

O art. 461 do CPC diz que nas obrigações de fazer ou não fazer o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará “providências” que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Para o deferimento da antecipação de tutela, o fundamento da demanda deverá ser “relevante” e haver “justificado receio de ineficácia do provimento final” (art. 461, § 3º, do CPC).

Como medida de apoio poderá o juiz impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for “suficiente” ou “compatível” com a obrigação, fixando-lhe “prazo razoável” (art. 461, § 4º, do CPC). Essa multa poderá ser modificada, desde que o juiz verifique que se tornou “insuficiente” ou “excessiva” (art. 461, § 6º, do CPC).

E, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício, ou a requerimento, determinar as “medidas necessárias” (art. 461, § 5º, do CPC).

Estabelece o art. 4º da Lei 4.348/1964 que o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso pode, a requerimento de

¹¹⁸² ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33, 1997: “A diversidade de interpretações implica que um dos valores funcionais do Direito, a *certeza*, seja abalado. E, quanto mais variadas forem as correntes de pensamento a respeito de uma mesma lei, tanto mais seriamente ficará despida de certeza aquela lei, e, conseqüentemente, nesta escala, essa circunstância contribui para que o direito não tenha o grau de *certeza* desejável, pois que, como se sabe, a linguagem do direito é a lei. Assim, é, igualmente, de todos os tempos a preocupação dos sistemas jurídicos em encontrar técnicas conducentes a se conseguir, o quanto isto seja possível, um só entendimento a respeito de um mesmo texto de lei”.

pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública”, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar em mandado de segurança ou mesmo da sentença nele proferida.

Na execução, pode o credor pleitear “medidas acautelatórias urgentes” (art. 615, III, do CPC).

O art. 692, parágrafo único, do CPC, veda, na expropriação, lance que constitua “preço vil”.

Preceitua o art. 600, II e III do CPC que considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que “se opõe maliciosamente à execução”, empregando “ardis” e “meios artificiosos”, ou “resiste injustificadamente às ordens judiciais”.

Pode o juiz atribuir efeito suspensivo à impugnação do devedor, no cumprimento de sentença, desde que “relevantes seus fundamentos” e o prosseguimento da execução seja “manifestamente suscetível” de causar ao devedor “grave dano” de “difícil ou incerta reparação” (art. 475-M, *caput*, do CPC).

Em todos os exemplos mencionados, aos juízes foram concedidos amplos poderes para decidir as situações litigiosas. Trata-se de marcada tendência dos sistemas jurídicos contemporâneos, que denotam maior confiança nos magistrados, ou seja, de que exercerão adequadamente e de acordo com os elementos contidos no sistema jurídico essa maior carga de responsabilidade que lhes foi confiada.

Arruda Alvim¹¹⁸³ destaca que sempre houve certo receio de se outorgarem poderes mais amplos ao juiz, porque isto poderia representar grave risco de arbítrio. Todavia, a tendência que hoje parece prevalecer é a de que o juiz tenha cada vez mais poderes, principalmente aqueles diretamente relacionados à necessidade de que tenhamos um processo de resultados (= eficaz e efetivo).

¹¹⁸³ ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução de nossos dias. *Revista de Processo*, v. 97, p. 102-103, jan.-mar. 2000.

Averba José Miguel Garcia Medina¹¹⁸⁴ que a participação do juiz na elaboração da solução jurídica dos conflitos passa a ser mais intensa ante o abrandamento da tendência – veemente no Estado liberal de outrora – de se reduzir ao máximo os poderes do juiz.

Enrique Véscovi¹¹⁸⁵ observa que o caminho de aumentar os poderes dos juízes parece ser uma tendência indiscutível para se obter uma melhor justiça, especialmente a tal almejada justiça social. Quando se fala em aumento dos poderes dos magistrados, não se pode olvidar que esse incremento na forma de julgar visa a atender reivindicações da sociedade, para que se possa adequadamente tutelar os direitos dos homens através do processo. Todavia, esse aumento de poderes não é um fim em si mesmo, senão que está a serviço da justiça; não da arbitrariedade e do abuso do poder.

Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁸⁶ destaca a respeito do disposto no art. 461 e art. 84 do CDC, que tais artigos partem da premissa de que, para o processo tutelar de forma adequada e efetiva as várias situações de direito substancial, é imprescindível não apenas procedimentos e sentenças diferenciados, *mas também que o juiz tenha amplo poder* para determinar a modalidade executiva adequada diante do caso concreto.

Considere-se o disposto no § 5º, do art. 461 do CPC e do § 5º, do art. 84 do CDC. A redação desses dispositivos, ao dizer que o juiz poderá determinar as “medidas necessárias”, *tais como* aquelas que estão expressamente enumeradas, evidencia de forma nítida a intenção de conferir ao juiz poder para determinar a medida adequada a cada caso concreto. Segundo Luiz Guilherme Marinoni,¹¹⁸⁷ hoje, portanto, diante do amplo poder executivo que foi conferido ao juiz, é exato falar em *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*.

¹¹⁸⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 407.

¹¹⁸⁵ VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 190-191.

¹¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 226.

¹¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 226-227.

Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁸⁸ afirma que inexiste tutela jurisdicional enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes. Mas, tudo depende da tomada de consciência dos juízes e da energia com que venham a exercer esses poderes, a bem da efetividade da tutela jurisdicional e da própria respeitabilidade de sua função e dos seus comandos.

Nesse contexto, inclui-se a visão atualizada do juiz no processo, com deveres de participação e de diálogo e com empenhada responsabilidade pelo modo como sua atividade repercutirá na vida dos usuários do sistema.¹¹⁸⁹

Na execução civil, em regra as normas jurídicas contém conceitos precisos (penhora, título executivo, arresto etc). A tipicidade dos meios executivos vigora em maior extensão. Mas nem por isso poder-se-ia concluir que os poderes do juiz na execução fiquem fora da tendência antes mencionada.

O problema deve ser focado dentro de uma visão sistemática. Enfocados os poderes do juiz apenas pelas regras do Código de Processo Civil ter-se-ia que concluir que possui limitados poderes. Todavia, a origem dos poderes dos juízes encontra-se ancorada na Constituição e esta estabelece que nenhuma “lesão” ou “ameaça a direito” será afastada da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Ademais, a todos, no âmbito judicial, são assegurados a “razoável duração do processo” e os “meios” que garantam a celeridade de sua tramitação.

Sendo o poder um instrumento à disposição do órgão jurisdicional, para que desempenhe com efetividade sua função e cumpra seu dever, não haveria qualquer sentido em visualizar os poderes dos juízes na execução forçada de uma maneira limitada e sem margem de liberdade no processo decisório. Embora reduzida, ela existe e, se as regras do Código de Processo Civil não contém tantos conceitos indeterminados, os princípios constitucionais do direito de petição e da razoável duração do processo possuem esses conceitos, o que permite concluir que também na execução civil é possível se falar em *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*.

¹¹⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 14, 1996.

¹¹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil, p. 14-15.

O juiz ao decidir com base em norma que contenha conceitos vagos exerce poder discricionário, tal qual o faz o administrador na concretização de espaço deixado pelas normas discricionárias? A resposta negativa se impõe.

Respeitável doutrina e venerandos acórdãos têm entendido que, diante da ampla latitude dos poderes dos juízes ao decidirem com base em normas que contenham conceitos vagos, eles estariam agindo com base em poder discricionário para deferir ou não, por exemplo, medidas liminares.

José Frederico Marques¹¹⁹⁰ entende que, no exercício dos poderes de que se encontra investido, o juiz pode atuar discricionariamente ou de maneira vinculada. O poder discricionário que tem o juiz deve ser entendido como a faculdade que lhe é dada de atuar em harmonia com fins do Direito. Na aplicação da lei aos fatos, o juiz atua vinculadamente. Hipóteses podem surgir, no entanto, que o autorizem a decidir com certa discricionariedade, conferindo à lei o sentido e interpretação mais consentâneos com os imperativos do bem comum.

Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁹¹ averba que fica

“ao critério discricionário do juiz, que ele exercerá prudente e motivadamente em cada caso, a outorga da tutela antecipada total ou parcial, e, na segunda hipótese, a determinação do âmbito desta”, além do que a “discricionariedade do juiz na concessão da tutela antecipada reflete-se ainda no poder, que a lei expressamente lhe dá, de a qualquer tempo (antes da sentença, é claro) *revogar* ou *modificar* a medida concedida (art. 273, § 4º)”.

Para Marcus Vinícius de Abreu Sampaio,¹¹⁹²

“existem casos em que ao aplicar a lei o juiz tem de, além de interpretar a norma, proceder a análise própria do que se refere a conceitos indeterminados, formulando quanto a eles um juízo de oportunidade e justiça, juízos esses os quais, a nosso ver, extrapolam os limites da mera interpretação e vinculação ao texto legal, adentrando na seara do que denominamos discricionariedade”.

¹¹⁹⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 141-142.

¹¹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 142.

¹¹⁹² SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 106-107.

Giovanni Criscuoli¹¹⁹³ afirma que a discricionariedade como poder regulamentar reconhecido ao juiz,

“non è che un particolare modo o metodo di esercitare la funzione giurisdizionale, cui fa riscontro una speciale competenza determinativa del giudice”. Ao juiz, em nessas situações, é concedido o poder de operar “una propria scelta decisionale, disponendo per il caso concreto quella soluzione di giustizia da lui ritenuta ottimale per realizzare appieno la propria funzione giudiziaria”.¹¹⁹⁴

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, em mandado de segurança, a “construção pretoriana conforta a liminar como ato judicial entregue ao livre convencimento e prudente discricção do juiz, só merecendo reparos quando revelador de flagrante ilegalidade ou abuso do poder ou teratológico”.¹¹⁹⁵

O Supremo Tribunal Federal entendeu que, em se tratando de mandado de segurança, mesmo “se admitido, em tese, o seu cabimento contra medida liminar concedida em outra segurança, não seria esse o meio adequado de antecipar o julgamento de matéria que constitui o mérito do primitivo mandado”, pois “a aferição dos pressupostos dessa medida está situada na esfera de discricção e de avaliação subjetiva do juiz, que não comporta reexame pela via extraordinária”.¹¹⁹⁶

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o “ato de concessão, ou não, da liminar, em mandado de segurança circunscreve-se à discricção do juiz, não cabendo recurso, quer o despacho seja positivo ou negativo”.¹¹⁹⁷

Entretanto, com o devido respeito as esses posicionamentos, há que se diferenciar a atividade do juiz, representada pela interpretação de normas que

¹¹⁹³ CRISCUOLI, Giovanni. *La discrezionalità regolamentare del giudice civile*, p. 6.

¹¹⁹⁴ CRISCUOLI, Giovanni. *La discrezionalità regolamentare del giudice civile*, p. 6.

¹¹⁹⁵ STJ, 1ª T., REsp 158894/PE (199700812456), rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 12.05.1998, DJ 29.06.1998, p. 49.

¹¹⁹⁶ STF, 1ª T., RE 113.637/PR, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 27.10.1987, DJ 20.11.1987, p. 26.013.

¹¹⁹⁷ STF, Pleno, Agravo Regimental na Medida Cautelar de Mandado de Segurança, 21206/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.04.1991, DJ 07.06.1991, p. 7.709.

contenham conceitos vagos, como fase ou etapa do processo decisório, do poder discricionário, próprio e típico do administrador público.

Isso porque o administrador, no que diz respeito aos atos administrativos discricionários, atua dentro de uma verdadeira zona de imunidade. Na realidade, quando se fala em ato discricionário, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõe”. O que é discricionária é a competência do agente quanto alguns aspectos do ato.¹¹⁹⁸

No ato administrativo vinculado, o administrador público só pode adotar uma única solução, v.g., aplicação pelo município de determinada verba, originada de convênio firmado com a União, na construção de específica obra, tal qual prevista no contrato. Mas, no ato administrativo discricionário, o sistema jurídico lhe confere grande margem de liberdade no que diz respeito ao mérito do ato, o que conduz à possibilidade de duas ou mais soluções todas igualmente legítimas, como v.g., a aplicação pelo município de determinada verba, também fruto de convênio com a União, “no combate à fome e na erradicação da pobreza”, o que poderá se dar beneficiando-se munícipes do bairro “X” ou do bairro “Y”, todos igualmente pobres.

É justamente nessa grande margem de liberdade do administrador que respeitável parte da doutrina acaba enxergando um traço comum com o poder jurisdicional. A aproximação entre as situações aumenta quando parte da doutrina entende que o administrador, ao interpretar conceitos vagos, exerce atividade discricionária e no desempenho dessa atividade deve escolher a “melhor solução”.¹¹⁹⁹

Todavia, adequada comparação entre as duas atividades – a do juiz e a do administrador público – afasta qualquer tentativa de aproximação entre elas.

O administrador, no ato administrativo discricionário e segundo critérios de oportunidade e conveniência, *pode* optar por *várias decisões* e todas elas

¹¹⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 18.

¹¹⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 28 e ss.

serão consideradas corretas e imunes à valoração por parte do Poder Judiciário. É que o administrador atua dentro de uma zona de imunidade à qual o Poder Judiciário não pode pretender sobrepor seus pronunciamentos, substituindo a Administração em atividade típica e privativa.

A norma administrativa nem sempre consegue abarcar toda a realidade fática, ainda que envolva recursos públicos, cuja aplicação o administrador deve se orientar segundo os princípios da Administração Pública (art. 37 da CF), sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal.

Como destaca Arruda Alvim,¹²⁰⁰ na discricionariedade o que ocorre é a intencionalidade, constante da lei, no sentido de proporcionar efetivamente dualidade, ou pluralidade de soluções, na ordem prática, cuja solução eleita haverá de ser devidamente motivada, e cuja motivação tem por fim demonstrar a legalidade do exercício do poder discricionário, no caso concreto.

Nem por isso atua o administrador de maneira impune. A discricção diz respeito a uma *zona intermediária* entre uma *zona de certeza positiva* e uma *zona de certeza negativa*.¹²⁰¹ Na zona de certeza positiva, não resta qualquer dúvida de que qualquer decisão seria legítima. Na certeza zona de certeza negativa, ainda que a norma jurídica contenha conceitos vagos, torna-se evidente que qualquer decisão adotada seria ilegal. De fato, constitui manifesto equívoco achar que o exercício de competência discricionária assemelha-se ao arbítrio e seja imune a qualquer controle por parte do Poder Judiciário.

Desbordando o ato para a zona de certeza negativa, estará caracterizado o desvio de poder e o desrespeito ao princípio da legalidade ao qual se submete a Administração Pública. Sim, pois também os atos discricionários sujeitam-se ao controle da legalidade, *sob essa angulação*. É a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello.¹²⁰²

Assim agindo, o ato administrativo não poderá ser impugnado, seja pelo administrado, seja pelo Poder Judiciário.

¹²⁰⁰ ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 16.

¹²⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 29.

¹²⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 27.

Entretanto, no que concerne à decisão judicial, apesar igualmente da grande margem de liberdade depositada nas mãos do julgador, ele não direciona a sua atividade decisória por critérios de oportunidade de conveniência. Aqui só existem as zonas de certeza positiva e negativa. Não existe um campo intermediário em que poderiam ser encaixadas várias decisões, de tal sorte que fossem consideradas corretas.

O juiz só pode tomar uma única decisão e essa decisão tem que ser ótima, única, correta e justa. É impossível pensar que restariam respeitados os valores certeza e segurança jurídica do Direito pela adoção, por parte do magistrado, de várias decisões sobre uma mesma questão, num determinado momento histórico.

Lei é feita para ter um único sentido num mesmo período histórico.

A atividade exercida pelo juiz, na hipótese em análise, é de interpretação de conceitos vagos, como fase ou etapa do processo decisório. Ao final a conclusão adotada pelo juiz em seu pronunciamento só pode ser uma, a melhor, a única, a ótima.

Como ressalta Barbosa Moreira,¹²⁰³ na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade, mas não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com o da discricionariedade.

Ora, não fosse assim, restaria totalmente frágil o controle das partes sobre os pronunciamentos jurisdicionais. A fundamentação, garantia do Estado Constitucional Democrático e de Direito, seria reduzida a instrumento de arbítrio, porque o pronunciamento estaria blindado contra impugnação das partes. O juiz poderia “optar” por essa ou por aquela decisão. O próprio Poder Judiciário seria impedido de corrigir equívocos cometidos por seus membros, porque toda decisão seria “ótima”.

¹²⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 65.

Como ressalta Teresa Arruda Alvim Wambier,¹²⁰⁴ o modo como vem sendo compreendido o fenômeno da discricionariedade, no que respeita ao Poder Judiciário, tem sido muitas vezes inadequado, *inadequação essa que compromete a própria idéia de Estado de Direito*, vez que se tem entendido, com alguma freqüência, no sentido de que de determinadas decisões não caberia recurso, porque são discricionárias.

Daí a importância, destaca Teresa Arruda Alvim Wambier,¹²⁰⁵ de se afirmar que o Poder Judiciário *não tem discricionariedade* quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que contenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja sentenças. Isso implicaria, de certo modo, que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Impossível conclusão diferente.

O juiz não tem oportunidade e conveniência na análise de normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados. Vinculado pelo dever de decidir e de fundamentar seus pronunciamentos, o magistrado deve “preencher” esses conceitos à luz das particularidades da situação em análise, confrontada com a pauta de valores contida na ordem jurídica. No desenvolvimento desse raciocínio, os “caminhos” seguidos na colmatação dos conceitos devem ser explicitados na fundamentação das decisões. Toda essa atividade se orienta na busca de uma única solução, que deverá ser a decisão correta, justa, *e impugnável*.

Enfatiza Arruda Alvim¹²⁰⁶ que somente num sentido impróprio se haverá de falar em discricionariedade judicial, porquanto as normas jurídicas, que contêm conceitos jurídicos indeterminados, ainda que proporcionando amplo espectro de indagação/decisão para o magistrado, *são intencionalmente preordenadas a terem, num dado momento e num dado lugar, somente uma interpretação*, para o fim de abrangerem ou não uma dada hipótese.

Esse também o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello.¹²⁰⁷

¹²⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 486.

¹²⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, p. 507.

¹²⁰⁶ ALVIM, Arruda. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 16.

¹²⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 26.

Partindo-se do pressuposto de que os pronunciamentos jurisdicionais, que apreciem normas que contenham conceitos vagos ou indeterminados, são recorríveis, como decorrência de um Estado Constitucional Democrático e de Direito, seria possível o controle dessas decisões por meio de recursos de estrito direito (recurso extraordinário e recurso especial)?

Os recursos ordinários especialmente o agravo de instrumento e o recurso de apelação são sempre cabíveis, porque não existe limitação imposta pelo sistema. Todavia, nos recursos de estrito direito veda-se o reexame de provas (Súmulas 7 do STJ e 279 do STF). Embora rigorosamente o encaixe dos fatos às normas seja, tecnicamente falando, questão de direito, para refazer o processo subsuntivo, em regra, o órgão recursal deve reexaminar o conjunto probatório produzido (testemunhos, perícias, avaliações etc).

Entretanto, estando contido no acórdão recorrido todos os elementos necessários para que seja analisada a correção do processo subsuntivo, e desbordando a questão controvertida do mero interesse particular das partes para temas de repercussão que assumem posição de questão paradigmática e exemplificativa, e que resguarde o direito objetivo, então mostrar-se-ão cabíveis os recursos de estrito direito. Utiliza-se então do critério da *transcendência jurídica*. É o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier,¹²⁰⁸ com o qual concordamos integralmente.

¹²⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 461, 1997: “A *transcendência* que deve necessariamente derivar das decisões de recursos especiais e extraordinários, fazendo com que se fixe *tese* em que a aplicação do conceito vago desempenhe papel *exemplificador*, serve como *critério imperativo* a que, por meio de recurso especial ou extraordinário, se reexaminem conceitos indeterminados, reavaliando-se a correção ou incorreção do processo subsuntivo, respeitantes às situações fáticas complexas e que envolvem peculiaridades inúmeras, inclusive relativas ao estado emocional e psíquico das partes. É o que ocorre, a nosso ver, com o conceito e ‘injúria grave’ a que antes, com vagar, nos referimos. Num caso como este, a aplicação do conceito não pode produzir este efeito paradigmático, porque se baseou em circunstâncias próprias ao caso concreto, que dificilmente seriam idênticas em outro caso. É impossível que do julgamento de um caso dessa natureza (embora se trate *ontologicamente* de uma *quaestio juris*) derive diretrizes importantes para o país no que diz respeito à correta interpretação da norma aplicada. Isto não ocorre, de regra, por exemplo, em casos de subsunção em que a norma aplicável seja de natureza tributária. Assim, o critério da *transcendência jurídica*, quando se trata do processo subsuntivo da norma que tenha incorporado um *conceito vago*, deve ser levado em conta para que se considerem (ou não) cabíveis os recursos extraordinários. Cumprem, assim, os recursos extraordinários, suas duas funções: zelar pelo cumprimento da ordem jurídica e pela uniformidade da jurisprudência”.

Reforçam os argumentos da eminente processualista o fato de que a EC n. 45/2005 acrescentou o § 3º, do art. 102 da Constituição Federal, dispondo que no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O art. 543-A, § 1º, acrescentado pela Lei 11.418/2006, estabelece que, para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

O Superior Tribunal de Justiça utilizou-se desse critério quando fixou parâmetros objetivos para dizer quais móveis eram e quais não eram impenhoráveis por estarem ao abrigo da Lei 8.009/1990.

Isso porque o art. 1º da Lei 8.009/1990 disse serem impenhoráveis os equipamentos de uso profissional e os móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. Todavia, o art. 2º da Lei 8.009/1990 estabeleceu estarem excluídos da impenhorabilidade os veículos de transportes, obras de arte e “adornos suntuosos”. A jurisprudência acabou estabelecendo como critério para verificar se a hipótese litigiosa se encaixava na norma protetiva, a circunstância de serem ou não os móveis “supérfluos”.

Pela transcendência da questão debatida – se determinado móvel é ou não suntuoso ou se é ou não supérfluo – embora se trate de análise de norma que contenha conceito vago, admitiram-se recursos especiais baseados nessas questões.

Assim, por exemplo, considerou o Superior Tribunal de Justiça impenhoráveis aparelho de som, televisão, forno microondas, computador, impressora e “bar em mogno com revestimento em vidro”.¹²⁰⁹ Igualmente sobre o

¹²⁰⁹ “PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA - SUFICIENTE A JUNTADA DAS EMENTAS DOS ACÓRDÃOS PARADIGMAS - MÓVEIS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA (APARELHO DE SOM, TELEVISÃO, FORNO MICROONDAS, COMPUTADOR, IMPRESSORA E ‘BAR EM MOGNO COM REVESTIMENTO EM VIDRO’) - IMPENHORABILIDADE - ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.009/90. 1 - Em se cuidando de divergência jurisprudencial notória, manifestamente conhecida na Corte, e evidenciada, estreme de dúvidas, por meio da exposição das ementas dos acórdãos em confronto, dispensável a juntada do inteiro teor dos precedentes ou da citação do repositório oficial, autorizado ou credenciado de jurisprudência,

pálio da Lei 8.009/1990 julgou estarem o aparelho de ar condicionado e a linha telefônica.¹²¹⁰ Mas, rechaçou a proteção legal no que diz respeito a um piano.¹²¹¹

3.9 Poderes do juiz e os dogmas jurídicos: a relativização dos dogmas como condição indispensável para a efetividade da execução civil

Anteriormente vimos alguns dos valores prevalentes no Direito liberal clássico. Também verificamos que esses valores encontravam-se cristalizados em regras jurídicas positivas, cuja função era gerar, no plano jurídico, com reflexos no campo social, uma ordem jurídica previsível, segura e, concomitantemente, manter o normal desenvolvimento das relações econômicas. Enfim, as regras jurídicas, sob os influxos dos valores do Estado liberal, cumpriam o papel a que se destinavam, segundo a ótica da classe que ascendeu ao poder político e já era detentora do poder econômico.

ormente em sendo a matéria exclusivamente de direito e os paradigmas oriundos deste Tribunal (cf. AgRg REsp 335.331/RS, EDcl REsp 297.823/SP, AgRgAG 430.237/SP e EREsp 222.525/MA). 2 - A impenhorabilidade do bem de família compreende os móveis que o guarnecem, excluindo-se apenas os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, de acordo com os arts. 1º, parágrafo único, e 2º, *caput*, da Lei nº 8.009/90. Desta feita, são impenhoráveis aparelho de som, televisão, forno microondas, computador, impressora e 'bar em mogno com revestimento em vidro', bens que usualmente são encontrados em uma residência e que não possuem natureza suntuosa. 3 - Precedentes (REsp 402.896/PR, 225.194/SP, 198.370/MG, 691.729/SC) 4 - Recurso conhecido e provido para reconhecer a impenhorabilidade dos móveis em comento, que guarnecem a residência da recorrente, invertendo-se o ônus da sucumbência." (STJ, 4ª T., REsp 589849/RJ (200301625265), rel. Min. Jorge Scartezini, j. 28.06.2005, DJ 22.08.2005, p. 283).

¹²¹⁰ "IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA - MICROONDAS - TV - AR CONDICIONADO - LINHA TELEFÔNICA - ABRANGÊNCIA. - O manto da impenhorabilidade do bem de família se estende aos móveis que o guarnecem, com exceção àqueles de caráter supérfluo ou suntuoso." (STJ, 3ª T., REsp 277976/RJ (200000942812), rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 08.03.2005, DJ 04.04.2005, p. 298).

¹²¹¹ "PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE DOS BENS MÓVEIS E UTENSÍLIOS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA, INCLUINDO COMPUTADOR E IMPRESSORA - PRECEDENTES - PIANO CONSIDERADO, *IN CASU*, ADORNO Suntuoso (ART. 2º, DA Lei 8.009/90). I - A Lei 8.009/90 fez impenhoráveis, além do imóvel residencial próprio da entidade familiar, os equipamentos e móveis que o guarnecem, excluindo veículos de transporte, objetos de arte e adornos suntuosos. O favor compreende o que usualmente se mantém em uma residência e não apenas o indispensável para fazê-la habitável. Devem, pois, em regra, ser reputados insusceptíveis de penhora aparelhos de televisão e de som, microondas e videocassete, bem como o computador e a impressora, que, hoje em dia, são largamente adquiridos como veículos de informação, trabalho, pesquisa e lazer. II - Quanto ao piano, não há nos autos qualquer elemento a indicar que o instrumento musical seja utilizado pelo Recorrente como meio de aprendizagem, como atividade profissional ou que seja ele bem de valor sentimental, devendo ser considerado, portanto, adorno suntuoso. Incidência do disposto no artigo 2º da Lei 8.009/90. III - Recurso conhecido em parte, e nessa parte, provido." (STJ, 3ª T., REsp 198370/MG (199800918914), rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 16.11.2000, DJ 05.02.2001, p. 99).

O processo civil clássico tem seu nascimento como ramo autônomo do Direito contextualizado com o surgimento e expansão do modelo de Estado liberal. Logo, não causa surpresa que também nele encontremos manifestações das idéias desse modelo de Estado.

Os institutos fundamentais de direito processual civil tiveram seu desenvolvimento num contexto histórico, social e político, em que o trabalho incessante da doutrina visava a destacar sua autonomia em relação ao direito material. Ademais, o processo era visto como fonte de segurança jurídica. Daí, então, uma estrutura rígida, inflexível e ortodoxa, onde as regras deveriam ser fielmente observadas, sob pena de absoluta nulidade dos atos processuais. Essa estrutura, no que diz respeito à execução forçada, operava principalmente através de atos sub-rogatórios. Como estes estavam previstos em regras jurídicas, a elas o juiz devia verdadeira subserviência.

Advém daí a idéia de que o juiz é escravo da lei e que, cumprindo o que *literalmente* nela está enunciado, o representante do Poder Judiciário estaria se desincumbindo “legitimamente” do dever de prestar a tutela jurisdicional solicitada. É, sem dúvida alguma, um Direito Processual Civil sem muita preocupação com os resultados que essa rígida e inflexível estrutura proporcionava. O juiz, sob o receio de ser visto como parcial, deveria trilhar os estritos limites do direito positivo, pouco importando que essa postura redundasse em pronunciamentos jurisdicionais injustos ou ineficazes, notadamente por sua intempestividade, mas apesar de tudo *legais*.

Não é de se estranhar que vários institutos processuais, dentro dessa estrutura que buscava quase uma segurança absoluta dos pronunciamentos jurisdicionais, *foram alçados à verdadeira condição de dogmas*. Essa idéia é importante, porque está indiscutivelmente ligada ao alcance e limites dos poderes do juiz, que, ao deparar com esses dogmas, deveria *preservá-los*, gerando, assim, mais um pronunciamento, *que reafirmava a existência dos institutos e sua manutenção no sistema*. A segurança almejada estaria uma vez mais preservada, ainda que desprezando as características próprias de cada lide.

O surgimento de uma sociedade de massa, composta por diversas camadas sociais, que passaram a exigir do Estado efetivo respeito aos seus interesses em suas mais diversas faces, notadamente pelas seríssimas conseqüências geradas pela supervalorização irrestrita do aspecto econômico em detrimento do aspecto humano, levou à necessidade de estruturação de um Estado intervencionista, sem, contudo, retroceder ao modelo absolutista fundado no arbítrio.

No plano processual, a rígida estrutura criada no final do século XIX e início do século XX, patenteou sua manifesta inconsistência para adequadamente tutelar os direitos subjetivos objeto das demandas propostas. Enfim, nem sempre as situações litigiosas se encaixavam, com perfeita harmonia, nos institutos criados como ferramentas de auto-afirmação da autonomia da Ciência Processual.

A palavra dogma reflete a idéia daquilo que é ponto fundamental e indiscutível de qualquer doutrina ou sistema.¹²¹² Os institutos de Direito Processual Civil foram concebidos para desempenhar exatamente essa função de indiscutibilidade, o que traria uma (falsa) noção de segurança e de previsibilidade aos destinatários dos pronunciamentos jurisdicionais.

Esses dogmas, como reflexos da concepção liberal clássica, “aprisionam” igualmente a atuação do juiz, tal como a equivocadíssima idéia de que o juiz está vinculado aos estritos limites da lei.

Já vimos que o sistema jurídico não pode ser concebido como constituído apenas pelas leis, mas por um repertório formado por leis, doutrina, jurisprudência e princípios. Esses elementos atuam em perfeita combinação e de maneira harmônica, permitindo, constantemente, adaptabilidade às vicissitudes sociais. Por outro lado, proporcionam pronunciamentos diferenciados e plasticamente conformáveis às particularidades de cada lide, o que não é possível se se trabalha com a idéia de sistema jurídico baseado apenas nas leis.

O reconhecimento dessa realidade revela uma sensação de segurança mais difusa e rarefeita do que aquela gerada quando a pauta de conduta e e padrões para as decisões judiciais eram apoiados apenas na letra da lei. É que os

¹²¹² HOLANDA, Aurélio Buarque de. Dicionário Eletrônico Século XXI – CD ROM.

padrões de conduta e de decisão, ao contrário do que se concebia anteriormente, não são extraídos da rigidez das regras jurídicas, mas criados a partir do adequado manejo dos elementos dessa espécie de repertório, que é o sistema jurídico, o que, entretanto, não leva nem pode conduzir à idéia de arbítrio ou de insegurança, diante da limitação dos elementos desse repertório, com observam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.¹²¹³

As inovações do Direito não ocorrem de maneira abrupta ou com elementos contidos fora desse repertório. Ao contrário, justificam-se nestes elementos, “administrados” de maneira coerente, harmônica e com a finalidade de gerar decisões judiciais previsíveis, não raras vezes baseadas em precedentes anteriores, ou então em sua modificação, mas com pontuação do descompasso e a necessidade de adaptação com a realidade agora existente.¹²¹⁴ Relembre-se que a fundamentação continua a ser a garantia do jurisdicionado contra desvios ou equívocos do processo decisório.

O valor segurança vem dando lugar paulatinamente aos valores justiça e efetividade. Com a vigência do atual Código de Processo Civil, introduziu-se em nosso sistema processual a figura do julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC), o que no início gerou certa preocupação, mas foi perfeitamente assimilado pelos operadores do Direito, demonstrando a desnecessidade de se vencer etapas inúteis e vazias de sentido, sem resultados efetivos quando o pedido poderia ser desde logo apreciado.^{1215_1216}

¹²¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 9: “Sabe-se que os padrões de conduta e os que o juiz deve levar em conta para decidir são estabelecidos com base no manejo de elementos constantes do sistema jurídico: direito posto, jurisprudência, doutrina, princípios jurídicos. Claro está que o reconhecimento dessa realidade e o conformismo social em relação a ela gera uma sensação de segurança muito mais difusa e rarefeita do que aquela que se tinha quando se entendia que as pautas de conduta e os padrões para as decisões judiciais se circunscreviam à letra da lei. A segurança que hoje é gerada pelo direito nasce da circunstância de que os padrões de conduta e de decisão, embora não mais se identifiquem com a letra da lei, só podem ser criados a partir da combinação de elementos dessa espécie de ‘repertório’, que é o sistema jurídico. Não podem aí ser incluídos elementos de fora do sistema ou desconhecidos. Nesse sentido e nessa medida, o sistema do direito se ‘auto-legitima’; a *doutrina* se ‘valoriza’ ou se impõe citando *doutrina*, antecedente, concomitante ou estrangeira; na *jurisprudência*, se citam *precedentes*; a *lei*, muito comumente, se altera, na esteira da *jurisprudência* e da *doutrina* e assim por diante. Esta idéia é bastante próxima à de autopoiese.”

¹²¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 10.

¹²¹⁵ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas), p. 96, nota 33: “O *nomen iuris* de ‘julgamento antecipado da lide’, no fundo, decorre de uma possível comparação, da linha mestra, entre o sistema de 1939 e o vigente. Vale

A regra *pacta sunt servanda* pode ser afastada em situações especiais e vem cedendo espaço para revisão dos contratos com base na teoria da imprevisão (art. 317 do CC e art. 6º, V, do CDC).¹²¹⁷

A generalização da antecipação de tutela (arts. 273, 461, § 3º e 461-A, § 3º, do CPC), garantindo o gozo de alguns dos efeitos do pedido que só ao final do processo poderiam ser usufruídos, bem como o novo regime da execução provisória, permitindo atos que importem efetiva satisfação, através da expropriação de bens, ou levantamento de depósito em dinheiro (art. 475-O, III, do CPC), são alguns exemplos que evidenciam a marcada tendência do Direito Processual Civil de valorização da efetividade em detrimento da segurança jurídica.¹²¹⁸

Ressalta Ovídio Araújo Baptista da Silva¹²¹⁹ que, ao investigarmos as raízes ideológicas que sustentam nosso paradigma de sistema jurídico, veremos que o Direito moderno, a partir das filosofias do século XVII, passou a priorizar o valor “segurança”, como exigência fundamental para a construção do moderno “Estado Industrial”. Para tanto, a Ciência Jurídica moderna instituiu como tarefa fundamental, segundo Jon Elster, citado por Ovídio, o que o escritor inglês denominou de “domesticar o azar”, ou seja, conseguir através Direito resultados tão seguros como poderiam ser obtidos através da solução de problemas algébricos.

Atualmente, não se busca mais “domesticar o azar” ou “geometrizar” o Direito. Buscam-se soluções efetivas, e isso só é possível caso se privilegie um valor (efetividade) em detrimento de outro (segurança), quando isto for necessário e atendidos certos requisitos tidos como legítimos pelo sistema. Esse

dizer, diz-se, atualmente, julgamento antecipado, querendo-se significar com isso que esse julgamento é antecipado àquilo que ocorreria no sistema de 1939, quando esse mesmo julgamento *sempre* dependeria de audiência de instrução e julgamento; no sistema atual dizer-se *antecipado* não tem maior sentido, pois que, se se configurarem os pressupostos desse julgamento, é dever do juiz decidir nessa oportunidade, e, pois, em rigor, não há antecipação propriamente dita. Se não decidisse, ocorrentes os pressupostos, para fazê-lo só a final, o que haveria, na verdade, seria um julgamento *atrasado*.”

¹²¹⁶ ALVIM, Arruda. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* v. 1, p. 121-122.

¹²¹⁷ Dispõe o art. 317, do CC: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” Estabelece o art. 6º, V, da Lei 8.078/90 (CDC): “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

¹²¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 10.

¹²¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 801, p. 40.

fenômeno só tem sido possível pela flexibilização de algumas regras jurídicas, e, principalmente, pela alteração da mentalidade dos operadores do Direito.

Ora, se os pronunciamentos jurisdicionais não podem mais ser visualizados como simples reflexos dos textos legais, se a complexidade das lides não permite mais a utilização do método dedutivo clássico, mas sim o adequado manejo de todos os elementos do “repertório” (lei, doutrina, jurisprudência e princípios), *então também os institutos processuais merecem releitura sob essa ótica prospectiva, pragmática e aberta do sistema jurídico.*

Sob essa angulação, não se prega ou se defende a abolição de institutos consagrados na Ciência Processual, mas sua flexibilização, relativização e adaptação à realidade contemporânea, e isso só será possível caso se rompa com a idéia ultrapassada de que constituem dogmas!

Alguns desses dogmas do Direito Processual Civil já foram flexibilizados e se inserem nessa tendência de um processo mais efetivo. Mas, como temos enfatizado, infelizmente, se os avanços no processo de conhecimento (ou processo sincrético) foram notáveis, o mesmo não se pode dizer no processo de execução.

Isso, contudo, não nos impede de pensarmos esse processo “ortodoxo”, sob os influxos das idéias pragmáticas que têm animado as Reformas do Código de Processo Civil. Conceitos jurídicos foram concebidos para valerem para toda a Ciência. Logo, se efetividade é a palavra subjacente a todos os institutos processuais, não se pode entender de maneira diferente quando trabalhamos com a execução civil. Ou seja, é impensável compreender que apenas uma das técnicas processuais previstas pelo sistema seja efetiva e outra não.

Preceitua o art. 128, do CPC que: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Por seu turno, dispõe o art. 460, do CPC: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Desta forma, os pronunciamentos jurisdicionais sempre encontraram seus limites no pedido formulado pela parte e a infração a essa regra sempre gerou como consequência sua nulidade (art. 244 do CPC), por infração à literal disposição de lei, e a possibilidade de serem rescindidos (art. 485, V, do CPC).

Trata-se do princípio da congruência, sem dúvida nenhuma verdadeiro dogma do processo civil, vez que a atuação do juiz fora dos limites do pedido pela parte, significaria atuar fora dos quadrantes da legalidade, desestabilizando o processo como instrumento de pacificação social.

Os arts. 461, *caput*, §§ 4º, 5º, 461-A, § 3º, do CPC, e art. 84, *caput*, §§ 4º, 5º, do CDC, sem dúvida alguma flexibilizaram esse idéia, ao estatuírem que o juiz deve conceder a “tutela específica”, ou determinar “providências” que assegurem o “resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Para tanto, deve decretar “medidas necessárias”, inclusive multa diária, independentemente de pedido do autor, se for “suficiente ou compatível com a obrigação”, fixando ao demandado “prazo razoável” para cumprimento do preceito. Também, se atribuiu ao juiz, quando for “relevante o fundamento da demanda” e havendo “justificado receio” de ineficácia do provimento final, o poder de conceder a tutela liminarmente ou mediante justificção prévia, citado o réu.

O art. 273, do CPC, também se utilizou dessa técnica de conceitos vagos.

Kazuo Watanabe,¹²²⁰ a respeito da multa, mas sua lição se estende a qualquer provimento jurisdicional baseado nos dispositivos supra, ressalta que não há que se falar diante desses largos poderes concedidos ao juiz, em ofensa ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença, uma vez que é o próprio legislador federal, competente para legislar em matéria processual, que está excepcionando o princípio geral.

Por outro lado, destaca esse processualista¹²²¹ que tampouco se pode falar em afronta à coisa julgada, pois estamos diante de instituto processual que o

¹²²⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 44.

¹²²¹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 44.

legislador pode adotar, ou não, no exercício da opção política que lhe cabe em matéria de soluções legislativas, nos limites que lhe parecerem mais adequados segundo as várias espécies de processo que lhe é dado conceber (cognição exauriente e cognição sumária).

A adequação do pronunciamento jurisdicional, no que diz respeito às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, atualmente, não é propriamente ao pedido formulado pela parte, mas às providências que melhor atenderão ao solicitado e ocasionarão menor onerosidade ao demandado (art. 620, do CPC). Explicamos melhor: o pronunciamento obviamente deve guardar correspondência com a pretensão da parte, mas considerada esta sob uma dimensão mais aberta do que como mera ou qualquer providência jurisdicional. A pretensão é atendida pela providência jurisdicional que se mostrar mais adequada a ampará-la. A diversidade de tratamento numa e noutra hipótese são evidentes.

Logo, se a parte pediu a outorga de determinada medida executiva, mas outra melhor atende à sua pretensão, está perfeitamente autorizado o juiz a conceder esta última e não aquela, e vice-versa, ou mesmo utilizá-las, em ordem sucessiva, caso se mostrem ineficazes, ou ainda a substituí-las por outras medidas executivas.¹²²² O importante é que sempre seja observado o binômio necessidade e adequação, como ressaltou Kazuo Watanabe.¹²²³

Essa “fungibilidade” entre comandos representativos de provimentos jurisdicionais já existia entre nós nas ações cautelares inominadas, propostas com base no art. 798, do CPC, como observou Arruda Alvim:¹²²⁴ “ainda que haja, igualmente, adstrição ao princípio dispositivo, dentro do espectro de

¹²²² WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 44: “A execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançado através do *provimento mandamental* ou do *provimento executivo* ‘*lato sensu*’, ou da conjugação de ambos.”

¹²²³ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 44: “Dentre os vários tipos de execução possíveis, certamente as *medidas de sub-rogação* de uma obrigação em outra de tipo diferente são bastante eficazes. Bem se percebe que não estamos falando de sub-rogação comum, que é a conversão da obrigação de fazer ou não fazer descumprida em *perdas e danos*. E sim de sub-rogação propiciadora da execução específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático-jurídico equivalente.”

¹²²⁴ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas), p. 89, nota 17.

possibilidades, ensejado por esse texto, pode haver variação, no que diz respeito à solução (= tutela concedida).”

Se antes pedido era sinônimo de espécie de eficácia da sentença (sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias), hoje é visualizado como representativo de solicitação de tutela e, se a pretensão pode ser realizada por qualquer espécie de medida jurisdicional, então caberá ao julgador, atendendo a todas as circunstâncias do caso concreto, sem olvidar o princípio da menor restrição possível à esfera jurídica do demandado (art. 620, do CPC), outorgar a espécie de pronunciamento que se amolde a essas circunstâncias e se revele mais apropriada a entregar ao demandante o que veio a juízo pedir.

Trata-se, sem dúvida alguma, de valorização do valor efetividade. Não houve, na realidade, rompimento, quebra ou abandono *absoluto* do princípio da congruência, mas sim *releitura* desse princípio à luz do estágio atual do Direito Processual Civil. Essa é a idéia que está a nortear as mini-reformas do Código de Processo Civil e vale como autêntico preceito, não só para outras Reformas, mas como idéia-princípio de como, atualmente, os institutos processuais devem ser analisados. Aproveita-se o que já existe, dando-lhe nova conformação.

Obviamente que os arts. 461, 461-A, do CPC, não têm aplicabilidade à execução por quantia certa contra devedor solvente. A satisfação deve se dar através das formas expressamente previstas no sistema (art. 647 do CPC). Mas, já demonstramos que é possível, na execução forçada, o juiz fazer uso de largos poderes visando à satisfação.

Embora existam inegáveis problemas que dificultam a implementação dos atos executivos, entendemos que as Reformas já operadas no Direito Processual Civil podem auxiliar o operador do Direito na busca de soluções para essa espécie de técnica processual

Vimos que a concepção de pedido foi ampliada para a idéia de busca de tutela, seja ela qual for, desde que se revele mais apropriada ao caso. A tutela jurisdicional passou a ser encarada como representativa de efetiva realização do direito da parte e não mais como simples resposta técnica por parte do Estado-juiz. Atualmente, a execução por quantia certa contra devedor solvente tem dado, sem

sombra de dúvidas, respostas técnicas àqueles que solicitam essa espécie de provimento jurisdicional. Os dogmas embaraçam a outorga de providências mais operativas.

Em nosso sentir, a constrição patrimonial deve deixar de ser encarada como um mito e ser guindada à condição de meio absolutamente legítimo e indispensável à execução civil.

Tal como não se pode conceber que algumas espécies de ações sejam desamparadas de medidas liminares antecipatórias de tutela, que, se indeferidas levariam ao perecimento do direito retratado na lide, a constrição patrimonial, na execução, é o limite entre seu sucesso ou fracasso. É sua essência. Sem ela, o processo de execução não tem razão de ser, porque a sentença, nessa espécie de processo, tem a função de declarar a satisfação e não de outorgar satisfação. Ora, se assim é, as medidas executivas, são, por assim dizer, “mais importantes” do que o próprio provimento final.

Destarte, se extrairmos das inovações trazidas pelas reformas de 1994 e 2001, nos arts. 461, 461-A, do CPC (e no âmbito coletivo, em 1990, com o art. 84, do CDC), e mais recentemente de 2005 e 2006 (Leis 11.232/2005 e 11.382/2006), a idéia de que todo pedido formulado traz a idéia subjacente de tutela efetiva do direito, então estaremos libertando a execução por quantia certa contra devedor solvente de alguns dogmas que a tem impedido de cumprir sua finalidade de acesso (efetivo) à justiça.

É possível se entender que também na execução civil o juiz goza de certa liberdade no deferimento das medidas executivas pleiteadas, ou ele está vinculado à medida executiva pleiteada pelo credor? Os dogmas da correlação entre pedido e providência jurisdicional e do princípio dispositivo inibem a atuação do juiz na execução civil, vinculando sua atuação apenas àquelas medidas executivas pleiteadas pelo credor?

Quando o credor pede satisfação (pedido imediato), o Poder Judiciário deve desencadear, inclusive, às vezes de ofício, as medidas executivas mais adequadas a entregar à parte o objeto da obrigação retratado no título. *A única vinculação do juiz é quanto ao pedido imediato.* Se a execução é por quantia certa

contra devedor solvente o que objetiva a parte é o recebimento de dinheiro. Assim, deverá o juiz direcionar o desenvolvimento do procedimento *in executivis* voltado à busca de dinheiro. *Todavia, quanto aos meios tendentes à obtenção desse resultado, o juiz não está, absolutamente, vinculado aos requerimentos formulados pelos credores.*¹²²⁵

Assim, é perfeitamente possível que o juiz determine medida executiva diversa daquela postulada pelo credor na busca de maior efetividade à execução.

Por exemplo, numa execução, após pedido de quebra de sigilo bancário, vem aos autos informação de que o devedor possui conta bancária com saldo positivo e em quantia suficiente à garantia da execução, em agência na mesma comarca ou subseção judiciária em que se processa a execução. Todavia, o credor, apesar de ter ciência dessa informação, pleiteia a penhora de determinado veículo. Não paira qualquer dúvida de que deve o juiz determinar a penhora sobre o numerário depositado em instituição financeira ao invés da penhora sobre o veículo, porque essa medida mostra-se mais eficaz, melhor atende aos interesses do credor e não onera em demasia a esfera jurídica do devedor.

Aliás, consistiria um grande contra-senso admitir que o juiz possa, aplicando a regra da proporcionalidade cristalizada no art. 620 do CPC substituir uma medida executiva pedida pelo credor por outra menos gravosa ao devedor, e não concordar que o juiz possa substituir determinada medida requerida pelo credor por outra que se mostre mais efetiva. O princípio da proporcionalidade é uma “via de mão dupla”; visa não só restringir minimamente a esfera jurídica do devedor, mas também vincula os pronunciamentos jurisdicionais a uma carga indispensável e mínima de efetividade. Esse também é o entendimento de Marcelo Lima Guerra.¹²²⁶

¹²²⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 105.

¹²²⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 105: “De outra parte, a caracterização de um sistema completo de tutela executiva como direito fundamental traz ainda outra consequência importante, a saber, a ausência de vinculação do juiz ao pedido do credor no processo de execução, quanto ao uso de meios executivos. (...). Desta forma, uma vez requerida a tutela executiva, caberá ao juiz a determinação do meio executivo mais adequado, bem como a substituição de algum já utilizado, por outro que se revele mais eficaz. Quanto ao meio executivo, e apenas quanto a isso, não está o juiz, portanto, nem vinculado à iniciativa do credor, nem mesmo a alguma escolha que o mesmo credor tenha feito, onde isso seja possível”.

Essa postura seria inconcebível se visualizássemos o pedido satisfativo e as medidas executivas pleiteadas pelo credor atrelados aos dogmas da correlação entre pedido e providência jurisdicional e do princípio dispositivo. A efetividade, nas situações acima, *ficaria nas mãos do credor e não do órgão jurisdicional*.

Todavia, trata-se de valor que diz respeito à atuação do Estado e não se vincula à iniciativa exclusiva da parte, podendo perfeitamente o juiz adotar medida mais adequada à satisfação, ainda que diversa daquela requerida pelo credor, mas que atenderá, igualmente, à sua pretensão satisfativa.

Lamentavelmente, essa não têm sido a tônica dos pronunciamentos jurisdicionais, que, ainda, muito apegados aos princípios liberais, supervalorizam a idéia de estrita vinculação dos poderes do juiz apenas às medidas executivas pleiteadas pelo credor, sem qualquer margem de liberdade na adoção de outras que se mostrem mais adequadas e efetivas.

Por outro lado, há igualmente supervalorização de alguns direitos fundamentais, como o sigilo, a inviolabilidade do domicílio, entre outros, que são visualizados por alguns juízes como verdadeiros dogmas, quando as circunstâncias do caso concreto demonstram que eles devem ser relativizados em atenção a outros princípios fundamentais igualmente importantes como o acesso à justiça e a razoável duração do processo.

A aceitação desses dogmas, sem releitura das regras jurídicas de acordo com a pauta de valores que devem informar os pronunciamentos jurisdicionais, altera a rota do procedimento executivo para caminhos que não trarão nenhum resultado prático em termos de satisfação.

A esfera jurídica do obrigado deve ser preservada, desde que ele esteja acorde com o Direito.¹²²⁷

¹²²⁷ As observações de WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 45-46, merecem ser reproduzidas porque afinadas, com as adaptações necessárias, à nossa concepção de tutela jurisdicional executiva efetiva: “Não faltarão pessoas, certamente, que procurarão combater semelhante solução e também a ampliação dos poderes do juiz para a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para o atingimento do resultado prático equivalente. Não se pode esquecer, porém, que o nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela de direitos patrimoniais, como a ação de despejo, cuja sentença é executada inclusive com a remoção de pessoas, sejam adultas ou crianças, possuam ou não outro imóvel

Considerou-se um avanço, no processo de conhecimento, adjudicar ao autor a antecipação, parcial ou total, dos efeitos práticos da tutela pedida, quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC).

Todavia, parece haver certa complacência, no âmbito da jurisprudência, com devedores que, conquanto não colaborem com a justiça na localização de seus bens, impugnam decisões que tentam obviar esse expediente, através da quebra de sigilos fiscal e bancário, quando ela se mostra indispensável.

Qual a diferença entre o réu do processo de conhecimento que, através de conduta imprópria, impede o expedito pronunciamento de mérito, e o devedor do processo de execução, que pauta seu agir direcionando-o a impedir o normal desenvolvimento desta espécie processual, ocultando seus bens sob o pálio do sigilo? Sob a angulação da efetividade da jurisdição, nenhuma!

Como se nota, não existe qualquer incompatibilidade em se aproveitar, na execução, do excelente rendimento, em termos de efetividade, trazido pelas Reformas do processo de conhecimento, respeitadas, obviamente, as diferenças estruturais de ambos.

Arruda Alvim,¹²²⁸ em primorosíssimo estudo sobre a antecipação de tutela, observou que a inspiração próxima do art. 273, do CPC, no sistema jurídico,

para habitação. E semelhante demanda é tradicional em nosso sistema e aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade. Por que, então, não aceitar que, para a tutela de *direitos não patrimoniais*, mais relevantes que os patrimoniais, quais os ligados aos direitos da coletividade à qualidade de vida ou os direitos absolutos da personalidade (como os direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, ao nome, à intimidade etc.), possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer? Com a remoção de pessoas, certamente é atingida a liberdade humana. Mas esta é protegida enquanto estiver em conformidade com o direito. Da mesma forma que na ação de despejo é ela desconsiderada para a tutela do direito patrimonial assegurada pela sentença, também na tutela das obrigações de fazer ou não fazer, enquanto for prática e juridicamente possível a tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente, a liberdade pessoal, se desconforme ao direito, é desconsiderada, admitindo a atuação do comando judicial através dos meios de atuação determinados pelo juiz e executados por seus auxiliares ou por terceiros. O que não se pode violentar é a liberdade pessoal quando o resultado pretendido somente através do ato do devedor possa ser atingido, como no exemplo do artista de renome que se recusa a pintar o quadro prometido. São situações nitidamente distintas. O princípio da intangibilidade da liberdade pessoal, portanto, deve ser contido nos devidos limites”.

¹²²⁸ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas), p. 88, nota 16: “Pode-se dizer que, entre nós, a inspiração próxima, no direito positivo, do sistema do art. 273, com a redação decorrente da Lei n. 8.952/94, está no art. 84, § 3º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, de 11-9-1990). (...). Há diferenças de redação entre o art. 273 e o art. 84, § 3º, mas a função que o art. 84, § 3º, desempenha no plano do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é idêntica à desempenhável pelo art. 273 no plano do

está no art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Todavia, ressaltou que a hipótese do art. 84, § 3º, do CDC, ajusta-se, rigorosamente, à do inciso I, do art. 273 e não à do inciso II. Daí, então, concluiu: “se o sistema do Código avançou mais do que o Código de Defesa do Consumidor, é certo que o sistema daquele aplicar-se-á a este, onde este não avançou tanto quanto aquele”.

Ajustando o ensinamento do eminente jurista ao objeto deste trabalho, poderíamos tranquilamente dizer que: se o sistema do Código avançou mais no processo de conhecimento do que na execução civil por quantia certa contra devedor solvente, evidenciando sua tendência à efetividade e ao abandono dos postulados liberais clássicos, é certo que essa inclinação deve aplicar-se a esta última, que não avançou tanto quanto aquele.

Remarque-se: isso não representa desrespeito às diferenças estruturais e procedimentais dessas espécies de demandas, mas apenas uma maneira de manter uma coerência do sistema, pois, se de *lege lata* não existiram alterações legislativas significativas, na execução civil tanto quanto ocorreram nas demandas cognitivas, isso também não quer dizer que seus institutos não possam ser operados com a *mesma inteligência* que animou as Reformas do Código. Incoerência existiria, com a devida vênia, em nosso entender, em se pensar de maneira diversa.

Sob nosso ponto de vista, ou a tutela jurisdicional executiva passa a ser vista com outros olhos, ou as execuções continuarão a consumir dinheiro público e ser instrumento de disseminação de inefetividade, contribuindo para o já tão avançado grau de desprestígio do Poder Judiciário perante a sociedade.

Como diz Watanabe,¹²²⁹ referindo-se aos arts. 273 e 461, do CPC, mas cujo ensinamento se aplica a todos os pronunciamentos jurisdicionais dotados de carga executiva, é “de fundamental importância a *mudança de mentalidade* que seja capaz de rever as categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina

processo em geral. Anote-se, contudo, que a hipótese do art. 84, § 3º, ajusta-se, *rigorosamente*, à do inc. I e não à do inc. II do art. 273. Sem embargo disto ou desta diferença, o art. 273, II, deverá ser aplicado ao sistema do Código de Defesa do Consumidor, porque: a) o sistema do Código é subsidiário ao Código de Defesa do Consumidor; b) o sistema do Código de Defesa do Consumidor é *intencionalmente mais protetivo*, e, *de uma forma geral, efetivamente o é*; c) se o sistema do Código avançou mais do que o Código de Defesa do Consumidor, é certo que o sistema daquele aplicar-se-á a este, onde este não avançou tanto quanto aquele”.

¹²²⁹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 48.

dominante, pois somente assim poderão ser extraídas desses dispositivos todas as conseqüências possíveis para a modernização do nosso processo civil”.

3.10 Os poderes dos juízes e os direitos fundamentais

Entendemos importantíssimo, nesta parte do trabalho, examinarmos, ainda que brevemente, algumas noções acerca dos direitos fundamentais. Trata-se de tema relevantíssimo e importantíssimo na adequada compreensão dos poderes do juiz, especialmente na execução forçada. Por outro lado, os direitos fundamentais encontram-se entrelaçados aos poderes do juiz, de tal sorte que é impossível examinar os poderes do juiz sem que, concomitantemente, se examinem também os direitos fundamentais das partes.

Na técnica processual executiva encontram-se em elevadíssimo grau de tensão os direitos do credor e do devedor. O credor pleiteando do Estado-juiz a incidência sobre a esfera jurídica do devedor de todas as medidas executivas adequadas e tendentes à obtenção da máxima efetividade da execução. O devedor requerendo do órgão jurisdicional que a técnica processual se desenvolva sem afetar sua esfera jurídica de maneira ilegítima, i.e., desbordando dos limites impostos pela Constituição e pelo Código de Processo Civil.

Os direitos fundamentais constituem verdadeiros “guias” aos órgãos jurisdicionais.

Na concretização dos poderes executivos, os juízes sempre que deliberam acerca da adequação ou não de determinada medida executiva haverão de indagar se ela atende a um direito fundamental do credor e não desrespeita um direito fundamental do devedor.

Fácil perceber que os juízes quando, por intermédio de seus provimentos, concretizam seus poderes na execução civil, antecedentemente terão ponderado acerca do indispensável equilíbrio que as medidas executivas haverão de possuir, no sentido de que deverão tutelar direitos fundamentais do credor sem desrespeitar aqueles próprios do devedor.

Na execução forçada, os juízes concretizam seus poderes através de pronunciamentos. O mais relevante deles, justamente por decidir questões, é a decisão interlocutória. De fato, em regra, os poderes dos juízes são concretizados por meio de decisões interlocutórias, destinadas a constranger patrimônio do devedor, removendo toda sorte de empecilhos para enlaçá-lo à execução.

Na fundamentação constante das decisões proferidas na execução, *é muito comum que os juízes analisem, como etapa do processo decisório, a colisão de direitos fundamentais do credor e do devedor.*

Numa técnica processual que agride diretamente a esfera patrimonial - e às vezes imaterial, como é o caso das quebras de sigilo fiscal e bancário, ou mesmo a própria liberdade na hipótese do depositário infiel - os direitos fundamentais orientam a atuação jurisdicional, conferindo legitimidade para todas as medidas executivas.

Às vezes, essas medidas não serão exatamente aquelas pleiteadas pelo credor, mas serão substituídas pelos juízes por outras, porque as medidas requeridas seriam desproporcionais e desrespeitariam, sem nenhuma justificativa, direitos fundamentais do devedor.

Outras vezes, algumas medidas executivas serão tomadas, de ofício, pelos juízes, porque contidas na esfera de atuação oficiosa do Estado-juiz, sem que tal postura represente qualquer atentado contra o sistema jurídico.

Outras vezes, ainda, as medidas executivas - ainda que bastante graves como o cumprimento de ordens executivas sob reforço policial, arrombamento de portas, prisão do próprio devedor etc - serão exercidas contra a esfera jurídica do devedor, porque seus direitos fundamentais não chegarão ao extremo de blindarem a atuação da jurisdição.

Até que ponto os poderes dos juízes podem ser concretizados por intermédio das medidas executivas? Quando os juízes podem atuar, de ofício? Quando podem indeferir uma medida pleiteada pelo credor e substituí-la por outra mais adequada e que afete minimamente a esfera patrimonial do devedor? Em que medida o devedor pode ter sua esfera patrimonial e pessoal invadida por atos executivos? Todas essas questões encontram-se diretamente relacionadas aos

direitos fundamentais, os quais constituem tema que se entrelaça ao exercício dos poderes dos juízes, na execução civil.

Portanto, sua abordagem, ainda que sem a pretensão de esgotar o assunto, constitui tópico indispensável e obrigatório neste trabalho.

3.10.1 Conceito de direitos fundamentais

Quando se busca conceituar os direitos fundamentais, a primeira dificuldade reside em saber quais termos devemos utilizar para expressá-los. Não raras vezes, fala-se em “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos humanos fundamentais”, todos como representativos de direitos fundamentais.

“Direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são termos que não se confundem. Os primeiros referem-se a direitos naturais do homem; são os direitos de todos os seres humanos, mas não positivados (*e.g.*, vida, liberdade). Os segundos concernem a direitos positivados, na ordem internacional. Já os últimos são os direitos naturais positivados e tutelados pelo Direito Constitucional interno de cada Estado.¹²³⁰

Explica Canotilho¹²³¹ que os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista). Derivam da própria natureza humana; daí seu caráter inviolável, intemporal e universal. Os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. São os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

“Direitos individuais” representariam os direitos fundamentais do homem, mas na visão individualista que fundamentou o aparecimento das

¹²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

¹²³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 369.

Declarações liberais do século XVIII. É terminologia que a doutrina tende a desprezar cada vez mais, como anotou José Afonso da Silva.¹²³²

Não é que representem termos excludentes, mesmo porque os direitos do homem acabam sendo ponto de partida para qualquer positivação, seja na ordem nacional ou internacional. Mas convém que sejam utilizados adequadamente, principalmente porque a eficácia de cada um deles ocorre de maneira diferente, se positivados em tratados internacionais ou inseridos em Constituições de Países.¹²³³

Optamos neste trabalho pelo termo “direitos fundamentais”, especialmente pela incorporação dessa terminologia em nossa Constituição Federal, no Título II da Constituição Federal (“Dos Direitos e as Garantias Fundamentais”).

Os direitos fundamentais representam os valores mais importantes, mais elementares do homem, em cada época, e que, pela importância que possuem perante toda a sociedade e o próprio sistema jurídico, são reconhecidos e positivados em normas constitucionais, irradiando sobre toda a ordem jurídica sua máxima força normativa.

Trata-se de valores irrenunciáveis pelo homem e dele insuprimíveis, seja pela ação do Estado, seja pela conduta de particulares.

São produto de conquistas da sociedade, na preservação de núcleos de valores intangíveis do ser humano.

Constituem “acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”.¹²³⁴

Grande parte desses valores se fosse suprimida comprometeria a própria noção de homem. São exemplos de direitos fundamentais a vida, a liberdade, o sigilo, a inviolabilidade do lar, entre outros.

¹²³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 180.

¹²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 40.

¹²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 62. Segundo esse autor (Idem, p. 91): “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”.

Segundo José Afonso da Silva,¹²³⁵ os direitos fundamentais designam, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. São situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo constitucional, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.¹²³⁶ No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.¹²³⁷

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, destacou Paulo Bonavides.¹²³⁸

Íntima é a relação entre Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, porque os direitos fundamentais são cristalizados nas Constituições para controlar a ação do Estado (dimensão negativa dos direitos fundamentais) contra esses importantes valores, bem como para dele exigir prestações (dimensão positiva dos direitos fundamentais), nas órbitas em que essa atuação seja imprescindível.

Os direitos fundamentais, como valores máximos do ser humano, conferem a necessária densidade normativa a todas as normas do sistema jurídico, orientando o sentido em que devem ser interpretadas, de tal sorte que sua aplicação sempre resulte na tutela dos mais importantes direitos do homem.

Orientam ainda a atuação do Estado, através dos seus Poderes, impondo-lhes limites intransponíveis, ou deles exigindo prestações conforme esses valores máximos do ser humano.

Plasmados os direitos fundamentais em normas constitucionais, a sociedade os preserva contra a atuação do legislador infraconstitucional, que fica impedido de reduzi-los ou de suprimi-los.

¹²³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 182.

¹²³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 183.

¹²³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 182.

¹²³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 561.

Embora não se confundam com os princípios jurídicos, os direitos fundamentais a eles se assemelham, na medida em que também atuam numa relação de complementação e restrição recíprocas. Todos os direitos fundamentais possuem a mesma importância, vez que ostentam a mesma matriz constitucional.

Com efeito, o constituinte originário insere em catálogos dos Textos Constitucionais, cristalizando sob forma de normas constitucionais, os valores mais elementares e fundamentais do homem.

Quando o intérprete quiser saber o que, para determinada nação, constitui direito fundamental, deve dirigir-se à Constituição e nela encontrará discriminados quais são os valores mais importantes do homem e que não podem ser desrespeitados.

Se não constitui um critério absoluto, talvez um dos mais importantes na identificação dos direitos fundamentais diz respeito ao fato de que, em regra, todo direito fundamental é informado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Em nosso país, a dignidade da pessoa humana foi alistada como princípio fundamental (art. 1º, III, da CF). Em nosso sentir, trata-se de verdadeiro direito fundamental, talvez o mais importante deles, vez que condensa parcela de todos os demais.

Vida, liberdade, igualdade, saúde, previdência e assistência social e direitos trabalhistas mínimos, são alguns exemplos que bem evidenciam que o núcleo essencial – se podermos utilizar essa expressão – de todos esses direitos fundamentais gravita em torno da dignidade do homem, que não pode ser oprimida nem suprimida.¹²³⁹

Sob outro viés, uma noção particularmente importante para fins deste ensaio é que os direitos fundamentais *não são valores absolutos*. Como veremos adiante, se numa primeira fase de desenvolvimento dos direitos

¹²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 122: “O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa humana”.

fundamentais eles eram tidos como verdadeiros dogmas, hoje essa postura não pode mais ser aceita, sob pena de desrespeito a outros direitos fundamentais.

3.10.2 As dimensões dos direitos fundamentais

O Estado contemporâneo, tal como hoje concebido, seja no que concerne à estruturação do poder e de seus órgãos, seja no que diz respeito às suas finalidades, representa a síntese de um movimento inacabado de evolução gradativa da sociedade, cujo marco inicial para nosso estudo é o Estado de Direito. Os direitos fundamentais constituem um dos importantes alicerces sobre os quais se assenta o Estado de Direito. A evolução do Estado encontra-se indissociavelmente ligada à evolução dos direitos fundamentais.

As teorias jusnaturalistas desenvolvidas principalmente a partir do século XVI e que pregavam a existência de direitos inalienáveis do homem, sem os quais a própria noção de ser humano restaria comprometida, foram aproveitadas pelos movimentos liberais burgueses, que culminaram com a organização do Estado de Direito, especialmente pela Revolução Francesa e pela Revolução das Treze Colônias Americanas.

Esses direitos, alvo de arbitrariedades pelo Estado absolutista, foram colocados a salvo pelo Estado liberal, sendo incorporados e positivados na ordem jurídica de nações de lugares diferentes do planeta, mas reciprocamente influenciadas pela mesma idéia de respeito a esses direitos. A vida, a liberdade, a igualdade, foram valores fundamentais do ser humano e que foram expressamente reconhecidos pelos movimentos liberais burgueses como dignos de respeito e de tutela.

Merece menção como antecedente do Estado de Direito, e que contribuíra para a concepção de que o homem possui direitos naturais inalienáveis e que não podem ser desrespeitados pelo Estado, a *Magna Carta Libertatum*, de 1215, firmada pelo Rei João Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses, na qual foram reconhecidos alguns direitos fundamentais, através de garantias como o *habeas*

corpus e o *due process of law*. Declarações inglesas de direitos igualmente reconheceram direitos fundamentais do homem como o *Petition of Rights*, de 1628, *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689.

Tanto a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, quanto a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, acolherem os postulados jusnaturalistas de que o homem possui direitos naturais inalienáveis, irrenunciáveis e inderrogáveis e que merecem ser resguardados contra o arbítrio estatal. O grande avanço a que se atribui a esses documentos reside no fato de que, sintetizando as idéias liberais, constituírem o alicerce do que se conheceu como Estado de Direito.

O Estado de Direito fundamenta-se na idéia de contenção de poder do próprio Estado sobre a esfera individual dos cidadãos. Portanto, a finalidade do Estado de Direito é a preservação da esfera jurídica, patrimonial e moral, dos homens, contendo sua própria atuação onde esta se mostrar agressiva a bens e valores fundamentais daqueles.

O Estado cumpre suas funções não desrespeitando os valores fundamentais do homem. Fala-se, então, na *primeira dimensão direitos fundamentais*, que assumem a feição de “direitos de defesa” da atuação do próprio Estado. Trata-se dos mesmos direitos do homem concebidos pelo jusnaturalismo, mas agora positivados, ou seja, o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à liberdade de expressão etc.¹²⁴⁰

Esses direitos fazem ressaltar, na ordem dos valores políticos, a nítida separação entre sociedade e o Estado. Valorizam primeiro o homem-singular, *o homem das liberdades abstratas* e da sociedade mecanicista.¹²⁴¹

Trata-se, como acentua Canotilho,¹²⁴² de direitos cuja referência primária é a sua *função de defesa*, auto-impondo-se como “direitos negativos” diretamente conformadores de um espaço subjetivo de distanciamento e de

¹²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 55-56.

¹²⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 564.

¹²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 377. Segundo esse autor (Idem, *ibidem*): “Basta existir um direito subjectivo determinado constitucionalmente, com a conseqüente imposição aos destinatários passivos de um dever de abstenção (proibição de agressão), para, *prima facie*, podermos falar de direitos, liberdades e garantias”.

autonomia com o correspondente dever de abstenção ou proibição de agressão dos destinatários passivos, públicos e privados.

Segundo o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição. Nota-se estreita relação, nessa primeira dimensão, entre os direitos fundamentais e a limitação do poder estatal. Os direitos fundamentais são inseridos nas Constituições burguesas, ao lado de toda organização do poder, passando a fazer parte não apenas da Constituição formal, mas do núcleo essencial da Constituição material. Definitivamente consagrava-se a íntima relação entre Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.¹²⁴³

A abstenção e neutralização da atuação estatal, embora visasse a tutelar, de maneira negativa, os direitos fundamentais do homem, evidenciava os valores não de toda a sociedade americana, inglesa ou francesa, cujos modelos de Estado liberal constituíram paradigma para a estruturação política de outras nações, mas apenas aqueles próprios de uma única parcela sociedade que, já detentora do poder econômico, ascendeu ao poder político, ou seja, da classe burguesa. Enfim, o Estado de Direito, como um Estado não intervencionista, garantia a perpetuação do poder econômico e político da burguesia.

Os males dessa postura do Estado a sociedade experimentou com o crescimento desmedido dos anseios dessa única classe. A Revolução Industrial demonstraria o quão nocivo pode ser a omissão estatal sob o argumento de que a intervenção do Estado pode prejudicar direitos naturais do homem. Estado que não assume, perante as diversas classes sociais, uma postura intervencionista, acaba por permitir não o respeito, mas o aniquilamento dos direitos fundamentais do homem.

A mais alta Corte da Justiça francesa, ao decidir determinada demanda, nos anos 30, chegou a dizer que “a pobreza é uma desgraça pela qual o Direito nenhuma responsabilidade pode assumir”.¹²⁴⁴

¹²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 69-70.

¹²⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 74, p. 96, abr.-jun. 1994.

Assim, as camadas sociais mais pobres passaram a exigir uma atuação do Estado nas mais diversas áreas. Nesse sentido, fala-se então, já no século XIX, de um Estado Social, cuja característica maior reside na outorga de prestações estatais dirigidas a setores da sociedade em que elas se mostraram imprescindíveis, como, por exemplo, a saúde, a educação, a moradia, o trabalho e os correspondentes direitos trabalhistas, a assistência social etc. Na segunda quadra do século XX, com o segundo pós-guerra, e a necessidade de reestruturação de diversas nações, essa nova feição do Estado atinge seu apogeu.

Verificou-se que de nada adianta a garantia formal de direitos, se esses direitos não podem ser materialmente usufruídos. Ao Estado não cabe apenas prever abstratamente, em verdadeiros catálogos inseridos na Constituição, o respeito formal à vida, à liberdade, à igualdade, sem que ele próprio garanta, através de ações efetivas, o desfrute desses valores.

Essa pode ser concebida como a *segunda dimensão dos direitos fundamentais* e, se a nota característica do primeiro movimento centrava-se na dimensão negativa desses direitos, agora sobreleva sua *dimensão positiva*.¹²⁴⁵

As duas dimensões antes vistas possuem em comum o fato de que a tutela dos direitos fundamentais, seja pela inação, seja pela ação estatal, tem sempre em mira o homem, individualmente considerado. Direitos trabalhistas, direito de greve, direito à sindicalização, nada mais são do que projeção individual de direitos fundamentais.

Afastando-se dessa concepção individualista, que em grande medida representa ainda resquício da concepção liberal burguesa dos direitos fundamentais, o Estado passa a se ocupar da previsão e da proteção de direitos importantes à sociedade, mas cuja titularidade é difusa, ou seja, impossível de ser individualizada como pertencente a apenas algumas pessoas. Embora o desrespeito a esses direitos afete a vida de todos ou de grande parte dos membros da sociedade, a titularidade desses direitos encontra-se irradiada no corpo social, pertencendo a todos os indivíduos ao mesmo tempo.

¹²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 56-57.

Fala-se então na *terceira dimensão dos direitos fundamentais*.¹²⁴⁶ A doutrina costuma chamá-los de *direitos de solidariedade e de fraternidade*.¹²⁴⁷

Entram nessa nova dimensão o direito à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à sadia qualidade de vida, à conservação ao patrimônio histórico, turístico e paisagístico etc.

Avança-se, nessa nova dimensão, para um Estado Democrático e de Direito, cujo compromisso é a harmonização entre interesses fundamentais individuais (direitos fundamentais clássicos), interesses fundamentais dependentes de prestações estatais e interesses fundamentais sociais.¹²⁴⁸

Optou-se por focar os direitos fundamentais pelas diversas dimensões pelas quais podem ser examinados, porque, embora com certa regularidade fale-se em “gerações” de direitos fundamentais, o uso dessa expressão pode transmitir a falsa impressão de que haveria interrupção no processo de desenvolvimento desses mesmos direitos, ou de que eles se desenvolveriam em fases estanques e não relacionáveis, o que é inconcebível.

Cada “dimensão” é ao mesmo tempo a soma da anterior com o acréscimo de novos valores, ou reformulação de anteriores, de tal sorte que os direitos fundamentais, em quaisquer de suas dimensões são inter-relacionados. Os direitos fundamentais fazem parte de processo complementar de desenvolvimento, e não de alternância.¹²⁴⁹

Os direitos fundamentais constituem categoria aberta e mutável, marcada pela *constante revitalização*, de tal sorte que direitos fundamentais

¹²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 58.

¹²⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57.

¹²⁴⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 24-25.

¹²⁴⁹ Nesse sentido encontra-se a crítica de: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 54: “Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”

tradicionais (*e.g.*, a igualdade, a propriedade) adquirem novas roupagens, de acordo com as necessidades e as reivindicações da sociedade contemporânea.¹²⁵⁰

As dimensões anteriormente vistas nada mais são do que retrato fiel dos valores incorporados ao patrimônio humano e que não podem ser suprimidas, seja por conduta do Estado, seja por conduta particular. Por outro lado, nota-se marcante alteração da postura do Estado, que, de uma dimensão negativa em relação aos direitos fundamentais, passou a ter uma postura ativa em sua concretização.

Hoje, sabe-se que o reconhecimento de um direito fundamental numa função de defesa não impede que se reconheça, para sua adequada tutela, também uma dimensão protetiva do Estado baseada em prestações.¹²⁵¹

3.10.3 Direitos fundamentais e a Constituição Federal de 1988

O Título I da Constituição Federal, diz respeito aos “Princípios Fundamentais”, os quais encontram-se diretamente relacionados aos direitos fundamentais.

Dispõe o art. 1º, da CF, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito*.

Todo o restante do Texto Constitucional, observa Willis Santiago Guerra Filho,¹²⁵² pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa *fórmula política*, explicitação esta que, por mais extenso que seja esse Texto, ainda

¹²⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 63: “As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categorias materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, dentre outros tantos que poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quanto no século XVIII (...). Além disso, cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana”.

¹²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 377.

¹²⁵² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 18.

e sempre será uma obra inconclusa, além de ser uma tarefa de primordial importância. Trata-se de vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o sistema jurídico.

Entre os *fundamentos* da República Federativa do Brasil destaca-se a *dignidade da pessoa humana* (inc. I). O parágrafo único, do art.1º, da CF enfatiza ser o povo o titular do poder soberano.

O art. 2º dispõe acerca da divisão de funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, dizendo que são Poderes independentes, mas harmônicos entre si. A soberania (outro fundamento de nossa República Federativa) concretiza-se através desses Poderes.

O art. 3º, da CF, estabelece acerca dos *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil, entre os quais sobressaem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I), a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV).

Entre os princípios que regem a relação da República Federativa do Brasil em suas relações internacionais (art. 4º) distingue-se a prevalência dos *direitos humanos* (inc. II).

Por outro lado, o Preâmbulo de nossa Constituição enfatiza que a Assembléia Nacional Constituinte dirigiu seus trabalhos para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o *exercício dos direitos sociais e individuais*, a *liberdade*, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*. Sob essas diretrizes os representantes do povo brasileiro promulgaram a Constituição Federal de 1988.

Seria impensável falar-se em direitos fundamentais sem um Estado de Direito, apoiado na contenção de poderes do próprio Estado sobre a esfera dos seus cidadãos. Por outro lado, é necessário que o Estado, além de exercer a soberania dentro de certos limites, também assumira uma postura ativa, realizando,

em proveito da sociedade, atividades indispensáveis à sua própria subsistência. Sob outra angulação, restaria aniquilada a idéia de soberania popular, de distribuição equitativa do poder e de contenção do próprio exercício do poder, se o Estado brasileiro não fosse *Democrático*.

O Estado brasileiro apoiado nessas premissas pauta sua atuação pelo respeito à *dignidade da pessoa humana*, núcleo central de todos direitos fundamentais.

A normas constitucionais da Constituição Federal de 1988 foram estruturadas com respeito a determinados valores que não podem ser suprimidos de seus cidadãos, sem as quais não há que se falar, na realidade, em homem mas em mero objeto destinatário das ações estatais.

Assim, andou bem nosso constituinte originário ao estruturar o Estado brasileiro como Estado Democrático e de Direito, que dirige sua atuação, através de qualquer de seus Poderes respeitando a dignidade da pessoa humana.

Nossa Constituição Federal, no Título II, especialmente através do art. 5º, prevê e assegura a fruição de diversos direitos fundamentais. Assim, grande parte dos direitos fundamentais encontra-se expressa em normas constitucionais. Mas não constituem direitos fundamentais apenas aqueles previstos no Título II, especialmente nos arts. 5º, 6º, e 7º da CF.

O caráter analítico de nossa Constituição justifica que, no art. 5º, tenham sido reconhecidos vários direitos fundamentais através de 78 (setenta e oito) incisos, e no art. 7º, em 34 (trinta e quatro) incisos. Outros direitos fundamentais, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), encontram-se dispersos pelo texto da Constituição Federal, cabendo ao intérprete identificá-los.

Dispõe o art. 5º, § 1º, da CF, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais *têm aplicação imediata*. Logo, em princípio, previsto um direito fundamental em norma constitucional, esta não fica a depender de uma regulamentação infraconstitucional para a total fruição desse mesmo direito, noção esta da maior importância, porque normas de eficácia limitada acabam, por vias transversas, suprimindo e limitando um direito do homem com *status* diferenciado.

Trata-se, em regra, de direitos *self executing*, ou seja, que não dependem da mediação concretizadora do legislador para ganharem densidade normativa. Como observa Canotilho,¹²⁵³ se as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata, então é porque os direitos por ela reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei.

Todavia, adverte José Afonso da Silva¹²⁵⁴ que a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais, especialmente as que mencionam lei integradora. Nessa hipótese são normas de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²⁵⁵ observa que, não obstante a louvável intenção que ditou o constituinte originário ao estabelecer a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (evitar que assumissem a condição de “letra morta” por falta de regulamentação), o mesmo constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas.

Além dos princípios fundamentais expressos, é possível se reconhecer a existência de direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal (art. 5º, § 2º, primeira parte, da CF). Os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte também constituem fonte de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, segunda parte, da CF).

Os tratados devem ser incorporados ao sistema jurídico pátrio, ou seja, além do ato formal de celebração dos tratados, por parte do Presidente da

¹²⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 376.

¹²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 184.

¹²⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 99.

República (art. 84, VIII, da CF), este ato deve ser referendado pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 22.11.1969, e que contém várias normas acerca de direitos fundamentais diretamente relacionados ao Direito Processual, foi incorporada ao sistema jurídico pátrio por força do Decreto 678, de 06.11.1992.

Segundo posicionamento prevalente na doutrina e na jurisprudência os tratados incorporados ao nosso sistema jurídico possuem natureza de legislação infraconstitucional.

O Direito Constitucional pátrio admite a existência de direitos fundamentais expressamente positivados, constantes de catálogos, como é caso do art. 5º, da CF, ou esparsos pelo Texto Constitucional, ou ainda contidos em tratados internacionais, bem como direitos fundamentais não expressamente positivados, como ocorre com os direitos fundamentais implícitos, diretamente inferidos de normas constitucionais, ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal.¹²⁵⁶⁻¹²⁵⁷

¹²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 102: “(...) podemos sustentar a existência de dois grandes grupos de direitos fundamentais, notadamente os direitos expressamente positivados (ou escritos), no sentido de expressamente positivados, e os direitos fundamentais não-escritos, aqui genericamente considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional e internacional). No que concerne ao primeiro grupo, não existem maiores dificuldades para identificar a existência de duas categorias distintas, quais sejam, a dos direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com *status* constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que igualmente foram expressamente positivados. Já no que concerne ao segundo grupo, podemos distinguir também duas categorias. A primeira constitui-se dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (aproximando-se da noção atribuída por J. A. da Silva), ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, § 2º, da CF denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios”. Ainda segundo esse autor (Idem, p. 162): “Assim, em princípio, acreditamos que a busca de direitos fundamentais situados fora do catálogo deve ater-se preferencialmente à Constituição, iniciando pelos expressamente positivados (ainda que fora do catálogo), deixando os implícitos e decorrentes para um segundo momento, voltando-se, após, para as regras de direito internacional (especialmente tratados)”.

¹²⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 43: “De pronto, vale lembrar não ser a norma jurídica a única forma de expressão dos direitos fundamentais, o que significa dizer que esses são uma realidade mais abrangente que a norma. Já de há muito que a teoria do direito deixou de centrar-se na figura da norma jurídica, abandonando essa perspectiva por assim dizer ‘micro’, em nome daquela outra, ‘macro’, na qual se estuda o Direito a partir do ordenamento em que ele se dá a conhecer positivamente, e que transcende a mera soma das normas, a que se sugere referir como sendo a ‘ordem jurídica objetiva’ – em contraposição à ‘ordem jurídica subjetiva’, expressão cunhada para designar o conjunto das situações jurídicas subjetivas derivadas da ordem jurídica objetiva. Daí, por exemplo, estarem positivados em nosso ordenamento jurídico direitos fundamentais que não estão ainda

Os direitos fundamentais não podem ser suprimidos por obra do poder constituinte reformador. Inserem-se entre as matérias que constituem “cláusulas pétreas” da Constituição Federal, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF.

A elevada importância dos direitos fundamentais para o constituinte originário de 1988 reside na circunstância de que, ao contrário do Texto Constitucional anterior, o atual primeiramente estabelece quais são os direitos e as garantias fundamentais do cidadão para depois estruturar e organizar os Poderes do Estado.

O fato de os direitos fundamentais precederem à própria organização do Poderes do Estado, demonstra que os próprios Poderes são informados por esses valores fundamentais.

3.10.4 Regime jurídico dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais como valores irrenunciáveis e importantes ao homem, possuem regime jurídico específico em nosso sistema jurídico.

Trata-se de valores positivados imprescindíveis ao ser humano cristalizados sob a forma de normas constitucionais. Essa é sua natureza jurídica. Não são normas supraconstitucionais ou supra-estatais, como averbou José Afonso da Silva.¹²⁵⁸ Possuem a mesma natureza jurídica das demais normas inseridas na Constituição, residindo no seu conteúdo sua diferença específica. Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²⁵⁹ ressalta que se trata de poderes de agir, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos, constituindo-se em direitos subjetivos.

O titular ativo dos direitos fundamentais é todo e cada um dos seres humanos. Já o titular passivo são todos os indivíduos, que não o seu titular, bem

previstos na carta constitucional, como consta do § 2º de seu art. 5º, em que pese a vasta extensão do catálogo desses direitos, consagrados nesse mesmo artigo”.

¹²⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 183-184.

¹²⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 28.

como todos os entes públicos ou privados. O objeto desses direitos é uma conduta: agir ou não agir, fazer ou não fazer, usar ou não usar, ir, vir ou ficar.¹²⁶⁰

Embora nosso sistema admita a existência de direitos fundamentais implícitos, eles são inferidos a partir de normas constitucionais expressas.

Em regra, os direitos fundamentais atuam em sistema de complementação e de restrição recíprocos. É nesse sentido que Konrad Hesse¹²⁶¹ ressalta que, se a Constituição pretende preservar sua força normativa, num mundo em processo de permanente mudança político-social, ela deve incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da “estrutura contrária”, de tal sorte que os direitos fundamentais não podem existir sem deveres.

Willis Santiago Guerra Filho¹²⁶² destaca que atualmente visualiza-se a Constituição como uma “obra aberta”, cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários. Ela representa o intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, pois no momento de sua concretização podem se chocar. Não obstante o contrastante entre esses valores, todos devem ser preservados em seu conteúdo mínimo. A pluralidade de descrições da realidade, igualmente válidas, e quando combinadas, afirma citado autor,¹²⁶³ possibilita a obtenção de soluções mais adequadas, porque mais abrangentes, para problemas sociais.

Assim, a casa é “asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem o consentimento do morador”, mas esse direito fundamental cede ante o direito do Estado-administração na repressão à prática delitiva e na busca de efetividade às determinações judiciais, ou seja, é possível aos agentes do Estado ingressarem na casa de indivíduos nas hipóteses de “flagrante delito” (à noite), ou, “durante o dia, por determinação judicial” (art. 5º, XI, da CF).

Da mesma forma, constitui direito fundamental o sigilo “das comunicações telefônicas”, mas igualmente a repressão ao crime possibilita a relativização desse direito “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei

¹²⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 28.

¹²⁶¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 21.

¹²⁶² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 23.

¹²⁶³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 24.

estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII, da CF).

A Constituição Federal garante, como direito fundamental, a “propriedade” (art. 5º, XXII, da CF), mas ela deve atender “a sua função social” (art. 5º, XXIII, da CF), porque, caso contrário, poderá ser desapropriada, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF).

No âmbito judicial, asseguram-se aos litigantes o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), mas “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI, da CF)”.

Entre os direitos fundamentais não existe hierarquia. Todos possuem idêntica importância perante o sistema jurídico. De fato, “verifica-se que a Constituição de 1988 tratou de forma isonômica todos os direitos fundamentais por ela consagrados, não criando mecanismo específico para a proteção judicial de apenas determinado grupo de direitos fundamentais”.¹²⁶⁴ Impossível, portanto, diferenciar um direito fundamental de outro pelo “grau de importância”. Logo, incidem em manifesto equívoco aqueles que enxergam os direitos fundamentais como dogmas absolutos.

O Título II da Constituição Federal alude não apenas a direitos, mas também a garantias fundamentais, embora tenhamos até agora nos referido apenas aos primeiros. Como o Estado brasileiro constitui-se em Estado Constitucional Democrático e de Direito não poderia apenas prever catálogo de direitos fundamentais se não estabelecesse mecanismos (garantias) de efetiva proteção desses direitos. A inexistência de garantias para a adequada tutela dos direitos fundamentais esvaziaria o conteúdo material fundamental das normas constitucionais.

As *garantias fundamentais* ao habilitarem os cidadãos a exigir do Estado o respeito a determinados direitos (possuem *caráter instrumental* de tutela dos direitos fundamentais), seja pela inibição de sua atividade, seja pelo desencadeamento de prestações visando à sua tutela, investem-nos na condição de verdadeiros titulares de direitos subjetivos. A exigência destes direitos tem como

¹²⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 133.

contrapartida por parte do Estado a legitimação de sua atividade no cumprimento de suas finalidades.¹²⁶⁵

As garantias fundamentais traduzem não só a possibilidade de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção de seus direitos fundamentais, *mas também o reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.*¹²⁶⁶ A Constituição reconhece a liberdade como direito fundamental (art. 5º, *caput*), e a protege inclusive contra simples ameaça, através de meio processual idôneo (*habeas corpus*, nos termos do art. 5º, LXVIII).

Ressalta Vicente Greco Filho¹²⁶⁷ que é difícil, às vezes, distinguir-se o direito das garantias, e, dentro destas, as que sejam um direito em si mesmas e as que são instrumentos para sua efetivação. Hoje, devem estar indissociavelmente juntos os direitos, os meios de sua instrumentalização e as garantias de eficiência desses meios.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²⁶⁸ também destaca que as próprias garantias são, de determinado ângulo, direitos fundamentais, porque há um direito a não sofrer censura, a não ter confiscado os bens, a recorrer ao Judiciário, a impetrar mandado de segurança ou requerer *habeas corpus*. São direitos subjetivos à garantia e, portanto, *direitos-garantia*.

Concordamos com o posicionamento de José Afonso da Silva¹²⁶⁹ que classifica os direitos fundamentais em cinco grupos: direitos individuais (art. 5º); direitos coletivos (art. 5º); direitos sociais (art. 6º, 193 e seguintes); direitos à nacionalidade (art. 12), e direitos políticos (arts. 14 a 17). Ressalta, todavia, esse autor que essa classificação não esgota o tema, mas simplesmente apresenta o agrupamento geral, pois que cada classe comporta subclasses.

Diante de posição de supremacia no sistema jurídico, convém destacar as principais características dos direitos fundamentais:

¹²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 210-211.

¹²⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 372.

¹²⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40.

¹²⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 32.

¹²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 187.

Universalidade: Os direitos fundamentais englobam todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo etc.¹²⁷⁰

Imprescritibilidade: O exercício dos direitos fundamentais decorre só do fato de estarem reconhecidos na ordem jurídica. Não se vinculam a prazos peremptórios para serem exigidos ou exercidos.¹²⁷¹

Irrenunciabilidade: Os direitos fundamentais podem até não ser exercidos, mas não se inserem na esfera jurídica de disponibilidade do homem a ponto de poderem ser renunciados.¹²⁷²

Inalienabilidade: Como os direitos fundamentais são atribuídos a todos os homens pelas normas constitucionais e encerram valores importantes à existência e convivência do ser humano, são direitos intransferíveis, inegociáveis, indisponíveis e destituídos de conteúdo econômico-patrimonial.¹²⁷³

Inviolabilidade: Veda-se o desrespeito por parte do Estado e de particulares aos direitos fundamentais, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.¹²⁷⁴

Efetividade: Cabe ao Estado, através de seus Poderes, tornar concreta a pauta de valores reconhecida pela ordem constitucional, especialmente por meio de garantias (aspecto instrumental dos direitos fundamentais), ficando impedida qualquer tentativa de reconhecimentos formais e retóricos desses direitos.¹²⁷⁵

Interdependência: Apesar de autônomos, os direitos fundamentais possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades.¹²⁷⁶

Complementaridade: Os direitos fundamentais atuam em situação de complementação e de restrição recíprocas, o que impede que sejam interpretados isoladamente.¹²⁷⁷

¹²⁷⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

¹²⁷¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 23; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 185.

¹²⁷² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 23; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 185.

¹²⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 185.

¹²⁷⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 23.

¹²⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 23.

¹²⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 23.

¹²⁷⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, p. 23.

Por outro lado, sendo as normas constitucionais as fontes primárias dos direitos fundamentais, no processo hermenêutico o intérprete deve se guiar, principalmente, pelos princípios de interpretação constitucional, merecendo destaque:

Princípio da supremacia da Constituição Federal: a Constituição Federal ostenta a condição de supremacia perante todo o sistema jurídico, devendo todas as normas infraconstitucionais e os atos do Poder Público conformar-se aos preceitos contidos nessas normas, sob pena de sua invalidade.¹²⁷⁸

Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público: Não sendo manifesta a inconstitucionalidade, i.e., havendo dúvida ou possibilidade de razoavelmente considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade.¹²⁷⁹

Princípio da interpretação conforme a Constituição: Havendo várias interpretações possíveis da norma questionada em confronto com os preceitos constitucionais, deve-se optar por aquela que, sem invalidar a norma, prestigie sua compatibilidade com a Constituição Federal.¹²⁸⁰

Princípio da unidade da Constituição: As normas infraconstitucionais encontram-se vinculadas ao comando emergente das normas constitucionais, devendo, portanto, as primeiras ser interpretadas não apenas segundo os princípios específicos do sub-ramo do Direito a que pertencem, mas englobando igualmente suas matrizes constitucionais. Fala-se, aqui, em interpretação sistemática do Direito.¹²⁸¹

Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: O primeiro supõe equilíbrio, moderação e harmonia, repudiando o que seja arbitrário, e o segundo diz respeito, concomitantemente, à adequação das medidas adotadas pelo Poder Público, que devem se mostrar aptas a atingir os objetivos pretendidos, à sua necessidade supondo-se a inexistência de meio menos gravoso para se atingir os

¹²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 160.

¹²⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 178.

¹²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 188.

¹²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 196.

fins colimados, e à ponderação entre ônus imposto e o benefício trazido para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.¹²⁸²

Princípio da efetividade: Traduz a indispensabilidade de que os preceitos contidos nas normas jurídicas materializem-se em resultados práticos na vida das pessoas, afastando, portanto, declarações do Poder Público que signifiquem meros reconhecimentos ou atestados formais de direitos.¹²⁸³

Como os direitos fundamentais sintetizam conquistas da sociedade, estabelecidas em normas constitucionais que concentram valores máximos do ser humano, esses núcleos axiológicos que informam toda a ordem jurídica devem ficar a salvo de limitações ou de supressões não só do poder constituinte reformador, mas também de outros atos estatais.

Atuando como fator inibidor desses atos, especialmente atos legislativos, encontra-se o princípio da *proibição de retrocessos*. Segundo esse princípio os direitos fundamentais não podem ser afetados em sua substância por obra dos Poderes estatais sob pena de flagrante ofensa ao núcleo intangível contido na Constituição Federal.¹²⁸⁴⁻¹²⁸⁵

Trata-se de princípio importante no regime jurídico dos direitos fundamentais, porque dirige a atuação dos Poderes do Estado sempre de maneira prospectiva e complementar; jamais supressora. Note-se que a proibição de retrocessos impede que o Poder Judiciário valha-se em seus pronunciamentos de interpretações que possam neutralizar a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

¹²⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 228-229.

¹²⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 248.

¹²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 457-458 ressalta que o princípio da proibição de retrocesso também resulta do princípio da maximização da eficácia de todas as normas de direito fundamentais. Via de conseqüência (Idem, ibidem): “(...) o artigo 5º, § 1º, da nossa Constituição impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (...) não podem – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade”.

¹²⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 430 fala em *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*. Segundo esse jurista (Idem, ibidem): “A idéia fundamental desse requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos”.

Após examinadas as principais características dos direitos fundamentais, nota-se que elas coincidem, em grande parte, com a estrutura e a funcionalidade dos princípios jurídicos.

De fato, o elevado grau de abstração, a utilização de palavras contendo conceitos vagos, a coexistência com direitos fundamentais antagônicos, atuando em sistema de complementação e de restrição recíprocas, a grande plasticidade, que permite sejam alojados em seu interior as particularidades de cada caso concreto, enfim, essas e outras características coincidentes entre os princípios e os direitos fundamentais permitem concluir, com supedâneo em autorizada doutrina,¹²⁸⁶ que “os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio”.

Essas normas encontram-se na cúspide do sistema jurídico. Assim, os direitos fundamentais são juridicamente exigíveis e, para tanto, em regra, não dependem de normas de posição hierárquica inferior àquelas que os prevêm.¹²⁸⁷

3.10.5 O direito fundamental à efetividade da execução civil como direito fundamental implícito ou decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal (art. 5º, § 2º), e a concretização dos direitos fundamentais na execução civil através dos poderes do juiz

O Poder Judiciário é o órgão do Estado responsável pela concretização dos direitos fundamentais constantes e emergentes do sistema positivo pátrio. Por concretização devemos entender a tutela dos direitos fundamentais, através de pronunciamentos que traduzam adequado equilíbrio entre eventuais direitos fundamentais contrastantes.

Os pronunciamentos jurisdicionais devem se pautar pela busca desse indispensável equilíbrio entre os direitos fundamentais, os quais servem, concomitantemente, como vetores ou guias de quais caminhos devem os

¹²⁸⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 86.

¹²⁸⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 86.

magistrados seguir na busca da melhor solução possível à situação litigiosa, bem como atuam como fator de contenção, limites ou balizas intransponíveis a esses mesmos pronunciamentos.

São as circunstâncias do caso concreto que informarão aos juízes quais serão os direitos fundamentais prevalentes, e quais, sem eliminação da ordem jurídica, não assumirão esse grau de importância. A relativização dos direitos fundamentais também depende dessas circunstâncias concretas, a exemplo da maior ou menor limitação a ser imposta aos pronunciamentos jurisdicionais.

De algumas décadas para cá, tem-se questionado a efetividade das decisões judiciais. Ou seja, tem-se constatado que a fraca atuação da jurisdição em prol da concretização dos direitos fundamentais representa uma denegação, pelo Estado-juiz, dos direitos fundamentais, que ele se comprometeu tutelar, o que é inconcebível no atual estágio de evolução em que se encontra o Estado contemporâneo.

É dever do Estado, através do processo, adequadamente tutelar o direito fundamental daquele que vem a juízo. Para isso, dispõe de técnicas jurisdicionais diferenciadas de acordo com as diferentes necessidades de tutela previstas no direito material. Violadas e desrespeitadas as normas substanciais cabe ao Estado amparar o direito material, agora por intermédio da tutela jurisdicional. É obrigação do Estado-juiz fazer coincidir, em termos de resultados práticos, a tutela substancial e a tutela jurisdicional, ou seja, o processo deve entregar à parte exatamente aquilo que o direito material lhe assegura.

Enfim, se o Estado-juiz maneja o instrumento de efetivação do direito material de uma maneira inefetiva, sua ineficaz atuação representa ofensa ao direito fundamental do demandante. Seguindo o postulado chiovendiano:¹²⁸⁸ “a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão.”

A seriedade dessa constatação é manifesta e se revela de maneira especial, na execução civil.

¹²⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, n. 34, p. 159

É que o processo de conhecimento tem sido objeto de muitas Reformas legislativas que aparelharam sobremaneira essa técnica processual, especialmente pela utilização de normas jurídicas contendo conceitos vagos ou indeterminados, conferindo acentuados poderes ao juiz, que passou a ter grande liberdade no processo decisório. De fato, o processo decisório fundado nessas normas possui grande plasticidade, que se “amolda” às circunstâncias do caso concreto.

Assim, hoje, se não resolvidos totalmente os males da morosidade e da inefetividade do processo de conhecimento, eles foram em grande medida minimizados e a existência de normas, como aquelas que prevêm a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, seja nas obrigações de fazer, não fazer, ou entregar coisa, aproximaram os resultados obtidos pela tutela jurisdicional daqueles previstos nas normas de direito material.

A elevadíssima produção doutrinária nessa órbita contribuiu decisivamente para o aprimoramento da técnica processual. A jurisprudência, sob os influxos das alterações legislativas e das contribuições doutrinárias na adequada compreensão dessas alterações, também alterou suas concepções, abandonando, em boa hora, muitos postulados dogmáticos, que outrora justificavam a prolação de pronunciamentos jurisdicionais formais, mas desprovidos de efetividade.

Assim, os direitos fundamentais como valores importantes, elementares, primordiais, essenciais, a título individual e coletivo, passaram a receber tutela efetiva por parte do Estado-juiz, através do processo de conhecimento.

Entretanto, essa não é a conclusão a que chegamos quando enfocamos a execução civil por quantia certa contra devedor solvente sob a angulação da efetividade, apesar de algumas importantes alterações legislativas e não obstante produção doutrinária de notáveis juristas.

Alguns fatores contribuem para a inefetividade da execução e, conseqüentemente, *para a transgressão, por vias oblíquas dos direitos fundamentais do credor*. Este trabalho também se ocupa dos direitos fundamentais do devedor. Todavia, notamos, ainda hoje, nos pronunciamentos jurisdicionais uma

injustificada supervalorização dos direitos fundamentais do devedor em detrimento dos direitos fundamentais do credor, que possuem, como vimos idêntica importância, força jurídica, submetem-se aos mesmos princípios hermenêuticos etc.

Atribuimos essa inefetividade à *inadequada compreensão do que são e como se devem ser “trabalhados” os direitos fundamentais, na execução civil.*

É com grande pesar que ainda hoje assistimos a pronunciamentos que enxergam alguns direitos fundamentais do devedor como se constituíssem dogmas, atribuindo-lhes a condição de direitos impossíveis de serem vergados à luz das circunstâncias do caso concreto. Esses pronunciamentos encontram-se apoiados na visão dogmática e fechada de sistema jurídico, que enfoca a atuação do Estado numa dimensão negativa. Ou seja, encara os direitos fundamentais do devedor apenas pelo ângulo da contenção de poderes do Estado.

Os direitos fundamentais constituem reivindicações da sociedade de respeito a valores insuprimíveis do homem, daí porque, como já dissemos, subjacente a todo direito fundamental encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, *contemporaneamente, é uma contradição em si falar em direito fundamental absoluto.* Direitos fundamentais absolutos só existiam quando da formação do Estado de Direito, em período histórico que “justificava” a idéia de uma dimensão negativa dos direitos fundamentais, e que cravava na ordem jurídica limites intransponíveis aos Poderes Públicos.

O Poder Judiciário, na visão liberal, deveria apenas assegurar formalmente os direitos fundamentais catalogados pelo constituinte originário e reafirmados pelo Poder Legislativo. Os juízes deveriam se omitir em assumir uma posição ativa e participativa na relação jurídica processual, porque a relação processual em si, embora não fosse uma relação privada, servia plenamente às aspirações privadas das partes, de tal sorte que qualquer ingerência do Estado, por exemplo, na determinação de realização de provas de ofício, suprimindo a iniciativa das partes, seria vista como quebra do princípio “formal” de igualdade e ao mesmo tempo representaria ofensa ao princípio da imparcialidade do juiz.

Nessa órbita, os direitos fundamentais constituíam limites absolutos aos pronunciamentos jurisdicionais e, conseqüentemente, *atuavam como inibidores dos poderes do juiz*. Este deveria agir até onde encontrasse um direito fundamental. A partir daí, a atuação estatal seria considerada arbitrária e ilegítima. A concretização dos direitos fundamentais, por obra do Poder Judiciário, assentava-se na não violação desses mesmos direitos.

Quanto mais agressiva fosse a técnica processual e quanto mais diretamente ficasse exposto um direito fundamental à atuação do Estado, mais garantias cercavam a parte demandante contra essa mesma técnica. A segurança jurídica, por exemplo, até bem pouco tempo em nosso sistema jurídico, impedia, como regra geral, a efetivação de atos executivos, sem que o órgão jurisdicional obtivesse elevado grau de certeza.

A execução civil herdou os reflexos de nossa tradição romano-germânica, bastante apegada à necessidade de segurança. Lembre-se da finalidade subjacente a *actio iudicati*: convocar o devedor, passado o *tempus iudicati*, a satisfazer a obrigação inadimplida, mesmo que fundada em pronunciamento do magistrado, porque durante o *tempus iudicati* “poderia ter sido alterada”, em alguma medida, a relação jurídica obrigacional.

A execução fundada em título judicial, até o advento da Lei 11.232/2005, servia exatamente a esse sistema de busca constante pela segurança jurídica, que era reafirmada pela outorga de automático efeito suspensivo aos embargos do devedor, fundados em *quaisquer alegações*.

Todavia, se outrora os direitos fundamentais assumiam, na ordem jurídica, contornos de dogmas absolutos, essa concepção foi – ou merece ser – adaptada à realidade e às necessidades atuais de nossa sociedade, bastante diversas daquelas próprias dos movimentos liberais burgueses.

Hoje, os direitos fundamentais continuam a desempenhar o papel de elementos e de conquistas importantes ao homem. Traduzem igualmente reivindicações de proteção contra agressões do Estado e de particulares a esses valores irrenunciáveis. Não houve diminuição do grau de importância dos direitos fundamentais. Todavia, evoluiu-se para a noção de que eles existem, em regra, em

contraposição a outros direitos fundamentais, ambos com *idêntica relevância* para o homem e para o sistema jurídico, e ambos igualmente dignos da *mesma proteção* por parte do Estado.

Pois bem. Garante a Constituição Federal o acesso à justiça, nos termos do art. 5º, XXXV. Trata-se de direito fundamental da maior importância porque ele, constituindo um direito fundamental, garante a tutela de outros direitos fundamentais. Daí a razão pela qual merece – ou deveria merecer – por parte do Poder Judiciário especialíssima atenção.

Entretanto, esse direito fundamental – com o mesmo *status* constitucional, com a mesma importância, com idêntica força normativa etc. – tem sido minimizado pelos pronunciamentos jurisdicionais com base em outros direitos fundamentais como o contraditório, a ampla defesa (art. 5º, LV), o sigilo (art. 5º, X), a inviolabilidade da casa do devedor (art. 5º, XI), sem que exista justificativa suficiente para tanto. Tem-se entendido que estes últimos direitos fundamentais assumiriam tamanha importância, a ponto de serem praticamente absolutos.

Na execução civil, o problema se agrava, porque toda a estrutura procedimental da execução forçada gira em torno de medidas de agressão patrimonial e a consideração desses direitos como dogmas inflexíveis acaba por causar a erosão do igualmente importante e relevante direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Aliás, esse acesso, segundo a primeira dimensão dos direitos fundamentais, poderia ser visualizado como meramente formal, mas, hoje, exige-se que seja efetivo.

A inadequada compreensão do que são e de como se “comportam” os direitos fundamentais em conflito, diante do caso concreto, tem como consequência imediata uma fraca, formal e inefetiva atuação do Poder Judiciário quando se vale da técnica processual executiva. Essa postura constitui fonte de dano ao sistema e tem sido a responsável pela *perpetuação das execuções civis*.¹²⁸⁹

¹²⁸⁹ Sobre a efetividade dos direitos fundamentais mencione-se a lição de: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 65: “Aspecto que igualmente merece destaque diz com as efetivas dificuldades de proteção e implementação que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais da segunda e da terceira dimensões, apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais. (...). Aliás, ainda que no âmbito dos direitos da primeira dimensão o déficit de efetivação seja mais

Em nosso sentir, o primeiro passo na mudança desse estado de coisas é compreender que todos os direitos fundamentais possuem idêntica importância, não sendo possível escaloná-los em ordem crescente de relevância para o sistema jurídico.

Como um direito fundamental, em regra, existe em situação de contraposição a outro, são as circunstâncias do caso concreto que irão autorizar o juiz a ponderar qual direito fundamental terá maior peso e importância, e qual não terá. Esse último continuará sendo parte integrante da ordem jurídica e em outra situação litigiosa, pela variação das circunstâncias, o grau de peso e de importância poderá inverter-se.

Isso por si só destrói a ultrapassada idéia de que os direitos fundamentais constituem dogmas e, portanto, impedirá o que temos constatado em alguns pronunciamentos jurisdicionais, ou seja, uma espécie, *data venia*, de “preconceito” sempre que devedores invoquem suposta violação de algum direito fundamental.

Explicamos melhor: é muito comum, na leitura de pronunciamentos, percebermos que basta tão só que os devedores aleguem desrespeito a um direito fundamental, para que o órgão jurisdicional iniba a atuação dos mecanismos executivos. Por mais séria que possa ser a alegada violação, cabe ao magistrado confrontá-la com os direitos fundamentais em jogo, merecendo destaque o acesso à justiça, que, como temos defendido durante todo esse trabalho, não pode ser retórico e vazio de conteúdo prático, bem como o direito à razoável duração do processo.

Ademais, não basta apenas ao juiz contemporâneo partir do pressuposto da idêntica importância de direitos fundamentais colidentes e, no caso concreto, relativizar um ou outro. É preciso considerar que os próprios direitos fundamentais clássicos, pela mutação dos valores sociais, econômicos e culturais,

reduzido (pelo menos se considerarmos a possibilidade amplamente reconhecida de sua exigibilidade judicial), é preciso reconhecer que também nesta esfera longe nos encontramos, mesmo entre nós, de um patamar que possa considerar tendencialmente satisfatório. A vida, a dignidade da pessoa humana, as liberdades mais elementares continuam sendo espezinhas, mesmo que disponhamos ao menos, no direito pátrio, de todo um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais. O problema da efetividade é, portanto, algo comum a todos os direitos de todas as dimensões, mais uma razão para encarmos com certo ceticismo o reconhecimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, antes mesmo de logramos outorgar aos direitos das três primeiras dimensões sua plena eficácia jurídica e social”.

ganharam novas feições e devem ser compreendidos segundo o que esses valores informam o que eles expressam *atualmente*.

Os direitos fundamentais têm modificado sua substância, não pela alteração das normas constitucionais em que se encontram positivados, mas pela mudança do sentido que a própria sociedade imprime e que não pode ser desconsiderado. Ou seja, a norma constitucional mantém-se íntegra, mas os *direitos fundamentais são revitalizados constantemente em seus sentidos pelas vicissitudes sociais*.¹²⁹⁰

Logo, se o acesso à justiça no Estado de Direito denotava por parte do Estado a outorga de respostas formais, que assegurassem, em tese, o direito reconhecido e descrito nas normas, hoje esse acesso deve expressar, por parte dos órgãos jurisdicionais, respostas concretas e efetivas de tutela.

Por outro lado, os direitos fundamentais de primeira dimensão não podem ser enfocados como núcleos intangíveis, *mas devem ser adequadamente balanceados com outros direitos fundamentais*, especialmente o acesso à justiça e à razoável duração do processo, podendo perfeitamente ceder, em importância, no caso concreto, em prol desses últimos.

Os juízes, na concretização de seus poderes, assumem especial importância nesse papel de conformação dos direitos fundamentais às necessidades atuais dos homens.¹²⁹¹ Serão os pronunciamentos jurisdicionais que manterão “vivos” os direitos fundamentais, i.e., rentes ao sentido que a sociedade atual lhes confere. As decisões judiciais agregam aos direitos fundamentais os valores sociais

¹²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 63: “Neste contexto, aponta-se para a circunstância de que, na esfera do direito constitucional interno, esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes ‘novos’ direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais. Com efeito, basta aqui uma referência ao crescente controle do indivíduo por meio dos recursos de informática, tais como redes e bancos de dados pessoais, novas técnicas de investigação na esfera do processo penal, avanços científicos (atente-se para a recente controvérsia em torno da fabricação de clones humanos ou mesmo dos assim designados ‘direitos reprodutivos’), bem como as ameaças da poluição ambiental, apenas para nos atermos aos exemplos mais habituais”.

¹²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 223 enfatiza que o Estado “em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.”

contemporâneos, garantindo a permanente revitalização da fundamentalidade material.

Todavia, se o órgão jurisdicional, apesar da inegável mutação axiológica por que passa a sociedade, ainda se mantiver preso a concepções originárias ou clássicas dos direitos fundamentais, seus pronunciamentos, ao contrário de constituírem fonte permanente de atualização dos direitos fundamentais, serão na verdade fonte de agressão desses mesmos direitos, a começar pelo direito fundamental da igualdade. Sim, pois tratar o devedor de maneira privilegiada em detrimento do credor, sem que exista qualquer fundamento constitucional para tanto, é ferir um dos mais elementares direitos fundamentais expressamente catalogados na Constituição Federal, que é o direito à igualdade *material* de todos perante a lei (art. 5º, *caput*, da CF).

Nesse sentido, merece destaque a lição de Konrad Hesse¹²⁹² que tece relevantes argumentos em prol da manutenção da eficácia das normas constitucionais pela encampação constantes dos valores contemporâneos da sociedade. As normas garantidoras de direitos fundamentais possuem uma estrutura aberta e prospectiva à recepção desses novos valores, que se alojam na norma conferindo-lhe constante atualidade e aplicabilidade.

Segundo Hesse,¹²⁹³ a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade e a sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa “pretensão de eficácia” não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão de diferentes formas numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas, aqui, as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, de tal sorte que a pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.

Ressalta Konrad Hesse¹²⁹⁴ que a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua

¹²⁹² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 14.

¹²⁹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 14-15.

¹²⁹⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 19.

ordenação objetiva. Destaca que a Constituição logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente.¹²⁹⁵ Essa força também é *vivificada* se houver o que Hesse chama de “vontade de Constituição”, ou seja, vontade de cumprir as tarefas enunciadas pelo Texto Constitucional.¹²⁹⁶ Enfim, um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis.¹²⁹⁷

A vontade de cumprir as tarefas enunciadas pela Constituição vincula-se diretamente – embora não exclusivamente - à atividade jurisdicional. Os pronunciamentos jurisdicionais, ao observarem no processo decisório os sentidos contemporâneos das normas definidoras e garantidoras de direitos fundamentais, estarão exercendo o que Hesse chamou de “vontade de Constituição”.

Por fim, Hesse¹²⁹⁸ afirma que a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Ademais, uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária, constituindo a dinâmica da interpretação construtiva condição fundamental para a força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade e, caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

Sob outra angulação, a visão atual do Estado contemporâneo não está mais presa às idéias liberais da primeira dimensão dos direitos fundamentais, que os enxergavam como “direitos defesa” e exigiam “neutralidade” do órgão

¹²⁹⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 19.

¹²⁹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 19-20: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem”. O eminente professor chama essa vontade de “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*). Prossegue (Idem, p. 19-20): “Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento”

¹²⁹⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 21.

¹²⁹⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 22-23.

jurisdicional. Essa neutralidade, bem sabemos era aparente, e houve necessidade de que os direitos fundamentais ganhassem novos contornos de acordo com as exigências da sociedade, falando-se então em direitos fundamentais como prestações do Estado.

Como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet,¹²⁹⁹ a “função defensiva” dos direitos fundamentais não conduz, atualmente, à exclusão total do Estado, mas, sim, à formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito da liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão.

Na lição de Dalmo de Abreu Dallari,¹³⁰⁰ as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes.

Se o Estado passou a ser obrigado a intervir em áreas como saúde, educação, moradia etc., também nas relações jurídicas processuais alterou-se – ou deveria ter sido alterada – a postura do juiz na condução do instrumento de efetivação do direito material.

O juiz, nesse contexto, não pode mais ser sujeito do processo descomprometido com os resultados de sua atividade. A imparcialidade assume, agora, feições totalmente diferentes daquelas idealizadas pelos pensadores do século XVIII, os quais supunham que a segurança jurídica seria atingida pela inação do juiz e pela contenção de seus poderes.

Juiz imparcial não é juiz descomprometido com a eficácia do instrumento processual que maneja. Ser participativo, determinando diligências de

¹²⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 198.

¹³⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 186-187: “Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma está superado, reorganizando-se completamente o Estado de modo a conciliar a necessidade de eficiência, com os princípios democráticos”.

ofício, impedindo práticas ilícitas por parte do devedor, ponderando direitos fundamentais de ambas as partes – *e não apenas do devedor* – está muito longe de significar que o magistrado está ferindo uma das faces do princípio do juiz natural: a imparcialidade.

Se parcialidade é preocupar-se com os resultados efetivos a serem atingidos através do processo, é impedir que resistências maliciosas do devedor constituam fonte de perpetuação das execuções, é contornar as deficiências da técnica por meio de interpretação que busque a máxima efetividade do direito fundamental de acesso à justiça, então pode-se dizer que o juiz contemporâneo e que dirige as execuções deve ser um juiz “parcial”, sem que desta “parcialidade” decorra qualquer consequência administrativa, civil ou penal para o juiz.

Este trabalho, nesse sentido, não tem o menor receio de ser “parcial”. É impossível diante da notória inefetividade da execução forçada, assumir uma postura “imparcial”, no sentido de ser indiferente a esse estado de coisas.

Essa postura ativa e participativa em toda e qualquer relação jurídica processual é crucial na execução civil pela natural dificuldade de implementação dos atos executivos. São raras as situações em que os devedores, podendo, indicam ao juízo bens de seu patrimônio. O comportamento recalcitrante do devedor em satisfazer sua obrigação obriga o Estado-juiz a ter que desenvolver inúmeras diligências visando a localizar patrimônio penhorável.

Mas não é só. Se os magistrados não compreenderem as reais dimensões de todos os direitos fundamentais, se não assumirem uma postura ativa e participativa no desenvolvimento da relação jurídica processual executiva, autônoma ou como fase em processo sincrético, essa posição inerente e notoriamente nociva diante do processo e do sistema afetará um dos mais importantes valores do Direito, que é a segurança jurídica.

Destaca-se, nesse sentido, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁰¹, que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional.

¹³⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 71.

Com base nas lições de Marcelo Lima Guerra,¹³⁰² podemos dizer que os direitos fundamentais, enquanto normas com estrutura de princípio, comandam a realização de determinados fins, representativos de valores importantíssimos à sociedade. Esses fins serão atingidos através de condutas. Se as normas representativas de direitos fundamentais comandam a realização de um fim, comandam, igualmente, a adoção dos meios aptos para tanto. Esses meios encontram-se previstos nas regras jurídicas. Logo, as regras jurídicas são informadas pelos princípios fundamentais, porque estes implicam o conteúdo das regras.

Deve-se resgatar a confiança daqueles que acionam a jurisdição, pela via executiva, de que esta cumprirá sua finalidade. Sempre que a execução mostre-se infrutífera, podendo ser frutífera, aumenta-se o descrédito do jurisdicionado na atuação do Poder Judiciário. Essa situação, em nosso sentir, é de altíssima gravidade.

A execução, às vezes, não atinge suas finalidades, por obstáculos que se pode dizer são quase intransponíveis. De fato, às vezes, apesar da participação ativa na condução do processo por parte do juiz, apesar de várias diligências dos oficiais de justiça, inclusive junto a órgãos públicos de registro de bens, e apesar da realização de pesquisas nesse sentido também por parte dos credores, não sejam localizados quaisquer bens passíveis de constrição, ou ainda, os que foram localizados são absolutamente impenhoráveis. A execução nesse caso mostra-se infrutífera por fatores que não podem ser vencidos pela atuação do órgão jurisdicional na concretização de poderes que lhe investe o Estado.

O que não concordamos é com aquelas situações em que, pela deficiente atuação do órgão jurisdicional uma execução que tinha plenas condições de ultimar seus resultados, acabe não os atingindo. Os fatores anteriormente apontados, vinculados aos direitos fundamentais e à postura do magistrado, acabam contribuindo para esse estado de coisas. Ora, é de fácil ilação que a segurança jurídica restará comprometida sempre que, podendo uma execução atingir e exaurir

¹³⁰² GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 87-88.

sua finalidade satisfativa, não o faça pela inadequada atuação do órgão jurisdicional ou pelo equivocado balanço entre os princípios fundamentais em jogo.

Já ressaltou Dinamarco que a condição de frutífera ou de infrutífera de uma execução depende de uma série de circunstâncias, mas especialmente “da solicitude do órgão jurisdicional”.¹³⁰³

Se a técnica processual deve acompanhar as necessidades diferenciadas de tutela emergentes das relações substanciais, cabe ao juiz, na direção do instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, conformá-lo às atuais dimensões desses mesmos direitos.

Considerando que o acesso à justiça deve ser adequado, tempestivo e eficaz; que o processo deve entregar à parte aquilo e exatamente aquilo que ela tem o direito de obter e não deve traduzir dano àquele que tem razão; que as demandas não podem se eternizar, mas ao contrário devem atingir os resultados almejados pelo sistema em tempo razoável; e, que o juiz, como órgão do Estado, investido legitimamente de parcela de soberania estatal tem a responsabilidade e o dever de dirigir a execução civil de modo que através dela o direito do credor seja satisfeito, entendemos que, do conjunto de direitos fundamentais emergentes da Constituição Federal, especialmente o direito ao acesso à justiça, à razoável duração do processo, à igualdade material de todos perante a lei, pode-se extrair um princípio implícito ou decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal e diretamente ligado à execução forçada, qual seja, *o direito fundamental à efetividade da execução civil*.

Encontramos, na doutrina nacional, apoio ao nosso posicionamento nas lições de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier,¹³⁰⁴ que ressaltam:

“(...) de nada adiantaria o reconhecimento, no plano constitucional, de um número expressivo de direitos fundamentais, se a seu lado não se garantisse, também, um conjunto de instrumentos eficazes para sua própria e efetiva realização. Vale dizer que o *direito à efetividade da*

¹³⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 58, p. 100.

¹³⁰⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*, p. 23.

jurisdição é um direito fundamental instrumental, pois sua inefetividade compromete a efetividade de todos os outros direitos fundamentais”.

Sérgio Shimura¹³⁰⁵ destaca que o direito ao processo é um *direito fundamental instrumental*, “pois o reconhecimento de rico elenco de direitos fundamentais (individuais e coletivos) no plano constitucional, sem a simultânea previsão de instrumentos processuais aptos a proporcionar sua eficaz e efetiva realização, resultaria no próprio esvaziamento da idéia de direitos fundamentais”.

Marcelo Lima Guerra¹³⁰⁶ também perfilha o entendimento de que existe um *direito fundamental à tutela executiva*, justificando que, não obstante toda problemática da efetividade da jurisdição possa ser reconduzida à cláusula genérica do devido processo legal, a técnica de se diferenciar as diversas garantias emergentes da Constituição facilita o trabalho do intérprete.

Segundo esse autor,¹³⁰⁷ o direito fundamental à tutela executiva corresponde precisamente à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva, de tal sorte que se traduz na *exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo*.

Ressalta ainda Marcelo Lima Guerra,¹³⁰⁸ que *a exigência de um sistema completo de tutela executiva passa a gozar do regime especial dos direitos fundamentais*, devendo ser concretizado pelos órgãos jurisdicionais, independentemente de qualquer intervenção legislativa.

Alista o citado autor¹³⁰⁹ as seguintes conclusões diretamente emergentes da aceitação do direito fundamental à tutela executiva:

a) O juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva;

¹³⁰⁵ SHIMURA, Sérgio. A execução na reforma de 2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 547, 2006.

¹³⁰⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 101.

¹³⁰⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 102.

¹³⁰⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 103.

¹³⁰⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 103-104.

b) O juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição não for justificável pela proteção de outro direito fundamental;

c) O juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, *mesmo que não previstos em lei*, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.

Essas conclusões vão ao encontro de tudo aquilo que temos sustentado ao longo desse trabalho, ou seja, elas denotam a necessidade de que os juízes direcionem a concretização de seus poderes, não apenas pelos conteúdos das regras, mas a partir dos direitos fundamentais complementados pelo conteúdo das regras jurídicas, porque onde essas se mostrarem ineficazes o órgão jurisdicional poderá contornar sua deficiência com a adoção de outras medidas que, atingirão a mesma finalidade para a qual as regras foram criadas e não se mostram operativas.

A aceitação da existência de um direito fundamental à efetividade da execução civil impõe, obriga, vincula e condiciona a atividade jurisdicional executiva à busca de resultados concretos, práticos, materiais em prol do credor. De fato, ninguém ousaria dizer que a execução, sendo ela decorrente de um direito fundamental extraído da Constituição Federal, deveria ser tratada de uma maneira menos efetiva do que as outras técnicas processuais previstas no Código de Processo Civil. Essa é outra equivocada concepção, qual seja a de tratar a execução com uma técnica “menos importante” dentro do sistema jurídico, que jamais aceitamos.

A execução civil possui idêntica dignidade constitucional, quando comparada a qualquer espécie de demanda ou de técnica processual. Por essa razão constitui manifesta incoerência pensar – e mais grave incoerência ainda interpretar e operacionalizar – as demandas cognitivas com o “espírito” de efetividade das Reformas que têm sofrido o Código de Processo Civil, e simplesmente não permitir que semelhante concepção possa penetrar nas rígidas estruturas das regras que regulam o procedimento *in executivis*.

Aqui reside mais um ponto de coincidência entre nosso posicionamento e o de Marcelo Lima Guerra,¹³¹⁰ que observa ser possível chegar à conclusão de que a execução civil merece ser focalizada pelo valor jurídico da efetividade da jurisdição, ainda que não se aceite a existência de um direito fundamental à tutela executiva.

Diz citado jurista que o art. 461, § 5º, do CPC, poderia ser interpretado extensivamente, em nome do princípio da isonomia. Isso porque não haveria razão para que a obrigação de fazer e não fazer, não consagrada em título executivo extrajudicial, tenha mecanismos de satisfação *in executivis* de seu crédito mais eficazes do que o credor de outras obrigações, inclusive a de pagar quantia certa.

É em nome dessa *isonomia* entre os processos sincréticos e a execução forçada que Marcelo Lima Guerra¹³¹¹ sustenta que o juiz detém o poder, *em qualquer espécie de execução, fundada em qualquer espécie de obrigação, para adotar meios executivos não previstos em lei*, sempre que aqueles que estiverem previstos se mostrem ineficazes para tutelar o direito do credor. Essa amplitude do poder jurisdicional funda-se no dever que possuem os juízes de concretizar o direito

¹³¹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 105, nota de rodapé n. 45.

¹³¹¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 104: “Uma vez identificado o direito fundamental à tutela executiva, se pode agora aquilatar, mais adequadamente, aquelas situações denominadas *insuficiência de meios executivos previstos na lei*. Realmente, sempre que o meio executivo previsto na lei não for capaz de proporcionar uma *pronta e integral* satisfação do credor, tem-se uma *denegação de tutela executiva*, o que consiste em autêntica *violação do direito fundamental à tutela executiva*. Assim, justifica-se porque mesmo na ausência de uma norma infraconstitucional que explicita o poder-dever do juiz adotar meios executivos não previstos na lei, este poder existe como corolário da existência do direito fundamental à tutela executiva. Nessa ordem de idéias, é possível formular aquela que é talvez a conclusão mais importante do presente trabalho, a saber, o § 5º do art. 461 do CPC, como norma que reconhece expressamente, o poder do juiz determinar medidas executivas não previstas em lei, nas ‘ações tendentes ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer’, representa uma *concretização apenas parcial do direito fundamental aos meios executivos*. Dessa forma, à luz do que se disse, é lícito concluir que não apenas no âmbito das ações disciplinadas pelo art. 461 do CPC, *mas em qualquer caso de prestação de tutela executiva o juiz está autorizado, pela Constituição, a adotar os meios executivos que se revelarem necessários, ainda que não previstos em lei, para proporcionar uma integral prestação de tutela executiva*. Tal conclusão, formulada em termos genéricos, significa, mais concretamente, que o direito fundamental à tutela executiva autoriza o juiz a adotar as medidas que se revelarem mais adequadas a proporcionar pronta e integral tutela executiva, ainda, e sobretudo, que não previstas em lei: a) a qualquer que seja a modalidade da obrigação a ser tutelada *in executivis*, de dar dinheiro ou coisa diversa, fazer ou não fazer; b) qualquer que seja o título executivo, judicial ou extrajudicial, que fundamente a execução; c) qualquer que seja o modelo estrutural adotado pelo legislador para o *módulo processual executivo*, seja disciplinando-o como *processo de execução autônomo*, seja disciplinando-o como mera *fase executiva* de um ‘processo sincrético’”.

fundamental à tutela jurisdicional executiva. Concordamos integralmente com suas colocações.

Colhe-se, igualmente, no direito comparado posicionamento que confirma nossas conclusões.

Mencione-se, por oportuno, o posicionamento de Canotilho¹³¹² que alista o direito à execução como uma das dimensões jurídico-constitucionais do acesso à justiça. Salienta esse constitucionalista que a existência de uma proteção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças através dos tribunais, devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Entende, destarte, o constitucionalista português que *o Estado deve dar respostas efetivas e concretas aos direitos que reconhece*. Ou seja, a execução é o lado concreto do direito fundamental de acesso à justiça.

O reconhecimento de um direito fundamental à efetividade da execução civil soma-se aos direitos fundamentais de acesso à justiça, à razoável duração do processo, à igualdade material do credor, para garantir ao juiz, também no segmento executivo, autônomo ou como fase de processo sincrético, grandes poderes para adequadamente tutelar o direito do credor. Mas não é só. Evidenciar um direito fundamental implícito ou decorrente, confere ao credor o direito de exigir do órgão jurisdicional uma postura ativa e participativa na relação jurídica processual executiva.

De fato, não há mais qualquer sentido em querer construir um sistema processual efetivo apenas para as demandas cognitivas. Todas as demandas gozam de idêntica importância e todas elas conectam-se às matrizes constitucionais de acesso à justiça e da razoável duração do processo. Todas devem ser efetivas e não há demanda que tenha que ser “mais efetiva” do que a execução civil.

Só assim haverá a “vontade de Constituição” a que aludiu Hesse, porque essa vontade não pode mais continuar a existir apenas para demandas cognitivas ou para o devedor, nas execuções.

¹³¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 468.

As características dos direitos fundamentais e as regras de hermenêutica que lhe são próprias guiam a concretização dos poderes dos juízes, na execução, de modo a dela extrair a máxima efetividade possível. Quanto aos direitos fundamentais do devedor, eles continuam a subsistir, mas não naquela dimensão clássica e originária (“direitos defesa”) e que se não for urgentemente abandonada pelo Poder Judiciário continuará a impedir que a execução constitua instrumento efetivo da jurisdição.

3.11 Classificação dos poderes do juiz na execução civil

3.11.1 Considerações preliminares

Nesta parte do trabalho, concentraremos nossos esforços numa tentativa de sistematização dos poderes do juiz, na execução civil.

A primeira dificuldade reside na ausência de trabalhos científicos específicos sobre o tema em questão.

A obras e artigos doutrinários, em regra, dizem respeito aos poderes do juiz *no processo de conhecimento*. Entretanto, os poderes do juiz concretizam-se de maneira diversa, de acordo com a técnica processual em que são exercidos, e nem sempre podem ser agrupados em categorias comuns pertencentes a todos os tipos de função jurisdicional.

Por essa razão, nem sempre é possível aceitar as classificações adotadas para as demandas cognitivas, sem antes realizarmos as indispensáveis adaptações à estrutura e à funcionalidade da execução forçada.

Sob outra angulação, as classificações nem sempre se baseiam nos mesmos critérios. Algumas são bastante concisas, dividindo os poderes do juiz em apenas duas espécies, segundo digam respeito a poderes jurisdicionais ou administrativos. Outras preferem examinar os poderes do juiz no que diz respeito às

diversas atividades que ele deve exercer nas demandas, sendo, portanto, bastante extensas.

Assim, examinaremos algumas classificações dos poderes do juiz que são adotadas por respeitável doutrina nacional e estrangeira, e verificaremos a possibilidade de adotarmos essas classificações, com as adaptações necessárias, à técnica executiva.

Neste tópico do trabalho, procuraremos classificar os diversos poderes exercidos pelo juiz na execução civil, pontuando seus traços característicos.

Deixaremos para uma etapa seguinte o exame de como o juiz maneja seus diversos poderes na execução civil, nas etapas em que ela pode ser dividida, ou seja, fase postulatória, fase instrutória e fase satisfativa, quando então dedicaremos maior atenção aos exemplos colhidos da jurisprudência.

Isso porque, como veremos adiante, os diversos poderes jurisdicionais que alistaremos podem ser exercidos pelos juízes em mais de uma dessas fases, e alguns em todas elas. Logo, se optássemos por analisar os diversos aspectos ligados a cada poder jurisdicional, isoladamente, limitaríamos nosso objeto de estudo.

Por outro lado, a análise dos poderes jurisdicionais em cada fase da execução, em nosso entender, mostra-se mais didática na medida em que facilitará o exame dos diversos temas que gravitam ao redor dos poderes jurisdicionais. Isso porque, previamente, já teremos verificado quais são os possíveis poderes do juiz na execução, cabendo então verificar como eles são exercidos.

Diante da inexistência de uniformidade no tratamento das classificações dos poderes jurisdicionais, qualquer opção que se adote correrá inevitavelmente o risco de não ser completa. Todavia, não é nossa pretensão ungir a classificação que adotaremos com matiz de dogma. Aliás este trabalho tem se ocupado de relativizar os dogmas.

Nosso objetivo, através de uma tentativa de sistematização dos poderes do juiz, visa apenas a auxiliar a análise de como os magistrados podem e devem operar a execução civil para melhor tutelar o direito do credor, de maneira legítima.

Enfim, a classificação que seguiremos *tem função instrumental* em relação à compreensão dos poderes dos juízes. Logo, fica definitivamente afastada qualquer possibilidade de que seja desprovida de um sentido prático.

Tentaremos encontrar pontos comuns nas diversas classificações, a fim de alijar aparentes contradições entre elas. Não haveria sentido em desprezar posicionamentos doutrinários consagrados e perfeitamente adaptáveis às finalidades desta tese. Tentaremos aproveitar classificações marcadas por acentuada generalização. Todavia, alguns poderes, não obstante possam ser enfocados como pertencentes a alguma dessas classificações, serão estudados em separado sempre que se mostrar útil para a melhor compreensão do tema.

Essas são algumas premissas importantes que nos auxiliarão a apontar algumas sugestões que representem possíveis caminhos para que os magistrados, através dos poderes que o Estado lhes investe, possam transformar a execução civil em instrumento efetivo de tutela jurisdicional.

3.11.2 As classificações dos poderes do juiz adotadas pela doutrina nacional e estrangeira

Moacyr Amaral Santos¹³¹³ classifica em duas espécies os poderes do juiz, segundo se trate de poderes que exerce como sujeito da relação processual, ou como autoridade, mas visando ao normal desenvolvimento desta. Assim, numa primeira classificação diz que os poderes dos juízes podem ser *poderes jurisdicionais* e *poderes de polícia*.

Por *poderes jurisdicionais*, entendem-se os poderes que o juiz exerce no processo, no exercício da função jurisdicional, como sujeito da relação processual, desde o instante em que é acionada jurisdição até a completa realização de sua finalidade.

¹³¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 282 e ss.

Já os *poderes de polícia* o juiz exerce não como sujeito da relação processual, mas como autoridade judiciária, assegurando a ordem dos trabalhos forenses, quando perturbada ou ameaçada por pessoas estranhas ao processo.¹³¹⁴

Estabelece o art. 445 do CPC que o juiz exerce o poder de polícia, competindo-lhe: I – manter a ordem e o decoro na audiência; II – ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente; III – requisitar, quando necessário, a força policial.

Por outro lado, o juiz também exerce o poder de polícia quando, nos termos do art. 446, III, do CPC, exorta os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade. Ademais, enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados não podem intervir ou apartear, sem licença do juiz (art. 446, parágrafo único do CPC).

Outra forma de exercício do poder de polícia encontra-se disciplinada no art. 15 do CPC. Com efeito, preceitua referido dispositivo legal que é defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las, e, quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

Os poderes jurisdicionais podem ser subdivididos em *poderes ordinatórios ou instrumentais*, *poderes instrutórios* e *poderes finais*.¹³¹⁵

Os *poderes ordinatórios ou instrumentais* são os poderes atribuídos aos juízes na direção do processo e se traduzem em provimentos destinados ao desenvolvimento do processo, qualquer que seja o tipo deste.¹³¹⁶ Os magistrados exercem-nos desde quando a demanda é proposta, e deles se valem para garantir um regular e célere, porém equilibrado, desenvolvimento da relação jurídica processual

¹³¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 282.

¹³¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 282.

¹³¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 282.

a fim de que sejam realizados os objetivos relacionados à função jurisdicional (cognitiva, executiva ou cautelar).¹³¹⁷

Estabelece o art. 125, *caput*, do CPC, que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código, competindo-lhe, entre outros deveres, o de velar pela rápida solução do litígio (inciso II).

Nos poderes ordinatórios se incluem:¹³¹⁸

Poderes de inspeção, tais como: a) verificação da regularidade da petição inicial (arts. 284, 285, 295 e 267, I, do CPC); b) verificação da capacidade processual e representação das partes (arts. 267, V, e 329 do CPC); c) verificação de regularidade e nulidades (arts. 244-249 do CPC); c) verificação do aproveitamento dos atos (art. 250 do CPC);

Poderes de concessão ou de recusa, tais como: a) o de abreviar ou de prorrogar prazos (art. 181, *in fine* e art. 182 do CPC); b) o de ordenar ou indeferir diligências (art. 130 do CPC);

Poderes de nomeação, tais como: a) nomeação de serventuário *ad hoc* (art. 142 do CPC); b) nomeação de curador especial (art. 9º do CPC);

Poderes de repressão, tais como: a) o de impor multa por lançamento de cotas marginais ou interlineares (art. 161 do CPC); b) o de punir o litigante que procede de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC); c) o de impedir se sirvam as partes do processo para realizar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei (art. 129 do CPC).

¹³¹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 283-283. Segundo esse autor (Idem, p. 283): “Extensíssimo o campo de poderes ordinatórios, ditos também *instrumentais*, atribuídos ao juiz, no uso dos quais dá desenvolvimento ao processo. Basta considerar ser atribuído ao juiz o *poder de direção do processo*, conforme o qual, na linguagem do Código de Processo Civil, art. 125, ‘o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código’, velando ‘pela rápida solução do litígio’. Provocada a jurisdição, instaurado o processo, nasce para o juiz, como órgão estatal, o interesse em que o mesmo se desenvolva e conclua *regular e rapidamente*, para com justiça e presteza satisfazer a prestação jurisdicional a que está obrigado. Esse interesse de natureza pública, aliado àquele outro, já várias vezes aludido, de compor a lide, assegurando ou restabelecendo a paz social, exigem um juiz ativo, que faça o processo marchar, em direção à providência jurisdicional a que visa, não só normalmente, segundo os princípios e regras atinentes ao procedimento, isento de falhas ou vícios, mas também rapidamente, de modo que a prestação jurisdicional no mais breve prazo se concretize naquela providência, com a atuação da lei ao caso. Daí o poder de dirigir o processo, que o juiz tem, livre de obstáculos e tropeços criados pelas partes, seus advogados ou terceiros, conquanto no uso desse poder não deva exceder-se por forma a ferir ou desprestigiar direitos processuais das partes e mais interessados. Vale dizer, o juiz dirigirá o processo por forma que se desenvolva normal e rapidamente, respeitados os direitos processuais das partes e de terceiros. Isto é, sem prejuízo da defesa dos interessados. No poder de direção do processo se compreendem poderes *ordinatórios* e poderes *instrutórios*”.

¹³¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 283-284.

Poderes de iniciativa, tais como: a) o de ordenar a citação de litisconsortes necessários para integrarem a relação processual (art. 47, parágrafo único, do CPC); b) o de ordenar a reunião de processos respeitantes a ações conexas (art. 105 do CPC); c) o de ordenar a integração da representação processual (art. 13 do CPC); d) o de ordenar o suprimento das nulidades sanáveis, bem como a correção das irregularidades (art. 327 do CPC); e) o de corrigir inexatidões materiais, devidas a lapso manifesto, e erros de escrita ou de cálculo, existentes na sentença (art. 463, I, do CPC).

Os poderes instrutórios concernem à colheita da prova dos fatos alegados pelas partes, isto é, à formação do material de convicção em que há de fundamentar-se a decisão. Dizem respeito à preparação da demanda para o provimento final. De tais poderes os juízes se valem, de modo particular, nos processos de conhecimento e cautelar.¹³¹⁹ Apesar de caber às partes, em regra, a indicação das provas a serem produzidas, avulta no processo probatório a função do juiz, quer para admiti-las, quer na sua produção e apreciação.¹³²⁰

Através dos poderes instrutórios, o magistrado recolherá elementos de convicção para o julgamento da lide, verificando o que foi alegado e provado no curso do processo e observando as regras de distribuição do ônus da prova estabelecidas no art. 333, I e II, do CPC.

Nos poderes instrutórios se compreendem:¹³²¹

Poderes de inspeção, tais como: a) o de indeferir diligências probatórias inúteis ou requeridas com propósito protelatório (art. 130 do CPC); b) o de inquirir as partes e as testemunhas (arts. 342, 344 e 413 do CPC); c) o de inspecionar pessoas, lugares ou coisas (art. 440 do CPC);

Poderes de concessão ou recusa, tais como: a) o de ordenar ou indeferir diligências (art. 130 do CPC); b) o de indeferir pedido de perícia (art. 420, parágrafo único, do CPC), bem como o de indeferir quesitos impertinentes (art. 426, I, do CPC); c) o de indeferir perguntas impertinentes às testemunhas (art. 416, §§ 1º e 2º do CPC); d) o de conceder nova perícia (art. 437 do CPC);

¹³¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 282.

¹³²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 284.

¹³²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 284-285.

Poderes de repressão, tais como: a) o de punir perito desidioso ou que, por dolo ou culpa grave, preste informações inverídicas ou que, sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado (arts. 147 e 424, II, e parágrafo do CPC); b) o de punir a testemunha que se negar comparecer (art. 412 do CPC);

Poderes de apreciação da prova, tais como: a) o de formar livremente seu convencimento quanto aos fatos e circunstâncias constantes dos autos (art. 131 do CPC); b) o de presumir a existência de confissão (arts. 343, § 2º, 345 e 319 do CPC); c) o de não ficar adstrito ao laudo pericial (art. 436 do CPC);

Poderes de iniciativa, tais como: a) o de ordenar diligências necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC); b) o de ouvir terceiras pessoas referidas no processo ou ordenar a exibição de documento (art. 418, I e 382); c) o de requisitar certidões a repartições públicas (art. 399 do CPC); d) o de acarear testemunhas (art. 418, II, do CPC); e) o de ordenar nova perícia (art. 437 do CPC).

Segundo Moacyr Amaral Santos,¹³²² possui ainda o juiz *poderes finais* ou *decisórios finais*, que o juiz exerce ao proferir sentenças, e os *poderes satisfativos* ou *executórios*, exercidos pelos juízes no processo de execução.¹³²³

Para José Frederico Marques,¹³²⁴ os poderes que o juiz exerce no processo são aqueles decorrentes da função jurisdicional de que está investido. Tais poderes podem denominar-se de *jurisdicionais*, porque os juízes os exercem dentro do processo. Destinam-se a prover a regularidade do processo, evitando que se escoe a substância dos atos processuais, através de irregularidades de rito e de ordem formal, bem como visam a promover medidas que assegurem a justa aplicação do direito objetivo.¹³²⁵

Outros há, porém, de caráter *administrativo*, que são exercidos pelos magistrados “em torno do processo”, para que este se desenvolva regularmente, sem tumultos ou desvios perturbadores. Com estes poderes de *polícia processual*

¹³²² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 286.

¹³²³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 282 e p. 285.

¹³²⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 136.

¹³²⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 136-137.

impedem-se e reprimem-se atos tumultuários que dificultem a realização da atividade processual, perturbando-a de “fora para dentro”.¹³²⁶ Esses poderes não se confundem com seu poder disciplinar, pois enquanto este recai sobre pessoas que ao juiz estão ligadas por vínculo particular de dependência no processo, o poder de polícia atua sobre pessoas do público que não têm relação alguma de dependência para com o magistrado.¹³²⁷

Quanto aos poderes jurisdicionais, segundo classificação de José Frederico Marques, estes podem ser *instrumentais* ou de *vinculação final*. Este último (*poder decisório final*) compreende o poder de julgar a lide, bem como o poder de determinar alguns atos executórios.¹³²⁸ O poder instrumental ou ordinatório abrange os provimentos decisórios que não digam respeito à solução final da lide, mas visam tão-só a dar solução a incidentes, para que o movimento processual se realize plenamente, removendo obstáculos, ou orientando a sucessão de atos destinados à preparação das providências finais do procedimento.¹³²⁹

A classificação de Moacyr Amaral Santos é adotada expressamente por Celso Agrícola Barbi, que a reproduz.¹³³⁰

Sálvio de Figueiredo Teixeira¹³³¹ diz que múltiplos e variados são os poderes do juiz, reflexo da polimorfa atividade desenvolvida por ele. Em dois grandes grupos podem ser agasalhados. No primeiro encontram-se os poderes denominados *administrativos* (ou de polícia), e no segundo, os chamados *jurisdicionais*. Entre aqueles, estão os que objetivam assegurar a ordem e o decoro que devem caracterizar o processo. No elenco dos poderes jurisdicionais, três subgrupos são geralmente apontados: os ordinários ou instrumentais, que se destinam ao desenvolvimento do processo; os instrutórios, que se destinam à colheita de prova; e os finais, que se destinam às decisões e às providências satisfativas.

¹³²⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 137.

¹³²⁷ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 139.

¹³²⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 139-140.

¹³²⁹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 140.

¹³³⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 314.

¹³³¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz em face do Código de Processo Civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 12, p. 174. mar.- 1978.

Ressalta esse autor¹³³² que, adotado hoje o conceito de que a finalidade do processo não é a proteção pura e simples dos direitos subjetivos, mas sobretudo a atuação do direito objetivo, não se admite mais o juiz inerte, passivo, e a ampliação dos seus poderes se torna pressuposto fundamental à realização das atividades judicantes.

Pontes de Miranda¹³³³ ao se manifestar acerca dos poderes do juiz na direção do processo, destaca a existência de uma *direção formal do processo*, através da qual o juiz tem por fim a ordenação e a normalidade do processo, em sua marcha externa. Esse poder ele exerce quando fixa prazos, os encurta, ou os dilata, decreta abertura e encerramento das audiências, concede a palavra às partes e lhes vigia o tempo e as boas maneiras da exposição, ou ouve os peritos e testemunhas. Outrossim, também os exerce quando exclui a intervenção de pessoas que não sejam os advogados, ou repele os “amigos das partes”.

O policiamento da sala das audiências pelo juiz, ainda segundo as lições de Pontes de Miranda, não pertence à direção formal do processo, mas a ela se assemelha e dela só se distingue pelo caráter geral.¹³³⁴

Além da direção formal o juiz exerce também a *direção material do processo*, que é a atuação do juiz no intuito de conseguir que o material do processo se articule de modo que melhor se colha a verdade, se esclareçam as argumentações das partes, e se tenha visão do conjunto. Os poderes constantes do art. 125 são poderes de direção material, segundo esse autor. Cumular, reunir, separar, admitir, suspender, arquivar, são verbos que a supõem.¹³³⁵

Por outro lado, atribui a lei ao juiz *função saneadora*, para que se sanem as nulidades, se supram faltas e se corrija o que seja irregular.¹³³⁶

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹³³⁷ ensinam que, com o objetivo de dar ao juiz as

¹³³² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz em face do Código de Processo Civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 12, p. 174-175.

¹³³³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, p. 471.

¹³³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, p. 471.

¹³³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, p. 471-472.

¹³³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, p. 472.

¹³³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 302.

necessárias condições para o desempenho de suas funções, o Direito lhe atribui determinados poderes a serem exercidos no processo, ou por ocasião dele.

Tais poderes agrupam-se, segundo esses autores, em duas categorias principais: *poderes administrativos* ou de polícia, que se exercem por ocasião do processo, a fim de evitar a perturbação e de assegurar a ordem e decoro que devem envolvê-lo (arts. 445 e 446 do CPC: o juiz tem o poder de expulsar o inconveniente da sala de audiência, empregar a força policial etc.); *poderes jurisdicionais*, que se desenvolvem no próprio processo, subdividindo-se em *poderes-meios* (abrangendo os *ordinatórios*, que dizem respeito ao simples andamento processual, e os *instrutórios*, que se referem à formação do convencimento do juiz) e *poderes-fins* (que compreendem os decisórios e os de execução).

Cândido Rangel Dinamarco¹³³⁸ destaca que, sendo missão do Estado-juiz o exercício da jurisdição, ele atua no processo com o objetivo de preparar e afinal conceder a tutela pacificadora, que constitui solene promessa constitucional. O *ato-fim*, que exaure o exercício jurisdicional, é aquele com que o juiz outorga a uma das partes a tutela jurisdicional – a sentença de mérito no processo de conhecimento, ou a ordem de entrega do bem, no executivo.

Até chegar lá, ressalta esse autor,¹³³⁹ ele exerce as atividades preparatórias representadas pelos *atos-meio*. Profere despachos, com os quais ordena o processo e lhe dá impulso em direção ao objetivo final; decide pedidos e requerimentos das partes ao longo da vida do processo (*decisões interlocutórias*); realiza atos materiais, ouvindo testemunhas ou procedendo pessoalmente à inspeção de pessoas ou coisas. O Estado deposita no juiz, seu agente, os *poderes* que legitimam a realização desses atos.

Segundo Arruda Alvim,¹³⁴⁰ dividem-se os poderes dos juízes em *poderes jurisdicionais* (sentenças, decisões interlocutórias e despachos, nos termos do art. 162 do CPC) e *poderes de polícia* (arts. 15, 445, I a III, 446, arts. 600, I a IV e 601 do CPC). Os primeiros compreendem todos os atos, desde a formação da

¹³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. II, p. 228.

¹³³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 228.

¹³⁴⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 20-21.

relação jurídica processual, até a sentença. Os poderes de polícia dizem respeito aos poderes exercidos pelo juiz, não como autoridade judicante, mas simplesmente como *autoridade*, dado que ao juiz, continuamente, são levados problemas oriundos do exercício dos trabalhos forenses.

Galeno Lacerda¹³⁴¹ classifica os poderes dos juízes sob o enfoque procedimental em: *poderes quanto ao início do processo*, ressaltando a atividade saneadora manifestada desde o início do procedimento (arts. 13 e 295 do CPC); *poderes quanto ao andamento do processo*, especialmente quando profere decisão saneadora entre as fases postulatória e instrutória; *poderes quanto à descoberta da verdade*, diante do contido no art. 130 do CPC e que permite ao juiz a busca da verdade real mesmo nos processos dispositivos; *poder cautelar* exercido pelo magistrado sempre que houver necessidade de assegurar o resultado útil das funções de conhecimento ou de execução, inclusive, muitas vezes, *ex officio*; *poderes quanto à terminação do processo*, os quais englobam as sentenças terminativas e definitivas proferidas pelo juiz pelos variados motivos alistados nos arts. 267 e 269 do CPC.

No Direito Processual Civil italiano,¹³⁴² destaca-se o posicionamento de Giuseppe Chiovenda,¹³⁴³ para quem três são os poderes jurisdicionais: *de decisão*, *de coerção* e *de documentação*.

Utilizando-se do *poder de decisão*, o órgão jurisdicional decide a lide que lhe foi submetida, através de sentença, que, um vez transitada em julgado, forma coisa julgada material, impedindo a rediscussão do pronunciamento naquele ou em qualquer outro processo. Caso o objeto da sentença verse sobre a própria atividade de julgar, ou seja, caso analise os pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito declarando-os ausentes, uma vez vencidos os prazos recursais, o pronunciamento será indiscutível apenas no âmbito da própria relação jurídica processual em que proferido (coisa julgada formal).

¹³⁴¹ LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 53, p. 56-60, nov.- 1991.

¹³⁴² Atualmente os arts. 112 a 120 do “Codice di Procedura Civile” tratam “dei poteri del giudice”.

¹³⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, p. 26.

No poder genérico de decisão inclui-se também o de decretar ou ordenar, ou seja, de prover sobre quanto é exigido para o pleno desenvolvimento do processo.¹³⁴⁴

Utilizam-se os juízes do *poder de coerção*, especialmente no âmbito da execução forçada, mas também nas ações cognitivas podem exercê-lo. Ressalta Chiovenda¹³⁴⁵ o poder do órgão jurisdicional requisitar a presença de força policial para debelar qualquer resistência ilegal das partes ou de terceiros na execução de seus atos.

O que ocorre perante os órgãos jurisdicionais, ou por parte deles, deve ficar documentado de modo a fazer fé do ocorrido (termos de assentada, de audiência, de provas, certidões etc). Com esta exigência do processo, engendra-se um poder autônomo, o *poder de documentação*, incluído entre os poderes jurisdicionais.¹³⁴⁶

Sergio Costa¹³⁴⁷ classifica os poderes dos juízes em: *poderes de direção e de governo do processo*: o juiz exercita os poderes necessários ao mais solícito e leal desenvolvimento do processo; *poderes conciliatórios*: o juiz tem o poder de conciliar as partes e também o dever de tentar a conciliação em qualquer momento da instrução, quando a natureza da causa o permita; *poderes ordinatórios e instrutórios*: dizem respeito ao recolhimento de elementos de convicção para a decisão da lide; *poderes decisórios*: concernem as regras processuais que disciplinam o julgamento da pretensão.

Essa mesma classificação é adotada por Marco Tullio Zanzucchi,¹³⁴⁸ o qual destaca que, no processo de execução, existem poderes, que se podem dizer *satisfativos*, pois realizam a função executiva entregando à parte credora o bem por ela buscado (dinheiro, por exemplo, na expropriação frutífera de bem penhorado).¹³⁴⁹ Esses poderes se aproximam dos poderes decisórios do processo de conhecimento, pois ambos constituem provimentos jurisdicionais que realizam as

¹³⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, p. 31.

¹³⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, p. 33.

¹³⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, p. 34.

¹³⁴⁷ COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 189-193.

¹³⁴⁸ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 347-359.

¹³⁴⁹ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 348.

funções da jurisdição: na execução, satisfazendo; na demanda cognitiva, julgando o pedido da parte.¹³⁵⁰

Uco Rocco¹³⁵¹ fala em “derechos y facultades” dos órgãos jurisdicionais agrupando-os em: *faculdade de direção do processo; faculdade de conciliação; faculdade preparatória, instrutória y ordenatória; faculdade decisória*. Em essência, sua posição não difere daquela de Chiovenda e Zanzucchi a não ser por pequenas divergências terminológicas.

Salvatore Satta¹³⁵² diferencia os poderes dos juízes em *poderes jurisdicionais e poderes processuais*. Os primeiros são os poderes de afirmar e tornar real, coativamente, o Direito no caso concreto. Ligam-se à própria definição de jurisdição. Através das sentenças ou dos atos executivos exerce o juiz poderes jurisdicionais. Já os poderes processuais são instrumentos que a lei outorga ao juiz para o exercício da função jurisdicional. Têm relação com a direção e o desdobramento do processo, bem como dos nexos entre o poder do juiz e o das partes, ou seja, das relações entre jurisdição e ação.

Lino Enrique Palácio,¹³⁵³ ao comentar as diversas atividades exercidas pelos juízes no Processo Civil argentino, diz que as mais relevantes dessas atividades são as ordinatórias, instrutórias e decisórias.

O “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (CPN) alista, no art. 35, inc. 5º, “d”, como dever dos juízes: “Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades.” Ou seja, o Código de Processo Civil argentino reconhece o poder saneador como um dos poderes dos juízes.

Devis Echandía,¹³⁵⁴ professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Bogotá, Colômbia, organiza os poderes jurisdicionais do

¹³⁵⁰ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 348.

¹³⁵¹ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. II, p. 154-159.

¹³⁵² SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*, v. 1, p. 198-199.

¹³⁵³ PALACIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 18. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 150.

seguinte modo: *poderes de decisão*: através deles o juiz dirime com força obrigatória a lide deduzida a juízo; *poder de coerção*: por meio deste poder, de ofício ou a requerimento da parte, o juiz remove os obstáculos que se oponham ao cumprimento de sua atividade, podendo determinar a prisão daqueles que lhe faltem com o respeito, ou impor força pública no cumprimento de ordem de arrombamento; *poder de documentação ou investigação*: concerne à instrução probatória; *poder de execução*: com este poder visa o magistrado a efetivar os atos executivos, baseados em sentença ou títulos executivos extrajudiciais. Pode ser necessário, na concretização deste último poder, que o juiz se utilize também do poder de coerção.

3.11.2.1 Análise das diversas classificações, sua adaptação e aplicação à execução civil

3.11.2.1.a Primeira constatação: inexistência absoluta separação entre poderes jurisdicionais e poderes administrativos do juiz

Todos os poderes exercidos pelos juízes, na execução, porque decorrentes de parcela de soberania estatal, são poderes jurisdicionais. Essa observação é importante como demonstraremos a seguir.

Como vimos, Salvate Satta¹³⁵⁵ diz que existem poderes jurisdicionais, que dizem respeito ao julgamento da lide, ou à determinação de atos executivos, e poderes processuais, ou seja, instrumentais, que coadjuviam o órgão jurisdicional no exercício dos poderes jurisdicionais. Todo poder exercido dentro da execução é jurisdicional, no sentido de que possui o matiz constitucional de soberania do Estado. Portanto, ao se dizer que existem poderes jurisdicionais e poderes processuais, corre-se o risco de se pensar que estes últimos não são

¹³⁵⁴ ECHANDÍA, Devis. *Teoria general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 99-101.

¹³⁵⁵ SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*, v. 1, p. 198-199.

jurisdicionais. Seriam o quê? Discricionários? Mas o juiz não exerce poderes discricionários, como já demonstramos. Enfim, com o devida vênia, não adotamos a concepção de Satta.

Discordamos, sob outro enfoque, de Uco Rocco¹³⁵⁶ ao dizer que os poderes do juiz seriam faculdades deste. Ao chamar de faculdade o que na realidade constituem deveres, corre-se o risco, igualmente, de deixar à discricção do juiz o que não está em sua esfera de disponibilidade.

Alguns doutrinadores dividem os poderes do juiz em poderes jurisdicionais e administrativos. Não adotaremos, com o devido respeito, neste trabalho essa classificação.

É possível, de certa, forma visualizar um caráter mais administrativo do que jurisdicional em alguns atos do juiz, como, por exemplo, quando exige dos serventuários da justiça o respeito aos prazos processuais (art. 193 do CPC), reclama explicações por partes destes, cobra mandados com prazos excedidos etc. A falha do serventuário pode dar ensejo a processo administrativo-disciplinar, cuja instauração cumpre o juiz determinar (art. 194 do CPC).

Todavia, quando assim age, o juiz o faz visando a assegurar a *efetividade da função jurisdicional*.

Os exemplos comumente citados consistentes na manutenção da ordem e decoro nas audiências, determinando que se retirem da sala os que se comportem inconveniente, a exortação aos advogados e ao órgão do Ministério Público para que discutam a causa com elevação e urbanidade, bem como a requisição de força policial, quando necessária, inserem-se nessa mesma temática.

Enfim, esses poderes são exercidos para garantir o bom desenvolvimento da relação jurídica processual e apóiam-se em pronunciamentos jurisdicionais que, quando proferidos em audiências, são reduzidos a termo.

Portanto, com o devido respeito, parece-nos, em princípio, que seja perfeitamente possível tratar dos chamados poderes administrativos ou poderes de polícia como aspectos dos demais poderes exercidos pelos juízes ao longo de todo o processo, *sendo todos poderes jurisdicionais, sob essa angulação*.

¹³⁵⁶ ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*, v. II, p. 154-159.

O que dizer da ordem de arrombamento concedida aos oficiais de justiça, quando o devedor fecha as portas da casa a fim de obstar a penhora dos bens (art. 660 do CPC), bem como da requisição de força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem (art. 662 do CPC)? Qual o real sentido dessas determinações judiciais tão drásticas?

Em nosso modo de ver, apenas um, qual seja, garantir a autoridade e efetividade dos pronunciamentos jurisdicionais, removendo toda a sorte de obstáculos colocados por terceiros e pelo próprio devedor. Parece-nos difícil dissociar medidas como essas, tomadas na execução, de um espectro maior que é a efetividade da execução mesma.

O art. 579 do CPC contém regra, de caráter geral, que admite a requisição de força policial sempre que ela for necessária para “efetivar a execução”. A amplitude da locução engloba toda e qualquer situação criada pelo devedor, ou por terceiro, que embarace o normal desenvolvimento da execução forçada.¹³⁵⁷

Como registra Alcides de Mendonça Lima:¹³⁵⁸ “Já não se pretende tanto resguardar o direito assegurado ao credor, mas, também, o de salvaguardar o necessário acatamento a uma determinação judicial consubstanciada no mandado executivo, como imperativo da própria ordem jurídica e social nacional.”

Pontes de Miranda destaca,¹³⁵⁹ ao comentar o art. 579 do CPC, que é dispensável requerimento do credor para a requisição de força policial, “porque há interesse do Estado em que se atenda ao que o órgão judicial decidir quanto às medidas necessárias à execução (‘para efetivar a execução’)”. Assim, aqui, o juiz age, de ofício, na preservação de sua própria autoridade.

¹³⁵⁷ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA INEFICAZ - CERCEAMENTO À AÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA - REFORÇO POLICIAL - POSSIBILIDADE - ARTIGO 662 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO PROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. O encargo de encontrar bens penhoráveis é do Oficial de Justiça, o qual, em havendo resistência injustificada por parte do devedor, poderá contar com o auxílio de força policial para cumprir a diligência.” (TJPR, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 172839-2 (26137), rel. Designado Des. Antônio Lopes de Noronha. j. 15.02.2006).

¹³⁵⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 203.

¹³⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. IX, p. 178-179.

Diz-se que ao exercer o poder de polícia, o juiz agiria não como sujeito da relação processual, mas como autoridade. É possível dissociar a atuação do juiz, nos exemplos dados, como sujeito e como autoridade? Parece-nos, *data máxima venia*, que não. O juiz é sujeito do processo que detém o poder jurisdicional. É a autoridade estatal que dirige o instrumento de efetivação do direito substancial. Algumas medidas coercitivas tomadas, inclusive contra a própria liberdade do devedor, visam a garantir a autoridade dos pronunciamentos do juiz.

Os poderes de polícia são exercidos como medidas de apoio ao poder jurisdicional. O art. 461, § 5º, do CPC é pródigo em exemplos dessas medidas de apoio entre as quais se encontra, se necessária, a “requisição de força policial”. Entendemos, com o máximo respeito, muito difícil conceber semelhante determinação como algo administrativo e não jurisdicional.

Aliás, a conotação administrativa e não jurisdicional, nos exemplos dados, conduziria ao raciocínio de que o juiz exerce poder discricionário no processo, o que já demonstramos não ocorrer. Não se pode equiparar, disse José de Moura Rocha,¹³⁶⁰ a própria função conferida à Administração com esta forma de manifestação de poder conferida ao juiz pelo processo civil.

O poder de polícia faz parte da chamada “publicização do processo civil”, ou seja, da tendência que garante ao Estado, através de regras e princípios jurídicos, maior poder na direção e condução do processo, afastando-o da condição de mero instrumento conduzido pelo interesse particular das partes interessadas. Discordamos, com a devida vênia, de José de Moura Rocha,¹³⁶¹ que enxerga nessa tendência “um imenso perigo à liberdade das partes”.

Não há perigo algum na marcada tendência em se concentrar maiores poderes nas mãos do juiz, inclusive poderes coercitivos que possam atuar contra a liberdade das partes. Desde que a liberdade seja obstáculo para a efetivação das finalidades da jurisdição, ela sai da esfera de tutela (proteção) do Estado e passa a atuar como impedimento à concretização da tutela objetivada por ele.

¹³⁶⁰ ROCHA, José de Moura. Há “poder de polícia” no art. 445 do Código de Processo Civil? *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, p. 36, abr.- jun. 1977.

¹³⁶¹ ROCHA, José de Moura. Há “poder de polícia” no art. 445 do Código de Processo Civil? *Revista de Processo* v. 6, p. 36.

Obviamente, a adoção de medidas drásticas devem estar plenamente justificadas pelos elementos contidos no processo. A fundamentação do pronunciamento jurisdicional garantirá segurança jurídica pela demonstração da adequação da medida.

Em conclusão, parece-nos possível tratar desses poderes ditos “administrativos” dentro dos poderes jurisdicionais.

3.11.2.1.b Segunda constatação: a classificação dos poderes do juiz realiza-se de acordo com a atividade preponderantemente, mas não exclusivamente, exercida em cada fase do procedimento *in executivis*

Não obstante a existência de algumas divergências quanto à classificação dos poderes dos juízes, notamos, nas lições anteriormente vistas, também muitos pontos comuns.

Apesar da variação terminológica, os autores antes examinados, em regra, classificam dos poderes dos juízes de acordo com as etapas em que se costuma dividir o procedimento dos feitos de jurisdição contenciosa.

No Direito Processual Civil brasileiro, essas fases, no procedimento comum ordinário, podem ser assim diferenciadas: *fase postulatória*, relativa ao início e ao desenvolvimento da relação jurídica processual, que abrange a integração da parte demandada ao feito, com sua defesa; *fase saneadora*, destinada a verificar, desde o recebimento da petição inicial até o início da fase de colheita de provas, a regularidade do processo, mediante decretação das nulidades insanáveis e promoção do suprimento daquelas que forem sanáveis; *fase instrutória*, em que são angariados elementos de convicção que conferirão supedâneo ao julgamento, e *fase decisória*, em que o juiz decide a lide.¹³⁶²

Assim, embora não resulte expresso das lições anteriormente analisadas, nota-se que *grande parte dos autores examinados classifica os poderes jurisdicionais de acordo com as atividades predominantes do juiz exercidas nessas*

¹³⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 367-368.

fases, falando-se então em poderes ordinatórios, poderes saneatórios, poderes instrutórios e poderes decisórios, ou seja, os autores estabelecem uma classificação a partir dos objetivos a serem realizados através de cada uma dessas fases.

Na realidade, a divisão dos poderes do juiz é didática e tem por fim melhor compreender a dinâmica dos poderes jurisdicionais dentro da relação jurídica processual. Como o poder exercido pelo juiz constitui verdadeira parcela da soberania estatal, não teria qualquer sentido querer examiná-lo de maneira compartimentada. O que se passa é que ele é exercido de diferentes formas, que variam principalmente de acordo com a etapa do procedimento e da função do processo, mas nunca perderá sua unidade. Será sempre o mesmo poder estatal.

Feita essa ressalva, primeiramente devemos verificar se a execução civil comporta divisão em fases ou etapas e se elas coincidem com aquelas em que se costuma dividir o procedimento comum ordinário.

A execução civil costuma ser dividida em três fases, igualmente existentes tanto na execução de título extrajudicial, quanto no cumprimento de sentença:¹³⁶³

Fase postulatória: Trata-se da fase inicial da execução civil, em que o credor deduz demanda pleiteando providências executivas por parte do órgão jurisdicional, o que atualmente ocorre no sistema processual civil pátrio de duas formas: tratando-se de sentença condenatória, o credor apresenta requerimento executivo que inaugurará a *fase executiva* na mesma relação jurídica processual (arts. 475-B e 475-J do CPC); ou tratando-se de título executivo extrajudicial,

¹³⁶³ Esse é o posicionamento de LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 23, p. 61, que chama a fase postulatória de *proposição*. Confira-se (Idem, ibidem): “A execução se realiza por meio de uma série de atos da mais variada índole, atos materiais e atos jurídicos, atos dos órgãos judiciais e atos das partes e de terceiros, atos que se sucedem segundo ordem mais ou menos rigorosamente estabelecida por lei, até chegar à terminação do processo, tendo todos eles a finalidade de realizar progressivamente a sanção. Todos esses atos podem agrupar-se normalmente em três momentos ou fases distintas, que correspondem a três diferentes atividades fundamentais: a *proposição* do processo, em que prevalece a atividade das partes, dirigida a fornecer ao órgão judicial todos os elementos necessários; a fase de preparação e elaboração dos dados materiais sobre os quais o juiz deve operar, que pode chamar-se de fase de *instrução*, e que na maioria dos casos consiste na apreensão e transformação dos bens do executado; a fase final, que serve para realizar a efetiva satisfação do exequente por meio da *entrega do produto*. Há, porém, espécies de execução em que as coisas se passam de maneira inteiramente diferente”. A divisão da execução nessas três fases é aceita na doutrina pátria: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 197, p. 321; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, p. 497-498; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 257; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. IV, p. 140.

promoverá ação executiva que dará formação à relação jurídica processual executiva (arts. 282, 283, 580, 585, e 586 do CPC).

A fase postulatória, na execução de título extrajudicial, encerra-se com a citação do devedor, que ficará, assim, integrado à relação processual executiva para todos os fins. Com efeito, estabelece o art. 614, *caput*, do CPC, que cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor. Já no cumprimento de sentença, o despacho positivo determinando a expedição de mandado de penhora finalizará essa fase, porque é desnecessária nova integração do demandado, passando-se desde logo para os atos constritivos.

Assim, nessa fase teremos, na execução de título extrajudicial: ação executiva, despacho e citação do devedor, e no cumprimento de sentença, requerimento executivo e despacho.

Havendo necessidade de emenda, seja no que diz à ação seja no que diz ao requerimento executivo, cumpre ao juiz determiná-la, nos termos do art. 616 do CPC, que se aplica igualmente ao cumprimento de sentença a teor do art. 475-R do CPC.

Tanto na ação executiva quanto na fase executiva o órgão jurisdicional dirige sua atividade de acordo com o pedido satisfativo formulado pela parte credora,¹³⁶⁴ que terá por objeto a realização dos meios executivos adequados, a culminar na emissão do provimento-síntese da execução forçada, que é a ordem de entrega do dinheiro ao credor.^{1365_1366}

¹³⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 201, p. 325: “Em todo e qualquer processo é indispensável pedir um provimento jurisdicional de alguma natureza e fixar desde logo a individualização ou determinação quantitativa dos bens da vida sobre os quais se quer que esse provimento incida. É o *petitum*, assim composto, que legitima o exercício da função jurisdicional e lhe traça os limites (CPC, art. 128), ou seja, determina o objeto. Na execução, não haveria como ser de outro modo. Assim, como em todo processo cognitivo o autor pede sentença de determinada natureza e tendo por objeto determinado bem da vida, assim também na execução forçada o exequente pede um ato estatal de satisfação de seu direito, indicando o objeto deste e especificando os meios executivos que pretende sejam impostos ao patrimônio do executado. O objeto do processo é por definição a pretensão deduzida pelo demandante, com pedido de sua satisfação. Tal é o que se entende por *mérito* e o mérito do processo executivo, reside, como em qualquer processo, no pedido feito pelo demandante (no caso, exequente)”.

¹³⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 201, p. 326.

¹³⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, n. 22, p. 59 diz que o objeto do processo de execução “é o pedido do exequente para a realização das atividades necessárias à efetivação da regra sancionadora formulada no título executório”.

Esse pedido vem descrito na petição inicial executiva, ou na petição inicial da ação sincrética. Nesta pedirá o autor a procedência de sua pretensão a fim de que o órgão jurisdicional, *numa primeira etapa*, declare a existência de relação jurídica, com a predeterminação dos meios executivos a atuar sobre a esfera jurídica do obrigado e, *numa segunda etapa*, inaugurada mediante simples requerimento, que seja satisfeito seu direito já reconhecido.

Fase instrutória: Esta fase tem por objeto especializar parcela do patrimônio do devedor através da penhora, bem como visa a realizar sua efetiva expropriação. Os arts. 646 a 735 do CPC estabelecem as várias regras que disciplinam uma das mais importantes fases da execução forçada.¹³⁶⁷ A localização dos bens penhoráveis, a efetivação da penhora, o depósito, a avaliação, declaração de fraude à execução com reconhecimento da ineficácia de alienações e onerações de bens por parte do devedor, a declaração de nulidade da penhora por incidir sobre bens impenhoráveis, o procedimento expropriatório com as várias formalidades que o cercam, são alguns dos inúmeros atos praticados nessa crucial fase da execução civil.

Cândido Rangel Dinamarco¹³⁶⁸ demonstra o equívoco em se empregar os vocábulos instrução e as locuções fase instrutória e momento instrutório apenas para designar com exclusividade fatos e fenômenos do processo de conhecimento.

Instruir, como acentua Cândido Rangel Dinamarco,¹³⁶⁹ *é preparar e não só provar. Provar é somente um dos aspectos da atividade mais ampla, destinada a preparar. Instruir é preparar a causa para o provimento final.* No processo de conhecimento, tem-se instrução não só na prova, mas também em toda atividade destinada a influir na convicção do juiz (alegações).

No mesmo sentido manifesta-se José Frederico Marques,¹³⁷⁰ ao dizer que se dá o nome de atos de instrução àqueles destinados a *recolher os elementos necessários* para a decisão da lide, subdividindo-se em atos de prova e

¹³⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 123-177; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 333-337.

¹³⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 207, p. 334.

¹³⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 207, p. 334-335.

¹³⁷⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 317.

alegações. Há, assim, um conceito genérico de instrução, que abrange a prática de atos probatórios e as alegações das partes.

Na execução forçada, a instrução é composta pela efetivação dos meios executivos intermediários ou instrumentais, ao longo do procedimento, pela solução dos incidentes e das questões mediante decisões interlocutórias e até mesmo pela atividade destinada a provar fatos alegados nos incidentes (v.g., valor da causa e incompetência relativa).¹³⁷¹

Os esforços do órgão jurisdicional concentram-se em enlaçar na execução patrimônio penhorável, bem como aliená-lo judicialmente, preparando o processo para o derradeiro ato de satisfação.

Fase satisfativa: Nesta fase o juiz entregará ao credor aquilo que veio a juízo obter, ou seja, realizará em seu favor a entrega de dinheiro, na execução por quantia certa. Como diz Cândido Rangel Dinamarco,¹³⁷² o momento satisfativo, que deve guardar correspondência com o pedido, consiste sempre numa entrega de dinheiro, na execução forçada.

Mas não só pela entrega do dinheiro obtém o credor a satisfação do seu direito. Dispõe o art. 708 do CPC que o pagamento do credor far-se-á: I – pela entrega do dinheiro; II - pela adjudicação dos bens penhorados; III – pelo usufruto de bem imóvel ou de empresa.

Esse dispositivo guarda correspondência com o art. 647 do CPC, que dispõe sobre o meio executivo expropriatório e estabelece que a expropriação consiste: I – na adjudicação em favor do exequente ou das pessoas indicadas no § 2º do art. 685-A do CPC; II – na alienação por iniciativa particular; III – na alienação em hasta pública; IV – no usufruto de bem móvel ou imóvel.

Na adjudicação, ao credor é transferido o domínio sobre o bem penhorado como forma de satisfação (art. 685-A e 685-B do CPC). No usufruto perde o devedor o gozo do móvel ou imóvel em favor do credor, até que ele seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios (arts. 716 a 724 do CPC).

¹³⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 207, p. 335.

¹³⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 202, p. 327.

Na verdade, não obstante o art. 708 do CPC estabeleça outras formas de satisfação que não apenas a entrega do dinheiro, os atos processuais próprios da adjudicação e do usufruto de bem móvel ou imóvel podem ser inseridos, em sua maior parte, na fase instrutória da execução.

Veja que tanto a adjudicação quanto o usufruto são cercados de vários incidentes, o que se denota pela simples leitura dos arts. 685-A e 716 e seguintes do CPC. Logo, todos os atos processuais que digam respeito a esses incidentes melhor se inserem na fase instrutória da execução, da mesma forma que a alienação por iniciativa particular ou em hasta pública. Apenas a lavratura do auto de adjudicação e a outorga de carta de adjudicação, bem como a expedição da carta de usufruto, concernem à fase satisfativa da execução forçada.

A entrega de dinheiro, havendo credores com penhora anterior sobre o mesmo bem, ou que desfrutem de privilégios ou preferências legais, abrirá, na fase satisfativa, o incidente de concurso especial de credores, a ser resolvida nos termos do arts. 709 e 713 do CPC.

A diversidade de atividades exercidas pelo juiz em cada uma dessas fases da execução forçada, permiti-nos, aproveitando o critério que parece gozar de maior prestígio entre os doutrinadores nacionais e estrangeiros, estabelecer uma primeira classificação, segundo as diversas fases ou etapas em que a execução pode ser dividida.

Assim, na fase postulatória predominam poderes de impulso e de verificação da regularidade da demanda, sendo possível falar-se que o juiz exerce *poderes ordinatórios*. Já na fase instrutória, a atividade jurisdicional se concentra na constrição de bens do devedor e em sua expropriação, evidenciando-se a existência de *poderes instrutórios*. Na *fase satisfativa*, predomina a atividade de entrega do produto da expropriação, com a realização do objetivo da tutela jurisdicional executiva (satisfazer o direito do credor), razão pela qual podemos falar, aqui em *poderes satisfativos*.

Registre-se que *o exercício desses poderes são, predominantemente, mas não exclusivamente, marcados pela natureza da atividade ou finalidade a ser realizada em cada uma dessas fases.*

Assim, constituiria manifesto equívoco dizermos que na fase postulatória só se exercem poderes ordinatórios, porque também na fase instrutória e até mesmo na derradeira fase satisfativa, notam-se alguns poderes de simples impulso.

Os poderes satisfativos podem ser exercidos durante a fase instrutória. Basta se imaginar que os bens expropriados cubram apenas parte do crédito e que a execução deva prosseguir. Então, exerce o juiz poderes de satisfação, mas determina a continuidade do feito, visando a constrição (poderes instrutórios), sem embargo de atos de simples impulso (poderes ordinatórios). Até mesmo na fase postulatória pode o juiz exercer poderes satisfativos, quando o devedor satisfaz, parcialmente, parte do crédito, ou quando o devedor, assim que é citado, requer o pagamento parcelado do débito (art. 745-A do CPC). O art. 475-J, § 4º, do CPC livra o devedor da multa de dez por cento no que diz respeito à *quitação parcial do débito*.

Os autores que classificam os poderes do juiz em ordinatórios, saneatórios, instrutórios e decisórios, não afirmam que existem atos ordinatórios apenas na fase postulatória, mas também nela. Também observamos que alguns registram que os atos decisórios são exercidos durante todo o curso do processo.

Assim, denota-se que as atividades, preponderantemente exercidas nas fases da execução, acabam caracterizando, com maior intensidade, os poderes exercidos pelos juízes, mas não poderíamos jamais dizer que esses poderes dos juízes são marcados exclusivamente pela finalidade de cada uma dessas fases.

Os poderes decisórios, comumente citados pelos doutrinadores, uma vez enfocados sob a angulação da execução forçada, merecem ser relidos e adaptados à sua estrutura. É que, nas demandas de conhecimento, o ato-fim visado pelo autor é a sentença de mérito. Já na execução, a sentença não assume tanta importância, porque, quando frutífera, a satisfação (objetivo principal) já terá sido atingida e o pronunciamento jurisdicional apenas atestará sua realização.

Divergimos, respeitosamente, e de modo parcial, de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹³⁷³ quanto ao alojamento dos poderes dos juízes exercidos na execução, apenas como poderes fins. Temos também poderes ordinários e instrutórios dos juízes na execução forçada.

Não concordamos, *data maxima venia*, com o alojamento dos “poderes executivos” nos poderes finais exercidos pelo juiz. Primeiro, porque, como vimos, a atividade executiva é exercida pelo juiz ao longo de todo o procedimento *in executivis* e não apenas na fase satisfativa. Segundo, quando se fala que o juiz exerce poderes executivos não se diferencia, com perfeita nitidez, que atividade predominante ou preponderante na execução forçada ele está a exercer. Enfim, o termo é por demais genérico e não muito esclarecedor, razão pela qual preferimos diferenciar o “poder executivo”, de acordo com a atividade preponderante exercida pelo juiz em cada fase executória.

3.11.2.1.c Terceira constatação: existem subespécies de poderes do juiz dentro das categorias maiores estabelecidas a partir da atividade preponderantemente exercida nas fases da execução civil

O juiz exerce, na execução forçada, poderes ordinatórios, instrutórios e satisfativos. Mas essa classificação não basta para compreender toda a dinâmica e a complexidade dos poderes do juiz. Dentro desses poderes outros podem ser extraídos com subespécies. Trata-se de especialíssimas atividades exercidas pelo juiz dentro de cada uma dessas fases. Sua aceitação, como categoria de poder jurisdicional, auxilia o intérprete a melhor compreender a atividade jurisdicional.

¹³⁷³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 302.

Durante todo o curso da execução, o juiz resolve questões incidentes e ao seu final prola sentença que atestará a satisfação do crédito tal qual retratado no título. Nesse sentido, o juiz, na execução forçada, exerce *poderes decisórios*.

Por outro lado, desde o início até que a execução civil realize sua finalidade satisfativa, ao juiz incumbe a verificação da regularidade dos pressupostos de admissibilidade da demanda, bem como dos atos processuais. Enfim, a atividade do juiz, nesse passo, é marcada pela verificação da regularidade das formas, cujo objetivo primordial é garantir segurança jurídica e realização dos objetivos traçados pelo sistema. Portanto, o juiz exerce na execução forçada *poderes saneatórios*.

Para garantir o pleno êxito da atividade jurisdicional, o juiz muitas vezes é obrigado a exercer atos de coerção sobre a esfera jurídica do devedor, seja ameaçando-o da imposição de multa (arts. 16-18, art. 475-J, *caput*, 125, III c.c arts. 600-601 do CPC) ou mesmo de prisão (art. 5º, LXVII, da CF, art. 652 do CC, art. 148 e 904, parágrafo único, do CPC). Utiliza-se, então, o juiz de *poderes coercitivos*. Não funcionando a simples ameaça de imposição da medida para obter o resultado almejado pelo sistema, outra alternativa não resta ao juiz se não fazê-la incidir, em concreto. Faz uso, destarte, de *poderes sancionatórios*.

3.11.2.1.d Quarta constatação: existem poderes do juiz que não se encaixam nas categorias geralmente aceitas pela doutrina, mas que são igualmente importantes para a plena realização da tutela jurisdicional executiva

Além dos poderes decisórios, saneatórios, coercitivos e sancionatórios, que são subespécies das categorias genéricas de poderes jurisdicionais anteriormente vistas, o juiz, no curso da execução forçada, exerce ainda outros poderes que não guardam estreita relação com nenhuma dessas

atividades anteriormente vistas, mas são igualmente importantes para o pleno êxito da tutela jurisdicional.

O juiz, a requerimento da parte credora, ou mesmo de ofício, pode determinar medidas que preservem o resultado útil da execução civil. No interior da execução o exercício desses poderes é plenamente possível, sendo desnecessária a propositura de demanda específica com este objetivo.

Assim, quando determina o arresto, visando a garantir a realização de futura penhora (arts. 653 e 654 do CPC), ou quando decreta medidas acautelatórias urgentes (art. 615, III, do CPC), o juiz exerce *poderes acautelatórios*. Trata-se de poderes inerentes a uma terceira espécie de função jurisdicional, que atua paralelamente às funções cognitiva e executiva, qual seja, a função cautelar.

Um dos deveres estabelecidas pelo art. 125, IV do CPC refere-se a uma forma alternativa de solução dos litígios. Diz respeito à autocomposição, que é forma de solução dos litígios tão importante quanto a imposição coativa de medidas jurisdicionais.

A diferença é que as partes, de comum acordo, chegam a um consenso sob qual a melhor forma de porem fim ao processo. A transação é manifestação mais característica. E, para atingi-la, o juiz utiliza-se da conciliação, como método auxiliar, visando à sua obtenção. Podemos dizer que o juiz possui *poderes conciliatórios*, que não se identificam com qualquer dos poderes anteriormente alistados, mas que se guia pela mesma finalidade buscada por eles: plena realização da tutela jurisdicional executiva.

A doutrina costuma, com certa freqüência, dizer que o juiz possui “poder criativo”. Essa suposta espécie de poder decorreria especialmente da vedação do *non liquet* pelo juiz e de sua atividade supressora de lacunas (art. 126 do CPC), bem como do julgamento baseado na equidade, ou da necessidade de adaptar as regras jurídicas aos valores da realidade social.¹³⁷⁴ Os partidários dessa categoria

¹³⁷⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 505-506; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Poderes éticos do juiz. *Revista da Ajuris – Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 36, p. 47-49, mar.- 1986; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Poderes do juiz no processo democrático. *Revista da Ajuris – Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 61, p. 346, jul.- 1994; SOBRINHO, Elicio de Cresci. O juiz criador do direito e a interpretação razoável. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes*

ainda alistam como características do “poder criador” o “arbítrio razoável” e a “prudência” nas decisões”¹³⁷⁵.

Deixamos de alistar como categoria à parte “o poder criativo” por entendermos que a “atividade criativa” de que fala a doutrina é uma decorrência natural da liberdade que possui o juiz ao exercer seus poderes.

De fato, o juiz não se encontra vinculado estritamente às regras dos Códigos. Não só possui liberdade para “criar” o direito aplicável ao caso concreto na ausência de regras expressas, como também na adoção de medida executiva não prevista em lei, mas que se afigure pertinente para adequadamente tutelar o direito da parte credora.

O comando emergente do art. 5º, XXXV, da CF, ao impor ao magistrado a obrigatoriedade de adequadamente tutelar, outorga-lhe poderes para realizar essa finalidade, que não podem ser operados apenas a partir das regras jurídicas. Daí, então, a existência de liberdade no processo decisório. Essa liberdade, já observamos, não é absoluta. O juiz encontra-se vinculado ao sistema jurídico (lei, doutrina, jurisprudência e princípios jurídicos).

Vejamos agora com maior atenção cada um desses poderes que são exercidos na execução civil.

3.11.3 Esboço de uma classificação de poderes do juiz na execução civil

3.11.3.1 Poderes ordinatórios

Na execução civil, o juiz exerce essa espécie de poder quando impulsiona e dirige o procedimento *in executivis* em direção à plena realização da execução forçada. O juiz, através dos poderes ordinatórios, cumpre o comando emergente do art. 262 do CPC, o qual estabelece que o processo civil começa por

do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ajuris, v. 50, p. 26, nov.- 1990; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 230.

¹³⁷⁵ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Poderes do juiz no processo democrático. *Revista da Ajuris – Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, v. 61, p. 346.

iniciativa da parte, mas se desenvolve por *impulso oficial*. Os poderes ordinatórios dizem respeito ao desenvolvimento da relação jurídica processual.¹³⁷⁶

Sem realizar atos que culminem propriamente com a penhora ou com a própria satisfação do credor, o magistrado, a todo instante, pratica atos processuais que levam à movimentação da relação jurídica processual objetivando, ainda que indiretamente, a realização sucessiva dessas finalidades.

Se processo é uma relação jurídica vocacionada ao cumprimento de uma finalidade traçada pelo sistema, o juiz a todo instante *estimula* a execução, a fim de que ela cumpra o objetivo traçado pelo sistema, ou seja, a plena satisfação do credor.

Essa espécie de poder o juiz realiza durante todo o desenvolvimento da execução forçada. Como já destacamos, nenhum dos poderes do juiz concentram-se numa única fase.

Na fase postulatória, evidencia-se a existência de poderes ordinatórios quando o juiz cumpre o disposto no art. 616 do CPC.

Com efeito, dispõe o art. 616 do CPC que, verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida. Essa disposição aplica-se, igualmente, ao cumprimento de sentença, por força do art. 475-R do CPC.

Por outro lado, o juiz exercita poderes ordinatórios, na fase postulatória, quando delibera sobre a existência de título executivo (art. 475-N, 585, 614, I, 618, I, do CPC), especialmente se obrigação nele retratada ostenta os atributos de liquidez, certeza e exigibilidade (arts. 580 e 586 do CPC); quando analisa se as partes credora e devedora são legítimas (arts. 567 e 568 do CPC); quando verifica se o credor apresentou memória atualizada e discriminada do cálculo (art. 475-B e art. 614, II, do CPC); quando, nas relações jurídicas sujeitas a termo ou condição, examina se o credor provou que realizou a condição ou ocorreu o termo (arts. 572, 614, III do CPC), ou então, nos casos em que é defeso a um

¹³⁷⁶ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 180.

contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, averigua se o devedor se propôs a satisfazer a prestação, com meios idôneos, mas o credor, sem justo motivo, recusa a oferta e não realiza sua contraprestação; quando analisa se a execução é definitiva ou provisória, observando-se o regime jurídico de cada uma delas (art. 475-O e 587 do CPC) etc.

Na fase instrutória, ao expedir carta precatória visando à intimação do devedor acerca da penhora realizada, ao determinar a publicação de editais de leilão, ao expedir mandado de reavaliação de bens penhorados, os juízes estão exercendo poderes ordinatórios.

Na fase satisfativa, ao abrir vista ao credor de pedido de preferência de outro credor, ao solicitar informações ao juízo em que se processa execução hipotecária, visando a subsidiar pedido de preferência, ao determinar que seja encaminhada certidão atualizada do cartório imobiliário ou do departamento de trânsito a fim de saber acerca de outras penhoras sobre o mesmo bem, está o juiz exercendo poderes ordinatórios.

Enfim, os poderes ordinatórios dizem respeito a pronunciamentos dos juízes que digam respeito ao impulso e à movimentação processual, e que não se confundem, embora se relacionem teleologicamente, com atos de instrução e de satisfação.

Os poderes ordinatórios são realizados na execução através de despachos e decisões interlocutórias. Nos exemplos anteriores sobrelevam situações típicas de despachos (art. 162, § 3º, do CPC), mas é possível que seja necessária a resolução de questão incidente através de decisões interlocutórias (art. 162, § 3º, do CPC) para movimentar a relação jurídica processual (*e.g.*, decisão sobre exceção de pré-executividade).

Nos termos do art. 162, § 4º, do CPC, os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. A teor do art. 93, XIV, da CF, com a redação conferida pela EC n. 45/2005, os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório.

Os atos meramente ordinatórios constituem delegação do juiz aos serventuários para a prática de atos que podem ser realizados por eles, como a juntada, a vista obrigatória, a remessa dos autos ao contador. Havendo qualquer insurgência da parte, os autos devem ser levados à imediata apreciação do juiz para a revisão do ato.

Todavia, existem atos que não podem ser delegados, como o despacho inicial positivo determinando a citação, a determinação de emenda à petição inicial, entre outros. Todos constituem despacho, mas estes não podem ser delegados aos serventuários, porque possuem uma espécie de conteúdo decisório mínimo.

Com base nas lições de Teresa Arruda Alvim Wambier,¹³⁷⁷ é possível estabelecer a diferença entre despachos e despachos de mero expediente. Os primeiros são indelegáveis, porque possuem, ainda que minimamente, uma parcela de liberdade de opção do magistrado. Já os segundos, não. Ao abrir vista à parte contrária sobre um documento juntado, é difícil se vislumbrar o exercício dessa parcela mínima de liberdade de opção. É por isso que pode ser delegado tal ato ao serventuário.

Os despachos são, em regra, irrecorríveis. É o que estabelece o art. 504 do CPC. Quando editado o Código de 1973, não se vislumbrava como um pronunciamento sem conteúdo decisório pudesse causar prejuízo à parte. Todavia, essa regra tem sido abrandada quando comprovado o prejuízo, habilitando a parte a recorrer.

Na prática, provimentos dos tribunais e portarias dos juízes contêm exaustiva relação de atos que podem (devem) ser praticados pelos serventuários, independentemente de despacho e que tanto têm contribuído para a rápida movimentação dos feitos, sem necessidade de lançamento de fases e a prática de atos burocráticos pelos magistrados.

Opondo o devedor o que se convencionou chamar de “exceção de pré-executividade” e visando a extinguir a execução pela ausência de pressupostos de admissibilidade da demanda, vindo o juiz do feito a rejeitar semelhante incidente

¹³⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 39-43.

o fará através de decisão interlocutória. Não estará determinando a constrição de nenhum bem ou entregando numerário ao credor. Apenas decidirá questão incidente, cuja resolução permitirá a realização dos demais atos processuais. Nota-se aqui exercício de poder ordinatório.

A evolução tecnológica dos programas de informática é uma importante ferramenta a ser utilizada pelo juiz na execução civil, na prática de atos ordinatórios, mas que, infelizmente, ainda hoje não foi objeto de maior atenção por parte dos órgãos administrativos dos tribunais e dos juízes que trabalham diariamente com a execução forçada.

A Lei 11.419/2006 dispôs sobre a informatização do processo judicial. O parágrafo único, do art. 164 do CPC foi acrescentado por essa Lei com a seguinte redação: “A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei”.

Relevante notar, que a assinatura digital de pronunciamentos jurisdicionais já era admitida, desde a edição da Medida Provisória 2.200-2, de 24.08.2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

Atualmente, diante de autorização dos tribunais, vários juízes têm utilizado a assinatura digital como importante ferramenta na movimentação de processos, especialmente de execuções.

O sistema é bastante simples. O magistrado possui cartão com informações funcionais. Acessa o sistema para assinatura eletrônica por meio de senha. Isso permite que, após analisar dezenas, e às vezes centenas de execuções – especialmente execuções fiscais – possa despachá-las “em bloco”, se o pronunciamento for idêntico para todas elas. O sistema reproduz o modelo inicial para todos os processos. Assinados os despachos eletronicamente, é gerada sua impressão automática. A secretaria da Vara encarrega-se de realizar sua juntada e dá seqüência ao cumprimento da determinação judicial. Poupa-se tempo e ganha-se em celeridade.

É possível, ainda, assinar ofícios e expedientes gerados pela Secretaria (cartas precatórias) sem que precisem ser levados diretamente ao juiz,

que acessa e confere cada um desses documentos do seu próprio gabinete. Nada havendo a retificar, o juiz assina eletronicamente todos esses documentos, ficando a cargo da secretaria seu encaminhamento aos órgãos destinatários, e juntada de cópia nos autos. Como se nota, não é necessário que os processos sejam levados ao gabinete com os expedientes para simples assinatura.

Cumpre, assim, aos órgãos responsáveis dos tribunais firmar os respectivos convênios e estimular os juízes a se utilizarem da assinatura eletrônica ou digital como forma de agilizar o andamento da execução civil.

3.11.3.2 Poderes instrutórios

No processo de conhecimento, os poderes instrutórios visam a preparar o processo para o julgamento de mérito. Dizem respeito aos meios de prova e às alegações das partes. O deferimento ou indeferimento de provas, o acolhimento ou rejeição de alegações contidas em petições, inserem-se nesta fase. Na execução, os poderes dos juízes visam, pelos atos executivos, a penhorar e expropriar bens do devedor.

Todo pronunciamento jurisdicional que tenha por conteúdo a constrição e a expropriação de bens consistirá em exercício de poder instrutório.

Os poderes instrutórios do juiz autorizam-no a realizar quebra de sigilo fiscal visando à penhora de bens.

Também exerce o juiz, na execução, poderes instrutórios quando determina a expedição de ofícios aos cartórios imobiliários e departamento de trânsito visando a averiguar acerca da existência de bens penhoráveis, rejeita pedido do devedor que visava a impedir penhora ou desconstituir constrição já realizada sob alegação de se tratar de bens impenhoráveis, delibera acerca da regularidade dos atos expropriatórios etc.

Como a execução por quantia certa contra devedor solvente tem por objeto penhorar e expropriar bens do devedor (art. 646 do CPC), sem dúvida alguma é nessa fase da execução civil que mais se acentuam os poderes do juiz. Na

fase instrutória, é que o modo mais ou menos operativo com que o juiz direcione os atos executivos levará à efetividade ou inefetividade da execução civil.

O enfoque dos padrões de conduta e de decisão baseados num repertório maior (lei, doutrina, jurisprudência e princípios jurídicos) ou menor (apenas na lei); a consciência do juiz de que possui independência jurídica, ou a conformação de seus pronunciamentos a precedentes repetidos como fórmulas mecânicas de julgar; a noção de que os poderes dos quais o juiz é investido representam para ele verdadeiro dever de seu adequado exercício, ou então apenas faculdades exercitáveis, segundo seu arbítrio; a idéia de que o Direito Processual Civil não se assenta mais sobre dogmas jurídicos, próprios do início de seu surgimento como Ciência, ou a sujeição dos pronunciamentos a esses mesmos dogmas; a concepção de que os direitos fundamentais não são absolutos, atuam em sistema de combinação e de restrição e podem ser relativizados em atenção às circunstâncias do caso concreto, ou então a adoção do entendimento de que constituem sempre valores absolutos e impossíveis de serem relativizados, são algumas “opções” tomadas pelo juiz na fase instrutória, que conduzirão a uma execução efetiva, ou então, a uma execução que cumpra formalmente seu papel, animada por decisões retóricas, presas aos postulados dogmáticos clássicos, e que não representem mudanças no mundo empírico em favor daquele que veio a júízo pedir a proteção de seu direito subjetivo.

O adequado manejo desses poderes pelo juiz garante maiores chances de uma execução frutífera e específica, ou seja, de execução que cumpra, de fato, sua finalidade satisfativa.

3.11.3.3 Poderes satisfativos

Na execução civil, a sentença, em regra, nada decide acerca da relação jurídica material, mas se limita a atestar a satisfação do credor, de acordo com o possível direito retratado no título executivo. Assim, se no processo de conhecimento toda a atividade das partes e do órgão jurisdicional direciona-se na

busca de uma sentença, ao cabo do procedimento, na execução, a sentença apenas declara a realização do que é seu escopo principal, ou seja, a satisfação.

Como o objetivo da execução forçada é satisfazer o direito do credor, o ato de satisfação, com os incidentes que lhe são inerentes, dizem respeito aos *poderes satisfativos do juiz*.

O maior exemplo de poder satisfativo do juiz concerne à distribuição do produto da arrematação, nos termos do arts. 709 a 713 do CPC, em que deverá observar a existência de penhoras anteriores sobre o mesmo bem, ou então privilégios ou preferências legais, que não se ligam então à prelação da constrição (arts. 612 e 613 do CPC), mas sim a uma especial qualidade do crédito que garante ao credor precedência no recebimento do numerário.

Os poderes satisfativos ocorrem, em regra, na última fase da execução. Mas é possível sua manifestação no início da execução, quando o devedor paga, desde logo, parte do crédito. Ou mesmo na fase instrutória, quando a satisfação não seja suficiente para quitar integralmente o crédito.

Encontramos manifestações predominantes de poderes satisfativos nos despachos (*e.g.*, inexistindo credor preferencial, determina o juiz a entrega do numerário ao credor) e nas decisões interlocutórias (*e.g.*, decisão dos pedidos de preferência). A sentença que declara satisfeita a obrigação (art. 794, I, do CPC) exaure a finalidade da execução, mas não representa, em nosso sentir, expressão genuína de poder satisfativo, porque ela mesma não satisfaz, apenas declara a satisfação já realizada.

3.11.3.4 Poderes decisórios

Grande parte dos autores examinados diz que o juiz possui poderes decisórios. Não obstante esse poder, segundo a maioria da doutrina, esteja ligado ao julgamento de mérito através da sentença, que não ocorre na execução civil, autores

como Chiovenda¹³⁷⁸ e Cândido Rangel Dinamarco¹³⁷⁹ entendem que nos poderes decisórios está compreendido também o poder de “ordenar, isto é, de prover sobre quanto é exigido pelo desenvolvimento do processo,”¹³⁸⁰ e que tanto “as sentenças são obrigatórias, quando chega o momento processual próprio para decidir *de meritis*, quanto a prolação das decisões que a dinâmica do procedimento requer (*interlocutórias*)”.¹³⁸¹

Dispõe o art. 126 do CPC que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. Na hipótese de lacuna, deve o juiz recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito.

O art. 133, II, do CPC estabelece a responsabilização civil do juiz quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

O poder decisório constitui manifestação básica de poder jurisdicional. Todos os poderes anteriormente vistos trazem em si o matiz do poder decisório.

O poder-dever de emitir pronunciamentos jurisdicionais é conatural à própria condição de juiz.¹³⁸² Como diz Dinamarco:¹³⁸³ “O comando do art. 126 do Código de Processo Civil é de aplicação a todo e qualquer processo, inclusive ao executivo, porque também ali se apresentam situações em que é necessário decidir”. Pontes de Miranda¹³⁸⁴ fala em “dever formal de obrar” dos juízes quando comenta o art. 126 do CPC.

Assim, entre os poderes exercidos pelo juiz na execução destacam-se os poderes decisórios, que constituem o poder-dever de o juiz resolver questões

¹³⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 34.

¹³⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II, p. 229.

¹³⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 31.

¹³⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 230.

¹³⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 230.

¹³⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 230.

¹³⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. II, p. 474: “Esse dever formal de obrar é tão forte que, de todos os funcionários do Estado, o juiz, aparentemente o mais tranqüilo e inerte, é aquele de quem se pode dizer estar condenado à atividade. A lei pune-o por parar, por suspender ou retardar atos e diligências, marca-lhe horas certas, prazos estritos, poda-lhe convicções individuais, força-o a mover-se, na sua atuação profissional, por entre linhas que textos miúdos lhe traçam”.

incidentes.¹³⁸⁵ A prolação das sentenças também é manifestação do poder decisório, apesar destes pronunciamentos não possuírem, em regra, na execução civil, qualquer carga decisória.

Não concordamos com a correspondência que se procura estabelecer entre poderes decisórios e *poderes-fim*, em contraposição aos *poderes-meio* (poderes ordinatórios e instrutórios), pois pode, por exemplo, o juiz proferir decisão interlocutória na fase postulatória determinando o bloqueio de algum bem do devedor, ou na fase instrutória determinando a penhora de bens. Nesse passo, esses pronunciamentos não têm nenhuma relação com a satisfação direta do credor, embora teleologicamente estejam adjetivados pela finalidade do “desfecho único” do procedimento *in executivis*. Assim, os poderes decisórios podem ser visualizados como poderes-meio ou poderes-fim, de acordo com a fase em que exercidos.¹³⁸⁶

3.11.3.5 Poderes saneatórios

Muitos autores fazem menção aos poderes saneatórios do juiz.

Esses poderes, cuja existência é inquestionável, dizem respeito ao controle pelo juiz da regularidade formal dos atos processuais durante todo o desenvolvimento da relação jurídica processual. Concernem também ao controle da regularidade dos pressupostos de admissibilidade da demanda (pressupostos processuais e condições da ação) ou de situações a ele equiparáveis e previstas nos incisos do art. 267 do CPC.

Trata-se de importantíssimos poderes exercidos pelo juiz e que garantem que a execução atinja sua finalidade satisfativa, de maneira legítima, sem desprezar as regras instituídas pelo sistema e os direitos fundamentais das partes.

As formas em Direito Processual Civil não existem como exigências estéreis e inúteis. Sua observância se impõe como garantia de previsibilidade e de

¹³⁸⁵ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*, p. 180.

¹³⁸⁶ GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, p. 49.

segurança jurídica às partes. À própria jurisdição interessa que o processo se desenvolva dentro dessas formas.

A forma em Direito é fruto da necessidade da manifestação de vontade obedecer a certos moldes, quando o próprio sistema define o modelo a ser seguido, como observou Arruda Alvim.¹³⁸⁷

O Direito Processual Civil determina, com antecipação, as formas de comportamento. Ele traça os modelos a serem observados. Esses modelos representam *tipos* aos quais devem ser subsumidos todos os atos praticados no desenvolvimento da relação processual. Nesse aspecto, pode-se dizer que a atividade processual, especialmente aquela desenvolvida pelos sujeitos do processo, é uma *atividade típica*.¹³⁸⁸⁻¹³⁸⁹

Os efeitos programados de cada ato processual, i.e., os efeitos a serem produzidos a partir da realização de cada ato decorrem diretamente da estrita observância das formas. Logo, as formas são meios instituídos para garantir que os fins (efeitos jurídicos dos atos processuais) previstos no sistema sejam atingidos.¹³⁹⁰ O cumprimento das formas gera segurança jurídica, porque os sujeitos processuais saberão, de antemão, quais requisitos devem cumprir, ou quais devem ser observados pelos demais sujeitos, na realização dos atos processuais, para que os efeitos jurídicos sejam produzidos.

Os poderes, as faculdades e os deveres dos sujeitos processuais encontram-se diretamente relacionados à forma dos atos processuais, a qual garante a ordenação do procedimento e a organização do processo, com vista a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. Não fosse o processo uma atividade típica existiria a mais absoluta desordem no desenvolvimento dos seus atos. A forma impõe, ainda, limitações ao exercício da atividade jurisdicional, balizando-a e impedindo o arbítrio.¹³⁹¹

¹³⁸⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 504.

¹³⁸⁸ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 189-190.

¹³⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 276.

¹³⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 276.

¹³⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6-8.

A inobservância da forma ou formalidade na prática dos atos processuais causa-lhes vícios. Esses vícios ou defeitos podem assumir diferentes níveis de gravidade, que vão desde a inexistência do próprio ato (o mais grave dos vícios), passando pela nulidade, a ineficácia, e chegando até a mera irregularidade (desprovida de maiores conseqüências jurídicas para as partes e para o órgão jurisdicional). As “invalidades processuais” representam o agrupamento dos diversos vícios que os atos processuais podem assumir, como observou Liebman.¹³⁹²

Não é objeto deste trabalho examinar, minuciosamente, os defeitos que cada ato processual podem ter. Todavia, como entre os poderes jurisdicionais exercidos pelo juiz na execução civil encontram-se os poderes saneatórios e a principal função deles é velar para que os atos processuais observem a pauta de formas previstas em lei, cumpre-nos examinar, ainda que resumidamente, as principais características dos vícios dos atos processuais.

O ato processual, como ato jurídico, pode ser examinado sob *três planos* diversos. Assim, para que se repute existente, o ato processual deve atender aos requisitos mínimos exigidos pelo sistema. O ato que preenche todos os requisitos legais diz-se *ato existente*. Num segundo momento, esses requisitos devem observar às formas ou formalidades previstas pelo sistema jurídico. Então, enfoca-se o ato processual sob a angulação de sua *validade* ou regularidade formal. E, num último estágio, o ato além de possuir elementos mínimos para existir e atender às formalidades instituídas pelo sistema, pode ser focado quanto à produção dos efeitos jurídicos. Nesse passo, fala-se então em *ato eficaz*.

Existência, validade e eficácia são os planos em que o ato processual deve atingir para entrar no mundo jurídico, adequar-se à regularidade formal prevista em lei e produzir efeitos jurídicos.

Os vícios que atingem os atos processuais podem causar, de acordo com cada plano, vícios da inexistência, de nulidade ou de ineficácia.

O ato inexistente é um *não-ato*. É aquilo que objetivava ser ato, mas não atendeu aos requisitos mínimos exigidos pelo sistema para se reputar

¹³⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 231.

verdadeiramente ato processual. A lei alista quais são esses requisitos. Trata-se de situação de tipicidade. Ou o ato preencheu os requisitos taxativamente previstos na lei ou não os preencheu. Nessa segunda hipótese o ato é inexistente.¹³⁹³⁻¹³⁹⁴ Por não passar sequer do plano da existência, o ato processual não produz efeitos jurídicos, embora possa eventualmente produzir efeitos fáticos, como ensina Teresa Arruda Alvim Wambier.¹³⁹⁵

Ainda, segundo as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier, ser eficaz é produzir efeitos; ser ineficaz é não produzir efeitos.¹³⁹⁶ Eficácia, assim, é idéia que se prende à efetiva produção de efeitos jurídicos.¹³⁹⁷ Logo, o ato inexistente é ato ineficaz, pois não produz qualquer efeito jurídico.

A sentença proferida por quem não é juiz é exemplo de ato inexistente. A falta de jurisdição retira a base de sustentação do ato-pronunciamento. A ausência de exibição de instrumento de mandato, no prazo legal, com ratificação dos atos processuais praticados, constitui outro exemplo de inexistência processual (art. 37, parágrafo único, do CPC). O juiz desconsiderará o ato processual praticado sem a assistência de advogado, porque esse ato, no processo, juridicamente falando não existiu.

A ausência de citação é um dos mais expressivos exemplos de atos inexistentes, que causam a inexistência de todo o processo.

¹³⁹³ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 222: “É a lei, e somente a lei, que diz quais são os requisitos de existência de cada ato. A questão da existência de um ato não é apenas questão de fato mas de direito, de adequação dos fatos ao figurino legal, questão de tipicidade. Se a lei disser que uma sentença tem que ser escrita, a decisão proferida oralmente não será sentença. Se uma lei prescrever que um ato, ainda que substancialmente administrativo, tem de ser praticado em juízo, ele inexistirá se for extrajudicial. Pode existir *de fato*; *de iure* não existirá”.

¹³⁹⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 261 diz que ato inexistente significa ato existente no mundo dos fatos, mas não existente no mundo do Direito; o ato tem toda a aparência de validade em face do Direito e, no entanto, mais do que apenas nulo, é juridicamente inexistente.

¹³⁹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 198: “Os atos inexistentes podem ser eficazes, tanto quanto os nulos e os anuláveis, teoricamente. Nada impede, por exemplo, que seja movida ação de execução fundada em sentença inexistente, e se realize penhora e atos de alienação de domínio. Todos estes atos executivos, ante a inexistência de sentença, se reputarão, *ipso facto*, inexistentes juridicamente, nada impedindo que aquele que não foi citado postule a declaração do vício. Entretanto, na prática, os atos inexistentes não produzem efeitos porque, usualmente, não têm aptidão para tal.”

¹³⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 206.

¹³⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 138.

Na lição de Liebman,¹³⁹⁸ sem citação não há verdadeiramente processo, nem pode valer a sentença que vai ser proferida. Um cidadão não pode ser posto em face de uma sentença que o condena, quando não teve oportunidade de se defender. A inexistência é vício maior do que a nulidade; é vício essencial, radical, que sobrevive à coisa julgada e afeta sua própria existência.¹³⁹⁹

O vício da inexistência jamais convalesce; nunca se sana, já disse Arruda Alvim.¹⁴⁰⁰ O ato inexistente pode ser reconhecido a qualquer tempo, e de ofício, pelo órgão jurisdicional. Qualquer das partes pode alegá-lo. Não há preclusão nem para elas nem para o juiz. A inexistência jurídica, nos processos de conhecimento, causa, pelo princípio da concatenação, a inexistência da própria sentença de mérito, que, portanto, não transitará materialmente em julgado.¹⁴⁰¹

Os processos com atos viciados pela inexistência jurídica podem ser impugnados por variados meios.¹⁴⁰² Podem ser atacados através de simples petição, ações declaratórias de inexistência, impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, I, do CPC), embargos à execução de título extrajudicial (art. 745, I e V, do CPC), e até mesmo por ação rescisória (art. 485, V, do CPC), diante aparência de legalidade do pronunciamento jurisdicional, como destacou Teresa Arruda Alvim Wambier,¹⁴⁰³ uma das juristas que mais se dedicou ao estudo das invalidades processuais em nosso País.

Já disse Liebman¹⁴⁰⁴ que

¹³⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. *Estudos sobre o processo civil brasileiro: com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 179.

¹³⁹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 179.

¹⁴⁰⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 511.

¹⁴⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 472 e ss.

¹⁴⁰² TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8: “As sentenças, sem embargo de quaisquer ‘nulidades’ que possam conter, produzem efeitos, *se e enquanto* não desconstituídas. Obrigam não apenas as partes, mas quaisquer autoridades. Sentiu-se, então, a necessidade de um termo para designar as que são ainda menos sentenças do que as nulas, a ponto de poder afirmar-se que carecem de imperatividade, até mesmo para os particulares. São as sentenças ditas inexistentes. Sua inexistência pode ser declarada a qualquer tempo, incidentalmente, sem necessidade de ação ou exceção; de ofício, portanto”.

¹⁴⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade dos “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, p. 1.093.

¹⁴⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 179.

“todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório”.

Discordamos, respeitosamente, do eminente doutrinador quando utiliza-se da palavra “nulidade” no excerto supra, pois ele próprio reconhece tratar-se de situação de inexistência, inconfundível com a hipótese de nulidade.

O ato nulo atende aos *requisitos-tipo*, mas a forma legal não é observada. Os requisitos existem, mas de maneira irregular. A nulidade é um estado de patologia em que se encontra um ato processual, que o torna passível de deixar de produzir seus efeitos próprios e, em alguns casos, destrói os já produzidos, como disse Teresa Arruda Alvim Wambier.¹⁴⁰⁵

A formalidade pode ter sido instituída em prol do interesse público, a fim de que o processo se desenvolva regularmente, ou apenas no interesse das partes.

No primeiro caso, estamos diante de situação de nulidade absoluta, cujo regime jurídico autoriza que seja conhecida, de ofício, pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição e, portanto, pode ser alegada por qualquer das partes, não gerando preclusão nem para elas nem para o juiz. A formalidade aqui diz com o interesse público na regularidade do desenvolvimento do processo. O vício radica-se na “mancanza di un requisito che la legge considera indispensabile al buon andamento della funzione giurisdizionale”, averbou Liebman.¹⁴⁰⁶ A infração atinge norma impositiva e cogente. Ao Estado, e não apenas às partes, interessa que o ato cumpra determinada formalidade.¹⁴⁰⁷⁻¹⁴⁰⁸ As nulidades absolutas constituem presunções absolutas de prejuízos.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 138.

¹⁴⁰⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 234.

¹⁴⁰⁷ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 72: “Em nosso entender, o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico. Se nela prevalecerem fins ditados pelo interesse público, a violação provoca a nulidade absoluta, insanável, do ato. Vício dessa ordem deve ser declarado de ofício, e qualquer das partes o pode invocar”.

¹⁴⁰⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 264: “Sempre que a norma tutelar um interesse público, sobre o qual as partes não têm poder de disposição, a infringência

Constitui exemplo de nulidade absoluta a ausência de participação do órgão ministerial em causa que envolva menores, sendo a demanda julgada contra os interesses destes. O art. 82, I, do CPC, taxativamente prevê a obrigatoriedade de sua intervenção, e os arts. 84 e 246, parágrafo único, do CPC, estabelecem a nulidade do processo quando desrespeitada a formalidade.

A falta de intimação da parte acerca de documento juntado pela outra parte desrespeita a regra contida no art. 398 do CPC, ferindo o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, sendo nulo o processo a partir de então.

A infração às regras de competência absoluta geram a nulidade absoluta do processo (art. 113 do CPC), desde seu início.

Já na hipótese de nulidades relativas ou anulabilidades, apenas as partes diretamente interessadas no reconhecimento da nulidade podem argüi-la, ficando vedado seu reconhecimento, de ofício, pelo juiz. Geram preclusão para as partes, se não argüidas no tempo oportuno. O interesse tutelado é o da parte e não o interesse público na regularidade procedimental.¹⁴¹⁰

Ensina Liebman¹⁴¹¹ que, quando um determinado requisito é estabelecido no interesse da parte, a lei julga que a aquiescência desta vale como sintoma suficiente a comprovar que a falta daquele requisito não tenha lesado em modo tão apreciável seu legítimo interesse e dispõe, por isso, que o ato mesmo conserve sua validade, como se fosse perfeito.

acarretará nulidade absoluta. É o que sucede, por exemplo, com as regras sobre competência funcional, ditas no exclusivo interesse do Estado, cujo desrespeito redundam em nulidade absoluta”.

¹⁴⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 187.

¹⁴¹⁰ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, p. 73: “A anulabilidade, ao contrário, é vício resultante da violação de norma dispositiva. Por este motivo, como o ato permanece na esfera de disposição da parte, a sua anulação só pode ocorrer mediante reação do interessado, vedada ao juiz qualquer provisão de ofício. Essa reação, provados seus fundamentos, tem a virtude de tornar, para o juiz, o vício insanável, quando se tratar de ilegitimidade do próprio órgão judicial, como na incompetência relativa (...).” O que para nós é nulidade relativa, para o citado processualista é anulabilidade. Segundo entende Galeno Lacerda (Idem, p. 72), contrapõem-se à nulidade absoluta a nulidade relativa e a anulabilidade. Ambas tutelam interesse da parte. Diferenciam-se pela natureza da norma. Se for cogente, a violação produzirá nulidade relativa. Poderá o juiz atuar de ofício, determinando, por exemplo, seja suprida irregularidade de representação (art. 84 do CPC-1939 e art. 13 do CPC-1973). Já se a norma é dispositiva, então não poderá atuar de ofício. Segundo pensamos, se a norma prevê cominação de nulidade é porque ela é sempre absoluta. Se não prevê é relativa.

¹⁴¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 233-234.

Se a demanda for proposta com desrespeito às regras de competência relativa (art. 94 do CPC), há nulidade relativa, que pode ser argüida pela parte interessada. Todavia, esta pode deixar de argüi-la, sob forma de exceção, gerando então a prorrogação da jurisdição. Veda-se ao juiz conhecer desta questão de ofício, consoante entendimento sedimentado na Súmula 33 do STJ: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

A diferença entre nulidade absoluta e nulidade relativa é *qualitativa* e não quantitativa. O ato padece de nulidade absoluta porque desrespeitou formalidade relacionada ao interesse público, atentando contra norma jurídica impositiva e cogente. Já o ato viciado por nulidade relativa atingiu formalidade relacionada ao interesse privado da parte, atentando contra norma dispositiva.¹⁴¹²

Se a regra jurídica institui determinada formalidade, o seu desrespeito acarreta vício de forma (*nulidade formal*). Se há *cominação expressa de nulidade*, então a nulidade de forma é *absoluta*. Caso contrário, será situação de *nulidade formal relativa*. É a lição de Teresa Arruda Alvim, com a qual concordamos.¹⁴¹³

Discordamos, respeitosamente, de Hélio Tornaghi¹⁴¹⁴ quando vincula o ato processual viciado por nulidade absoluta à ausência de efeitos jurídicos. Diz citado jurista que ato nulo é o que não produz efeitos até que seja convalidado e se não puder ser convalidado não produzirá efeitos nunca.

Como já assinalado, a nulidade é um estado de patologia que pode levar à ineficácia, mas que não conduz necessariamente à ineficácia. O ato nulo absolutamente produz, no processo, efeitos jurídicos, até que seja reconhecida e declarada sua nulidade. Embora defeituoso, ele dá vazão aos efeitos programados pela regra jurídica. Estes efeitos ficam contaminados pela origem viciada do ato. Mas, enquanto não for declarado nulo, o ato produz normalmente efeitos jurídicos. Nota-se aqui sensível diferença entre o regime jurídico das nulidades processuais e aquele próprio das nulidades do Direito Civil (art. 169 do CC).

¹⁴¹² TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 223.

¹⁴¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 185 e ss.

¹⁴¹⁴ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, p. 223.

Veja-se a situação da ação rescisória. Se o juízo era absolutamente incompetente, há nulidade absoluta, desde o início do processo (art. 485, II, do CPC). Todavia, se não argüido o vício no prazo de 2 (dois) anos, através de ação rescisória, o vício persiste, mas imune à impugnação. Todos os atos processuais desse processo produzirão normalmente seus efeitos jurídicos.

A eficácia do ato que padece de nulidade absoluta não está condicionada à convalidação do órgão jurisdicional. Aliás, a nulidade absoluta não se convalida e não se sana, em regra. Nas hipóteses de ação rescisória temos situações de nulidade. Vencido o biênio decadencial, os atos, embora nulos absolutamente, não serão mais invalidados.

Por outro lado, pode o juiz simplesmente deixar de declarar a nulidade absoluta, quando a decisão for favorável àquele a quem a declaração de nulidade favoreceria (art. 249, § 2º, do CPC).

Qualquer das partes pode alegar, em qualquer tempo, a existência de nulidades absolutas, enquanto não extinto o processo. Podem atacar, ainda, os atos viciados por meio de recursos, ou por impugnação ao cumprimento de sentença, tratando-se de nulidades posteriores ao trânsito em julgado e ocorridas até o ato construtivo, ou através de embargos à execução de título extrajudicial, em relação às nulidades surgidas até o ato da penhora, ou ainda por ação rescisória, em se tratando de demandas cognitivas.

As nulidades processuais de forma vêm disciplinadas no Código de Processo Civil nos arts. 243 a 250, e por vários princípios jurídicos que guiam o juiz na análise das situações trazidas à sua apreciação.¹⁴¹⁵

¹⁴¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 167-178 alista os seguintes princípios jurídicos do sistema de nulidades processuais: 1. *O processo é uma forma*: o processo pode ser visto como um conjunto de formas e o afastamento dessas formas é o que dá causa às nulidades, pois estas constituem garantia para a defesa do direito das partes; 2. *As formas têm caráter instrumental*: as formas no processo são meios para se atingirem fins e se estes forem atingidos fazem com que a ausência de atenção à forma não acarrete nulidade; 3. *Não há nulidade sem prejuízo*: é desnecessário do ponto de vista prático, anular-se ou decretar-se a nulidade de um ato, não tendo havido prejuízo da parte; 4. *Nulidades instituídas precipuamente no interesse da parte são sanáveis*; 5. *Nulidades instituídas precipuamente no interesse público são sempre insanáveis*; 6. *Deve-se obter o máximo de rendimento com o mínimo de atividade jurisdicional*: trata-se do princípio da economia processual, em nome do qual existe forte tendência a que se “passe por cima” de nulidades, no sentido de não decretá-las, inclusive as absolutas; 7. *Nulidades relativas só podem ser levantadas pelo interessado*; 8. *Princípio da causalidade ou concatenação*: o processo é um conjunto de atos concatenados e interdependentes; se um ato for nulo, este vício se propaga para todos os demais atos que dele dependam; 9. *Princípio do contraditório*:

O importante também nessa seara, é que não existem princípios jurídicos absolutos. Assim, não é porque a situação é de nulidade absoluta, que necessariamente o órgão jurisdicional deverá declará-la e invalidar todo o processo. O art. 249, § 2º, do CPC, já citado, é exemplo disso. Ainda que nulo absolutamente um ato processual, poderão ser aproveitados outros atos que dele não dependam diretamente (art. 250 do CPC). Tratando-se de nulidade absoluta, até mesmo a parte que deu causa à situação de invalidade pode alegá-la, embora uma leitura isolada do art. 243 do CPC e sem vinculação com o regime jurídico das nulidades absolutas possa levar à conclusão contrária.

A esse respeito, José Roberto dos Santos Bedaque,¹⁴¹⁶ apoiado no princípio da instrumentalidade substancial, ou seja, na idéia de que todos os institutos fundamentais do Direito Processual Civil constituem meios para tornar efetiva a tutela jurisdicional, e a partir da premissa de que é necessário relativizar o binômio direito-processo, destaca ser inexorável a relativização das nulidades processuais. O princípio da legalidade das formas e a necessidade de observância às regras do procedimento são garantias do resultado do processo. Se este for alcançado, deixa de ter relevância o não atendimento à forma, conclusão que se aplica a qualquer tipo de nulidade, mesmo às absolutas.

Enfim, os princípios jurídicos constituem elementos importantíssimos, servem como guias ao magistrado na análise das situações de nulidade e não podem ser desprezados.

Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁴¹⁷ entende que as nulidades do processo podem ser de forma e de fundo. As primeiras dizem respeito ao

decorrência do devido processo legal, cada vez que uma das partes se manifesta no processo, a outra terá o direito de se manifestar também sobre a manifestação da parte adversa; 10. *Princípio da proteção*: não pode a própria parte que praticou o ato viciado levantar seu vício, pois ninguém pode se beneficiar da própria torpeza; 11. *Princípio da conservação ou aproveitamento*: no terreno do processo, tudo se emenda, ou melhor, tudo deve emendar-se, inexistindo incompatibilidade entre o caráter absoluto de uma nulidade e sua sanabilidade; 12. *Princípio da celeridade*: o processo é um “mal”, e, portanto, quanto menos estender-se no tempo, melhor será para todos; 13. *Princípio da comunicação*: as partes devem ter ampla liberdade de produzir provas e de manifestar-se, daí a importância da comunicação dos atos processuais, citações e intimações; o processo deve durar tanto quanto necessário, sob pena de não se formar um quadro apto a dar condições de o juiz proferir uma sentença; 14. *Princípio da especificidade*: as nulidades devem ser expressamente cominadas por texto de lei; 15. *Princípio da eficácia do ato viciado*: o ato viciado é eficaz.

¹⁴¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, p. 92.

¹⁴¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 188.

procedimento. As segundas aos pressupostos processuais e às condições da ação. Se a norma processual estabelecer a cominação de nulidade, na hipótese de nulidade de forma, essa nulidade será absoluta, observando-se o regime jurídico próprio dessa espécie.

Assim, segundo essa jurista, as *nulidades de fundo* abrangem: a) *as nulidades de forma cominadas (nulidades absolutas)*, e b) *os pressupostos processuais e as condições da ação*. Já as nulidades relativas abrangem as hipóteses de nulidades de forma sem cominação de nulidade.

Acolhemos integralmente o posicionamento em questão, porque ele tem a grande vantagem de agrupar todas as situações de nulidade absoluta e de vícios ligados aos requisitos de admissibilidade da demanda, a partir da constatação de que, enquanto o processo estiver em curso, carecem de importância as diferenças entre o regime jurídico das nulidades absolutas e o da inexistência.¹⁴¹⁸

De fato, embora a falta dos pressupostos processuais de existência e das condições da ação leve à inexistência do processo, tanto essas hipóteses como aquelas próprias das nulidades absolutas podem ser conhecidas, de ofício, pelo juiz, podem ser alegadas por qualquer das partes, e não precluem, nem para elas, nem para o magistrado. Os regimes jurídicos, nesse aspecto, são idênticos. Só passam a ser diferentes a partir do fim do processo.

Outro fator importante ao assentirmos com o posicionamento em questão refere-se à sua estreita vinculação com a espécie de poderes ora examinada. *Os poderes saneatórios do juiz dizem com todas às espécies de nulidades de fundo, e não apenas com as nulidades absolutas.*

Sob outra angulação, o vício do ato processual pode ainda ocasionar sua ineficácia, i.e., sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos, total ou parcialmente. O exemplo mais expressivo de ato ineficaz contido no Código de Processo Civil é aquele realizado em fraude à execução.

Os atos de oneração ou alienação realizados pelo demandado, após sua citação (art. 592, V, e art. 593, II, do CPC), em demanda cognitiva ou executiva, capazes e reduzi-lo à insolvência, ou após averbação nos registros públicos de bens

¹⁴¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 51.

sobre o ajuizamento da ação (art. 615-A, do CPC), são ineficazes, de tal sorte que ficam os bens sujeitos à execução. Isso quer dizer que são atos existentes, válidos e eficazes entre as partes contratantes (devedor e terceiro). Mas são atos ineficazes perante a execução.

Os bens serão penhorados como se não houvesse o negócio jurídico entre as partes contratantes. O juiz declarará ineficaz o ato de oneração ou alienação de bens e determinará a realização da constrição, intimação do devedor e demais atos expropriatórios.¹⁴¹⁹ Enfim, perante a execução o ato realizado em fraude à execução não produz efeito jurídico algum.

Os atos processuais podem, ainda, ser irregulares. Na patologia que os atos jurídicos podem assumir, trata-se do vício de menor gravidade. O ato é existente, válido e eficaz. Não tende à ineficácia, nem se trata de situação capaz de invalidar o ato ou outros subseqüentes. O vício não se propaga, ao contrário da nulidade e da ineficácia. A irregularidade não influi sobre a justiça dos pronunciamentos proferidos nos processos. É a hipótese da falta de numeração das folhas dos autos, ou quando o juiz excede um prazo impróprio.¹⁴²⁰

Os poderes saneatórios do juiz na execução civil têm por objeto o próprio exercício da atividade jurisdicional. Não dizem respeito à movimentação da demanda, à apreensão de bens, à satisfação do credor ou à decisão de questões incidentes. São poderes do juiz que lhe impõem o dever de velar pela regularidade formal do instrumento de efetivação da jurisdição.

Já disse Galeno Lacerda,¹⁴²¹ referindo-se ao despacho saneador do Código de Processo Civil de 1939 (art. 294): “O juiz tem o direito de impor um dever-ser à conduta das partes e, ao mesmo tempo, a obrigação de prover, prescrita pelo Estado, como decorrência do exercício da função. Essa característica, que se

¹⁴¹⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fraude à execução: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 85: “Efetivamente, não se podem macular de nulos nem anuláveis os atos jurídicos praticados *in fraudem executionis*, pois os primeiros jamais convalidam e os segundos devem ser desconstituídos por ação própria, daí não se encaixarem na moldura do quadro da ineficácia que agora nos afigura. Assim, razão assiste à maioria dos nossos doutrinadores ao sustentarem que tais atos são apenas ineficazes em relação ao credor exequente ou autor da demanda, de sorte que a força da execução continuará a perseguir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta. Isso se justifica porque ‘ao direito processual é que compete regular a ineficácia dos negócios jurídicos em fraude à execução’, bastando, para tal, uma declaração nesse sentido do Poder Judiciário, independentemente de ação constitutiva negativa”.

¹⁴²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 190.

¹⁴²¹ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, p. 99.

ajusta a todo ato de autoridade pública, assume no saneador um aspecto peculiar. Aqui o ato do juiz tem por objeto o próprio instrumento de concretização do direito”.

Atualmente, no procedimento comum ordinário a matéria vem regulada no art. 331 do CPC. Em audiência, através de decisão, o juiz fixa os pontos controvertidos sobre os quais incidirão as provas, defere aquelas a serem produzidas e decide as questões processuais pendentes, designando audiência de instrução e julgamento. Entre as questões processuais encontram-se aquelas relativas aos pressupostos de admissibilidade da demanda e às nulidades processuais.

Em todo e qualquer processo os juízes exercem poderes saneatórios, ou seja, decidem questões atinentes aos pressupostos de admissibilidade da demanda e sobre invalidades processuais. Devem observar, ademais, se durante o desenvolvimento da relação jurídica processual existe alguma situação equiparável à ausência dos pressupostos de admissibilidade da demanda, que ocasione a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, I, II, VII, VIII, IX, X, XI do CPC).

Através dos poderes saneatórios, diretamente relacionados à observância das formas, no desenvolvimento da relação jurídica processual, o juiz assegura a igualdade das partes (art. 125, I, do CPC), equilibrando a celeridade (art. 125, II, do CPC) com a garantia dos direitos fundamentais inerentes ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Por outro lado, os poderes saneatórios do juiz contribuem, em grande medida, para a rápida solução do litígio (art. 125, II, do CPC), pois através deles se impede a realização de atos viciados, evitando-se que sejam repetidos pelo desrespeito à formalidade essencial.

Nas palavras de Galeno Lacerda:¹⁴²²

“A função de economia no processo transcende, assim, a mera preocupação individualista de poupar trabalho a juízes e partes, de frear gastos excessivos, de respeitar o dogmatismo dos prazos. Não visa à comodidade dos agentes da atividade processual, mas à ânsia de

¹⁴²² LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, p. 6.

perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com o menor gravame possível”.

Segundo Donaldo Armelin:¹⁴²³

“Em verdade, a existência de uma esfera preliminar ao exame do mérito é o resultado da atuação de princípios de técnica e economia processuais respaldados por lei. Com isso se objetiva impedir que processos oriundos de exercício irregular de um direito de ação ou de nenhum direito de ação (no sentido de direito a um exame de mérito) cheguem a se prolongar, ensejando decisões ineficazes ou rescindíveis, com manifestos prejuízos para todos, partes e órgãos jurisdicionais.”

Na execução é igualmente obrigação do magistrado analisar se a demanda atende aos pressupostos processuais, às condições da ação e se os atos processuais padecem de alguma situação que os leve ou os possa levar à invalidade. Considerando que a técnica processual executiva redundava, a todo instante, em atos de agressão patrimonial (bloqueio de bens, penhora sobre estes, constrição sobre faturamento da empresa etc), e até mesmo pessoal contra o devedor (prisão do depositário infiel), devem os magistrados analisar fielmente os requisitos legais para a prática de cada um desses atos e assim o fazem exercendo os poderes saneatórios.

Tratando-se de hipótese de nulidade absoluta, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, declarará a nulidade do ato processual e de todos os que dele diretamente dependam (arts. 248 e 249, *caput*, do CPC), ordenando as providências necessárias a fim de que sejam repetidos. Verificada a ausência de pressupostos processuais positivos, presença dos pressupostos processuais negativos, ou ausência das condições da ação, deverá julgar extinto o processo com base no art. 267, IV, V e VI, do CPC, aplicável à execução por força do art. 598 do CPC.

Os juízes exercem poderes saneatórios durante todo o desenvolvimento da execução forçada.

¹⁴²³ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 46-47.

Já disse José Joaquim Calmon de Passos¹⁴²⁴ que se deve atentar para o fato de que a tarefa saneadora do magistrado deve estar presente durante todo o desenvolver do procedimento.

Segundo Donaldo Armelin,¹⁴²⁵ sendo o processo uma relação complexa e dinâmica, o diagnóstico da falha dos requisitos de admissibilidade pode ocorrer a qualquer momento, desde seu início até o seu término anormal.

Enrico Tullio Liebman¹⁴²⁶ observa que, através do saneamento do processo, o juiz pratica verdadeira “depuração” do instrumento de efetivação do direito substancial, isto é, realiza a eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo.

Lembre-se: as formas, especialmente aquelas que dizem respeito às normas impositivas e cogentes, visam a garantir que os efeitos jurídicos dos atos processuais sejam realizados de acordo com as hipóteses taxativas contidas no sistema. A falta de observância das formas conduz à insegurança jurídica, além de gerar processos contaminados por vícios que podem invalidá-lo, desde o início.

Nas palavras de Celso Agrícola Barbi,¹⁴²⁷ a experiência multissecular da atividade judiciária no que diz respeito aos meios de apuração e efetivação do direito dos indivíduos é incorporada nos Códigos e nas leis processuais, porque o legislador considera os meios aí incluídos como os melhores, e que devem ser seguidos pelos participantes da demanda. As formas não são, como sói parecem aos menos avisados, escolhidas por simples gosto pela formalidade. São prescritas para garantir aos indivíduos maior segurança na discussão e defesa de seus direitos. A elas estão sujeitos não apenas os litigantes, mas igualmente o juiz.

Logo que recebe a demanda cabe ao juiz verificar o atendimento aos pressupostos processuais e às condições da ação, ou se foram preenchidos os requisitos da petição inicial. Havendo irregularidades sanáveis, deverá o juiz determinar seja a petição inicial emendada (art. 284 do CPC c.c. art. 616 do CPC).

¹⁴²⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, p. 454.

¹⁴²⁵ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 33.

¹⁴²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Estudos sobre o processo civil brasileiro: com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 98-99.

¹⁴²⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, p. 314.

Não suprida a irregularidade ou sendo impossível sua correção deverá indeferir a petição inicial executiva, impedindo o desenvolvimento de um processo que não reúne condições formais mínimas de existir, ou de se desenvolver validamente (art. 267, I, art. 295, I a V e parágrafo único, do CPC).

Não sendo absolutamente competente para conhecer da demanda executiva, cabe ao juiz, de ofício, declinar da competência em favor do juízo competente (art. 113 do CPC).

Nos termos do art. 13 do CPC, verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber ao credor, o juiz julgará extinto o processo (art. 13, I, do CPC).

Sendo caso de intervenção obrigatória do Ministério Público, cabe ao juiz dar-lhe vista dos autos, intimando-o de todos os atos do processo, sob pena de nulidade (arts. 82, 84 e 246 do CPC).

Cabe ao magistrado velar para que os atos processuais observem a formas prescritas em lei (art. 154 do CPC) e, quando houver cominação de nulidade, devem invalidar os atos processuais que não observaram os modelos-tipo taxativamente dispostos pelo sistema (art. 243 do CPC). Essas formas dizem respeito aos requisitos constitutivos dos atos processuais (arts. 154-171 do CPC), ao tempo destes (arts. 172-175 do CPC), ao lugar em que devem ser praticados (art. 176 do CPC) e aos prazos em que podem ou devem ser realizados (arts. 177-199 do CPC).

Deve o juiz ter especial atenção com as citações e intimações, que uma vez realizadas de maneira irregular devem ser invalidadas (art. 247 do CPC).

No exercício dos poderes saneatórios, o juiz, sem ser formalista, tem a obrigação de respeitar os comandos emergentes das regras processuais e os princípios informativos das invalidades processuais, ao longo de todo o *iter* processual.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,¹⁴²⁸ pode acontecer que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso, o formalismo se transforma no seu contrário: ao invés de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz.

Concordamos, neste particular, com João Batista Lopes¹⁴²⁹ quando disse que não há de confundir formalidade com formalismo. Só este deve ser evitado. Não aquela. O desprezo às formas processuais, sobre não conduzir à prestação jurisdicional qualificada, pode resultar, muitas vezes, em graves injustiças. Com pretender assumir postura liberal, estará o magistrado, na verdade, deixando de cumprir seus deveres jurídicos em prejuízo dos jurisdicionados.¹⁴³⁰

¹⁴²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 137, p. 19, jul.- 2006.

¹⁴²⁹ LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 27, jul.-set. 1984.

¹⁴³⁰ LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, v. 35, p. 27.

3.11.3.6 Poderes coercitivos

Na busca do resultado prático da execução o juiz pode determinar medidas executivas que atuem sobre a vontade do devedor, a fim de que realize determinada conduta que possibilitará ou contribuirá, em grande medida, para a completa realização da tutela jurisdicional executiva. Aplicam-se aqui as noções sobre execução indireta, que vimos anteriormente.

Adjetiva os poderes coercitivos o fato de que o pronunciamento jurisdicional trará agregado em si a cominação de uma sanção, caso o devedor não cumpra a determinação. O pronunciamento assemelha-se à estrutura de verdadeira norma jurídica, *contendo preceitos de conduta e de sanção*. Essa sanção poderá ter por objeto o aumento do débito do devedor, ou sua prisão, ou ainda a remoção do obstáculo indevidamente criado por ele ou por terceiro.

A atribuição de poderes coercitivos ao juiz flexibilizou o dogma liberal de que ninguém pode ser constrangido a fazer uma coisa (*nemo ad factum praecise cogi potest*).

O comando de sentença condenatória de quantia certa, atualmente, traz cominação de multa na ordem de dez por cento sobre o débito, caso o devedor não efetue o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, em que se tornar exequível a sentença (art. 475-J, *caput*, do CPC).

Trata-se de situação de execução indireta que se insere em importante alteração legislativa na busca de maior efetividade da execução. Observe-se que a medida coercitiva atua desde a prolação da sentença.

A técnica processual do processo sincrético admite a combinação e aglutinação de atividades cognitivas e executivas. Esse poder coercitivo refletirá na atividade do juiz, quando do início da fase executiva, pois deverá verificar a exatidão da memória atualizada do cálculo, trazida pelo credor, a qual conterà o acréscimo de multa (art. 475-J, *caput*, do CPC).

A prática de alguns atos por parte do devedor assumem tamanha gravidade que o Código de Processo Civil considera-os atentatórios à dignidade da

justiça, encontrando-se alistados no art. 600 do CPC. Com efeito, estabelece esse dispositivo legal que se considera atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que: I – frauda a execução; II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III – resiste injustificadamente às ordens judiciais.

A prática desses atos é sancionada com multa em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito, que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução, a teor do art. 601, *caput*, do CPC.

É dever do juiz, deparando-se com situações caracterizadoras de atos atentatórios à dignidade da justiça, determinar que o devedor adote comportamento contrário àquele que até então vinha exercendo, possibilitando a normal realização dos atos executivos e do desenvolvimento da execução, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 601, *caput*, do CPC.

O art. 599, II, do CPC, estabelece que o juiz pode, em qualquer momento do processo, advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Pode fazê-lo, inclusive, determinando o comparecimento pessoal das partes à uma audiência especialmente designada para esse fim (art. 599, I, do CPC).

Esses dispositivos harmonizam-se com o disposto no art. 125, III, do CPC, que estabelece competir ao juiz “prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça”.

Também, aqui, existe manifestação dos poderes coercitivos do juiz.

O art. 600, IV, do CPC, recebeu nova redação pela Lei 11.382/2006, de tal sorte que atualmente também constitui atentatório à dignidade da justiça a conduta do devedor que, intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Portanto, atualmente, dissipando anteriores dúvidas que suscitava a redação anterior, a determinação judicial endereçada ao devedor, no sentido apontado no inciso IV, do art. 600, do CPC, cria para o demandado uma obrigação, qual seja, a de indicar quais são e onde se encontram seus bens penhoráveis, com seus respectivos valores, sancionando a recalcitrância com sanção pecuniária.

Essa obrigação é reforçada no art. 656, § 1º, do CPC, com a redação determinada pela Lei 11.382/2006, ao estabelecer ser dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à penhora, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único, do CPC).

No mesmo sentido encontra-se o disposto no art. 652, § 3º, do CPC, acrescentado também pela Lei 11.382/2006, o qual expressamente dispõe que a intimação do devedor para indicar os bens passíveis de penhora pode decorrer de *iniciativa de ofício do órgão jurisdicional*. Ou seja, pode o juiz, fazendo uso dos poderes coercitivos de que se acha investido determinar, de ofício, que o devedor indique quais são e onde se encontram os bens passíveis de penhora.

Em boa hora, o legislador processual adotou medidas executivas semelhantes às aquelas sugeridas por Comoglio¹⁴³¹, cuja lição citamos anteriormente e que, de longa data, acentuava a necessidade de alterações legislativas que autorizassem o juiz a determinar ao demandado que colaborasse com o órgão jurisdicional na localização de seus bens, inclusive sancionando-o em caso contrário, bem como autorizavam o juiz a agir, de ofício, na busca de bens penhoráveis.

Essa iniciativa de ofício mostra-se muito importante porque expressamente reconhece poderes, que, em nossa opinião, os juízes sempre foram dotados. Quebra-se aqui o dogma apoiado no princípio dispositivo que enxerga no processo civil aspectos eminentemente privatísticos, ou seja, que vinculam a atividade jurisdicional apenas à iniciativa da parte credora. Reconhece-se, enfim, que os poderes do juiz armam-no de iniciativa a fim de que a execução cumpra sua finalidade. Nunca concordamos com a idéia de um juiz apático, principalmente na execução forçada.

A alteração fortalece iniciativas corajosas de alguns magistrados na busca e localização de patrimônio expropriável, mesmo diante da inércia de

¹⁴³¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, p. 464, 1994.

credores, visualizando o processo pela feição pública da autoridade de que se encontram investidos e que jamais ficará vinculada a requerimentos da parte credora. Essas iniciativas merecem elogios e agora ganham expresso respaldo legal, embora já contassem com respaldo em normas constitucionais.

O juiz também exercerá poderes coercitivos ao determinar às partes a observância dos seus deveres processuais, sob pena de serem reputadas litigantes de má-fé e passíveis de sofrerem a aplicação de multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor a causa, além de indenizarem a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou (arts. 17 e 18 do CPC).

A prática de atos por parte dos representantes legais de pessoa jurídica que embarcem a penhora sobre o faturamento da empresa, pode levar o juiz a determinar o seu afastamento, com base no art. 74 da Lei 8.884/1994, aplicável analogicamente à espécie. A determinação de que os representantes legais da empresa devedora se comportem de modo a não obstar a atuação jurisdicional pode funcionar como eficaz medida coercitiva.

Nos termos do art. 660 do CPC, se o devedor fechar as portas da casa, a fim de obstar a penhora dos bens, o oficial de justiça comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento.

Segundo o art. 661 do CPC, deferido o pedido, *dois oficiais de justiça* cumprirão o mandado, arrombando portas, móveis e gavetas, onde presumirem que se achem os bens, e lavrando de tudo auto circunstanciado, que será assinado por *duas testemunhas*, presentes à diligência.

Certificado pelo oficial de justiça a obstrução no cumprimento do mandado executivo, o juiz deverá exercitar os poderes coercitivos, determinando o cumprimento da medida, sob pena de arrombamento.

A sanção manifestada através dos poderes coercitivos do juiz pode retirar a própria liberdade do devedor, nas situações em que fique caracterizado que quebrou o dever assumido perante o órgão jurisdicional de guarda e conservação dos bens que lhe foram confiados em depósito (art. 5º, LXVII, da CF, art. 652 do CC, art. 148 e 904, parágrafo único, do CPC).

Pode o juiz, na execução civil, determinar o cumprimento de suas decisões *sob pena de prisão civil*, fora das hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel?

Não obstante a discussão diga respeito especificamente aos poderes dos juízes sob o enfoque das medidas contidas no art. 461, § 5º, do CPC, parece-nos que o tema deve ser aqui discutido porque, algumas vezes, o juiz na execução forçada é levado a determinar a prática de ato ou abstenção de fato pelo devedor, equiparando-se, em grande medida, às determinações cominadas no citado dispositivo legal.

Ademais, como já sustentamos anteriormente, com base em autorizada doutrina,¹⁴³² o juiz não se encontra vinculado estritamente ao rol de medidas executivas previstas no sistema, sendo perfeitamente possível, inclusive nas obrigações de pagar quantia, que adote outras medidas não contidas em lei para a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, sempre que aquelas previstas não se mostrem eficazes.

Já observamos também que não vige, sem exceções, na execução forçada, o princípio da tipicidade das medidas executivas. A técnica processual da execução civil combina medidas típicas e atípicas, embora predominem as primeiras.

Assim, cabe averiguar se entre os poderes coercitivos dos juízes, como medida executiva atípica, encontra-se a prisão civil.

Estabelece art. 5º, LXVII, da CF, que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Duas interpretações emergem da leitura desse dispositivo. A primeira visualiza o vocábulo “dívida” em sentido estrito, isto é, como obrigação pecuniária, o que conduz à ampliação das hipóteses de prisão civil em decorrência do descumprimento de outras obrigações. A segunda focaliza o vocábulo “dívida” em sentido amplo, alojando dentro da vedação constitucional qualquer espécie de obrigação civil, pecuniária ou não, decorrente do descumprimento de ordem judicial

¹⁴³² GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 104.

ou não etc. Logo, essa interpretação restringe as situações de prisão apenas às aquelas duas previstas no Texto Constitucional.

Adota o primeiro posicionamento Luiz Guilherme Marinoni.¹⁴³³ Segundo esse autor, é possível, por exemplo, a decretação de prisão civil contra o demandado que descumpra ordem judicial que visa à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Justifica seu posicionamento dizendo que, nem sempre medidas coercitivas, como a multa, são eficazes na efetivação da tutela jurisdicional. Cita como exemplo a situação do réu que se utiliza de interpostas pessoas na prática do ilícito.

No mesmo sentido, manifesta-se Sérgio Cruz Arenhart,¹⁴³⁴ que ressalta a ineficácia da prisão criminal como medida coercitiva. A sanção criminal tem cunho retributivo e preventivo. Já a prisão civil tem função exclusivamente coativa, tendente a estimular o demandado ao cumprimento da determinação judicial. Não se preocupa em punir o renitente, mas em compeli-lo ao cumprimento da ordem. Enfatiza esse autor que não há que se confundir a proibição contida na Constituição de prisão civil por dívida com a hipótese de descumprimento de ordem judicial, sempre admitida.

Marcelo Lima Guerra¹⁴³⁵ adere ao entendimento de que “dívida” tem significado estrito na norma constitucional em questão, não impedindo que a prisão civil seja utilizada como medida coercitiva. Para esse autor, deve ser encarada a prisão civil como um importante meio de concretização do direito fundamental à tutela efetiva e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade, de tal sorte que uma exegese que restrinja a vedação do inciso LXVII do art. 5º da CF aos casos de prisão por dívida em sentido estrito, preserve substancialmente a garantia que essa vedação representa, sem eliminar totalmente a possibilidade de se empregar a prisão como medida coercitiva para assegurar a prestação efetiva de tutela jurisdicional.

¹⁴³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 229-234.

¹⁴³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 388.

¹⁴³⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 245-246.

Donaldo Armelin¹⁴³⁶ advoga a tese de que a prisão civil constitui sanção indireta ao descumprimento de ordens judiciais, inclusive cautelares, tal qual o *contempt of court* do Direito anglo-saxônico.

Pontes de Miranda,¹⁴³⁷ ao comentar o art. 885 do CPC, entende perfeitamente cabível a decretação de prisão civil, prevista em citado dispositivo, àquele que recebeu título de crédito para firmar aceite ou efetuar pagamento, e se recusa a devolvê-lo.

Ao analisar possível colisão desse dispositivo com a norma prevista no art. 153, § 17, da CF de 1967, com as alterações da EC 1/69, cujo teor é semelhante ao art. 5º, LXVII, da CF/1988, diz que a prisão decorreria não da circunstância de não pagar dívida, multa ou custas, mas sim pelo fato de o réu permanecer com o título e não o devolver. O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que, aquele que tem a posse imediata de algum bem, se furte à entrega dele. Enfim, admite esse autor a utilização da prisão civil como medida coercitiva ou de execução indireta, aderindo à interpretação restritiva do termo “dívida”.

Em sentido contrário, ou seja, entendendo que “dívida” denota a vedação à prisão decorrente do descumprimento de qualquer obrigação civil, encontra-se a lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva,¹⁴³⁸ que, ao comentar o mesmo art. 885 do CPC, entende não ter sido este dispositivo recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Remarca esse autor que é verdade que a Constituição se refere à “prisão por dívidas”, mas, ao mencionar as exceções que abre ao princípio, alude a um caso de dívida monetária, que é a prisão alimentar, e a outro, que absolutamente não se confunde com essa espécie de obrigação, que é a prisão do depositário infiel.

¹⁴³⁶ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 23, p. 137, jun.- 1985.

¹⁴³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII, p. 449.

¹⁴³⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 535.

Afirma Ovídio que, se a prisão por dívida que não fosse monetária estivesse sempre autorizada, não faria sentido a exceção constante do Texto Constitucional para o caso de depositário infiel. Assim, a prisão prevista no art. 885 do CPC é medida executiva de coerção pessoal, mas essa modalidade de “detenção pessoal” encontra-se definitivamente banida do Direito brasileiro, a não ser nos casos específicos a que a regra constitucional se refere.¹⁴³⁹

Teresa Arruda Alvim Wambier,¹⁴⁴⁰ em primoroso parecer acerca de decisão judicial que impôs a prisão civil como medida coercitiva executiva a fim de que sócios de determinada empresa cumprissem a obrigação a ela imposta em sentença, pontua que, de acordo com a Constituição Federal, proíbe-se a prisão civil em qualquer caso e não apenas nas situações de descumprimento de obrigação de pagar quantia em dinheiro. Ressalta que uma das duas excepcionalíssimas hipóteses em que se admite a prisão civil não tem qualquer relação com “dívida” (depositário infiel).

José Miguel Garcia Medina¹⁴⁴¹ filia-se igualmente à corrente doutrinária que confere sentido amplo ao vocábulo “dívida” mencionado na norma constitucional em tela, alargando as hipóteses de vedação da prisão. Alega que a vedação constitucional abarca não apenas a possibilidade de prisão como meio de satisfação mas também o emprego da prisão como meio coercitivo, pois também nesse caso a prisão civil estaria ocorrendo *por causa da dívida*.

Esse também é o posicionamento de Eduardo Talamini.¹⁴⁴²

Com a devida vênia ao entendimento em contrário, *a Constituição Federal veda qualquer espécie de prisão como medida coercitiva ou satisfativa, de dívidas pecuniárias ou de qualquer outra espécie, originadas de acordo de vontade ou decorrentes de decisão judicial.*

¹⁴³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 535.

¹⁴⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Impossibilidade da decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação *in natura*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 112, p. 199, out.-dez. 2003.

¹⁴⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil*, p. 461.

¹⁴⁴² TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e “execução indireta”. A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 157, 1998. Do mesmo autor conferir *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, p. 300 e ss.

O art. 5º, LXVII, da CF/1988, contém uma regra geral: *a vedação da prisão civil*. Em seguida, traz *apenas duas exceções*: obrigação alimentícia e depositário infiel. *A segunda exceção não tem qualquer relação com dívida*. O depositário que quebra o dever de guarda e conservação dos bens atenta contra a autoridade do Estado que lhe confiou o encargo. Não existindo outras exceções contidas no dispositivo em exame, a única conclusão a que se pode chegar é a de que “dívida”, na primeira parte da norma, traduz qualquer obrigação civil, independentemente de sua origem.

Portanto, não pode o juiz que dirige determinada execução civil determinar, por exemplo, que o devedor permita a entrada em sua residência, ou em seu estabelecimento comercial, a fim de que seja efetivada penhora, *sob pena de prisão civil, porque esse poder ele não possui*.

O descumprimento de ordens judiciais executivas pode redundar na prática de crimes por parte do devedor ou de terceiros. Então, indaga-se: é possível o juiz da execução utilizar-se da prisão criminal como medida coercitiva visando ao cumprimento de suas ordens executivas?

Dispõe o art. 329 do CP que constitui *crime de resistência* opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio. Comina a norma pena de detenção de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos e de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, se o ato, em razão da resistência não se executa, a teor do art. 329, § 1º, do CP. Nos termos do art. 329, § 2º, do CP as penas desse artigo são aplicadas sem prejuízo das correspondentes à violência.

Estabelece o art. 330 do CP que caracteriza *crime de desobediência* desobedecer a ordem legal de funcionário público, cominando-se pena de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

Os delitos em questão encontram-se inseridos no Capítulo II (Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral), do Título XI (Dos Crimes Contra a Administração Pública), da Parte Especial do Código Penal.

Por exemplo, o devedor que, com consciência e vontade, se opuser à execução da ordem executiva (ato legal), mediante violência ou ameaça ao oficial

de justiça (funcionário público competente) ou quem lhe esteja prestando auxílio (por exemplo, policial militar), pratica o crime de resistência (art. 329 do CP).

Já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que: “Sendo legal o ato do oficial de justiça, caracterizam os crimes de resistência e desacato a oposição à realização da penhora e as ofensas ao oficial na sua condição de funcionário público”.¹⁴⁴³

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que: “Comete o crime previsto no art. 329, § 1º, do CP, o agente que se opõe à ação legítima de Oficial de Justiça que tentava efetuar uma penhora, impedindo a execução do ato legal.”¹⁴⁴⁴

E, segundo decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Pratica o crime de resistência aquele que obstrui a ação de oficiais de justiça impedindo a penhora e o recolhimento de dinheiro arrecadado em jogo de futebol. Tendo o presidente do clube insultado os funcionários e a própria Justiça do Trabalho praticou também o crime de desacato.”¹⁴⁴⁵

Todavia, a mera indignação manifestada pela parte devedora por ocasião do cumprimento do mandado executivo não preenche os tipos penais objetivo dos crimes de desobediência e resistência, como já assentou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região.¹⁴⁴⁶

¹⁴⁴³ TJSP, AC, rel. Des. Dirceu de Mello, *RT* 610/312. No mesmo sentido: “PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ATO JUDICIAL. PENHORA. OFICIAL DE JUSTIÇA. RESISTÊNCIA. ARTIGO 329 DO CÓDIGO PENAL. AMEAÇA. CONTEXTO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. 1. Comete o crime de resistência o agente que, agindo com vontade livre e consciente, opõe-se à ordem de penhora de bens, mediante ameaça ao oficial de justiça incumbido de seu cumprimento. 2. Agindo o Acusado com dolo intenso, respondendo a várias ações penais e já tendo sido condenado, inclusive, por sentenças transitadas em julgado, justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal.” (TRF da 1ª Região, Apelação Criminal 200338000574284/MG, rel. Des. Federal Márcio César Ribeiro, j. 04.09.2007, *DJ* 21.09.2007, p. 43).

¹⁴⁴⁴ TJRS, 4ª Câmara Criminal, Apelação Crime nº 70013993712, rel. Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, j. 20.04.2006.

¹⁴⁴⁵ TRF da 4ª Região, 7ª T., Apelação Criminal 200070070010707/PR, rel. Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. 02.03.2004, *DJU* 02.03.2005, p. 550.

¹⁴⁴⁶ “APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESACATO. RESISTÊNCIA. ARTS. 329, 330 E 331, DO CP. DELITOS NÃO CONFIGURADOS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. - A apelada não pretendeu, com sua atitude, desobedecer à ordem judicial. Ao revés, de seu depoimento, extrai-se sua revolta, decorrente do ajuizamento de Reclamação Trabalhista, por uma mulher que acolheu em sua casa, sem jamais ter sido sua empregada. Muito mais do que desobedecer à ordem constante do mandado, demonstrou a denunciada mera indignação com a penhora de seu bem, sob forte exaltação. - Quanto ao delito de desacato, não restou configurado, haja vista necessitar de dolo específico, inexistente no presente caso. Quando tomou o mandado das mãos do Meirinho, não pretendeu a acusada ultrajá-lo, sabedora de sua condição de funcionário público. - A própria conduta a

Enfim, os devedores podem responder penalmente pela prática dos crimes de resistência, desobediência, e correlatos, sempre que desrespeitem a uma ordem executiva. Poderão, assim, ser presos.

Nessas situações, a prisão do devedor terá natureza penal. Não se confunde, portanto, com a hipótese de prisão civil, sempre vedada, a não ser nas hipóteses alistadas no art. 5º, LXVII, da CF.

A prisão penal, medida extrema, acaba funcionando como medida coercitiva que auxilia, indiretamente, o cumprimento das ordens executivas.

No mandado de segurança e nas ações visando ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, sempre foi voz corrente na doutrina nacional que o descumprimento de decisões liminares ou de sentenças por parte do demandado configura crime de desobediência, com possibilidade de sua prisão em flagrante.

Como enfatiza Kazuo Watanabe:¹⁴⁴⁷

“O *provimento mandamental*, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência. Os executores da ordem judicial poderão, inclusive, lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência”.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier,¹⁴⁴⁸ a regra do art. 5º, LXVII, da CF, proíbe a prisão civil, mas não impede a prisão criminal nos termos do art. 330 do CP, em caso da prática de crime de desobediência à ordem judicial, em determinadas circunstâncias e obedecidos certos requisitos. Em

ser realizada, qual seja, a penhora do aparelho de televisão, pode ser questionada, já que tal objeto tem sido considerado como bem impenhorável. - Não sendo lícito proceder-se à penhora do bem antes citado, não há que se falar em resistência ou mesmo desobediência, ante a ausência de ordem legal. - Apelação improvida.” (TRF da 5ª Região, Apelação Criminal 3053/PE (200183000207413), rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, j. 06.10.2005, DJ 07.11.2005, p. 1.482).

¹⁴⁴⁷ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 46.

¹⁴⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Impossibilidade da decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação *in natura*. *Revista de Processo*, v. 112, p. 199.

decorrência do descumprimento da ordem emanada do juiz cível, é possível que seja efetivada prisão penal, no momento em que estiver sendo praticada a infração, ou logo em seguida.¹⁴⁴⁹

Não obstante esses posicionamentos, com os quais concordamos integralmente, existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito à possibilidade de o juiz cível decretar a prisão penal diante do descumprimento de suas ordens. Questiona-se, também, se pode o juiz cível determinar o cumprimento de suas ordens, “sob pena de prisão”. Assim, duas são as indagações: Podem os juízes cíveis decretar a prisão penal? Podem os juízes cíveis determinar a observância de seus pronunciamentos, “sob pena da prática de crime”?

Trazendo essa discussão para o objeto deste trabalho, cabe averiguar se os juízes que dirigem a execução forçada podem decretar a prisão de devedores que impedem o cumprimento de suas ordens executivas, especialmente a penhora, remoção de bens, avaliação etc., ou se podem *ao menos* determinar que sejam observadas “sob pena de prisão penal”.

A jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, maciçamente tem entendido que não podem os juízes cíveis sequer determinar o cumprimento de suas decisões, advertindo o demandado que, em caso de descumprimento, sujeitar-se-á às conseqüências criminais correspondentes.¹⁴⁵⁰

¹⁴⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Impossibilidade da decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação *in natura*. *Revista de Processo*, v. 112, p. 202.

¹⁴⁵⁰ Nesse sentido: “a) *HABEAS CORPUS*. DETERMINAÇÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE PARA O CASO DE DESOBEDIÊNCIA À DETERMINAÇÃO JUDICIAL RELATIVA À RESTITUIÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS EM FUNDOS DE INVESTIMENTOS. JUÍZO CÍVEL. INADMISSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A decisão proferida por Juízo Cível, no sentido de que se efetue a prisão em flagrante da pessoa responsável pela agência bancária, caso ainda persista o descumprimento da determinação judicial relativa à restituição de valores depositados em fundos de investimentos, por crime de desobediência, constitui constrangimento ilegal. 2. Essa modalidade prisional – prisão em flagrante – é incompatível com a prévia determinação por escrito da autoridade judicial. Inteligência dos arts. 301 e 304 do CPP e art. 5º, inc. LXII, da CF. 3. Embora compreensível a vontade do magistrado, no exercício da jurisdição cível, de querer ver satisfeita em sua plenitude a prestação jurisdicional, a ameaça efetiva de prisão, quando não se tratar das hipóteses de depositário infiel e devedor de alimentos, configura ilegalidade, por ausência de previsão legal. 4. Ordem concedida.” (STJ, 5ª T., HC 42896/TO (200500513243), rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.06.2005, DJ 22.08.2005, p. 323); b) “PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL. AMEAÇA DE PRISÃO EM FLAGRANTE. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE COATORA, NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CÍVEL. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. JUÍZO CÍVEL EM HIPÓTESE QUE NÃO DIZ RESPEITO A DEPOSITÁRIO INFIEL OU DEVEDOR DE ALIMENTOS. SALVO CONDUTO EXPEDIDO. ORDEM CONCEDIDA. Em se tratando de real

Argumenta-se que o juiz cível apenas pode decretar a prisão em execução civil nas situações de depositário infiel e de devedor de alimentos, como lhe autorizam o art. 5º, LXVII, da CF, art. 652 do CC, arts. 148, 733, § 1º, 904, parágrafo único, do CPC, mas jamais poderia exercer poderes de coerção sobre a parte demandada, cominando-lhe prisão criminal em caso de transgressão da ordem. Diz-se que a ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, estabelecida pelo art. 5º, LXI, da CF, não encontraria abrigo no pronunciamento do juiz cível.

Discordamos, *data maxima venia*, desse entendimento.

De fato, nosso sistema jurídico só admite ao juiz que dirige a execução civil decretar prisão do demandado em situações como a do devedor de prestação alimentícia e do depositário infiel. A Constituição Federal é expressa (art. 5º, LXVII). A prisão cível só se admite nessas hipóteses. Logo, não possui o juiz cível poder jurisdicional para decretar prisão penal.

O que se tem impedido, e nesse ponto reside nossa insurgência, é que os juízes, visando a dar efetividade ao cumprimento de suas decisões, constem delas ou dos mandados intimatórios dirigidos ao demandado, que a cumpram “sob

ameaça de prisão em flagrante, decorrente de descumprimento de ordem judicial, e não de simples advertência genérica, cabível a impetração de *habeas corpus*. A autoridade impetrada - Desembargador Relator de Mandado de Segurança - é incompetente para ordenar a prisão por crime de desobediência, na ausência de previsão legal. Se a hipótese não se identifica com as situações de dívida alimentícia ou depósito infiel, resta demonstrada a incompetência absoluta e a ilegalidade da ameaça concreta de prisão. Ordem CONCEDIDA para expedição de salvo conduto em favor do paciente.” (STJ, 6ª T., HC 32326/AC (200302246927), rel. Min. Paulo Medina, j. 23.08.2005, DJ 10.10.2005, p. 438); c) “CRIMINAL. HC. DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL. AMEAÇA CONCRETA DE PRISÃO EM FLAGRANTE. CABIMENTO DO *WRIT*. ANÁLISE DO TIPO DE DELITO QUE SE CONFIGURARIA E DISCUSSÃO DE MÉRITO DO MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. CONHECIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO RESTRITO À AMEAÇA DE PRISÃO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. JUÍZO CÍVEL EM HIPÓTESE QUE NÃO DIZ RESPEITO A DEPOSITÁRIO INFIEL OU DEVEDOR DE ALIMENTOS. SALVO-CONDUTO CONCEDIDO EM DEFINITIVO. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE. ORDEM CONCEDIDA. Não se tratando de mera advertência genérica, mas, sim, de uma efetiva ameaça de prisão em flagrante por descumprimento de ordem judicial, cabível o *habeas corpus*. Improriedade do meio eleito para a análise acerca do tipo de delito que se configuraria, em decorrência de tal descumprimento – se crime de responsabilidade ou prevaricação – tendo em vista a vedada análise de fatos e provas, que se faria necessária. Descabimento do *writ* para a discussão de mérito do mandado de segurança originário, pois deve o interessado valer-se dos recursos processuais de lei. Irresignação conhecida somente quanto à ameaça de prisão. Sobressai a ilegalidade da ameaça concreta de prisão, pois emanada de juízo no exercício da jurisdição cível, fora das hipóteses de depositário infiel ou de devedor de alimentos. Salvo-conduto concedido em definitivo, em relação à ordem de prisão em caso de descumprimento da determinação de pagamento dos meses de maio a agosto de 2001, em favor da Clínica de Reabilitação S/C Ltda., nos autos do Mandado de Segurança nº 2001.02.01.030971-8/RJ. *Writ* parcialmente conhecido e ordem concedida para, confirmando a liminar deferida, determinar, em definitivo, a expedição de salvo-conduto em favor dos pacientes, nos termos do voto do Relator.” (STJ, 5ª T., HC 186610/RJ (200101172078), rel. Min. Gilson Dipp, j. 27.08.2002, DJ 04.11.2002, p. 219).

pena da prática de crime”, geralmente de desobediência. Da leitura dos julgados resta clara essa conclusão.

Parece-nos que devem ser diferenciadas duas situações. A primeira é o fato de o juiz decretar, em ação cível, a prisão penal pelo descumprimento de suas decisões. Outra é o juiz, em demanda cível, determinar o cumprimento de seus pronunciamentos e advertir a quem são endereçados, que devem cumpri-los, sob pena de cometer crime(s) e, portanto, estar sujeito à prisão penal. *Na segunda hipótese a prisão penal é utilizada como meio coercitivo ou de execução indireta.*

A primeira hipótese é realmente inconcebível. Não pode o juiz, em qualquer ação cível, decretar prisão criminal, porque lhe falta competência absoluta para tanto.

A segunda situação é muito diversa da primeira. O que o juiz faz em suas decisões ou mandados intimatórios nada mais é do que *reafirmar as conseqüências previstas, na órbita penal, em caso de recalcitrância no cumprimento das decisões emanadas do Poder Judiciário.* Não estão criando uma modalidade nova de prisão, qual seja, prisão penal decretável pelo juiz em processo cível.

Quem descumpra ordem legal de funcionário público pratica crime de desobediência (art. 330 do CP). Quem se opõe à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio, pratica crime de resistência (art. 329 do CP). Os tipos penais objetivos encontram-se taxativamente previstos no direito positivo, respeitando o princípio positivado em regra legal e em norma constitucional de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 1º do CP e art. 5º, inciso XXXIX, da CF).

Portanto, ao determinar o cumprimento da ordem sob pena da prática dos crimes acima ou de quaisquer outros, o juiz no processo cível não está desrespeitando nenhuma regra legal ou norma constitucional, pois de fato praticarão os crimes acima previstos aqueles que transgredirem os preceitos primários das normas penais.

Não é vedado ao juiz cível utilizar-se de medida coercitiva prevista no Direito Penal.

Na execução forçada, a realização de alguns atos executivos, às vezes, é bastante tumultuária e o devedor nem sempre procura colaborar com o Poder Judiciário. Não é incomum o devedor fechar as portas de sua residência, quando se procura descrever os bens que a guarnecem, ou se busca efetivar penhora sobre eles, ou ainda impedir a entrada dos oficiais de justiça em estabelecimentos comerciais para penhora, avaliação ou remoção de bens.

Não obstante os juízes possam determinar o arrombamento de portas ou obstáculos para o cumprimento da ordem executiva, algumas vezes é realmente necessário que a diligência seja garantida pela atuação de força policial, pois alguns devedores chegam, inclusive, a ameaçar os oficiais de justiça. Aliás sempre é de bom alvitre que ordens de arrombamento sejam cumpridas com reforço policial. Por óbvio, recomenda-se cautela por parte dos servidores da Justiça nesses casos. Mas, mesmo assim, seria muito arriscado colocar oficiais de justiça em situações de iminente risco da prática de crimes por parte de devedores, sem a proteção de força policial.

O art. 579 do CPC admite a requisição de força policial sempre que for necessária para efetivar a execução. O art. 662 do CPC igualmente a admite sempre que for necessária a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora de bens “*e na prisão de quem resistir à ordem*”. Já o art. 663 do CPC estabelece que os oficiais de justiça lavrarão em duplicidade o auto de resistência, entregando uma via ao escrivão do processo para ser juntada aos autos e a outra à autoridade policial, *a quem entregarão o preso*, sendo que do auto de resistência constará o rol de testemunhas, com a sua qualificação.

Pois bem. Caso, durante o cumprimento da medida, os oficiais de justiça, e os policiais que os acompanham verificarem que o devedor praticou crime de desobediência ou resistência, não ficarão, de forma alguma, impedidos de efetuarem a sua prisão. O art. 301 do CPP expressamente estabelece: “*Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito*” (destaques nossos).

Nas palavras de Araken de Assis:¹⁴⁵¹ “A resistência consumada ou tentada, representa fato típico, e em plena flagrância, qualquer dos presentes (oficiais de justiça, policiais e pessoas do povo) pode prender o autor da façanha”.

Atualmente, os crimes de desobediência e de resistência são considerados infrações de menor potencial ofensivo, porque a pena máxima de ambos não é superior a 2 (dois) anos. Sendo cabível, em tese, a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), o rito processual penal a ser seguido é aquele estabelecido nos arts. 69 e seguintes da Lei 9.099/1995.

Em princípio, os executores da ordem conduzirão o autor do fato até a Delegacia de Polícia, onde será lavrado termo circunstanciado. Caso o autor do fato se comprometa a comparecer até a sede do Juizado Especial Criminal, no dia e hora designados, não será autuado em flagrante (art. 69 da Lei 9.099/1995).

Seguindo o entendimento majoritário, nas situações de penhora com resistência do devedor, deveriam os oficiais de justiça simplesmente deixar de cumprir o ato, e devolver o mandado, e os policiais deveriam retornar às dependências de sua corporação. E o direito fundamental à efetividade da execução? E a autoridade dos pronunciamentos jurisdicionais?

Já disse o Ministro Cordeiro Guerra: “Ou nós defendemos a autoridade de nossos julgados ou perderemos a autoridade para pronunciá-los”.¹⁴⁵²

*Aqui, os resultados da execução serão colocados nas mãos daqueles que agem contrariamente ao Direito e isso não pode ser admitido. Como diz Donaldo Armelin,¹⁴⁵³ embora referindo-se à prisão civil daquele que descumpre ordens judiciais, urge deixar de lado o fetichismo da tutela da liberdade do infrator e que privilegia o litigante recalcitrante e desmoraliza o juízo, inibindo-o de fazer valer seu *imperium*.*

Não nos convence, sinceramente, o argumento de que não é possível aos executores da ordem realizar a prisão penal, porque pode juiz do feito determinar o envio de peças ao Ministério Público ou à Delegacia de Polícia. Isso

¹⁴⁵¹ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 9, p. 169.

¹⁴⁵² Voto proferido na Reclamação n. 173, Pleno, relator Min. Oscar Corrêa, j. 19.03.1986.

¹⁴⁵³ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 137.

porque, no exemplo acima, o ato executivo permanecerá sem efetivação. Quanto ao envio de cópias ao *Parquet* ou à autoridade policial ele sempre é possível, *ex vi* do disposto no art. 40 do CPP,¹⁴⁵⁴ embora existam, ainda assim, demandados que questionem inclusive esse poder-dever do juiz.

Em regra, os juízes agem dentro da margem de liberdade que lhe confere o sistema jurídico. Não agregam às suas decisões prisão penal. Nem criam prisão cível decorrente do descumprimento. A prisão poderá ocorrer não por ordem do juiz cível, mas porque o demandado descumpriu uma decisão judicial. A diferença parece-nos, *data maxima venia*, palmar.

O sistema contém outros exemplos de como a prisão pode funcionar como medida coercitiva para auxiliar o juízo no descobrimento da verdade ou na efetivação das ordens executivas, como acontece nas ações de alimentos, ou nas execuções delas decorrentes.

O empregador ou funcionário público que deixe de prestar ao juízo as informações necessárias à instrução do processo ou à execução de sentença ou acordo que fixe pensão, pratica crime punível com detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano (art. 22, *caput*, da Lei 5.478/1968).

Parece-nos não existir qualquer ilegalidade no ato do juiz que determina a expedição de ofício ao empregador do réu, em ação de alimentos, e que esteja dificultando o desconto em folha de pagamento, para que cumpra de imediato a medida, *sob pena de desobediência*.

¹⁴⁵⁴ Em abono: “PROCESSO - DECISÃO QUE DETERMINOU A REMESSA DE PEÇAS AO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA APURAÇÃO DE EVENTUAL PRÁTICA DE CRIME DE DESOBEDEIÊNCIA - Admissibilidade - Magistrada que, na condição de autoridade pública, apenas cumpriu o seu dever funcional - Obrigação contida no artigo 40 do Código de Processo Penal que incumbe a qualquer Juiz ou Tribunal, não tendo por destinatário apenas os Juízes criminais - Decisão mantida. - Recurso desprovido. (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 119.085-4, rel. Mohamed Amaro, j. 09.09.1999, *JTJSP-Lex* 223/132); b) “AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO - Intempestividade - Inocorrência - Devolução do prazo operada em primeiro grau - Preliminar rejeitada. PRISÃO - Revogação - Inadmissibilidade - Mera determinação de expedição de ofício à autoridade policial para apuração de possível delito de desobediência - Prisão não decretada - Não conhecimento. MULTA - Revogação - Descabimento - Diversas oportunidades dadas à ré para entrega dos documentos pertencentes ao condomínio-autor - Pedido, formulado pelo condomínio, que enumera os documentos a serem apresentados - Boletim de ocorrência - Declaração unilateral, sem elucidar quais os documentos subtraídos, de molde a demonstrar sua inviabilidade em entregá-los - Impossibilidade financeira indemonstrada -. CAUTELAR - Extinção - Efetivação da medida que, ainda, não ocorreu por completo - Prazo nem sequer iniciado -. Improvimento. (TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 299.910-4/5, rel. Des. Marcus Andrade, j. 05.11.2003, *JTJSP-Lex* 276/397).

Não concordamos, destarte, com o entendimento dominante, que a nosso ver, *data maxima venia*, contribui para a inefetividade das decisões judiciais. Sim, porque a efetividade dos processos cíveis, especialmente das execuções, muitas vezes precisa ser garantida pela atuação de medidas coercitivas contidas na órbita penal. Vedar referência à mera possibilidade de prisão criminal ou ao cumprimento das disposições da Lei 9.099/1995 (que são bastante brandas diante de uma conduta que desrespeita a autoridade de um dos Poderes constituídos do Estado), é gerar, por vias transversas, a inefetividade da jurisdição.¹⁴⁵⁵

Portanto, não vislumbramos qualquer ilegalidade em determinar o cumprimento dos atos e ordens executivas, “sob pena da prática de crime”, sempre que isso se mostre necessário. Nessas hipóteses, deverá o juiz requisitar auxílio de força policial. Em situação de flagrância, caberá aos oficiais de justiça e aos policiais cumprirem o disposto nas regras do art. 662, 663, do CPC, e art. 69 da Lei 9.099/1995, ou seja, efetuarem a prisão, se for o caso, ou a mera detenção do autor do fato para conduzi-lo à Delegacia de Polícia a fim de se lavrar termo circunstanciado. Isso por si só garantirá, em grande medida, o cumprimento da ordem executiva.¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵⁵ Em abono: “*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CARÁTER PREVENTIVO. DECISÃO DE JUÍZO CÍVEL QUE PROÍBE A PRÁTICA DE TRANSPORTE CLANDESTINO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. SIMPLES ADVERTÊNCIA SOBRE EVENTUAL DESCUMPRIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DO PACIENTE. O art. 231, inciso I, do Código de Processo Civil, autoriza a citação ficta no juízo cível quando incerto o réu, como no caso. A simples intimação de decisão judicial, com a cominação de desobediência em caso de descumprimento, não constitui abuso de direito nem cerceamento à liberdade de locomoção, passíveis de censura via *habeas corpus*. Improcedência das alegações de ilegitimidade passiva *ad causam* e incompetência do juízo para a ação cominatória. Ordem denegada.” (STJ, 5ª T., HC 12928/RJ (200000370266), rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 03.08.2000, DJ 18.09.2000, p. 144).

¹⁴⁵⁶ Nesse sentido, *mutatis mutandis*: a) “PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OS 147,06% DOS APOSENTADOS. 1. O juiz, ao determinar o cumprimento de uma ordem, proferida em processo judicial, de forma regular, em determinado prazo, sob pena de prisão, não está impondo um constrangimento ilegal. Não cabe ao cidadão discutir o acerto ou não da ordem judicial, a fim de não obedecê-la, sob a alegação de ser a mesma ilegal. 2. Determinando o juiz, em processo judicial, de forma regular, o pagamento dos 147%, o INSS deve pagar enquanto esta decisão não for reformada por instância superior. Triste do país em que as decisões dos seus juízes não são cumpridas, pois os conflitos jamais serão solucionados.” (TRF da 1ª Região, 3ª T., HC 9201002939/GO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, j. 17.02.1992, DJ 27.02.1992, p. 4.094); b) “*HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. ATO JUDICIAL CONCESSIVO DE LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO, SOB PENA DE PRISÃO E MULTA. I - LIMINAR EM HC. APANÁGIO DO DIREITO DE LIBERDADE. ANALOGIA COM O MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E PRETORIANA. COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE EM PERÍODOS DE FÉRIAS COLETIVAS DOS JUÍZES. II - LIMITE DA ORDEM REQUERIDA: A AMEAÇA DE PRISÃO. O MÉRITO DA DECISÃO PROFERIDA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA DEVE SER REVISTO PELAS

Obviamente que caberá ao juízo criminal analisar a legalidade ou não da prisão em flagrante ou da lavratura do termo circunstanciado. Mas retirar a mera advertência do juízo cível quanto às conseqüências da conduta do possível transgressor, é ir longe demais em termos de garantia de direitos fundamentais do devedor.

3.11.3.7 Poderes sancionatórios

Ao lado dos poderes coercitivos do juiz, funcionam os poderes sancionatórios, ou seja, os poderes de efetivação concreta da medida executiva cuja imposição o magistrado sinalizou. A ameaça de sanção pode conduzir o devedor ao cumprimento de alguma conduta tida como imprescindível à efetividade da execução forçada. Quando essa ameaça não é suficiente, então a medida anunciada converte-se em medida executiva concreta contra o devedor.

Já disse Arruda Alvim¹⁴⁵⁷ que: “Pretender-se que alguma coisa se cumpra ou que uma ordem seja obedecida, sem a correspondente sanção, *ou sem a correspondente possibilidade de sanção*, é manifesta ingenuidade”.

Assim, a sanção pode ocasionar contra o devedor a aplicação de multa por litigância de má-fé (art. 18 do CPC), pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (art. 601 do CPC), ou ainda por decorrer de simples comportamento omissivo do devedor no cumprimento do comando condenatório, como é o caso da multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC.

VIAS PRÓPRIAS. III - ORDEM JUDICIAL. CLÁUSULA DE PRISÃO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO. LEGALIDADE. COERÇÃO. ATRIBUTO DA FUNÇÃO JUDICANTE. EFETIVIDADE DO PODER ESTATAL. IV - A PRISÃO EM FLAGRANTE SOMENTE SE EFETIVARIA SE O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA VIESSE A SE CONSUMAR. INEXISTÊNCIA DE ARBITRARIEDADE. V - RECLAMAÇÃO CONTRA DESCUMPRIMENTO PELO JUIZ DA LIMINAR CONCEDIDA PELO RELATOR. EM SE TRATANDO DE HC PREVENTIVO, SOMENTE TERIA HAVIDO DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR SE EFETIVADA A PRISÃO DE ALGUNS DOS PACIENTES. NOVOS DESPACHOS EM PROCESSOS CAUTELARES, FORA DOS LIMITES DA IMPETRAÇÃO. RECLAMAÇÃO FORMULADA POR PESSOA ESTRANHA AO FEITO. NÃO CONHECIMENTO.” (TRF da 5ª Região, 1ª T., HC 112/CE (9105006031, rel. Des. Federal Francisco Falcão, j. 09.05.1991, DJ 14.06.1991, p. 13.821).

¹⁴⁵⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 660.

A sanção pode também levar ao afastamento dos representantes legais da empresa devedora, na penhora sobre faturamento (art. 74 da Lei 8.884/1994).

Ou, ainda, o descumprimento do dever de respeito ao encargo de guarda e conservação dos bens pode redundar na prisão civil do devedor (depositário infiel).

Quanto à prisão penal, ela constitui sanção, mas não entra na esfera de poder do juiz, na execução. Ele pode utilizá-la como medida coercitiva ou de execução indireta para induzir o devedor ao cumprimento de suas ordens, mas não pode efetivá-la em seus pronunciamentos cíveis. Jamais pode, assim, o juiz na execução forçada determinar a expedição de mandado de prisão.

Os oficiais de justiça ou policiais quando do cumprimento da medida é que, orientados pelos preceitos contidos na órbita penal e processual penal, poderão efetuar a prisão ou condução do devedor à Delegacia de Polícia.

3.11.3.8 Poderes acautelatórios

Como vimos na primeira parte deste trabalho, a tutela jurisdicional representa a atuação por parte do Estado de técnicas processuais capazes de realizar, i.e., satisfazer o direito da parte autora. Como observa Ovídio Araújo Baptista da Silva,¹⁴⁵⁸ a satisfação de um direito toma conceito equivalente à sua realização concreta e objetiva. Satisfazer um direito, como ensina esse jurista, é realizá-lo concretamente, no plano das relações humanas.

Duas funções ou atividades jurisdicionais do Estado são capazes de satisfazer o direito da parte autora. Trata-se das funções cognitivas e executivas. Diz-se então, como apoio na lição de Donaldo Armelin, que ditas funções representam tutela jurisdicional do tipo satisfativa.¹⁴⁵⁹

¹⁴⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, v. III, p. 20.

¹⁴⁵⁹ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 114.

Todavia, durante o curso dos processos cognitivos e executivos, ou mesmo antes deles, podem ocorrer determinadas situações fáticas ou jurídicas que coloquem em risco as pessoas dos litigantes, as provas a serem produzidas por eles ou os bens litigiosos. Para que o Estado outorgue satisfação à parte, em regra, necessita de tempo. Mas o tempo pode constituir fonte de dano àquele que (possivelmente) tem razão.

Ao cabo dos processos de conhecimento ou de execução, as pessoas, as provas ou os bens controvertidos podem, como sói ocorre, ter perecido. Nesse passo, o Estado outorgará às partes, especialmente à parte autora, respostas técnicas formais, mas não efetivas.

Na execução civil, corre-se sempre o risco de que a prestação da jurisdição se desenvolva no “vácuo econômico”, o que implica tornar-se infrutífera.¹⁴⁶⁰

Para impedir que as funções cognitivas e executivas sejam frustradas em sua finalidade, o Estado-juiz desempenha uma outra função, que não declara (*lato sensu*) direitos, nem altera o mundo empírico em prol de direitos, entregando à parte o bem da vida por ela perseguido, mas simplesmente garante que as técnicas processuais desenvolvidas através dos processos de conhecimento e de execução cumpram seus objetivos.

Assim, assumindo uma função coadjuvante ao lado dos processos de conhecimento e de execução, o Estado-juiz desempenha a função cautelar. Por meio dela o órgão jurisdicional garante a eficácia das demais funções jurisdicionais.¹⁴⁶¹

Segundo a Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil e nas palavras do Min. Alfredo Buzaid, trata-se de um “*tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução. O seu elemento específico é a prevenção.”

¹⁴⁶⁰ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 113.

¹⁴⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 197: “Alla cognizione e all’esecuzione, con cui la giurisdizione compie l’intero ciclo delle sue funzioni principali, si aggiunge una terza attività, che ha una finalità ausiliaria e sussidiaria, ed è l’attività *cautelare*. Essa è diretta ad assicurare, a garantire l’efficace svolgimento e il proficuo risultato delle altre due, e concorre perciò mediamente al conseguimento degli scopi generali della giurisdizione”.

Nesse aspecto, diz-se que o Estado exerce, além das tutelas satisfativas, uma tutela cautelar.

As providências (ou medidas) cautelares, diz Piero Calamandrei,¹⁴⁶² representam uma conciliação entre duas exigências, freqüentemente opostas, de justiça: a da celeridade e da segurança. Entre fazer as coisas prontamente, porém mal, e fazê-las bem, porém tarde, as providências cautelares tendem a fazê-las pronto, desejando que o problema de bem ou mal, isto é, da justiça intrínseca da providência, se resolva mais tarde, com a necessária ponderação, no processo ordinário. Permitem, deste modo, ao processo ordinário funcionar com calma, enquanto asseguram preventivamente os meios idôneos para fazer que a providência possa ter, ao ser ditada, a mesma eficácia e o mesmo rendimento prático que teria se se houvesse sido ditada imediatamente.

Nosso legislador, ao prever o processo cautelar como um terceiro tipo de processo, deu-lhe um tratamento com o mesmo *status* que já tinham os processos de conhecimento e execução, como pontuou Teresa Arruda Alvim Wambier.¹⁴⁶³

A observação dessa jurista é de grande importância aos fins deste trabalho. Ora, se a função cautelar foi prevista como uma das espécies de função ou de atividade jurisdicional, e possuindo ela a mesma importância que as funções cognitiva e executiva, conclui-se que os poderes exercidos pelos magistrados com vista à preservação da efetividade da tutela jurisdicional satisfativa não podem ser tratados como poderes de menor importância quando comparados a todos os demais anteriormente vistos. Ao contrário, a preservação da efetividade do processo principal, que concretizará a tutela satisfativa, reveste-se de grande importância, inserindo-se como dever do juiz.

Galeno Lacerda¹⁴⁶⁴ ressalta a inexistência de mesmo tratamento, em termos de importância, entre processos de conhecimento, execução e cautelar, em

¹⁴⁶² CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Tradução: Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 43.

¹⁴⁶³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 135.

¹⁴⁶⁴ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. VIII, t. I, p. 1: “Um dos aspectos que singulariza o Código atual, em confronto com os vigentes em

codificações apontadas como fontes de inspiração de nossos Códigos de Processo Civil.

A fim de guardarmos coerência sistemática com os conceitos adotados nesse ensaio, a função ou atividade jurisdicional cautelar não satisfaz. Para isso existem outras funções.

Portanto, a utilização do termo tutela cautelar, bastante consagrada entre os doutrinadores, deve ser entendida como sinônimo de função ou atividade jurisdicional instrumental e de amparo às funções cognitivas e executivas, como remarca José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴⁶⁵.

Donaldo Armelin,¹⁴⁶⁶ ao se utilizar dessa nomenclatura, parte do conceito de tutela jurisdicional como a atividade do Poder Judiciário desenvolvida em esfera que lhe é normalmente adstrita com exclusividade. Segundo esse autor, a tutela jurisdicional cautelar é a tutela prestada *ex officio* ou por provocação das partes sem caráter satisfativo e com a finalidade de assegurar, quanto possível, o equilíbrio entre os litigantes no processo satisfativo e a eficácia da prestação jurisdicional neste reclamada ou reclamanda.¹⁴⁶⁷

Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁴⁶⁸ conceitua tutela cautelar como uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente.

A tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva e tem por fim dar proteção jurisdicional ao possível direito subjetivo da parte demandante. O grande móvel a justificar a tutela cautelar é, sem dúvida, a urgência, perante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornem-se insuficientes ou

outros países de maior tradição jurídica, consiste precisamente no destaque outorgado ao processo cautelar, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Idêntico tratamento não se encontra em codificações apontadas como fonte de inspiração de nossos últimos Códigos de Processo Civil, como a alemã, a austríaca, a portuguesa e a italiana”.

¹⁴⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, p. 105.

¹⁴⁶⁶ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 111.

¹⁴⁶⁷ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 121.

¹⁴⁶⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 27.

inadequadas.¹⁴⁶⁹ Tem, portanto, a tutela cautelar um nítido *sentido supletivo* das tutelas satisfativas.¹⁴⁷⁰

Não se confundindo a tutela cautelar com as tutelas satisfativas, ela é prestada, genuinamente, através de processo que guarda total autonomia com os processos de conhecimento e de execução. Assim, o instrumento de prestação de tutela cautelar é o *processo cautelar* disciplinado no Livro III do Código de Processo Civil.

O processo cautelar nasce a partir de provocação da parte autora, o que se ocorre, como decorrência do princípio dispositivo consagrado em nosso sistema jurídico (arts. 2º e 262 do CPC), através da *ação cautelar*, que constitui direito público subjetivo da parte em provocar a atuação jurisdicional do Estado visando a assegurar o resultado útil de uma pretensão contida em processos cognitivos ou executivos.¹⁴⁷¹

Assim, através do exercício do direito de *ação cautelar*,¹⁴⁷² origina-se o *processo cautelar*, cujo escopo é prestar *tutela cautelar* (tutela de segurança). Para se obter a tutela de segurança, cabe ao órgão jurisdicional outorgar providências ou medidas que neutralizem as causas de ineficácia da tutela principal. Essas medidas dizem-se *medidas cautelares*. Elas externam, pelas suas peculiaridades e características inconfundíveis, uma forma diferenciada de manifestação do poder jurisdicional. Possui, nesse sentido, o juiz *poderes acautelatórios*.

Segundo Betina Rizzato Lara,¹⁴⁷³ “a liminar *pode* apresentar uma natureza cautelar mas *não tem* esta natureza”. De fato, como acrescenta Joel Dias

¹⁴⁶⁹ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza: ex art. 700 C.P.C.* 2. ed. Padova: CEDAM, 1985, p. 39: “(...) la tutela cautelare non è altro che un modo di ‘risposta’ da parte dell’ordinamento, in presenza di determinate vicende che possono coinvolgere un diritto prima dell’inizio di un giudizio ordinario ovvero in pendenza dello stesso (...)”

¹⁴⁷⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 10.

¹⁴⁷¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 197.

¹⁴⁷² Estabelece o art. 801 do CPC que o requerente pleiteará a medida cautelar em *petição escrita*, que indicará: I – a autoridade judiciária, a que for dirigida; II – o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III – a lide e seu fundamento; IV – a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V – as provas que serão produzidas. O parágrafo único, do art. 801 do CPC, dispõe que não se exigirá o requisito do n. III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório.

¹⁴⁷³ LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 23.

Figueira Júnior,¹⁴⁷⁴ as “prestações jurisdicionais cautelares consubstanciam-se em *medidas cautelares*, mas não necessariamente em *liminares cautelares*. A medida é a providência jurisdicional tomada, enquanto a *liminar* indica o momento procedimental em que proferida.”

Na didática lição de Lopes da Costa,¹⁴⁷⁵ na realização de todos os atos humanos que se executam, é preciso *prever* os obstáculos que possam surgir e *prover* a que eles não interfiram, inutilizando no todo ou em parte o trabalho despendido. Tomam-se, então, *providências, medidas*, tendentes a contrabalançar os empecilhos prováveis. São garantias contra o risco. No Direito Civil encontram-se os “direitos de garantia”. No Direito Processual Civil existem providências, medidas que acautelam e previnem o direito subjetivo da parte a ser satisfeito em outra demanda.

Trata-se de importantíssima função desempenhada pelo Estado-juiz na busca de resultados úteis da tutela jurisdicional veiculada através do processo principal. Na execução forçada, os poderes acautelatórios representam um dos mais importantes instrumentos existentes na busca de um processo civil de resultados efetivos. Concentram-se nas mãos dos juízes medidas cautelares, que, quando bem manejadas, possibilitam que a execução civil traduza-se em técnica adequada, tempestiva e eficaz de tutela jurisdicional.

Nos termos do art. 125, I, do CPC, compete ao juiz dirigir o processo assegurando às partes igualdade de tratamento. As medidas cautelares garantem o cumprimento desse dever outorgando ao juiz poderes cautelares. Sim, pois o estado de desequilíbrio e, conseqüentemente, de desigualdade, ocasionado em regra por um dos interessados no conflito de interesses, acaba sendo neutralizado pelas medidas cautelares, que restabelecem a igualdade material, através de providências de segurança, como lembra Teresa Arruda Alvim Wambier.¹⁴⁷⁶

¹⁴⁷⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 169.

¹⁴⁷⁵ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas, medidas preparatórias, medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1958, p. 14.

¹⁴⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, p. 142.

Analisaremos, brevemente, as principais características das medidas cautelares, para posteriormente verificarmos como o juiz na execução civil exerce esses importantíssimos poderes *instrumentais*. Registre-se que a doutrina refere nesse sentido, indistintamente, às características da atividade, do processo, das medidas, ou da tutela cautelar. Trata-se de características comuns à função exercida através do processo, que outorga medidas, que colimam obter essa espécie diferenciada de “tutela” e quando nos referimos a um, estamos nos referindo a todos indistintamente.

As medidas cautelares apóiam-se sobre o elemento *urgência*. A tutela cautelar é uma espécie do gênero tutela urgente. Surge, com efeito, para eliminar uma situação de perigo que coloque em risco uma pretensão.¹⁴⁷⁷ Um dano iminente exige uma providência urgente.¹⁴⁷⁸

Nas palavras de Carlo Calvosa,¹⁴⁷⁹ “*taluni mezzi di tutela cautelare mostrano, con più evidenza, la loro natura di mezzi preventivi, volti cioè a prevenire, sempre che risulti possibile, la difformità del comportamento reale rispetto a quello normativamente descritto o, in altri termini, il prodursi della lesione*”.

Como advertem Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁸⁰ e Ovídio Araújo Baptista da Silva,¹⁴⁸¹ nem toda tutela urgente é tutela cautelar. Se tender à satisfação, o caso é de antecipação de tutela (art. 273 e 461, § 3º, do CPC). Há que se dividir, já disse Ovídio,¹⁴⁸² entre “*execução para segurança*” e “*segurança para*

¹⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 59.

¹⁴⁷⁸ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*, p. 17.

¹⁴⁷⁹ CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare (profilo sistematico)*. Turim: UTET, 1963, p. 155.

¹⁴⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 59.

¹⁴⁸¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 64. Conferir, ainda: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *As ações cautelares e o novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 20.

¹⁴⁸² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 64: “Embora a urgência seja um pressuposto indeclinável para a legitimação da tutela cautelar, é importante observar que nem sempre a urgência dá lugar a um provimento cautelar. Muitas vezes as circunstâncias capazes de autorizar a execução antecipada, portanto provisória, tal como se dá com as liminares possessórias, revestem-se de um componente adicional a tornar urgente a necessidade de tutela processual. Neste caso, a urgência de prover não transforma a liminar possessória em liminar cautelar. Ela não deixará, pelo fato de ser urgente, de ser satisfativa, tanto quanto sê-lo-ia se a urgência não existisse. Teremos, nesta hipótese, uma execução urgente, chamada execução-para-segurança, e não uma segurança-da-execução futura, que é a essência das medidas cautelares. Executar em face da urgência é executar, não apenas acautelar a futura execução”.

execução”. A primeira concerne às medidas antecipatórias satisfativas. A segunda às medidas cautelares.

Como ensina Ovídio Araújo Baptista da Silva,¹⁴⁸³ as medidas cautelares haverão de consistir, sempre, numa forma especial de tutela jurisdicional diversa daquela que será a tutela satisfativa (realizadora) do direito assegurado, devendo limitar-se a ser uma forma de proteção menor (*minus*), ou algo diferente, em relação à tutela satisfativa correspondente.

No plano teleológico e no plano genético, diz Donaldo Armelin,¹⁴⁸⁴ diferencia-se a tutela cautelar da tutela satisfativa, pois a primeira é invocada por provocação do assim rotulado *periculum in mora*, que impõe prevenção de danos graves ou de difícil ou incerta reparação, não passíveis de coibição ou prevenção pelo processo comum.

O “tempo inimigo”, a que se referiu Carnelutti,¹⁴⁸⁵ se não é o único, com certeza é o principal fator que contribui para a ineficácia das demais espécies de função jurisdicional, porque *é no tempo que se mede a eficácia da tutela jurisdicional satisfativa*, vista pela ótica de sua própria atuação.¹⁴⁸⁶

A urgência encontra-se entrelaçada, indissociavelmente, das medidas cautelares. A tutela cautelar tem sua essência radicada na urgência. A urgência, derivada do *periculum in mora*, é pressuposto legitimador indispensável da tutela cautelar, a tal ponto que se pode afirmar que, inexistindo urgência, não há, em regra, porque termos tutela cautelar.¹⁴⁸⁷ Toda prevenção é tomada contra um risco e, em processo, esse dano previsto deve ser provável, ressaltou Lopes da Costa.¹⁴⁸⁸ Na observação de Piero Calamandrei,¹⁴⁸⁹ o interesse que justifica a determinação de uma medida cautelar surge sempre “de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva”.

¹⁴⁸³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 42.

¹⁴⁸⁴ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdiccional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 115.

¹⁴⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*, p. 412.

¹⁴⁸⁶ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdiccional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 115.

¹⁴⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 59.

¹⁴⁸⁸ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*, p. 17.

¹⁴⁸⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 40.

O *periculum in mora* não é o perigo genérico de dano jurídico, alerta Calamandrei,¹⁴⁹⁰ mas especificamente o perigo do ulterior dano marginal que poderia derivar do atraso da providência definitiva, que é inevitável diante da lentidão do procedimento ordinário. A função das medidas cautelares nasce da relação que se estabelece entre dois termos: a necessidade de que a providência, para ser praticamente eficaz, se dite sem atraso; a falta de aptidão do processo ordinário para criar, sem atraso, uma providência definitiva.¹⁴⁹¹

Em regra, a urgência requer que o juiz defira, em caráter liminar, a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (art. 804 do CPC).

Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁹² destaca que a tutela cautelar, por representar manifestação de tutela de urgência, exige uma forma abreviada de procedimento, ou seja, reclama *sumariedade formal*. Mas, além de um procedimento abreviado, requer também *sumariedade material*, no sentido de que a cognição há de ser, nessa espécie de processo, necessariamente menos aprofundada verticalmente.¹⁴⁹³

Donaldo Armelin¹⁴⁹⁴ ensina que, sob o acicute do *periculum in mora*, a prestação jurisdicional cautelar há de ser pronta e imediata, o que impõe a sumariedade do procedimento, onde a cognição é restrita, sacrificada em favor da presteza. A sumariedade é essencial à prestação da tutela cautelar e sem ela a prestação dessa tutela tornar-se-ia inócua, perdendo sua operatividade e reproduzindo nas suas vicissitudes as deficiências da prestação da tutela jurisdicional satisfativa, cuja eficácia pretendia garantir.

É requisito da tutela cautelar, além da urgência, a *aparência* do bom direito (*fumus boni iuris*). A urgência da tutela cautelar repele qualquer investigação ampla acerca da possível relação jurídica que envolva as partes litigantes. O objeto do processo cautelar é bastante preciso: assegurar o resultado útil do processo

¹⁴⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 42.

¹⁴⁹¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 43.

¹⁴⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 60-61.

¹⁴⁹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 44.

¹⁴⁹⁴ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 125.

principal. Apenas neste último é que será discutida a lide, se se tratar de demanda cognitiva.

O direito acautelado deve ser tratado, na órbita das ações cautelares, não como um direito efetivamente existente, e sim como uma simples probabilidade de que ele realmente exista.¹⁴⁹⁵ O juízo de probabilidade não é somente pressuposto, mas igualmente exigência da tutela jurisdicional cautelar.¹⁴⁹⁶⁻¹⁴⁹⁷

Observa Calamandrei¹⁴⁹⁸ que “o requisito de la urgencia y del *periculum in mora* se valora tomando por base la hipótesis de que la providencia definitiva deba dictarse en sentido favorable a quien solicita la medida provisoria”. Declarar a certeza da existência do direito é função da providência principal, remarca Calamandrei.¹⁴⁹⁹ Em sede cautelar, explica esse autor,¹⁵⁰⁰ basta que, segundo um cálculo de probabilidades, se possa prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar.

As medidas cautelares realizam tutela ou proteção da aparência. Através delas, há tutela de um direito apenas provável, como destacou Ovídio Araújo Baptista da Silva.¹⁵⁰¹

A ação cautelar não dá ensejo à formação de coisa julgada material, a não ser em hipótese excepcionalíssima, *e.g.*, quando o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição, no âmbito da relação jurídica processual cautelar (art. 810 do CPC).

Através da demanda cautelar, não se tutelam quaisquer interesses, mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal, registrou Humberto Theodoro Júnior.¹⁵⁰² Somente é de cogitar-se da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.¹⁵⁰³

¹⁴⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 44.

¹⁴⁹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 45.

¹⁴⁹⁷ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 120.

¹⁴⁹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 74.

¹⁴⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 77.

¹⁵⁰⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 77.

¹⁵⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 12.

¹⁵⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 475.

¹⁵⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 475.

Todas as medidas cautelares são marcadas pela *provisoriedade*, no sentido de que a situação preservada através do provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, mas, ao contrário, destina-se a durar por um espaço de tempo delimitado, que se estende desde sua decretação até a superveniência do provimento principal ou definitivo.¹⁵⁰⁴⁻¹⁵⁰⁵

A medida liminar surge destinada a ser substituída por outra de caráter definitivo, a ser realizada no processo principal. Temporário é o que dura determinado tempo. Provisório é o que, por algum tempo, serve até que seja substituído por uma medida definitiva.¹⁵⁰⁶⁻¹⁵⁰⁷ A medida cautelar é marcada pela provisoriedade, acentuou Calamandrei.¹⁵⁰⁸

Não se cuida, portanto, de provisoriedade intrínseca, natural a qualquer pronunciamento, que pode ser revisto alterada as circunstâncias fáticas, mas de *provisoriedade teleológica*, no sentido de se reportar à própria finalidade dessa prestação jurisdicional, não obstante, em termos de provisoriedade intrínseca, as medidas cautelares sejam as mais acentuadas de todas as prestações jurisdicionais.¹⁵⁰⁹

A provisoriedade é ressaltada pelo Código em várias oportunidades. Assim, o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e *deste é sempre dependente* (art. 796 do CPC). Cabe à parte propor a ação

¹⁵⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 467.

¹⁵⁰⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 43: “Se a medida cautelar deve durar enquanto existir o estado perigoso, então a exigência fundamental é que ela não crie uma situação fática definitiva, ou uma situação cujos efeitos sejam irreversíveis. Quer dizer, a medida cautelar deverá ser em si mesma temporária, e igualmente temporária em seus efeitos. (...). Podemos então afirmar que as medidas cautelares devem ter duração limitada no tempo, tanto no plano normativo, de modo que não lhes seja atribuída a qualidade de um julgamento definitivo e irrevogável, protegido pela coisa julgada; e, igualmente, haverão de ser temporárias em seus efeitos fáticos, de modo que estes possam ser removidos e não venham a causar para quem as suporta, um gravame excessivo que exceda o tempo em que perdurara o ‘estado perigoso’, pois a eternização dos efeitos da medida provocaria um dano irreparável ao demandado contra quem a medida fora efetivada, caso a sentença do processo principal, ou mesmo a sentença cautelar final, em caso de concessão liminar da segurança, viessem a reconhecer a inexistência do direito acautelado.”

¹⁵⁰⁶ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*, p. 16.

¹⁵⁰⁷ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 122.

¹⁵⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 36: “Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; (...) provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual es estado de provisoriedade subsiste durante *el tiempo intermedio*.”

¹⁵⁰⁹ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 123.

principal, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório (art. 806 do CPC). As medidas cautelares conservam sua eficácia durante esse prazo *e na pendência do processo principal*, inclusive em situação de suspensão do processo (art. 807 do CPC). Os autos do procedimento cautelar *serão apensados* aos do processo principal (art. 809 do CPC).

Da provisoriedade decorre a *revogabilidade* das medidas cautelares.¹⁵¹⁰ As medidas cautelares são cunhadas pela temporalidade estabelecida pelo sistema. Não são providências definitivas, mas tendem a ser substituídas por provimentos dessa espécie. Alterando-se o quadro fático, que autorizou a concessão da medida cautelar, ela poderá ser substituída, modificada ou revogada. As medidas cautelares, ensina Calamandrei,¹⁵¹¹ podem ser consideradas como que emanadas com a cláusula *rebus sic stantibus*.

Observa Lopes da Costa¹⁵¹² que as “medidas preventivas são concedidas em atenção a uma situação passageira, formada por circunstâncias que podem modificar-se de repente, exigindo uma nova apreciação”. Conclui: “O juiz resolve então *sic rebus stantibus*”.

O art. 805 do CPC alista hipóteses de substituição das medidas cautelares, inclusive, de ofício, pelo juiz, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

O art. 807 do CPC estabelece que as medidas cautelares conservam sua eficácia após 30 (trinta) dias de sua efetivação e na pendência do processo principal, “mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

Justamente por serem revogáveis diante da alteração do quadro fático é que deve o julgador, antes de deferir medidas cautelares, observar se a medida ocasionará efeitos fáticos irreversíveis. Em caso positivo, a irreversibilidade fática atuará como requisito negativo e inibidor ao deferimento das medidas

¹⁵¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 468.

¹⁵¹¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 90.

¹⁵¹² COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*, p. 50.

cautelares, como ressaltou Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁵¹³ e Teresa Arruda Alvim Wambier.¹⁵¹⁴

As medidas cautelares são fungíveis entre si.¹⁵¹⁵ A *fungibilidade* marca a tutela cautelar. Ou seja, proposta a demanda cautelar pode o juiz deferir medida cautelar diversa daquela pleiteada pelo requerente. O compromisso do processo cautelar é com a preservação da situação acautelanda. Se a medida requerida mostra-se inadequada a esta finalidade, pode o juiz substituí-la por outra que se mostre apta a atingi-la, pontuou Nelson Luiz Pinto.¹⁵¹⁶

O art. 798 do CPC, em redação bastante similar àquela contida no art. 461, § 3º, do CPC, diz que poderá o juiz determinar “as medidas necessárias que julgar adequadas”, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Explica Donaldo Armelin¹⁵¹⁷ que o juiz não está adstrito rigorosamente ao pedido da parte, porque não se cuida de direito material tutelável engastado no patrimônio do requerente, mas de garantir a eficácia do instrumento de prestação da tutela jurisdicional satisfativa e, pois, desta ou de manter o equilíbrio entre os litigantes.

Ainda segundo esse autor é o *caráter proteiforme* da prestação da tutela cautelar suficiente a justificar a característica de sua fungibilidade e sua inserção entre os amplos poderes concedidos ao juiz para adequadamente preservar.¹⁵¹⁸

¹⁵¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 44.

¹⁵¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, p. 138.

¹⁵¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 69.

¹⁵¹⁶ PINTO, Nelson Luiz. Considerações preliminares ao estudo do processo cautelar. In: ALVIM, Arruda e PINTO, Nelson Luiz. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13, 1991: “O que nos parece, também, lícito ao juiz, é a aplicação do princípio da fungibilidade dos provimentos cautelares, isto é, sempre que a parte requerer uma providência cautelar, caso a medida requerida não seja a mais adequada para a proteção do direito da parte, poderá o juiz determinar a providência que entender adequada e suficiente para a proteção daquele direito, não se limitando aos termos do pedido formulado, senão ao âmbito de proteção solicitada pela parte”.

¹⁵¹⁷ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 123.

¹⁵¹⁸ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 123.

Como as medidas cautelares tendem a assegurar o resultado útil de uma pretensão veiculada ou a ser veiculada através de outra demanda, dita principal, exsurge como sua característica a *instrumentalidade*.¹⁵¹⁹

Na lição de Liebman:¹⁵²⁰ “L’azione cautelare è sempre legata da un rapporto di complementarità ad un’azione principale, già proposta o di cui si annuncia la prossima proposizione. Questo rapporto è dato da ciò, che la cautela che viene chiesta ha lo scopo de garantire il proficuo risultato dell’azione principale.”

Segundo Piero Calamandrei¹⁵²¹ as medidas cautelares nascem “al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito.”

Todo direito, observou Ovídio Araújo Baptista da Silva, tende necessariamente para sua realização.¹⁵²² Os direitos tendem a realizar-se no plano social e a tutela cautelar é precisamente um instrumento eficaz concebido para assegurar a realização dos direitos.

Adjetiva, ainda, a tutela cautelar sua *referibilidade* a um direito acautelado. Essa característica está ligada à sua instrumentalidade.¹⁵²³

A *autonomia* é outra característica do processo cautelar. Trata-se de função diferenciada das demais funções desempenhadas pelo Estado-juiz. Embora seu papel seja instrumental e de auxílio às funções cognitivas e executivas, processualmente é função autônoma, no sentido de que possui regras, características e princípios próprios, que lhe garantem regime jurídico diferenciado das demais funções jurisdicionais.

Ademais, o acolhimento ou rejeição do pedido veiculado por meio de ação cautelar encontra-se vinculado a requisitos totalmente diferentes daqueles a serem analisados no processo principal. O art. 810 do CPC diz que o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta.

Quanto ao *conteúdo* das medidas cautelares, podem ser de três espécies: *medidas cautelares para assegurar bens*, compreendendo as que visam a

¹⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 73.

¹⁵²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 197-198.

¹⁵²¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 44.

¹⁵²² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 21.

¹⁵²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 74.

garantir uma futura execução forçada e as que apenas procuram manter um estado de coisa; *medidas cautelares para assegurar pessoas*, compreendendo providências relativas à guarda provisória de pessoas e as destinadas a satisfazer suas necessidades urgentes, e *medidas cautelares para assegurar provas*, compreendendo a antecipação de coleta de elementos de convicção a serem utilizados na futura instrução do processo principal.¹⁵²⁴

Do Direito positivo emergem duas classificações das medidas cautelares. A primeira as divide em *medidas cautelares típicas ou nominadas*, que são aquelas disciplinadas nos arts. 813 a 888, do CPC, e *medidas cautelares atípicas ou inominadas*, compreendendo o poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC. A segunda classificação divide as medidas cautelares quanto ao momento em que são deferidas (art. 796 e 800 do CPC), podendo ser *medidas cautelares preparatórias*, ou seja, aquelas que antecedem à propositura da ação principal, ou *medidas cautelares incidentes*, as quais surgem no curso do processo principal.¹⁵²⁵

Destaque-se que o Código de Processo Civil arrolou algumas medidas cautelares que, realmente, não participam da natureza específica do processo cautelar, como a justificação (art. 801 do CPC), protestos, notificações e interpelações (art. 867 do CPC), interdição e demolição de prédio para resguardar saúde e segurança (art. 888, VIII do CPC) etc.¹⁵²⁶

São requisitos para o deferimento das medidas cautelares um dano potencial (*periculum in mora*) e a plausibilidade do direito substancial (*fumus boni iuris*).¹⁵²⁷

¹⁵²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 470.

¹⁵²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 470.

¹⁵²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 470.

¹⁵²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 198: “(...) le condizioni a cui è subordinato il suo accoglimento sono diverse per ciascuna misura cautelare, ed è la dottrina che si è sforzata di ricavare dalle disposizioni di legge un concetto unitario delle condizioni che si richiedono per il suo accoglimento. Queste condizioni, sono, in via di massima, le seguenti: a) probabile esistenza di un diritto, di cui si chiede la tutela nel processo principale (*fumus boni iuris*); b) fondato timore che, mentre si attende quella tutela, vengano a mancare le circostanze di fatto favorevoli alla tutela stessa (*periculum in mora*). Sul primo punto, non si tratta di accertare l’esistenza del diritto, che è propriamente l’oggetto del processo principale, ma soltanto di formulare un giudizio di probabilità della sua esistenza, sulla base di una cognizione sommaria e superficiale; sul secondo punto, si deve indagare intorno alla verossimiglianza del pericolo, che può sopravvenire a rendere più difficile od impossibile la tutela del diritto. Il giudice decide intorno a questi punti, concedendo o negando la cautela, con un provvedimento

Algumas medidas cautelares podem ser deferidas, de ofício. Com efeito, dispõe o art. 797 do CPC que só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes. Essa norma concerne às medidas determinadas, de ofício, pelo juiz em processo em curso. Não como processo cautelar autônomo, mas como incidente no interior da própria demanda em trâmite. Assim, esse poder nunca compreende o de iniciar um verdadeiro processo cautelar, mas apenas em tomar medidas cautelares *incidenter tantum*.¹⁵²⁸ A seu respeito, não se pode falar nem de uma ação nem de um processo autônomo, advertiu Liebman.¹⁵²⁹

São alguns exemplos de hipóteses legais expressas em que o juiz está autorizado a determinar medidas cautelares, de ofício: o arresto, como ato serial da execução (art. 653 do CPC); as hipóteses de suspensão previstas no arts. 266 e 793 do CPC, nas quais o juiz poderá determinar medidas acautelatórias urgentes; a prestação de caução na execução provisória (art. 475-O, III, do CPC); a reserva de quinhão do herdeiro excluído do inventário (art. 1.001 do CPC); a reserva de bens no inventário para satisfação do credor do espólio (art. 1.018 do CPC) etc.

Betina Rizzato Lara¹⁵³⁰ disse que as “medidas cautelares somente podem ser concedidas pelo juiz dentro de uma ação cautelar”, mas as liminares “ao contrário, podem ser deferidas nos mais diversos tipos de ação”. Discordamos, respeitosamente, dessa jurista quanto a essa afirmação, porque as medidas cautelares, como demonstrado supra, podem ser deferidas, inclusive *ex officio*, em qualquer espécie de processo.

A medida cautelar de ofício trata-se de importante poder atribuído ao juiz. Sobre sua exata extensão existem dois posicionamentos. O primeiro entende que apenas em casos taxativamente previstos em lei (*numerus clausus*) poderá o

che non ha valore di accertamento, ma soltanto di verificazione nel caso concreto dell'esistenza dei presupposti di fatto stabiliti dalla legge per l'esercizio del potere cautelare del giudice”.

¹⁵²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 478.

¹⁵²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 200: “Ma essi sono provvedimenti del processo medesimo in cui vengono pronunciati e possono essere pronunciati, di solito, anche d'ufficio; non si può dunque parlare, a loro riguardo, né di una azione, né di un processo autonomo.”

¹⁵³⁰ LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*, p. 24.

juiz deferir medidas cautelares, de ofício.¹⁵³¹ O segundo deduz ser possível a determinação, de ofício, das medidas cautelares apenas após a propositura da demanda, sem limitação todavia às hipóteses previstas em lei.¹⁵³²

Não se pode admitir que o juiz promova ação cautelar de ofício, diante de nossa tradição vinculada ao princípio da inércia da jurisdição (arts. 2º e 262 do CPC). Todavia, uma vez proposta a demanda, e deparando-se o juiz com qualquer situação que coloque em risco o possível direito retratado na lide, esvaziando sua futura realização, é dever do juiz acautelá-lo, independentemente da existência de disposição legal expressa.

Egas Dirceu Moniz de Aragão¹⁵³³ ressalta que a “lei não editou requisitos cumulativos e sim, alternativos. Não se trata de ‘casos excepcionais’ e ‘expressamente autorizados por lei’ e sim, de ‘casos excepcionais’ ou ‘expressamente autorizados por lei’”.

No mesmo sentido, manifesta-se Galeno Lacerda.¹⁵³⁴

Em última análise, *o juiz estará resguardando o resultado da própria soberania emergente dos pronunciamentos jurisdicionais.*

O poder cautelar, disse o Min. Sepúlveda Pertence,¹⁵³⁵

“é inerente à jurisdição, menos como proteção ao direito da parte do que como proteção à eficácia do processo, instrumento da função pública da jurisdição. É um poder absolutamente publicístico. É o Poder Judiciário o titular da jurisdição, como todo poder, destinado a atuar sobre a realidade, o que lhe traz, implicitamente, o poder de resguardar a eficácia futura do exercício legítimo de seu poder”.

Os poderes acautelatórios ou cautelares do juiz radicam sua essência não propriamente nas regras contidas no Código de Processo Civil, mas na previsão

¹⁵³¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. III, p. 72; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 477-478.

¹⁵³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 69.

¹⁵³³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Medidas cautelares inominadas. *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 57, p. 41, jan.-mar. 1988.

¹⁵³⁴ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. I, p. 71.

¹⁵³⁵ Voto na Ação Direta de Constitucionalidade n. 4 (RTJ 169/409).

constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF). É a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier.¹⁵³⁶

Na realidade todas as espécies de tutela jurisdicional encontram-se embutidas na norma constitucional que assegura o acesso à justiça. Sob esse enfoque, torna-se como temos sustentado, mais fácil admitir o exercício do poder jurisdicional sem que fique totalmente vinculado às regras legais.

A ameaça de lesão a direito mencionada na Constituição Federal alberga a tutela jurisdicional como forma de tutela *capaz de prevenir e afastar* qualquer risco a que seja exposto o possível direito da parte. Trata-se, portanto, de garantia insusceptível de ser arredada da apreciação do Poder Judiciário pelo legislador ordinário, já acentuou Donaldo Armelin,¹⁵³⁷ sob a vigência da Constituição revogada, que mencionava apenas a lesão a direito, sem mencionar ameaça, como situação que não pode ser afastada da apreciação judicial. Ainda que assim não fosse, segundo esse mesmo autor, a tutela cautelar estaria inserida nos poderes implícitos, que, como sói acontecer com outros Poderes da soberania nacional, existem em favor do Poder Judiciário.¹⁵³⁸

É o posicionamento de Nelson Nery Júnior,¹⁵³⁹ Luiz Guilherme Marinoni,¹⁵⁴⁰ e Marcelo Lima Guerra,¹⁵⁴¹ com os quais concordamos integralmente.

¹⁵³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, p. 136.

¹⁵³⁷ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 118.

¹⁵³⁸ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* v. 23, p. 118.

¹⁵³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Considerações práticas sobre o processo cautelar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 53, p. 193, 1989: “(...) deve haver harmonia entre os arts. 2º, 797, 798, 799, do CPC, no sentido de ser preservado o princípio da demanda. Uma vez já provocada a atividade jurisdicional com o ajuizamento da ação, no curso do processo poderá o juiz, *ex officio*, determinar medidas cautelares para assegurar a efetiva realização do processo de conhecimento ou de execução. O que não se nos afigura razoável é dar-se ao juiz o poder de, independentemente de requerimento da parte ou do ajuizamento de ação, iniciar a prestação da atividade jurisdicional com a concessão de providência cautelar”.

¹⁵⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 70.

¹⁵⁴¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29: “Entendimento razoável e que vem prevalecendo é o que consagra conclusão a que se chegou no Simpósio de Curitiba, realizado em 1974, no sentido de que, estando em curso o processo principal em relação ao qual surge o *periculum in mora*, o juiz pode conceder de ofício medida cautelar, o que faria com fundamento no art. 125 do CPC. É que o *periculum in mora* configura, sem dúvida, um *desequilíbrio entre as partes*, no sentido de que uma pode, tranqüilamente, esperar pelo desfecho final do processo, enquanto que a outra já não o pode. Seja observado que não poucos autores caracterizam a finalidade da tutela cautelar precisamente como sendo a de neutralizar um *periculum in mora*, garantindo o *equilíbrio entre as partes*”.

Com a devida vênia ao posicionamento em contrário, não concebemos que o juiz, mesmo diante de uma situação de periclitamento do direito do autor, adote uma postura passiva e descomprometida com os resultados a serem realizados através do processo.

Não convém perquirir os motivos pelos quais, eventualmente, a parte ameaçada pela situação de perigo deixou de postular providência cautelar incidental, porque o juiz, fundado no poder que lhe atribui o art. 797 do CPC, tem a obrigação de velar pela eficácia do instrumento processual. A direção do processo a que alude o art. 125, *caput*, do CPC, não pode ser outra que não uma direção baseada na responsabilidade e no comprometimento com a eficiência dos provimentos jurisdicionais.

A responsabilidade na direção material do processo e na garantia dos resultados a que visa a jurisdição e que devem ser atingidos pela atuação dos magistrados foi ressaltada por Victor Alberto Azi Bomfim Marins,¹⁵⁴² cujo posicionamento coincide exatamente com aquele adotado neste trabalho.

Ao prover com medidas cautelares o direito ameaçado, o juiz não está apenas tutelando o direito da parte, mas também sua própria autoridade. Não vemos a menor possibilidade de que tal postura seja qualificada como imparcial. Em nosso sentir, pensar de maneira diversa, é o mesmo que dizer que os juízes devem outorgar respostas vazias de conteúdo prático. Isso porque a situação de perigo, em regra, converte-se em situação de dano e que causa, muitas vezes, o esvaziamento da eficácia do provimento final, o que, por óbvio, não pode ser admitido.

Uma das maiores expressões dos poderes cautelares do juiz encontra-se no chamado *poder geral de cautela*. Nos termos do art. 798 do CPC,

¹⁵⁴² MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 293-294: “(...) não se pode deixar de constatar que o estatuto processual vigente, examinado em sua feição literal, não evoluiu no concernente ao poder cautelar de ofício, cumprindo, pois, ao intérprete suprir-lhe a deficiência. Vale observar que o poder de decretar de ofício não só as medidas expressamente previstas em lei mas também aquelas que forem ditadas pela necessidade de assegurar a idoneidade da atividade jurisdicional, mesmo imprevistas em espécie, acarreta maior grau de segurança ao processo. A liberdade do juiz para determinar providências visando a resguardar a efetividade da atuação jurisdicional dá-lhe correlativo grau de responsabilidade, no sentido de tornar efetivo o poder-dever de realizar concretamente o direito controvertido através do asseguramento do processo principal, livre das peias da burocracia ou do excessivo tecnicismo. A tal finalidade convergem os princípios em geral atinentes à tutela acautelatória”.

além dos procedimentos cautelares específicos regulados pelo Código no Capítulo II, do Livro III, “poderá o juiz determinar as *medidas provisórias que julgar adequadas*, quando houver *fundado receio* de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra *lesão grave e de difícil reparação*” (destaques nossos).

Preceitua o art. 799 do CPC: “No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

O legislador utilizou, na disciplina do poder geral de cautela do juiz, palavras de conteúdo semântico vago, tal qual o fez quando tratou da antecipação de tutela (art. 273 e 461, § 3º, do CPC). A justificativa para assim agir centra-se, como já examinamos, na impossibilidade de a norma legal abranger a multifária complexidade das situações litigiosas. Transfere-se ao juiz a tarefa de interpretar a norma legal através do movimento pendular de encaixe dos fatos à norma, a fim de extrair a melhor e única solução que o caso comporta.

Os riscos a que a situação acautelanda pode estar sujeita só seriam arredáveis através de norma com idêntico conteúdo. Atribui aqui o sistema, uma vez mais, amplos poderes ao juiz no exercício da atividade jurisdicional. Sempre que as medidas cautelares típicas não forem suficientes para acautelar o direito da parte, ela poderá valer-se do poder geral de cautela do juiz. A forma de tutela é ampla e também foi deixada ao alvedrio do magistrado.¹⁵⁴³

Diz o art. 798 do CPC que o juiz deverá adotar as “providências necessárias”. O art. 799 do CPC alista, exemplificativamente, algumas dessas medidas.¹⁵⁴⁴ A combinação desses dispositivos dá origem às *chamadas medidas*

¹⁵⁴³ SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. *Poder geral de cautela do juiz*, p. 139: “Assim, na impossibilidade de se fechar as portas legais em ‘*numerus clausus*’ – já que, se pretendesse fazê-lo deixaria o legislador diversas e incontáveis situações, sem a possibilidade de serem acauteladas – conferiu o mesmo legislador aos interessados a possibilidade de se utilizarem de uma norma em branco (genérica), que suplementa as deficiências das previsões cautelares nominadas, no sentido de fazê-la englobar não só as situações concretas nominadas e previstas, mas também todas aquelas outras não especificadas pela autoridade legiferante”.

¹⁵⁴⁴ SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz: no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 111: “Também achamos que no art. 799 o legislador só quis exemplificar e não fixar taxativamente os casos de exercício do poder cautelar geral do juiz. Esse entendimento tem, além do mais, a vantagem de não fechar as portas para casos que se não encaixem nas hipóteses indicadas no art. 798 e que, apesar disso, justifiquem perfeitamente a tutela cautelar”.

cautelares atípicas, que se diferenciam das medidas cautelares típicas pela indeterminação do conteúdo da providência pedida e indeterminação do interesse tutelado.¹⁵⁴⁵ Este, nas medidas nominadas, pode dizer respeito à propriedade, ao direito de crédito, ao interesse à prova etc. Nas medidas inominadas pode ser qualquer um, desde que suscetível de tutela jurídica.¹⁵⁴⁶

O exercício do poder geral de cautela, com base no art. 798 do CPC, é marcado pelo critério da subsidiariedade e da exclusão. Só tem incidência se e quando não forem cabíveis as medidas cautelares típicas.

A fungibilidade das medidas cautelares, a partir do poder geral de cautela do juiz, é amplíssima.¹⁵⁴⁷ Pode a parte requerer determinada providência, mas é perfeitamente possível o que juiz lhe defira outra, mais adequada a preservar o plausível direito subjetivo. A menor restrição à esfera jurídica do demandado, também serve como parâmetro no deferimento, substituição, modificação e revogação da medida. O art. 620 do CPC, embora atinente à execução civil, baliza a eficácia e a invasão na esfera jurídica do demandado, que o exercício dos poderes acautelatórios pode ocasionar. O princípio da proporcionalidade no exercício do poder geral de cautela, possui inteira aplicação.

Os arts. 797, 798 e 799 do CPC, devem ser operados conjuntamente, já disse Nelson Nery Júnior.¹⁵⁴⁸ De fato, as medidas, *ex officio* adotadas pelo juiz no curso de qualquer demanda só podem ser as inominadas e com base no poder geral de cautela.

Traçadas as principais características, os requisitos das medidas cautelares, e as diversas classificações que podem assumir, cumpre examinar como o juiz, na execução civil, exerce poderes acautelatórios.

¹⁵⁴⁵ VILLAR, Willard de Castro. *Medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 79.

¹⁵⁴⁶ VILLAR, Willard de Castro. *Medidas cautelares*, 79.

¹⁵⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 138-139 sobre a amplitude da ação cautelar inominada com base no art. 798 do CPC averba: “Com efeito, se a lei estabelecer, expressamente, os pressupostos para que se obtenha o arresto, e dentre tais requisitos inclui-se o ser o crédito afirmado ‘líquido e certo’, a conclusão que se impõe é a de que todo o arresto concedido para proteção, digamos, de créditos ilíquidos ofenderia o sistema legal. A única interpretação capaz de conciliar a lei e os princípios será a que admita a tutela cautelar inominada, para os créditos ilíquidos, com base no art. 798 do Código, porém através de um provimento que não se confunda, em termos práticos, com o arresto”.

¹⁵⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Considerações práticas sobre o processo cautelar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 53, p. 193.

O Código de Processo Civil, na execução forçada, mais de uma vez alude aos poderes acautelatórios do juiz. Observe-se que se trata de medidas cautelares adotadas pelo juiz incidentalmente à execução. São medidas do processo executivo, embora não se possa dizer que sejam atos executivos, como corretamente observou Júlio César Souza Rodrigues¹⁵⁴⁹ em trabalho específico sobre o tema. Não se trata de medidas outorgadas em processo autônomo cautelar. Há semelhança, nesse passo, com o regime das medidas cautelares, de ofício.

Uma dessas medidas cautelares é o arresto. Estabelece o art. 653, *caput*, do CPC que o oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

Trata-se de autêntica medida cautelar incidental à execução. Essa medida cautelar não se confunde com aquela prevista nos arts. 813 a 821 do CPC. Os requisitos de uma e de outra são totalmente diferentes. Nesta última hipótese trata-se de ação cautelar típica vinculada a pressupostos precisos (art. 813, I, II, III e IV, do CPC). Aquela é ato serial da execução e decorre do simples fato de o devedor não ter sido encontrado para citação. O *periculum in mora*, aqui, é ínsito à não localização do devedor. Se não foi encontrado é porque há risco de dilapidação patrimonial. Sérgio Shimura¹⁵⁵⁰ estabelece diferenciação precisa entre as medidas.

Registre-se, todavia, que esse eminente doutrinador entende que o arresto no art. 653 do CPC é, em rigor, antecipação da penhora, ocorrente já no curso da ação de execução. Logo, concebe-o como medida satisfativa, e não cautelar.¹⁵⁵¹

Sérgio Shimura¹⁵⁵² reconhece, na realidade, uma natureza mista do arresto como ato serial da execução, dizendo que

“se trata de medida incidental da própria ação de execução, portanto, figura mista, simultaneamente cautelar e executiva. Cautelar porque evita que o devedor, não localizado, venha a prejudicar o direito

¹⁵⁴⁹ RODRIGUES, Júlio César Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83.

¹⁵⁵⁰ SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 115-116.

¹⁵⁵¹ SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*, p. 115.

¹⁵⁵² SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*, p. 166.

do credor; executiva, porque, no próprio mandado judicial, já está contida a ordem de conversão do arresto em penhora. Portanto ‘arresto’ atípico’.

Araken de Assis¹⁵⁵³ destaca que o arresto do art. 653 do CPC ou “pré-penhora” possui natureza executiva, porque antecipa eficácia do ato construtivo e, inclusive, garante a ordem de preferência no recebimento do crédito (art. 612 do CPC).

Não obstante esse respeitável posicionamento, entendemos que o arresto constitui medida cautelar tomada no curso da execução. O fato de o próprio oficial de justiça poder realizá-lo, independentemente, de pedido ao juiz não afasta nossa opinião. A ordem executiva contida no despacho inicial e que determina a expedição de mandado executivo traz embutida a ordem de arresto.

O objetivo dessa medida é assegurar o resultado útil da execução, especializando parcela de patrimônio do devedor não encontrado, para sua integração ao feito. A antecipação dos efeitos da prelação, no tempo, insere-se na função preventiva das medidas cautelares. Atende a medida do art. 653 do CPC, em essência, aos requisitos básicos das medidas cautelares. Não há qualquer nota de satisfatividade. Seu objetivo é, como o de toda medida cautelar, preservar a eficácia da tutela satisfativa.¹⁵⁵⁴ É o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior.¹⁵⁵⁵ Em reforço ao nosso entendimento, encontra-se elucidativo julgado do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a natureza cautelar da medida prevista no art. 653 do CPC.¹⁵⁵⁶

O art. 679 do CPC estabelece que a penhora sobre navio ou aeronave não obsta a que continue navegando ou operando até a alienação; mas o juiz, ao conceder a autorização para navegar ou operar, não permitirá que saia do

¹⁵⁵³ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 585.

¹⁵⁵⁴ Em abono: RODRIGUES, Júlio César Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 92; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 478; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. I, p. 65.

¹⁵⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 24. ed. São Paulo: Leud, 2007, p. 189 e *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 267.

¹⁵⁵⁶ “EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - EMBARGOS – ARRESTO. Embora ainda não formalizado o auto de penhora, o arresto oferece segurança ao juízo. não se haverão de inadmitir os embargos apenas porque oferecidos antes da prática daquele ato, que poderá ser lavrado em seguida.” (STJ, 3ª T., REsp 20558 (199100234680/MG), rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.04.1992, DJ 18.05.1992, p. 6.984). Consta do voto do Min. Relator: “Certo que a penhora e arresto não se confundem. Este tem índole cautelar, enquanto a primeira constitui ato inserido no processo de execução, preparatório da expropriação”.

porto ou aeroporto antes que o devedor faça o seguro usual contra risco. O seguro imposto pelo magistrado, constitui manifestação de poder acautelatório, como anotou Galeno Lacerda.¹⁵⁵⁷

Júlio César Souza Rodrigues¹⁵⁵⁸ entende que se aplica por analogia o disposto no art. 679 quando a penhora recair sobre caminhões de transportadoras, pois tais veículos são imprescindíveis a essas empresas, já que dependem deles para o seu comércio. Seria antieconômico deixá-los estacionados no pátio das empresas devedoras ou no depósito público. Assim, o juiz pode autorizar a utilização dos veículos, desde que o devedor providencie o seguro, com o qual garantirá o risco de perecimento dos bens penhorados.

Entendemos correto esse posicionamento. As circunstâncias do caso concreto devem evidenciar a existência de risco iminente de perecimento do veículo. Não é porque o veículo é utilizado no transporte de cargas, que sempre o juiz deverá condicionar sua utilização à contratação de seguro.

Outro exemplo exsurge da leitura do art. 701 do CPC que preceitua que, quando o imóvel de incapaz não alcançar em praça pelo menos 80% (oitenta por cento) do valor da avaliação, o juiz o confiará à guarda e administração de depositário idôneo, adiando a alienação por prazo não superior a 1 (um) ano. Se durante o adiamento, algum pretendente assegurar, mediante caução idônea, o preço da avaliação, o juiz ordenará a alienação em praça.

O ato do juiz de confiar o imóvel à guarda e administração de depositário idôneo possui natureza cautelar.

A caução é outra medida cautelar incidente na espécie (art. 701, § 1º, do CPC). O juiz ainda poderá autorizar a locação do imóvel no prazo do adiamento (art. 701, § 1º, do CPC). Em nosso sentir, trata-se, igualmente, de medida acautelatória.

¹⁵⁵⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. I, p. 65.

¹⁵⁵⁸ RODRIGUES, Júlio César Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 112.

As medidas objetivam, concomitantemente, preservar o bem a ser expropriado e o interesse do devedor-incapaz. O reconhecimento dessas medidas encontra apoio, igualmente, na lição de Galeno Lacerda.¹⁵⁵⁹

Medida acautelatória de grande utilidade à execução foi introduzida no Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 que acrescentou o art. 655-A do CPC, o qual autoriza o juiz, via Banco Central do Brasil, a requisitar informações bancárias acerca de ativos financeiros em nome do devedor e, se for o caso, concomitantemente, determinar sua indisponibilidade, até o limite do valor indicado na execução.

Em nosso entender essa medida é tipicamente cautelar. Seu objetivo é garantir o resultado útil da execução, instrumentalizando futura penhora. O bloqueio é meio para se realizar a penhora. Não é medida executiva, mas cautelar que garante a eficácia da tutela executiva. Pela natureza acautelatória dessa medida já se manifestou Araken de Assis.¹⁵⁶⁰ Antes da alteração legislativa provocada pela Lei 11.382/2006, esse mesmo autor já entendia que o bloqueio de crédito em conta corrente bancária do devedor constituía medida acautelatória, mas tomada com base no art. 615, III, do CPC.¹⁵⁶¹

Dinheiro é o primeiro bem na ordem de gradação legal (art. 655, I, do CPC). Impossível imaginar que o juiz deva determinar medidas jurisdicionais visando a garantir a utilidade das medidas executivas apenas sobre os demais bens e não sobre o dinheiro.

Assim, atualmente, é possível se decretar medida cautelar incidental à execução que culmine com a indisponibilidade dos valores depositados em todas as contas correntes do devedor, ou de apenas alguma conta bancária indicada pela credora.

Segundo o art. 669 do CPC, o juiz autorizará a alienação antecipada de bens penhorados quando: I – sujeitos a deterioração ou depreciação; II – houver manifesta vantagem.

¹⁵⁵⁹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. I, p. 65.

¹⁵⁶⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 323.

¹⁵⁶¹ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. VI, p. 328.

Trata-se de medida cautelar que o juiz deve adotar de ofício na preservação do resultado útil da execução. A penhora de determinados bens, especialmente gêneros alimentícios perecíveis, recomenda a utilização da medida.

Estabelece o art. 793 do CPC, que suspenda a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes. As medidas cautelares que podem ser tomadas pelo juiz são bastante vastas, porque a suspensão da execução pode radicar-se em diferentes motivos alistados no art. 791 do CPC, que não apenas a inexistência de bens penhoráveis. Pode, por exemplo, determinar a alteração do depositário, ou ainda pode o juiz simplesmente emitir ordem de bloqueio de ativos financeiros.

Dispositivo raramente invocado pelos credores, seja no início ou no curso da ação, e praticamente desconhecido no exercício da função jurisdicional, salvo raríssimas exceções, é o art. 615, III, do CPC, que confere ao juiz uma ampla liberdade de atuação na garantia da eficácia da execução forçada, através do exercício de poderes acautelatórios.

Seguramente, é a norma que confere maior amplitude ao juiz, no exercício dos poderes acautelatórios, na execução civil. Dispõe esse dispositivo que cumpre ao credor pleitear medidas acautelatórias urgentes.

Devem-se divisar as possíveis medidas acautelatórias adotadas pelo juiz com base no art. 615, III, do CPC, das medidas cautelares típicas previstas no Capítulo II, do Livro III.

Sempre que a medida cautelar típica mostrar-se adequada a amparar a situação acautelanda, deverá a parte pleiteá-la observando os requisitos estabelecidos nos arts. 813 a 888 do CPC.

Entendimento em contrário fere o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da CF), que não poderia ser sonegado ao demandado. Por outro lado, é o ordenamento jurídico que cuida da adequação das medidas cautelares. Se determinada medida cautelar só pode ser determinada a partir da instauração do processo cautelar e a lei não excepcionou tal situação, então a parte interessada deverá deduzir sua pretensão cautelar nos moldes impostos pelo sistema.

O art. 615, III, do CPC, deve ser lido conjuntamente com o art. 798 e 799 do CPC, ou seja, os poderes acautelatórios exercitáveis pelo juiz incidentalmente na execução forçada dizem respeito ao seu poder geral de cautela. As medidas cautelares serão, portanto, sempre e necessariamente atípicas. Como disse Humberto Theodoro Júnior¹⁵⁶² trata-se de simples reafirmação do poder geral de cautela adotado amplamente nos arts. 796 e seguintes do CPC. A particularidade é que as medidas são incidentais; não dependem de ação cautelar.

O problema aqui avizinha-se daquele próprio da fungibilidade das medidas de urgência, a partir da inserção do § 7º, do art. 273 do CPC pela Lei 10.444/2002, que possibilita ao juiz deferir medida cautelar, na ação de conhecimento, ainda que o autor tenha feito o requerimento a título de antecipação de tutela.

Sobre o “sincretismo” entre tutela cautelar e tutela executiva a partir do disposto no § 7º, do art. 273 do CPC, encontra-se a precisa lição de Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Júnior e Marcelo Abelha:¹⁵⁶³

“O processo de conhecimento, que com a reforma de 1994 já havia recebido grandes doses de efetivação e asseguarção (a própria antecipação da tutela, que possui funções executivas e de segurança), com essa nova mudança atingiu a quase-plenitude do sincretismo das funções jurisdicionais: na própria relação jurídica processual com função cognitiva, podem ser alcançadas a tutela cautelar e a tutela executiva. (...) Com o objetivo claro objetivo de acabar com a vetusta exigência de que, para cada função jurisdicional, uma relação jurídica processual própria, transforma-se a relação jurídica processual de conhecimento, que passa a ter a característica da ‘multifuncionalidade’. Aplausos”.

A medida cautelar mencionada pelo § 7º, do art. 273 do CPC é do tipo inominada, com base nos arts. 798 e 799 do CPC, porque se for nominada só pode ser veiculada através dos procedimentos estabelecidos no Livro II, do Livro

¹⁵⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, p. 189.

¹⁵⁶³ JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie e ABELHA, Marcelo. 2. ed. *A nova reforma processual: as mudanças introduzidas na legislação processual pelas Leis 10.317, 10.352, 10.358, de dezembro de 2001 e pela Lei 10.444, de maio 2002*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86-87.

III. Reforçam essas conclusões as lições de Arruda Alvim¹⁵⁶⁴ e Joaquim Felipe Spadoni.¹⁵⁶⁵

Destarte, discorda-se, neste particular, de Amílcar de Castro¹⁵⁶⁶ e Galeno Lacerda,¹⁵⁶⁷ que visualizam a possibilidade de o juiz, com base no art. 615, III, do CPC deferir medidas cautelares típicas, tais como o arresto, seqüestro ou busca e apreensão. Correto, por outro lado, o posicionamento de Araken de Assis,¹⁵⁶⁸ ao dizer que as medidas aí contempladas convivem com as ações cautelares típicas. Apenas discordamos de Araken de Assis quando diz que, com supedâneo no art. 615, III, do CPC, o juiz pode tanto deferir medidas acautelatórias quanto medidas satisfativas.

Logo, *data venia*, não decidiu com acerto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais quando cassou sentença de primeiro grau de jurisdição, que indeferira petição inicial executiva, e que pretendia cumular a pretensão satisfativa com a medida cautelar de arresto prevista no arts. 813-821 do CPC.¹⁵⁶⁹

¹⁵⁶⁴ ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 108, p. 107, out.-dez. 2002. Entendendo estar eliminada a exigência de ação, processo e procedimentos autônomos para as cautelares conservativas e nominadas encontra-se o posicionamento de: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 808. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, p. 161-163 manifesta-se pela fungibilidade das medidas de urgência apenas se houver dúvida fundada sobre qual a medida corretamente cabível.

¹⁵⁶⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 110, p. 85, abr.-jun. 2003.

¹⁵⁶⁶ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 583: “Se houver o temor que o devedor, mediante a execução, possa destruir, ocultar ou desviar bens, móveis, dinheiro, jóias, títulos, semoventes e, até, imóveis, o credor poderá requerer arresto, seqüestro ou busca e apreensão, segundo as normas respectivas do Livro III”.

¹⁵⁶⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. I, p. 32: “Nenhuma incompatibilidade também ocorre entre a cautela e a execução. Aliás, o Código no art. 615, III, situado nas disposições gerais do processo de execução, compreendendo portanto todas as espécies desta, autoriza expressamente o credor a ‘pleitear medidas acautelatórias urgentes’. Comentando o dispositivo, Alcides de Mendonça Lima exemplifica com o arresto, o seqüestro ou a busca e apreensão. Nada impede, porém, conforme as circunstâncias, se empreguem ainda outras medidas, inclusive atípicas”.

¹⁵⁶⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 321-322. Diz o ilustre processualista (Idem, p. 322): “Ora, preenchidos os pressupostos do cabimento dessas ações nominadas do processo cautelar, elas se mostram exercitáveis de modo antecedente ou incidente no processo executivo. Aliás, o arresto possui exatamente a função de assegurar a execução de crédito em dinheiro, mediante expropriação; e o seqüestro, a execução para entrega de coisa, através de desapossamento. À admissibilidade de tais ações é irrelevante o art. 615, III, o qual, de reto, não substitui ou se sobrepõe à disciplina própria do processo cautelar”.

¹⁵⁶⁹ “EXECUÇÃO. CAUTELAR DE ARRESTO. CUMULAÇÃO POSSÍVEL. JUNTADA DE CÓPIA DO TÍTULO EXECUTIVO. POSSIBILIDADE. É permitida a realização de pedido cautelar de arresto no bojo da ação executiva, nos termos do art. 615, inciso III do CPC. É possível a instrução da inicial da Execução com cópia do título executivo, se houve requerimento de juntada posterior do documento original.” (TJMG, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.06.226547-5/003(1), rel. Des. Wagner Wilson. j. 12.04.2007). Esse entendimento goza de prestígio no âmbito do TJMG, consoante ementa de

As medidas acautelatórias previstas no dispositivo em exame podem ser deferidas, no início (fase postulatória) ou no curso (fase instrutória) da execução civil. A situação emergencial não tem, por óbvio, momento para acontecer. Portanto, a qualquer momento, pode o juiz deferi-la.¹⁵⁷⁰

É possível o juiz, na execução, para acautelar a pretensão satisfativa do credor, combinar o disposto no art. 615, III, do CPC, com a medida acautelatória de arresto prevista no art. 653 do CPC? Entendemos que sim.

Imagine-se a hipótese em que o credor ao ajuizar a ação de execução pleiteie, *initio litis*, a decretação de arresto. Tratando-se de devedor que não foi encontrado para citação, em várias execuções, é previsível que também não seja encontrado para ser citado em mais esta demanda executiva. É desnecessário então aguardar-se a realização de diligência negativa para só então realizar-se o arresto com base art. 653 do CPC. Nessas hipóteses, entendemos perfeitamente possível que o juiz determine o arresto de bens do devedor, utilizando-se dos poderes acautelatórios e com apoio no art. 615, III c.c art. 653 do CPC.¹⁵⁷¹

Não pode o juiz que dirige a execução civil, com base no poder geral de cautelar, que decorre dos arts. 798 e 615, III, do CPC, impedir que o devedor realize vistoria de seu veículo junto ao departamento de trânsito, porque essa medida acaba, indiretamente, por impedi-lo de exercer seus direitos de proprietário. Nesse sentido, decidiu acertadamente o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em mandado de segurança, ao conceder ordem assegurando ao

julgado a seguir descrita: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR DE ARRESTO - ADMISSIBILIDADE ANTE A PRESENÇA DOS REQUISITOS ESPECÍFICOS - ART. 615, III, DO CPC. A possibilidade de cumulação da cautelar de arresto, com ação de execução forçada, está expressa no art. 615, III, do Código de Processo Civil, uma vez que a cautela processual abrange qualquer tipo de processo, seja de conhecimento, seja de execução.” (TJMG, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.228918-6/001(1), rel. Des. Irmair Ferreira Campos. j. 26.10.2006).

¹⁵⁷⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 322.

¹⁵⁷¹ “Decisão que, além de determinar citação, defere liminar de arresto, não constitui despacho de mero expediente. É lícito ao exequente, nos termos do art. 615, inc. III, do CPC, pedir o arresto logo na petição inicial, antes mesmo da diligência citatória” (TJGO, 2ª Câmara, Agravo de Instrumento 6.989-1/180, rel. Des. Felton Teodoro Reis, *Ement. Rev. Goiana Jurisp.* 7/21), *apud* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 3, p. 2.585; “Considera-se válido o arresto quando se destina, sobretudo, a proteger o interesse do credor e assegurar o pleno e eficaz exercício da atividade jurisdicional e, ainda mais, que para a garantia da execução pode ser concedido antes da diligência citatória – inc. III do art. 615 do CPC (TJMS, 2ª T., Agravo de Instrumento 5.401, rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento, *apud* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*, v. 3, p. 2.586).

impetrante o pleno exercício dos poderes de proprietário (art. 1.228 do CC), principalmente porque as constrações, na execução, não retiram a propriedade do devedor.¹⁵⁷² Individualizam, apenas, parcela de seu patrimônio para expropriação.

Pode o juiz determinar, *ex officio*, medidas acautelatórias urgentes na execução forçada? O tema entrelaça-se com aquele atinente à concessão, de ofício, de medidas acautelatórias com base no art. 797 do CPC.

Sem dúvida, não só pode como *deve* o juiz determinar, de ofício, as medidas acautelatórias indispensáveis à preservação do resultado útil de sua própria atividade jurisdicional.

Não concebemos, de forma alguma, que diante de notórias situações que frustrarão os objetivos da tutela executiva, como, por exemplo, indícios plausíveis de que o devedor alienará determinado bem ou levantará quantia em dinheiro em outro processo, tudo de pleno conhecimento do juiz que dirige a execução, ele entenda que deva permanecer inerte e só determinar medidas acautelatórias se provocado pelo credor.

Ao agir de ofício, o juiz apenas cumpre sua função de tutela. O contrário é que se afigura inadmissível, porque o esvaziamento patrimonial do devedor aniquilará qualquer chance de que a execução seja frutífera.

Como então admitir que notórias situações que colocam em risco a dignidade do próprio exercício da jurisdição não sejam arredadas, de ofício, pelo juiz?

O juiz submisso à iniciativa das partes, apenas pode ser concebido dentro de uma concepção liberal clássica. E se à época da elaboração dessas idéias com essa conduta o juiz garantia – ou melhor dizendo gerava uma sensação de – segurança jurídica às partes, hoje ela não pode mais ser admitida, porque um juiz

¹⁵⁷² “MANDADO DE SEGURANÇA - PODER GERAL DE CAUTELA - ART. 798 CPC - VISTORIA ANUAL DE AUTOMÓVEL - CABIMENTO. I - O art. 798 do CPC, bem como o art. 615, III do CPC, possibilitam ao credor requerer medidas que entender necessárias para evitar lesão grave e de difícil reparação, junto ao órgão estadual, no sentido de impedir qualquer futura alienação. II - O impedimento na vistoria do automóvel afeta entre outros direitos, o direito à propriedade, uma vez que com essa medida, impede por via indireta a utilização do bem. III - Segurança parcialmente concedida.” (TRF da 2ª Região, Mandado de Segurança nº 8624/RJ (2005.02.01.005434-5), rel. Des. Federal Tânia Heine. j. 10.01.2006, unânime, DJU 02.02.2006).

passivo atua diretamente contra os valores segurança jurídica e previsibilidade tão importantes no Estado Constitucional Democrático e de Direito.

A dignidade da atuação jurisdicional jamais pode ser deixada à discricção das partes. Da mesma maneira que o órgão jurisdicional não exerce poderes discricionários, porque isso fere os valores supramencionados, as partes também não têm o controle da efetividade dos poderes jurisdicionais.

Explicamos melhor: o processo executivo ou fase executiva em processo sincrético deve começar por iniciativa da parte. Uma vez promovidos, é o órgão jurisdicional, e não as partes, através dele, que dirige o processo. Essa direção só pode ser concebida como uma direção efetiva, em que atividade jurisdicional é totalmente voltada à máxima obtenção dos resultados estabelecidos pelo sistema jurídico. O interesse público na imposição da tutela jurisdicional não depende jamais do interesse privado das partes.

É por essa razão que o juiz pode substituir uma medida executiva ou acautelatória por outra que se mostre mais adequada a amparar o direito da parte.

Existem, evidentemente, algumas limitações. Realizada determinada penhora pode ser que o credor pleiteie sua desistência (art. 569 do CPC). Mas o órgão jurisdicional na faina de atingir os máximos resultados que de sua atividade devem ser extraídos, não fica vinculado, a todo momento, a impulsos do credor que digam como deve realizar medidas jurisdicionais.

Ao agir de ofício, com base na norma em questão, o juiz apenas cumpre o comando contido no art. 5º, XXXV, da CF, que impõe um acesso à justiça qualificado pela efetividade. A inatividade e passividade do juiz, na situação em tela, é que será causa de inefetividade e não concebemos como isso possa ser admitido num estágio em que todo o esforço da doutrina e das Reformas por que passaram nosso Código têm como valor máximo a efetividade, que, por óbvio, não pode ser menos intensa ou de menor dimensão do que aquela que é prestada nas demandas cognitivas.

Poucos doutrinadores arriscaram-se a enfrentar semelhante discussão, e a jurisprudência é praticamente jejuna a respeito. Trata-se de assunto importantíssimo, que se engasta no próprio conceito de tutela jurisdicional

executiva, a qual recebe auxílio da tutela jurisdicional cautelar na busca de resultados práticos.

Um dos poucos autores que tratou do assunto foi Araken de Assis,¹⁵⁷³ cujo posicionamento coincide com nosso, ao dizer: “(...) o art. 615, III, representa oportuna extensão do poder geral de cautela do juiz. Por conseguinte, não depende da iniciativa do credor, embora na prática, o conhecimento da situação de perigo seja levado ao juiz pela denúncia do credor.”

Outro autor que se dedicou com afinco ao tema foi Júlio César Souza Rodrigues,¹⁵⁷⁴ e que também se manifesta pela concessão, *ex officio*, de tais medidas.

O sentido a ser atribuído às “medidas acautelatórias” referidas no inciso III, do art. 615, do CPC, deve ser o mais genérico possível, abrangendo todas as providências passíveis de deferimento no próprio processo executivo, destinadas a preservar, de eventuais riscos de dano, os bens e as pessoas a ele vinculados, acentuou Teori Albino Zavascki.¹⁵⁷⁵ Entre os exemplos alistados por esse jurista encontram-se a alienação antecipada de bens penhorados sujeitos a deterioração ou depreciação (art. 670, I, do CPC) e a substituição do depositário se houver ameaça de dano.

Deixaremos para analisar situações em que se mostra legítimo o deferimento de medidas acautelatórias urgentes com base no citado dispositivo legal, por ocasião da análise dos poderes do juiz na fase instrutória da execução forçada.

¹⁵⁷³ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 328. Do mesmo autor, conferir, ainda: *Manual da execução*, p. 323.

¹⁵⁷⁴ RODRIGUES, Júlio César Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*, p. 86: “Por outro lado, poderá, ainda, o juiz conceder medidas acautelatórias de ofício, isto é, sem oitiva de nenhuma das partes (exequente 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. 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. Portanto, quando o juiz, pela exposição dos fatos, pelas provas documentais já produzidas ou por aquelas acompanhadas com o pedido do exequente, 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 exequente, deverá o magistrado deferir tais medidas sem ouvir o executado ou ainda, deferi-las *ex officio* sem oitiva das partes.”

¹⁵⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, p. 398.

3.11.3.9 Poderes conciliatórios

A autocomposição é uma forma alternativa de resolução dos litígios. Carnelutti diz tratar-se de “equivalente jurisdicional”.¹⁵⁷⁶ Rosenberg¹⁵⁷⁷ alista a transação, a renúncia do autor e o reconhecimento do demandado como atos da parte, que causam o término do procedimento. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹⁵⁷⁸ arrola a autocomposição, ao lado da autodefesa e do processo, como meio para solução dos litígios. Ressalta que a autocomposição não pode ser concebida como “división de segundo grado”, porque possui a mesma importância que a solução conferida pelas sentenças.¹⁵⁷⁹ Para Couture,¹⁵⁸⁰ a autocomposição, ao lado da autotutela e do processo, constitui outra solução possível de dirimir conflitos de interesses com relevância jurídica.

A *autocomposição* é a prevenção ou solução do litígio por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito. Distingue-se da tutela jurisdicional, porque esta é uma solução *heterocompositiva*, ou seja, realizada por um terceiro imparcial (juiz), mediante *imposição* de seu pronunciamento. A arbitragem (Lei 9.307/1996) também é espécie de solução heterocompositiva de conflitos, embora se inclua como forma alternativa de resolução dos litígios ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR).¹⁵⁸¹

Na autocomposição, não há imposição, e a solução é *parcial*, no sentido de que é tomada por obra dos próprios envolvidos. Distingue-se da

¹⁵⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. I, p. 202.

¹⁵⁷⁷ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, p. 301.

¹⁵⁷⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. 2. ed. México: UNAM, 1970, p. 72.

¹⁵⁷⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 72.

¹⁵⁸⁰ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 7.

¹⁵⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74, p. 82 e ss.

autotutela,¹⁵⁸² porque esta é uma imposição de uma das partes contra a outra, ao passo que a autocomposição é fruto de consenso entre os envolvidos.¹⁵⁸³

A autocomposição pode ser *endoprocessual* ou *extraprocessual* conforme se realize, em juízo, ou fora dele. Realizada fora dos seus domínios, ou seja, de maneira extrajudicial, mas levada a efeito para homologação por juiz, ela passa ser considerada judicial, dando origem a título executivo judicial (art. 475-N, III, do CPC). Interessa-nos a autocomposição judicial.

Três são as formas ou espécies de autocomposição: a *renúncia*, o *reconhecimento* (ou submissão) e a *transação*.¹⁵⁸⁴ Na renúncia o autor abre mão integralmente de sua pretensão. No reconhecimento o réu concorda integralmente com a pretensão deduzida pelo autor. Implica, assim, a renúncia e o reconhecimento em atos *unilaterais* dos envolvidos no conflito. Na transação ambas as partes fazem concessões recíprocas para finalizar o litígio (arts. 840-850 do CC). Trata-se de ato *bilateral*.

Em nosso sistema processual a renúncia ao direito sobre que se funda a ação, o reconhecimento jurídico do pedido, e a transação produzem sentença com resolução do mérito (art. 269, II, III e V, do CPC). Alguns autores arrolam ainda desistência da ação como forma de autocomposição,¹⁵⁸⁵ cujo efeito é a extinção sem resolução do mérito (art. 267, VIII, do CPC). Discordamos, *data venia*, deste entendimento, porque o litígio, nesta última hipótese, não é propriamente eliminado. Permanecerá “latente” e a qualquer momento poderá, novamente, ser iniciado no âmbito judicial.

¹⁵⁸² São alguns exemplos de autotutela em nosso sistema jurídico: direito de retenção (arts. 578, 644, 1.219, 1.433, II, 1.434 do CC); desforço imediato (art. 1.210, § 1º, do CC); direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (art. 1.283 do CC); a legítima defesa e estado de necessidade (arts. 23-25, CP e arts. 188, 929 e 930 do CC) etc.

¹⁵⁸³ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53.

¹⁵⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, v. I, p. 197; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 79-80; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, p. 337-348; COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 8; CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 54-55; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 30.

¹⁵⁸⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 30.

Diz Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹⁵⁸⁶ que enfocada a autocomposição por pessoas que desconhecem “las interioridades del litigio”, ela assume uma *expressão altruísta*, que se traduz em atitudes de renúncia ou reconhecimento a favor do adversário.

Quanto à natureza jurídica da autocomposição, ela constitui meio alternativo de solução dos conflitos, com idêntica importância à solução heterocompositiva, ou seja, através de sentenças que acolhem ou rejeitam o pedido formulado.¹⁵⁸⁷ Essa importância parificada advém do fato de que tanto a forma autocompositiva quanto heterocompositiva de resolução dos conflitos realizam o mesmo escopo da jurisdição, que é a *pacificação social*.¹⁵⁸⁸

Nem sempre a autocomposição surge espontaneamente. Assim, surgem a *negociação*, a *mediação* e a *conciliação* como métodos para solução dos conflitos.¹⁵⁸⁹

A *negociação* é o mecanismo de solução dos conflitos com vista à obtenção de autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos, sem qualquer intervenção de terceiro, como auxiliar ou facilitador.¹⁵⁹⁰

A *mediação* é o método de solução dos conflitos que visa à autocomposição caracterizado pela participação de terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos, mas que não possui qualquer poder de decisão sobre as partes.¹⁵⁹¹ A mediação tem lugar para retomar uma negociação que fracassou ou não se iniciou pela falta de diálogo entre as partes.¹⁵⁹² O papel do mediador é de facilitador, que ajuda as partes a se comunicarem e a realizarem escolhas voluntárias em um esforço para resolver o conflito.¹⁵⁹³

Para bem desempenhar seu papel o mediador há de se apresentar com neutralidade.¹⁵⁹⁴ Encontra-se em trâmite, no Congresso Nacional, Projeto de

¹⁵⁸⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 78.

¹⁵⁸⁷ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 57.

¹⁵⁸⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 26.

¹⁵⁸⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 92.

¹⁵⁹⁰ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 113.

¹⁵⁹¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 119.

¹⁵⁹² CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 119.

¹⁵⁹³ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 121.

¹⁵⁹⁴ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 121.

Lei que visa a instituir a mediação obrigatória (chamada de mediação incidental), anteriormente ao início do processo de conhecimento.¹⁵⁹⁵

A negociação e a mediação são métodos extraprocessuais de resolução dos conflitos.

A *conciliação* é método de autocomposição com vista à solução do conflito, realizado com a *participação do órgão jurisdicional*. Diferencia-se da negociação e da mediação, porque se realiza dentro de uma relação jurídica processual. Distancia-se, ademais, da negociação porque o juiz participa do diálogo juntamente com as partes. Não se identifica com a mediação, na medida em que o órgão jurisdicional tem poder de decisão soberana sobre as duas partes.

O conciliador tem um papel muito *mais ativo e participativo* do que o mediador. Este se abstém de aconselhar e de propor fórmulas de acordo, ao contrário do conciliador.¹⁵⁹⁶ Todavia, o conciliador não vai ao extremo de prejulgar.

Sem abandonar a soberania estatal que matiza o exercício de suas funções no processo, o juiz, ao se utilizar da conciliação como método, não visa à heterocomposição, ou seja, à imposição dos pronunciamentos jurisdicionais independentemente da vontade das partes envolvidas. O objetivo, aqui, é outro. Procura aproximar as partes, envolvendo-as num diálogo franco e aberto sobre as vantagens da autocomposição e sobre as desvantagens da continuidade do processo. Mira com esse diálogo especialmente a realização da *transação judicial*.¹⁵⁹⁷

Não obstante a renúncia e o reconhecimento sejam possíveis, essas formas parciais de autocomposição trazem em si engastada a intransigência das partes. Assim, a transação é, em regra, o objetivo a que visa o magistrado, quando atua como conciliador.¹⁵⁹⁸

¹⁵⁹⁵ Conferir a íntegra do Projeto de Lei em questão em: GRINOVER, Ada Pellegrini. Projeto de lei sobre a mediação e outros meios de pacificação. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 615-621.

¹⁵⁹⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 144.

¹⁵⁹⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 73-74: “Nota común a todas las figuras (autocompositivas) enunciadas es la de que en ellas la decisión se obtiene sin la participación del *juez nacional público*, o bien con su presencia, pero sin que intervenga concretamente como funcionario jurisdicente (así, en los supuestos de conciliación y de composición procesal, en que se conduce como avenidor entre las partes y como homologador del acto, mas no como juez del litígio)”.

¹⁵⁹⁸ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, p. 144.

O custo do processo, o pagamento constante de despesas processuais, a angústia pela demora e as incertezas de como a demanda terminará (tratando-se de demanda cognitiva, a interposição sucessiva de recursos pode causar alterações sucessivas de resultados dos julgamentos) são alguns dos pontos que o juiz, ao tentar conciliar as partes, deve alertá-las. A reflexão sobre esses fatores, inaderráveis na maioria dos feitos, pode conduzir à conciliação frutífera entre as partes.

Registre-se que a Constituição Imperial de 1824 determinava que não se começasse processo algum “sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação” (art. 161), confiado então aos juízes de paz (art. 162).

Há um bom tempo, a magistratura percebeu as grandes vantagens da utilização dos poderes conciliatórios, ou seja, dos poderes que a jurisdição investe o juiz para tentar aproximar as partes, dialogando com elas, expondo as grandes vantagens de que coloquem fim ao litígio, especialmente através de concessões mútuas. Através do exercício dos poderes conciliatórios, o juiz igualmente alcança a pacificação social, do mesmo modo que faria se pronunciasse uma sentença, no processo de conhecimento, ou determinasse a continuidade dos atos expropriatórios na execução civil.

A utilização de métodos que estimulem as partes à autocomposição experimentou excelentes resultados em diversos países, como Japão, China, França, Canadá e Estados Unidos, como noticia Mauro Cappelletti.¹⁵⁹⁹ Em alguns, ela constitui etapa obrigatória de determinadas demandas. Interessante que em alguns países, como o Canadá, se uma parte não aceita a proposta de acordo da outra e não vem a alcançar, com a procedência, ao menos o valor da proposta, ela é punida com o aumento das custas a serem pagas ao adversário. Os frutíferos resultados colhidos com a conciliação nesses países devem servir de reflexão aos operadores de nosso sistema.

Outro ponto a ser considerado é que os meios alternativos de solução de conflitos não são, salvo raras exceções, objeto de discussão e ensino nos

¹⁵⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74, p. 90 e ss.

cursos de bacharelado em Direito, em nosso País, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos.¹⁶⁰⁰ A consequência direta dessa constatação é óbvia: os cursos formam profissionais (advogados) muito bem preparados para litigar, mas sem qualquer qualificação para dialogar.

A conciliação, como método para se alcançar a autocomposição, possui grandes vantagens sob a forma heterocompositiva dos conflitos, a começar pelo respeito ao princípio da razoável duração do processo. Em se tratando de demandas cognitivas, ou mesmo executivas, em que exista a oposição de embargos ou de impugnação ao cumprimento de sentença, recebidos com efeito suspensivo, o tempo de trâmite dos processos é, em regra, bastante longo.

Apesar dos esforços dos magistrados na adoção de técnicas diferenciadas, e não obstante as constantes Reformas pelas quais tem passado nosso Código de Processo Civil, é fato público e notório que os processos ainda demoram muitos anos para terminar. O processo deixa o “resíduo da angústia”.¹⁶⁰¹ O tempo de trâmite do processo é fator multiplicador de angústia das partes.¹⁶⁰² A resolução heterocompositiva dos conflitos resolve, no plano jurídico, o que talvez jamais fosse possível obter no plano empírico e na vida dos sujeitos parciais, ou seja, *a eliminação da carga emocional negativa que envolve o conflito retratado na lide*.

É preciso que exista por parte do Poder Judiciário uma preocupação maior do que aquela de julgar, ou seja, deve-se atentar para a importância de pacificar, através dos pronunciamentos jurisdicionais. A esse respeito Mauro Cappelletti destaca a importância de uma “justiça coexistencial”.¹⁶⁰³

Essa carga emocional fica como que “neutralizada” quando aporta ao Poder Judiciário. A lide tende sempre a ser uma descrição “eufemística” do conflito de interesses. O litígio das partes é substituído pela atuação de advogados,

¹⁶⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74, p. 93.

¹⁶⁰¹ A expressão é de Kazuo Watanabe em palestra proferida no dia 22.03.2007 tendo como tema “Avanços e perspectivas da solução conciliada de conflitos”, no Seminário sobre Técnicas de Conciliação promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelo Sistema de Conciliação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (SISTCON), em Porto Alegre/RS.

¹⁶⁰² WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2, 1985.

¹⁶⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74, p. 88.

que falam por elas. A ansiedade e o sofrimento das partes, que se encontram subjacentes ao litígio, são substituídas por termos técnicos. As partes raramente têm a oportunidade de externarem, de viva voz, ao magistrado sua visão do conflito, bem como o que as motivou à propositura da demanda ou à oposição de resistência.

Como nem sempre o juiz realiza audiências de conciliação – o sistema permite que julgue antecipadamente a lide no processo de conhecimento, e a doutrina não reconhece expressamente sua admissibilidade na execução civil – ele acaba proferindo seus pronunciamentos jurisdicionais sem sequer saber a quem diretamente atingirão, positiva ou negativamente.

Há ainda entre os juízes a “cultura da sentença”, como destaca Ada Pellegrini Grinover,¹⁶⁰⁴ especialmente porque os tribunais avaliam as promoções por merecimento pelo número de sentenças proferidas e não pelo número de audiências conciliatórias realizadas. Nota-se, nesse aspecto, outro reflexo da “formação litigiosa” dos profissionais da área jurídica, agora sob o enfoque da magistratura.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 6 com o seguinte teor: “Recomenda aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça que passem a valorar cada acordo realizado pelos magistrados como uma sentença para todos os efeitos.”

A sentença homologatória de transação é sentença de mérito e já seria contabilizada enquanto tal (art. 269, III, do CPC). Todavia, parece que a intenção da Resolução foi a de proibir uma espécie de “discriminação”, para fins estatísticos, entre sentenças proferidas com base no art. 269, I, do CPC e sentenças homologatórias de transação.

O grande problema, ao nosso ver, e que não foi, *data venia*, objeto desta Resolução, é não levar em linha de consideração o esforço de alguns magistrados na realização de audiências visando à conciliação, e que, infelizmente, acabam não sendo frutíferas. Se os tribunais não considerarem esse outro enfoque, certamente os juízes continuarão a optar pela “cultura da sentença”.

¹⁶⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Projeto de lei sobre a mediação e outros meios de pacificação. *O processo: estudos e pareceres*, p. 614.

Diante das grandes deficiências do método heterocompositivo de solução dos conflitos, o Poder Judiciário passou a ter maior consciência de que é hora de privilegiar a conciliação como método de pacificação social.

O contato direto com as partes, ao contrário de ser prejudicial, oferece grandes vantagens para a jurisdição. Alguns magistrados têm a falsa impressão de que esse contato será fonte de demora nos feitos e preferem então proferir seus pronunciamentos sem designar audiências de tentativa de conciliação. Mas isso constitui manifesto equívoco. O exercício da judicatura demonstra que o contato pessoal do juiz com as partes contribui decisivamente para afastar conclusões precipitadas, esclarecer dúvidas e angariar maiores subsídios no desempenho da atividade jurisdicional. A Lei 8.952/1994, quando incluiu o inciso IV, do art. 125 do CPC, e conferiu nova redação ao art. 331, tinha exatamente esses objetivos.

No campo probatório do processo cognitivo, a oralidade contribui decisivamente para formar o convencimento do julgador, principalmente pelas observações do comportamento daqueles que são ouvidos, como remarcou Mauro Cappelletti.¹⁶⁰⁵

Ao exercer com êxito os poderes conciliatórios, fazendo com que as partes transacionem, o juiz possibilita que aquela parcela do conflito de interesses que ficara “de fora” do processo seja também solucionada, eliminando “os resíduos do litígio”. Não através da imposição do ato de soberania estatal, mas pelo ajuste entre os próprios sujeitos da lide. É por essa razão que a autocomposição por meio da conciliação sempre realizará maior pacificação entre os conflitantes do que quando comparada à pacificação imposta coativamente pelo órgão jurisdicional.

Data venia, não concordamos com o posicionamento que entende deva o juiz *cumprir formalmente* o papel de conciliador, ou seja, apenas indagar as partes se “existe acordo”. Essa postura está muito longe de realizar os objetivos colimados pelo art. 125, IV, do CPC.

¹⁶⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 92-95.

Em concordância com o posicionamento defendido neste trabalho, encontra-se a lição de João Batista Lopes,¹⁶⁰⁶ que ressalta: “(...) vemos a tentativa de conciliação como uma atividade *dinâmica* do magistrado, excelente oportunidade para ele exercitar suas funções de diretor material do processo. Assim, não deve o juiz limitar-se a consultar as partes sobre a possibilidade de solução amigável para a pendência, mas deve analisar a posição processual das mesmas, esclarecendo pontos duvidosos ou obscuros da causa”.

Enfatiza ainda esse jurista que o exercício desse poder deve verificar-se com prudência, para que o juiz não antecipe indevidamente o julgamento do processo. Mas prudência não significa omissão, averbou.¹⁶⁰⁷

Athos Gusmão Carneiro¹⁶⁰⁸ destaca a necessidade de o juiz manter-se em linha de “compostura e correção”,¹⁶⁰⁹ na audiência de conciliação.

Não haverá qualquer comprometimento da parcialidade do juiz se ele apontar às partes litigantes as conseqüências naturais do desenvolvimento do processo. Tempo de trâmite, dissabores, pagamento de custas, conseqüências da tutela jurisdicional objetivada pela técnica processual são fatores diretamente emergentes do trâmite de qualquer feito.

Obviamente, além de se abster de dizer qual será a possível deliberação que tomará, o que constituiria desrespeito ao princípio da imparcialidade, o juiz também não pode obrigar as partes a se conciliarem. A conciliação é método que auxilia as partes a que elas próprias ponham fim ao litígio. Não é instrumento a serviço do Poder Judiciário para diminuir estatísticas de processos em trâmite.

O sistema processual revela sua marcada tendência em conciliar as partes.

¹⁶⁰⁶ LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, v. 35, p. 46.

¹⁶⁰⁷ LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, v. 35, p. 46.

¹⁶⁰⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 97, abr.-jun. 1976.

¹⁶⁰⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 58.

O Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 destaca que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como valor importante a “*solução pacífica das controvérsias*”.

Dispõe o art. 125, IV, do CPC, introduzido pela Lei 8.952/1994, que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Código, competindo-lhe “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.”

No processo de conhecimento, o Código de Processo Civil por várias vezes reconhece a importância de o juiz exercitar seus poderes conciliatórios. Na audiência preliminar (art. 331 do CPC), um dos seus principais objetivos é tentar a conciliação das partes. Antes de iniciar a instrução processual, o juiz de ofício tentará conciliá-las (art. 447 e 448 do CPC). Podendo o juiz, de ofício, determinar, em qualquer estado do processo, o comparecimento pessoal das partes, abre-se, novamente, a possibilidade de conciliação (art. 342 do CPC).¹⁶¹⁰ O exercício desse poder não depende de qualquer provocação das partes. O art. 447 do CPC é expresso nesse sentido.

A Lei 9.099/1995 é um dos diplomas legais que mais privilegia a conciliação entre as partes litigantes.

O art. 2º de citada Lei, ao lado dos princípios fundamentais do Juizado Especial Cível (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade), diz que será buscada sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Na busca da aproximação das partes com vistas à conciliação, o art. 7º, *caput*, da Lei 9.099/1995, arrola como auxiliares da justiça *conciliadores* e *juízes leigos*, sendo os primeiros recrutados, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5 (cinco) anos de experiência.

Dentro da audiência há uma verdadeira *fase conciliatória*, na qual o juiz togado ou leigo esclarecerá as partes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto à renúncia ao crédito que exceder a competência dos Juizados (art. 21 da Lei

¹⁶¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 29.

9.099/1995). A conciliação será conduzida pelo juiz togado, ou leigo ou por conciliador sob sua orientação (art. 22 da Lei 9.099/1995). A homologação da conciliação será sempre realizada por juiz togado (art. 22, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).

A Lei 9.099/1995 ainda prevê o juízo arbitral como meio alternativo de solução dos litígios. Com efeito, estabelece o art. 24 dessa legislação que não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, que se considera instaurado independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes, sendo que o árbitro será escolhido entre os juízes leigos. O árbitro tem poderes para conduzir a instrução, e, ao final dela, apresentará laudo arbitral ao juiz togado para homologação por sentença irrecorrível (art. 26 da Lei 9.099/1995).

A Lei 9.099/1995 é resultado de aprimoramento de um grande microsistema instituído em nosso ordenamento jurídico pela revogada Lei 7.244/1984, que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, e que também tinha como um dos critérios de condução do processo a *conciliação* (arts. 2º, 23-27).

Sob a égide da legislação revogada, Cândido Rangel Dinamarco¹⁶¹¹ falava que a sessão de conciliação era “a alma do processo das pequenas causas. Ali, depositam-se as melhores esperanças de pacificação social, que constituem a *ratio legis* das inovações em estudo”.

Esse mesmo autor¹⁶¹² destacava que, entre as diretrizes da Lei 7.244/1984, estava a “obstinada preocupação em conciliar” e que a “autocomposição dos conflitos entre as pessoas corresponde até mesmo a uma natural impulsão psicológica”, sabendo-se que “a autocomposição bilateral cumpre mais do que satisfatoriamente uma das funções que estão à base e justificam a própria existência da jurisdição em mãos do Estado, ou seja, o seu escopo de dirimir conflitos”.

¹⁶¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo no juizado das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 135, 1985.

¹⁶¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 112, 1985.

É inegável que o microssistema dos Juizados Especiais, especialmente no que diz respeito à sua inevitável vocação para realizar a conciliação, sirva ao sistema processual tradicional como “conjunto de idéias”.¹⁶¹³ Essa expressão pertence a Cândido Rangel Dinamarco, que, ainda sob a égide da Lei 7.244/1984, ressaltava a inserção do processo dos Juizados dentro do sistema processual civil, e a necessidade de que os excelentes resultados colhidos por meio deste diferenciado processo servissem como modelo para processo tradicional.

A Lei 9.099/1995 trouxe para o sistema jurídico pátrio a possibilidade de *composição dos danos civis* (art. 72) e *transação* (art. 76) em *matéria penal*, ou seja, em seara em que jamais se pensara até então na disponibilidade das partes, vez que, como se sabe, os delitos, em sua maioria, vinculam as autoridades estatais, autoridades policiais e órgão do Ministério Público, aos princípios da indisponibilidade (art. 5º, 17, 42, 576 do CPP), além do que, até mesmo o acusado confesso deveria responder ao processo penal. Enfim, não havia a possibilidade de o acusado submeter-se, desde logo, à imposição da sanção penal. No art. 89 da Lei 9.099/1995, encontra-se presente o instituto da suspensão condicional do processo, outra medida “despenalizadora”.

Essa advertência deve ser remarcada, na medida em que não só as regras e princípios do processo civil comum podem ser aplicadas ao processo dos Juizados, naquilo que com ele forem compatíveis, como as regras e princípios desse microssistema podem, igualmente, na medida do possível, servir como “conjunto de

¹⁶¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A lei das Pequenas Causas e a renovação do Processo Civil. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 196, 1985: “A Lei das Pequenas Causas não é e não se esperava mesmo que fosse, um corpo isolado com vida autônoma e despregado de raízes lançadas para fora de si. Ela constitui, isso sim, um ponto bastante luminoso na constelação das leis processuais que têm vida no universo do ordenamento jurídico. Em outro escrito, ressaltei que o processo ali instituído, se bem inteiramente novo e revolucionário na forma como encadeados os seus atos com simplicidade e os seus sujeitos com muita liberdade, é um processo fiel ao modelo contemporâneo e tradições brasileiras, além de rigorosamente alinhado aos sadios princípios presentes nos sistemas processuais da atualidade. Foi bastante árdua e inçada de dúvidas e polêmicas a concepção de um processo acessível ágil rápido e barato, sem quebra da segurança expressa no devido processo legal e da igualdade das partes em sua participação contraditória efetiva: era preciso modernizar pelo informalismo e simplicidade, sem ultrajar princípios nem comprometer a qualidade do produto final almejado”.

idéias” ao sistema tradicional, para que tenhamos um processo civil com menos formalismo, e maior liberdade de atuação dos juízes no campo conciliatório.¹⁶¹⁴

A legislação em questão decorre do disposto no art. 98, I, da CF, que expressamente menciona a conciliação como meio para se chegar à autocomposição dos litígios. Dispõe a norma constitucional que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, *competentes para conciliação*, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a *transação* e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (destaques nossos).

Por outro lado, o art. 98, II, da CF, estabeleceu ainda que a União e os Estados criarão: “*justiça da paz*, remunerada, composta de cidadãos, pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação *e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional*, além de outras previstas na legislação” (destaques nossos).

O dogma da indisponibilidade do interesse público foi relativizado, especialmente, pela edição da Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, admitindo expressamente a possibilidade de que os representantes judiciais dos entes federais (União, autarquias, fundações e empresas públicas federais), realizem atos autocompositivos ao dizer que *advogados ou não*, “*ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir*, nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais” (art. 10 da Lei 10.259/2001 e destaques nossos).

¹⁶¹⁴ Ressalta FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 57: “... não se pode perder de vista o disposto no art. 6º da Lei 9.099/95 que permite ao juiz adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo sempre aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. E, essa regra, aplica-se não só no momento da prolação da sentença de mérito, mas em todas as fases do processo, inclusive para resolver questões procedimentais ou processuais não devidamente explicitadas na norma, tudo de acordo com os princípios da simplicidade, celeridade, economia processual e informalidade (art. 2º), desde a propositura da demanda até a satisfação definitiva da pretensão resistida ou insatisfeita do vencedor da lide”.

Enfim, nosso sistema jurídico dá amostras evidentes de não só incentivar como reconhecer a importância da conciliação como meio para se compor os litígios.

Entende Athos Gusmão Carneiro¹⁶¹⁵ que:

“No processo de execução propriamente dito não cabe a tentativa conciliatória, pela ausência da *res dubia* capaz de ensejar solução negocial. O exequente tem por si a coisa julgada, ou título executivo extrajudicial, e o demandado não *discute* a execução mas sim a ela está *sujeito*. Não há controvérsia a compor, mas direito a satisfazer”.

Ressalta o mesmo jurista¹⁶¹⁶ que uma vez opostos embargos à execução, então aí cumprirá ao magistrado tentar conciliar as partes.

Com a devida vênia, entendemos de maneira diversa. Entre os poderes do juiz na execução civil encontram-se, sem dúvida alguma, os poderes conciliatórios. Assim também entende Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,¹⁶¹⁷ que denomina autocomposição “pos-procesal” aquela realizada após a sentença e durante a execução do julgado.

As normas previstas no Livro I, do Código de Processo Civil desempenham o papel de verdadeira “Parte Geral” de todo o Código, servindo de parâmetro para todas as espécies de processo, inclusive o processo de execução ou a fase executiva em processo sincrético.

Logo, é perfeitamente possível ao juiz, na execução civil, designar audiência de conciliação com o intuito de que as partes credora e devedora cheguem a possível acordo.

Dispõe o art. 599, I, do CPC, que o juiz pode, em qualquer momento do processo, ordenar o comparecimento das partes. Embora a finalidade do dispositivo seja “eminentemente ética”, como disse Alcides de Mendonça Lima,¹⁶¹⁸ pois visa a advertir especialmente o devedor acerca do seu comportamento irregular

¹⁶¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* v. 2, p. 99.

¹⁶¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* v. 2, p. 99.

¹⁶¹⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 81.

¹⁶¹⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 481.

na execução, nada impede que seja utilizado igualmente para que o juiz tente a conciliação das partes.

A transação é expressamente alistada no art. 794, II, do CPC, ao lado da satisfação da obrigação (inciso I) e da renúncia ao crédito (inciso III), como motivo da extinção da execução. Logo, é perfeitamente possível que o juiz chegue à extinção da execução, também através da transação, *ainda que provocada por ele através do exercício dos poderes conciliatórios*.

Sem dúvida, a inexistência de discussão da relação jurídica material no interior da execução e a própria estrutura da execução mesma, vocacionada a desfecho único, podem gerar a impressão de que o juiz não pode designar audiência conciliatória visando à autocomposição.

Todavia, à execução aplicam-se as disposições do processo de conhecimento, com as adaptações necessárias (art. 598 do CPC). Sempre que o juiz vislumbrar possibilidade de que, com o seu auxílio, as partes transacionem, não há qualquer óbice a que designe audiência conciliatória com base no art. 125, IV, do CPC, independentemente da existência ou não de oposição de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento de sentença.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que inexistente nulidade do processo executivo se o magistrado não designa audiência de conciliação.¹⁶¹⁹ Como já dissemos embora os poderes do juiz constituam para ele igualmente deveres, a audiência conciliatória, seja na execução, seja nas ações cognitivas, só deve ser designada quando dos elementos colhidos dos autos ficar clara a possibilidade de que as partes cheguem a bom termo.¹⁶²⁰ A Lei 10.444/2002 acrescentou o § 3º, do

¹⁶¹⁹ “PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANÁLISE DO MÉRITO PELO JUÍZO A *QUO* - IRRELEVÂNCIA - NOVO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - ART. 557, CPC - MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL - COMPETÊNCIA DO RELATOR - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - DESNECESSIDADE. I - A decisão do presidente do Tribunal *a quo*, adentrando ou não o mérito do agravo, não vincula a conclusão proferida pelo relator, nesta instância especial, onde novo juízo de admissibilidade é exercido. II - Tratando-se de recurso manifestamente improcedente (artigo 557, do CPC), compete ao relator, analisando o mérito do Recurso Especial, negar seguimento ao Agravo de Instrumento. III - Verificando-se não ser possível promover audiência de conciliação, a ausência dela não acarreta anulação do processo, sendo a mesma, no processo de execução, uma faculdade, não uma obrigação do juiz. V - Regimental desprovido.” (STJ, 3ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 206618/MG (199800736310), rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.12.2000, DJ 05.03.2001, p. 155).

¹⁶²⁰ Nesse sentido: a) “A audiência de conciliação não é obrigatória e depende da verificação, pelo Juiz, de circunstâncias que indiquem que as partes estão propensas à harmonização, visando ao fim do litígio,

art. 331 do CPC, autorizando o juiz sanear, desde logo, o processo e a ordenar a produção da prova se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a obtenção da transação, como alguns juízes já vinham deliberando, na prática.

Vejamus uma hipótese real em que o magistrado, fazendo uso dos poderes conciliatórios, atingiu a pacificação social e eliminou “os resíduos dos litígios”, em execução forçada.

Execução fiscal milionária fora proposta pela Fazenda Nacional contra empresa que tinha por objeto social a navegação. Realizava essa empresa o transporte diário de milhares de pessoas (trabalhadores, turistas e inclusive doentes) entre dois municípios do Estado de Santa Catarina (Itajaí e Navegantes). A devedora empregava centenas de trabalhadores. Foram penhoradas várias embarcações suas, com sucessivas designações de leilões, todos infrutíferos.¹⁶²¹

Verificou o magistrado que a continuidade da execução será inócua, porque a expropriação revelava-se totalmente ineficaz. Designou então audiência de conciliação, na qual compareceram os representantes legais da devedora. Houve participação do Ministério Público Federal. Nesta audiência, ponderou o juiz, com redução a termo, os valores fundamentais conflitantes e que, obviamente, também existem nas execuções forçadas. A necessidade de satisfação do crédito público opunha-se às conseqüências sociais da quebra da empresa, com demissão de centenas de trabalhadores, e finalização de um importante serviço prestado à população que se valia do transporte marítimo.

Exercendo habilmente o papel de conciliador, o magistrado determinou a suspensão dos praxeamentos e determinou, com assentimento das partes, a penhora mensal sobre o faturamento da empresa, em quantia hábil a satisfazer o crédito da credora sem comprometer as atividades da devedora.

tendência que não se deduz da leitura da inicial, da contestação e da réplica, na hipótese.” (TRF da 1ª Região, 5ª T., Apelação Cível 200235000102675/GO, rel. Des. Federal João Batista Moreira, j. 29.01.2007, *DJ* 01.03.2007, p. 63); b) “Não merece acolhida a preliminar de nulidade da sentença ao fundamento de cerceamento de defesa por falta de designação de audiência de conciliação, uma vez que não há obrigatoriedade do Juiz designar a audiência de conciliação em todos os feitos, mas tão-somente quando, pelas circunstâncias do caso, verificar que as partes estão propensas à conciliação.” (TRF da 1ª Região, 6ª T., Apelação Cível 200135000131091/GO, rel. Des. Federal Souza Prudente, j. 27.10.2006, *DJ* 20.11.2006, p. 103).

¹⁶²¹ Autos de execução fiscal n. 2003.72.08.002589-0, da 1ª Vara Federal de Itajaí/SC. A decisão é do juiz federal substituto Zenildo Bodnar.

Assim agindo, o juiz realizou pacificação social, utilizando-se do método conciliatório, com pleno sucesso, culminando com a autocomposição das partes, sob a forma de transação, em litígio em que figurava no pólo ativo ente público. A pretensa indisponibilidade do interesse público não foi óbice à criatividade e à coragem do magistrado na ultimação dos resultados da execução, sob forma autocompositiva.

Esse significativo exemplo demonstra que o juiz, sempre que vislumbrar reais chances de que se seja obtida a transação, notadamente pela colaboração que possa prestar através dos poderes que a jurisdição lhe investe, avoque os autos e designe audiência de conciliação.

A execução não pode ser deixada de fora da marcada tendência em se solucionar os conflitos de interesses pela via alternativa da autocomposição.

A consciência da importância da autocomposição, nos anos de 2006 e 2007, rendeu excelentes resultados.

Por meio de ações do Conselho Nacional de Justiça e com adesão maciça dos tribunais federais, trabalhistas e estaduais de todo o País, em 08.12.2006 (dia da justiça) e de 03 a 08.12.2007, foram realizadas milhares de audiências de conciliação. Os resultados são surpreendentes. Em 08.12.2007, foram designadas 112.112 audiências e realizadas 83.987 audiências, com 46.493 acordos, redundando em 55,36% de processos com conciliação frutífera.¹⁶²² Entre 03 a

¹⁶²² “Notícias - Segunda-feira, 18 de Dezembro de 2006 - Dia Nacional da Conciliação realiza 83 mil audiências - De cada 20 casos analisados, onze chegaram a acordos. Um feriado com 46.493 processos resolvidos. Este é o saldo do Dia Nacional da Conciliação, que se realizou em 8 de dezembro. A data é feriado no Poder Judiciário, quando se comemora o Dia da Justiça. Mas cerca de 15 mil pessoas, entre servidores, magistrados e voluntários, abriram as portas dos tribunais em todo o país para mostrar que a melhor maneira de resolver uma briga é antes dela começar. Ao longo do dia, as justiças dos estados, trabalhista e federal realizaram 83.987 audiências, superando as expectativas iniciais dos organizadores, que estimavam analisar cerca de 60 mil causas. O índice médio de acordos ficou em 55%, o que significa dizer que de cada 20 processos, onze foram resolvidos, com soluções viáveis para todas as partes envolvidas. O Dia Nacional da Conciliação é parte das atividades do Movimento Nacional pela Conciliação, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os números do dia 8, considerados expressivos pelo CNJ, foram alcançados a partir da adesão de 56 tribunais em todo o País, que realizaram audiências em cerca de 550 cidades, envolvendo todos os Estados. O CNJ contou, também, com a parceria de associações de juízes, como Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), além de outras organizações, como o Conselho Federal de Psicologia, Ministério Público e Defensorias. O resultado do Dia Nacional da Conciliação foi apresentado nesta segunda-feira (18/12) pela presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Ellen Gracie. Segundo ela, os números mostram que o país inteiro trabalhou em prol da conciliação, com destaque para a Justiça Federal, que conseguiu percentual de conciliação de 66%. ‘Esse sucesso se deve

a dois grandes fatores: primeiro, a correta triagem dos casos que devem ser enviados à conciliação; em segundo, tivemos um ótimo treinamento de conciliadores’, lembrou. A ministra aproveitou a oportunidade para agradecer a participação dos conselheiros Eduardo Lorenzoni e Germana Moraes na organização do Movimento pela Conciliação. Como coordenadores da Comissão dos Juizados Especiais do CNJ, ambos estiveram presentes no desenvolvimento do projeto desde o início. Segundo Lorenzoni, ‘a fantástica adesão de tribunais de todo o país mostrou que a cultura da conciliação é algo presente e que veio para ficar’. Para uma das coordenadoras do Movimento, juíza Mariella Nogueira, de São Paulo, a experiência mostrou que o assunto deve ser cada vez mais trabalhado. ‘O índice de 55% de acordos obtidos ficou muito acima da média nacional, de 35%. Os tribunais e a população aderiram em massa, mesmo com o feriado do Dia da Justiça e com os feriados municipais em várias cidades’, comemorou. O esforço, segundo a magistrada, serviu, principalmente, para permitir soluções ágeis e eficazes para a população que procura o Judiciário. ‘Quem realmente saiu ganhando com tudo isso foram as pessoas envolvidas em processos judiciais’, diz. Outro coordenador do Movimento, o desembargador Marco Aurélio Buzzi, de Santa Catarina, lembra que o dia 8 foi uma ótima oportunidade para mostrar como os tribunais estão dispostos a participar de ações desse tipo. ‘A adesão dos tribunais foi maciça’, diz. Além disso, avalia o desembargador, o Dia Nacional da Conciliação foi importante por ter discutido nacionalmente o tema. ‘Acredito que a ação foi excelente para formar a opinião pública sobre o assunto. Para a população perceber que existe a possibilidade de conciliação no seu processo judicial’. Para o presidente da AMB, juiz Rodrigo Collaço, o Dia Nacional da Conciliação inaugurou de forma institucionalizada a resolução de conflitos no país. ‘O Judiciário mostrou de forma organizada e institucional que é possível resolver demandas judiciais de maneiras que fogem à convencional, com o poder de decisão todo nas mãos do juiz’, disse. ‘Ambas as partes cedem e todos saem ganhando’, concluiu. Na mesma linha, o presidente da Ajufe, juiz Walter Nunes, avalia que o 8 de dezembro foi importante por mostrar à sociedade um novo modelo de solução de conflitos. ‘Nesse novo modelo, a realização da Justiça e a solução dos litígios é responsabilidade também das partes. Essa forma de resolver os conflitos aumenta o grau de conscientização de cidadania e também gera um ambiente mais saudável entre os litigantes’, diz. ‘Isso é fundamental, principalmente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, onde são tratadas questões que envolvem aquelas relações como a do segurado da Previdência Social, em que é importante que a solução seja duradoura’. Nos Tribunais do Trabalho, a resolução de questões trabalhistas que se arrastavam há anos representou uma grande vitória, na avaliação do presidente da Anamatra, juiz José Nilton Pandelot. ‘Os números demonstraram a vocação do Judiciário Trabalhista para conciliação, que já ocorre no âmbito da Justiça do Trabalho há 60 anos. Esse dia confirmou que a conciliação ainda é a melhor forma de pacificação social’, disse, lembrando que o objetivo agora é continuar com o Movimento. ‘A idéia agora é desenvolver um plano que possibilite a conciliação preventiva, ou seja, impedir as repetições das lesões e que o trabalhador sofra algum tipo de lesão na origem. Isso vai desafogar as prateleiras da Justiça Trabalhista. A idéia ainda será levada aos juízes do Trabalho’, adiantou. Para o desembargador Kazuo Watanabe, de São Paulo, o Dia Nacional da Conciliação representou o lançamento da pedra fundamental de uma nova política pública no Judiciário brasileiro. Watanabe é integrante do Conselho Gestor do Movimento e foi um dos idealizadores dos Juizados Especiais. ‘Esses mutirões de conciliação devem continuar a todo o vapor, com a adesão de vários segmentos da sociedade. Devemos tentar cada vez mais abrir a cabeça das pessoas para o benefício da conciliação e investir nessa idéia para a formação das gerações futuras’. Uma ação nesse sentido, explica Watanabe, seria a inclusão nos currículos dos cursos de Direito de disciplinas voltadas para técnicas de arbitragem, mediação e conciliação. ‘Mudar a cabeça de muitos advogados é difícil. Então, devemos investir nas gerações mais novas e nos estudantes’, conclui. O Movimento pela Conciliação conquistou avanços nesta área. A Associação Nacional das Universidades Particulares (Anup) se comprometeu a apresentar ao Ministério da Educação proposta de inclusão de disciplinas sobre métodos alternativos de prevenção de litígios nos cursos de Direito. A ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Fátima Nancy Andrihí comemora o acesso à Justiça permitido pelo Dia Nacional da Conciliação. ‘É a humanização da Justiça. As pessoas se encontraram para resolver seus próprios litígios’, diz. O Ceará foi o Estado que mais se destacou na realização de audiências no dia 8. Foram 11.135 no total, com índice de acordos de 54% (5.978 casos). Em relação ao percentual de acordos obtidos, destacam-se os Estados de Rondônia (92%), Roraima (81%), Goiás (80%), Amapá (78%) e Pernambuco (76%). Segundo presidente do Tribunal de Justiça do Ceará, desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, os resultados no Estado expressam o engajamento e a mobilização de servidores e magistrados. ‘Também contamos com o apoio de várias entidades, como a Universidade de Fortaleza, o Sindicato dos Transportes, que disponibilizou transporte gratuito às partes convocadas às audiências de conciliação, e da mídia local’, conta.” (disponível em <http://www.conciliar.cnj.gov.br/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=77331&caixaBusca=N>).

08.12.2007,¹⁶²³ foram realizadas 174.855 audiências, das quais 74.167 resultaram em acordo, com índice de 42,42%. Foram atendidas 330 mil pessoas. Os acordos somam o pagamento de 340 milhões de Reais. Mais de 3.000 magistrados estiveram envolvidos na Semana Nacional da Conciliação, além de 20.000 servidores e colaboradores.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região criou, pela Resolução n. 88, de 19.07.2005, o Sistema de Conciliação (SISTCOM), dando continuidade ao Projeto de Conciliação (PROJECON), inaugurado pela Resolução n. 76, de 02.03.2004, da Presidência deste tribunal. A criação de órgãos e projetos especialmente voltados à conciliação tem garantido no âmbito da 4ª Região, profícuos resultados em demandas nas quais não se vislumbravam, em outras épocas, chances de finalização através da transação.

Esses órgãos incentivam a discussão permanente entre os juízes federais sobre iniciativas frutíferas no campo da autocomposição. Ademais, organizam debates entre juízes, procuradores públicos e autoridades (não só na órbita jurídica) especializadas em métodos alternativos de composição dos litígios.

Mencione-se, por oportuno, situação envolvendo desapropriação às margens de rodovia (BR 101) no Estado do Rio Grande do Sul, para duplicação. Ao invés de “dirigirem formalmente” centenas de demandas desapropriatórias movidas especialmente contra agricultores simples, com todas as notórias formalidades que cercam esse procedimento, a iniciativa de alguns magistrados na composição amigável dos litígios gerou 96,10% de conciliações frutíferas, de um total de 343 ações desapropriatórias ajuizadas.

¹⁶²³ “Conciliação atende 330 mil pessoas - Terça, 18 de Dezembro de 2007 - O balanço da Semana Nacional da Conciliação, que ocorreu de 3 a 8 de dezembro, aponta a participação de todos os tribunais de justiça, tribunais regionais do trabalho e tribunais regionais federais do país, que atenderam 330 mil pessoas. A conselheira Andréa Pachá - coordenadora do Movimento pela Conciliação - apresentou os dados em sessão do CNJ nesta terça-feira (18/12). Algumas das informações prestadas pelos tribunais ainda estão pendentes de homologação, podendo haver alguma alteração no resultado final. Segundo a consolidação dos dados até esta terça-feira, foram homologados durante a Semana Nacional de Conciliação acordos que somam o pagamento de 340 milhões de reais. Foram realizadas 174.855 audiências, das quais 74.167 resultaram em acordo - índice de 42,42%. A conselheira informou também que mais de 3 mil magistrados estiveram envolvidos na Semana Nacional da Conciliação, além de 20 mil servidores e colaboradores. Andréa Pachá considerou excelentes os resultados, mas disse que mais importante que os números foi ‘a atenção que se chamou para a disseminação da cultura da pacificação’. A conselheira destacou ainda a cobertura da imprensa, lembrando que a iniciativa ganhou espaço em todos os grandes canais de televisão, além de rádios e jornais de todo o país.” (disponível em http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3717&Itemid=167).

Os benefícios de iniciativas como essas examinadas devem também ser estendidos às execuções, campo igualmente propício que os magistrados realizem a pacificação social, objetivo máximo da jurisdição.

Remarca Mauro Cappelletti¹⁶²⁴ que os métodos alternativos de resolução de litígios integram-se à preocupação de garantia de um acesso qualificado à justiça.

Na execução, a transação não importa necessariamente em sentença homologatória e em imediata extinção da execução, com base no art. 794, II, do CPC.

Não existindo novação – forma indireta de extinção da obrigação originária, nos termos dos arts. 360-367 do CC - deve o magistrado aplicar o disposto no art. 792 do CPC, suspendendo o curso da execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação, sendo que, findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso.¹⁶²⁵⁻¹⁶²⁶

¹⁶²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74, p. 96.

¹⁶²⁵ Em abono: a) “CIVIL. EXECUÇÃO. NOVAÇÃO. SUSPENSÃO. 1. Não há novação quando os figurantes de acordo expressamente afastam a intenção de novar, até porque a devedora reconhece a existência integral da dívida e apenas se obriga a pagá-la parcialmente em prestações. 2. A suspensão da execução, em relação ao devedor principal acarreta a suspensão quanto aos avalistas, posto que decisão com trânsito em julgado determina que os bens dos avalistas, que se achem penhorados, somente sejam levados a arrematação se insuficiente o produto da arrematação dos bens da devedora principal” (STJ, 4ª T., REsp 35311/SP (199300143034), rel. Min. Dias Trindade, j. 30.08.1993, DJ 20.09.1993, p. 19.182). b) “TRIBUTÁRIO - REFIS - NATUREZA JURÍDICA - EFEITOS. 1. O Programa de Recuperação Fiscal tem natureza jurídica de parcelamento ou de moratória, segundo a legislação específica - Decreto 3.431/2000. 2. Seja parcelamento ou moratória, não se extingue a obrigação por cancelamento ou novação. 3. Suspende-se a execução no período do parcelamento, não se podendo falar em extinção, senão após quitado o débito. 4. Recurso especial improvido.” (STJ, 2ª T., REsp 446665/RS (200200850703), rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.10.2002, DJ 18.11.2002, p. 207); c) “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EXTINÇÃO. PARCELAMENTO. TRANSAÇÃO. CDA. 1. Requerida a suspensão da execução, em razão de parcelamento administrativo do débito, mas inexistindo homologação em juízo do acordo, afasta-se o encerramento da lide por transação. Possível, portanto, em caso de descumprimento do ajuste extrajudicial, a retomada da execução pelo valor remanescente, sem comprometimento da certeza, exigibilidade e liquidez da Certidão da Dívida Ativa. 2. Precedentes. 3. Recurso não provido.” (STJ, 1ª T., REsp 175890/SP (199800393331), rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 21.06.2001, DJ 04.03.2002, p. 185); d) “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. ACORDO HOMOLOGADO. SUSPENSÃO ATÉ O CUMPRIMENTO DO ACORDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 792, DO CPC. 1. Apresentado acordo nos autos da execução para homologação judicial e requerendo as partes a suspensão do feito até o cumprimento da obrigação pelo devedor, a execução não deve ser extinta com base no art. 794, II, do CPC. 2. Objetiva a suspensão do processo, conforme disciplina o parágrafo único, do art. 792, do CPC, a retomada da execução em caso de não cumprimento da obrigação, no prazo concedido. 3. Apelação conhecida e provida para determinar a suspensão da execução até o cumprimento do acordo.” (TJDFT, 2ª T., Apelação Cível nº 20060111347665 (277335), rel. Des. Carlos Rodrigues. j. 06.06.2007, DJU 09.08.2007); e)

A inobservância dessa disposição é causa de grande tumulto, porque ao homologar, por sentença, a transação realizada entre as partes, o juiz profere sentença cujo conteúdo é aquele constante dos arts. 269, III e 794, II do CPC. Não satisfeita – mais uma vez a obrigação –, a formação de novo título levará à necessidade de que seja instaurada a fase de cumprimento de sentença.

Inexiste limitação quanto ao prazo de suspensão para o cumprimento do acordo, não se aplicando à execução a regra do art. 265, § 3º, do CPC, que limita em 6 (seis) meses o prazo de suspensão por convenção das partes. Assim, o art. 791, II, do CPC, ao estabelecer entre as hipóteses de suspensão aquela alistada no inciso II, do art. 265 do CPC (“por convenção das partes”), deve ser lido em harmonia com a regra prevista no art. 792 do CPC.¹⁶²⁷

“PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. TRANSAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. O pedido de homologação de acordo, formulado no processo de execução, acarreta a suspensão do feito, não a sua extinção, máxime quando há requerimento expresso no primeiro sentido, pela parte credora. Cuida-se de negócio jurídico processual, em que se levam em conta os efeitos buscados pelas partes. Recurso conhecido e provido.” (TJDFT, 6ª T., Apelação Cível nº 20070150044885 (272498), rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante. j. 16.05.2007, DJU 31.05.2007).

¹⁶²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, p. 403: “A transação, no processo executivo, pode ser causa de extinção ou de suspensão do feito. Se, por ela se concede quitação ao devedor, com sua homologação, extinta estará a execução forçada. Se, porém, o que se nova é o valor do débito ou a forma de cumprir a obrigação, criando, por exemplo, um parcelamento da mesma obrigação novada, o caso será de simples suspensão do processo, para aguardar-se o cumprimento do acordo. No primeiro caso, aplica-se o art. 794, II, e, no segundo, o art. 792”. Não obstante a respeitável lição supra, sempre que houver novação é o caso de extinção da execução com base no art. 794, II, do CPC. Se o que houve foi alongamento da dívida, com concessão de maior prazo, então não houve novação e a situação é de simples suspensão. A teor do art. 361 do CC: “Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”. Como disse ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 468: “Tudo dependerá da interpretação do negócio das partes, pois nada impede o juiz de homologá-lo”.

¹⁶²⁷ “DIREITOS ECONÔMICO E PROCESSUAL CIVIL. SECURITIZAÇÃO. ALONGAMENTO DA DÍVIDA. NOVAÇÃO. NÃO PRESUNÇÃO. EXEGESE DO ART. 5º DA LEI 9.138/95. PROCESSO DE EXECUÇÃO. SUSPENSÃO. PRAZO CONVENCIONADO. PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. I - O limite de seis meses, estipulado no art. 265, § 3º, CPC, não se aplica ao processo de execução, que tem regência própria (CPC, arts. 791/792 c/c 598), podendo as partes acordarem prazo maior. II - A novação, que não se presume, para configurar-se, necessita da concorrência de três elementos, quais sejam, existência jurídica de uma obrigação - *obligatio novanda*; a constituição de nova obrigação - *aliquid novi* e o *animus novandi*. III - Não se pode presumir, em face do art. 5º da Lei 9.138/95, que dispõe sobre alongamento de dívidas rurais, a ocorrência de novação. IV - Não tendo o tribunal de origem enfrentado a matéria discutida no especial, impossível a sua análise, por falta de prequestionamento, nos termos do enunciado n. 282 da súmula/STF.” (STJ, 4ª T., REsp 166328/MG (199800159410), rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.03.1999, DJ 24.05.1999, p. 172).

3.12 Os poderes do juiz na fase postulatória da execução civil

Após termos examinado os conceitos fundamentais da execução civil, seus princípios, e alistarmos os poderes do juiz na execução civil, passamos agora a analisar como esses poderes são exercidos concretamente na execução por quantia certa contra devedor solvente, nas diversas fases ou etapas em que pode ser dividida.

Remarque-se que não é objetivo deste trabalho alistar todos os aspectos controvertidos que envolvem essas fases, mas sim detectar alguns pontos de estrangulamento, que, em nosso sentir, têm impedido a execução de ultimar sua finalidade.

Ao mesmo tempo, examinaremos como o poder jurisdicional tem sido exercido nesse contexto, sem deixar de destacar as diretrizes que, sob nosso enfoque, podem contribuir, ainda que minimamente, para o aprimoramento e otimização de resultados da execução civil.

Como vimos precedentemente, três são as fases em que a execução pode ser dividida: fase postulatória, fase instrutória e fase satisfativa.

Essa divisão obviamente não compartimenta a atividade executiva em segmentos estanques. Explica como o procedimento executivo deve se desenvolver, servindo como guia às partes e ao Estado-juiz. Regras preestabelecidas garantem segurança às partes que, de antemão, sabem como o magistrado exercerá a atividade jurisdicional até a plena satisfação do direito do credor.

Nada impede, enfim, que a atividade executiva sequer chegue a se desenvolver efetivamente, diante do imediato e integral pagamento do débito por parte do devedor, assim que citado, na ação de execução, ou realizada a penhora no cumprimento de sentença. Ou então, ultrapassada a fase postulatória, na fase instrutória a constrição recaia sobre dinheiro e, não havendo apresentação de embargos pelo devedor ou impugnação ao cumprimento de sentença, ato contínuo, o credor obtenha a entrega daquilo que veio a júízo obter.

Tal como foi objetivo da Reforma de 2005 alijar os compartimentos estanques em que fora embutida a atividade jurisdicional por obra do legislador de

1973, que segmentou e encarcerou o poder jurisdicional em dois processos incomunicáveis, o operador do Direito não pode cometer o gravíssimo equívoco de pensar e trabalhar a atividade jurisdicional executiva de maneira igualmente fragmentária. A jurisdição é poder que se exerce, igualmente, sem solução de continuidade, durante todo o procedimento executivo.

A importância dessa postura frente aos temas que abordaremos é notória: desde a apreciação da petição inicial, na execução de título extrajudicial, ou requerimento executivo, no cumprimento de sentença, passando pela instrução e chegando finalmente à fase satisfativa, o magistrado deve direcionar seus pronunciamentos norteado pela mesma finalidade, ou seja, *satisfazer em tempo razoável*, e, qualquer óbice que se anteponha a essa diretriz, deve ser removido *legitimamente* por ele, utilizando-se de elementos contidos no sistema.

De nada vale demasiada preocupação com a expropriação (supervalorizando-a), se não houver equilibrada análise dos princípios da máxima efetividade da execução e da menor onerosidade possível ao devedor, o que, muitas vezes, evita desperdício de tempo e de dinheiro público na prática de atos meramente formais: a expropriação mediante alienação em hasta pública há muito demonstra sua ineficiência aos fins a que se destina.

O deferimento de medida cautelar, inclusive de ofício, no interior do próprio processo de execução (art. 615, III, do CPC) e a quebra dos sigilos fiscal e bancário, por exemplo, enredaria na malha executiva o objeto dos atos expropriatórios (dinheiro), evitando-os, *legitimamente*.

É dessa (indispensável) consciência que o magistrado necessita estar imbuído, *em todas as fases da execução*. Justamente, porque a separação entre as fases não estanca a atividade jurisdicional em módulos incomunicáveis, muitos temas lhes são comuns. Assim, quando divisamos a análise da concretização do poder jurisdicional em fases, o fazemos para fins didáticos e com o único intuito de melhor dissecar os vários problemas que são *comuns* à atividade jurisdicional executiva, *sistematicamente considerada*.

3.12.1 Controle de admissibilidade na ação de execução

Decorrencia do principio dispositivo, deve a parte autora provocar a atuacao da jurisdicao (arts. 2º e 262, do CPC) por meio do exercicio do direito de acao, o que faz atraves de peça escrita a que a lei atribui a denominacao de *petição inicial*.

Endereçará a parte credora sua pretensão ao juízo competente para apreciá-la (art. 282, I, do CPC), ao mesmo tempo em que indicará quem deverá suportar a investida estatal em seu patrimônio, com descrição do endereço onde poderá ser localizado para citação e realização de atos executivos (art. 282, II, do CPC).

O Estado-juiz desencadeará os atos executivos guiado e vinculado à espécie de provimento jurisdicional postulado pelo credor nessa peça processual, que também descreverá o bem da vida pretendido (art. 282, IV, do CPC).

Antecedentemente, a parte credora descreverá o porquê pretende a providência solicitada, detalhando a violação da ordem jurídica que autoriza a preponderância do seu interesse sobre o interesse da parte demandada (art. 282, III, do CPC).

Apresentará a parte credora as provas que cumpriu sua obrigação para exigir a do devedor (art. 282, VI, c.c art. 582 do CPC).

Quantificará ainda a parte autora, monetariamente, o bem da vida perseguido e que não obteve espontaneamente do devedor (art. 282, V, do CPC). Solicitará sua integração à relação jurídica processual, até agora apenas angularizada, a fim de que, obtida sua especialização, possam ser implementados, de maneira legítima e segundo os princípios acolhidos pela ordem jurídica, os atos de agressão patrimonial (art. 282, VII, do CPC).

A petição inicial é documento escrito que antecede o processo, mas que uma vez despachada pelo juiz ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara, marcará seu início (art. 263, do CPC), adquirindo foros de ato processual, básico e insubstituível para a estrutura do processo, averbou Donald

Armelin.¹⁶²⁸ Conquanto o sistema transija, por vezes, com a forma escrita, não foi ao extremo de liberar tal forma no que diz respeito à petição inicial,¹⁶²⁹ salvo excepcionalíssimas hipóteses expressamente admitidas.¹⁶³⁰

Pela notável importância que assume no processo, cabe ao órgão jurisdicional analisar cuidadosamente a observância, na petição inicial, de todos os requisitos previstos no sistema como indispensáveis (arts. 282 e 283, do CPC), determinando sua emenda (art. 284, do CPC), se isso for possível, ou indeferindo-a, liminarmente, nas hipóteses catalogadas no art. 295, do CPC. Outras vezes, caberá ao magistrado tão somente declinar da competência para o juízo absolutamente competente (a ausência de pressuposto processual de validade).

Dispõe o art. 616 do CPC, que verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida.

¹⁶²⁸ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, p. 264.

¹⁶²⁹ ARMELIN, Donaldo. *Embargos de terceiro*, p. 264: “No sistema processual vigente ao autor cabe a iniciativa de incoar o processo, em face da atuação irrestrita do princípio dispositivo, quanto ao início do processo civil. Fá-lo através da apresentação de uma petição inicial, que será distribuída ou despachada, atos esses que constituem os primeiros elos da cadeia procedimental. A petição inicial é um documento escrito que precede o processo, mas que nele ingressando enseja seu começo e adquire foros de ato processual, básico e insubstituível para a estrutura do processo. Pode-se dizer mesmo que sem a petição inicial não há processo. O sistema processual civil transige com a forma escrita relativamente a outros atos, inclusive com a contestação, que, no procedimento sumaríssimo, pode ser deduzida oralmente (art. 278 do CPC) mas não levou o princípio da oralidade a ponto de liberar tal forma no que tange à petição inicial. Além de ato fundamental para a existência do processo, é a petição inicial veículo da pretensão do autor, credor ou requerente, balizando, inclusive, pelos limites dessa mesma pretensão o tipo de tutela jurisdicional reclamada de tal forma que se impõe uma simetria entre a pretensão do autor e a sentença que a acolhe, total ou parcialmente, a qual, como é cediço, não pode ir além, aquém ou decidir fora do pedido. Toda essa estrutura do processo resulta da aplicação de princípios decantados pela ciência processual que, em nosso sistema processual, ganharam normatividade inseridos que foram no Estatuto Processual, principalmente, nos seus artigos 2º e 128”.

¹⁶³⁰ Nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (Lei 9.099/95) e Federais (Lei 10.259/2001, art. 1º), em atenção às peculiaridades das demandas de “menor complexidade” (art. 98, I, da CF), e orientado pelos princípios próprios desse microsistema (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade – art. 2º, da Lei 9.099/1995) admite-se a apresentação de “pedido” escrito ou oral, que, neste último caso, será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado. A execução processa-se nos mesmos autos e instaura-se mediante simples solicitação do credor, que poderá ser verbal (art. 52, IV, da Lei 9.099/95).

3.12.1.1 Declaração, *ex officio*, de incompetência relativa como consequência da declaração de nulidade de cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão (art. 112, parágrafo único, do CPC, com a redação determinada pela Lei 11.280/2006)

Dispõe o art. 282, I, do CPC, que a petição inicial indicará o juiz ou tribunal, a que é dirigida. Trata-se do cabeçalho da petição inicial. Irrelevante a pessoa física do juiz. A parte endereça a petição inicial ao magistrado da Vara ou Ofício jurisdicional, observando as regras de competência previstas no CPC (arts. 86-111) e na Constituição Federal (*e.g.*, art. 109).

Esse requisito da petição inicial assume grande importância no processo, porque está diretamente relacionado à competência do órgão jurisdicional para processar a demanda executiva.

O juiz tem balizado pelas regras do sistema processual seu campo de atuação. A propositura da ação, que ocorre quando a petição inicial é despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma Vara (art. 263, do CPC), determina a competência do juízo (art. 87 do CPC).

A propositura da ação concretiza a jurisdição, reduzindo sua abstração, para aquela demanda especificamente considerada.

Ainda que não investido da necessária medida de jurisdição para apreciar a demanda executiva, tratando-se de situação de incompetência relativa (em razão do valor e do território – art. 102, do CPC), não poderá o juiz reconhecê-la, de ofício, entendimento este pacificado pela edição da Súmula 33, do Superior Tribunal de Justiça. Prorroga-se a competência relativa se não oposta a exceção declinatória de foro, nos casos e prazos legais (art. 114 do CPC).

Tratando-se de situação de nulidade relativa, cujo reconhecimento interessa apenas ao devedor, não pode o juiz invadir sua esfera de disponibilidade. Será oferecida, juntamente com os embargos, a exceção de incompetência do Juízo (arts. 742 e 745 do CPC), a não ser que constitua o único fundamento dos embargos (arts. 741, VII e 745 do CPC).

Nada impede que o devedor argua a incompetência relativa, no prazo de 15 (quinze) dias, após sua citação, devendo nesta hipótese, o processo executivo ser suspenso até seu julgamento (art. 306 do CPC). Atualmente, esse prazo flui juntamente com o prazo para oposição de embargos, i.e., da juntada aos autos do mandado de citação, de acordo com nova sistemática introduzida pela Lei 11.382/2006 (art. 738 do CPC).

Havendo incompetência absoluta, em razão da matéria ou hierarquia, deve o juiz reconhecê-la, de ofício (art. 113, do CPC).

Reconhecida a incompetência absoluta, apenas os atos decisórios estarão contaminados do vício de nulidade (art. 113, § 2º, do CPC). A nulidade não diz respeito a *como* mas a *quem* praticou os atos processuais, anota Teresa Arruda Alvim Wambier.¹⁶³¹

A competência em razão do valor e do território, por ser relativa, pode ser modificada, elegendo as partes foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações (art. 111, 2ª parte, do CPC). Trata-se da chamada cláusula de eleição de foro.

Essa cláusula, por meio de reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça, em demandas envolvendo contratos de adesão, teve sua nulidade declarada, de ofício, reconhecendo-se, em consequência, a incompetência relativa do juízo.

Excepciona-se a regra geral e o entendimento até então sedimentado que impedem o reconhecimento, *ex officio*, da incompetência relativa, em atenção às regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que são de ordem pública (art. 1º), garantem ao consumidor a facilitação dos meios de defesa (art. 6º, VIII) e estabelecem a nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, XV). Na observação do Min. Athos Gusmão Carneiro,¹⁶³² “a proibição da cláusula, em contrato de adesão, passou a ser considerada regra de ordem pública, cuja infringência conduz à nulidade absoluta, decretável de ofício”.

¹⁶³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 221.

¹⁶³² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99.

Esse entendimento jurisprudencial se apoiava, em síntese, sobre as premissas de que a parte aderente, no momento da celebração, não dispõe de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual, e a inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário, resultantes da prevalência de tal estipulação,¹⁶³³ sendo afastada sua caracterização quando não demonstrada a hipossuficiência.¹⁶³⁴

¹⁶³³ Nesse sentido: a) “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONTRATO DE ADESÃO. FORO DE ELEIÇÃO. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA *EX OFFICIO*. 1. Segundo entendimento mais recente desta Seção, pode o Juiz de Direito, para facilitar a defesa dos direitos do consumidor (art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90), declinar de sua competência, *ex officio*, ignorando o foro de eleição, previsto em contrato de adesão (CC nº 17.735/CE e CC nº 21.540/MS). Ressalvada a orientação do Relator. 2. Recurso especial conhecido, mas improvido.” (STJ, 3ª T., REsp 188705/MG (199800685189), rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.03.1999, DJ 17.05.1999, p. 203). b) “EXECUÇÃO - FORO DE ELEIÇÃO. Hipótese em que a eleição de foro diverso daquele em que domiciliado o devedor acarreta-lhe notáveis dificuldades para o exercício de sua defesa. Nulidade da cláusula de eleição e reconhecimento de que, tendo em vista o disposto no Código de Defesa do Consumidor (artigos 1º e 6º, VIII), possível o reconhecimento, de ofício, da incompetência. Inaplicabilidade da Súmula 33. Precedentes do STJ.” (STJ, 3ª T., REsp 196067/MG (199800872167), rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 24.08.1999, DJ 03.11.1999, p. 112); c) “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BANCOS. CONTRATO DE ADESÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO (ART. 51, I, DA LEI 8078/90) - FORO DE ELEIÇÃO. CLÁUSULA CONSIDERADA ABUSIVA - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 33/STJ - PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO. I - Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pela instituição. II - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão não prevalece se ‘abusiva’, o que se verifica quando constatado que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário. Pode o juiz, de ofício, declinar de sua competência em ação instaurada contra consumidor quando a aplicação daquela cláusula dificultar gravemente a defesa do réu em Juízo. Precedentes da Segunda Seção. III - Incidência da Súmula 126/STJ. IV - Recurso não conhecido.” (STJ, 3ª T., REsp. 190860 (199800740368/MG), rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 18.12.2000, p. 183).

¹⁶³⁴ Nesse sentido: a) “PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ARTS. 100, IV, *d* E 111, CPC. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO PREVISTA NO CONTRATO. VALIDADE DO FORO ELEITO. PRECEDENTES. LUGAR DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. ALTERAÇÃO. INVIABILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO. I - A jurisprudência desta Corte firmou a orientação de que a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. II - Na espécie, o elevado porte dos negócios realizados entre as partes, no exercício de sua atividade mercantil típica, o conteúdo econômico da demanda e a ausência de exclusividade para a prestação dos serviços contratados não tornam razoável supor a falta de inteligência da cláusula de eleição do foro, ou mesmo a dificuldade de acesso ao Judiciário, sendo de admitir-se como válido o foro eleito contratualmente. III - A demanda que discute a relação contratual entre as partes ao pretender a declaração da inexistência de obrigação prevista no contrato, porque já cumprida, deve tramitar no foro previsto no contrato e eleito validamente pelas partes, sendo aplicável o art. 111, CPC e não o 100, IV, *d*. IV - Ainda a admitir-se que a ação se referisse aos efeitos do contrato e não diretamente ao cumprimento ou validade de suas cláusulas, e tendo o juiz fixado o lugar de cumprimento da obrigação, restaria inviável rever essa conclusão na instância especial, a teor dos enunciados sumulares n. 7/STJ e 279/STF.” (STJ, 4ª T., REsp 379949 (200101425230/PR), rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ

Enfim, autorizava-se o juiz a declarar a nulidade de cláusula contratual e reconhecer sua incompetência relativa, ofício, sob os seguintes requisitos: i) existência de contrato de adesão, ligado especialmente à relação de consumo, mas não apenas a ela, com cláusula de eleição de foro; ii) que uma das partes fosse hipossuficiente; iii) que esta parte tivesse dificultado o acesso ao Poder Judiciário.

Esse posicionamento aplica-se especialmente aos contratos de consumo, como contrato de empréstimo vinculado a aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação¹⁶³⁵, consórcio¹⁶³⁶ e arrendamento mercantil (*leasing*),¹⁶³⁷ mas não só a eles como ocorre nos contratos empresariais, desde que a parte prejudicada pela eleição de foro demonstre a sua condição de hipossuficiência, capaz de dificultar seu acesso ao Judiciário, o que se dá, por exemplo, no contrato de franquia, caso o franqueado esteja em debilidade econômica por decorrência da própria franquia.¹⁶³⁸

O fato de se tratar de relação de consumo não constituía motivo, por si só, para a declaração de nulidade da cláusula e reconhecimento, de ofício, de incompetência relativa. Nos contratos de fornecimento de equipamentos médicos de alto valor, por exemplo, tinha-se como válida a cláusula de eleição de foro.¹⁶³⁹ Nos

15.04.2002, p. 230); b) “DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. FORO DE ELEIÇÃO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. - Mesmo nas hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência do STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes. - É lícita a cláusula de eleição de foro, seja pela ausência de vulnerabilidade, seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à boa-fé objetiva das partes, nem tampouco dele resulte inviabilidade ou especial dificuldade de acesso à Justiça. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 3ª T., REsp 684613 (200401204603/SP), rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01.07.2005, p. 530).

¹⁶³⁵ STJ, 3ª T., AGA 478.167/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22.04.2003.

¹⁶³⁶ STJ, 4ª T., REsp 79.083/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 28.02.2000.

¹⁶³⁷ STJ, 3ª T., CC 30.712/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 30.09.2002.

¹⁶³⁸ STJ, 3ª T., CC 32.877/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 07.04.2003.

¹⁶³⁹ STJ, 4ª T., CC 32.268/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 19.08.2002 e REsp 457.398/SC, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 09.12.2002. Esse, ainda, é o entendimento atual: “RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO (EQUIPAMENTOS MÉDICOS) – CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO – COMPETÊNCIA RELATIVA – DECLINAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OBSTÁCULOS SUBJETIVOS – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – RELAÇÃO DE CONSUMO – EXAME EM SEDE DE COGNIÇÃO PLENA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS

contratos mercantis de franquia entre grandes empresas,¹⁶⁴⁰ ou entre montadoras e concessionárias,¹⁶⁴¹ igualmente sempre foi considerada válida semelhante estipulação.

Essa tendência jurisprudencial foi incorporada ao sistema processual por meio da Lei 11.280/2006, que acrescentou ao art. 112, do CPC, um parágrafo único com o seguinte teor: “A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.”

Note-se que o dispositivo alude a *contrato de adesão*. Não se refere a contratos de adesão vinculado às relações de consumo. Logo, a norma em questão aplica-se a *qualquer ação que diga respeito a contrato de adesão*, e que contenha cláusula de eleição de foro, que dificulte o acesso ao Poder Judiciário de demandado hipossuficiente. Também entende dessa maneira Fredie Didier Júnior.¹⁶⁴²

COMPETENTES – INOCORRÊNCIA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES. 1 – A Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não-abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor. Mesmo em se cogitando da configuração de relação de consumo, não se haveria falar na hipossuficiência do adquirente de tais equipamentos, presumindo-se, ao revés, a ausência de dificuldades ao respectivo acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito. 2 – A solitária condição de a eleição do foro ter se dado em contrato não acarreta a nulidade dessa cláusula, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e de hipossuficiência do aderente para sua inaplicação, inocorrentes na hipótese em tela. 3 – A questão da hipossuficiência do recorrente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias competentes em sede de processo de conhecimento completado, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de inadmissível supressão de instância. 4. Recurso Especial não conhecido”. (STJ, 4ª T., REsp 540054/MG (200300616247), rel. Min. Massami Uyeda, j. 07.12.2006, DJ 19.03.2007, p. 354).

¹⁶⁴⁰ “PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO ENTRE FRANQUEADA E FRANQUEADORA. EMPRESAS DE GRANDE PORTE. VALIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. A só e só condição de a eleição do foro ter se dado em contrato (de adesão) não acarreta a nulidade dessa cláusula, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e de hipossuficiência do aderente para sua inaplicação. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (STJ, 4ª T., REsp 545575 (200301128826/RJ), rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 28.10.2003, p. 295).

¹⁶⁴¹ “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. INCIDENTE DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE MONTADORA E CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. VALIDADE. - Os ajustes firmados entre montadora e concessionária de veículos constituem contratos empresariais pactuados entre empresas de porte, financeiramente capazes de demandar no foro de eleição contratual. - A mera circunstância de a montadora de veículos ser empresa de maior porte do que a concessionária não é suficiente, por si só, a afastar o foro eleito. - Recurso especial provido.” (STJ, 3ª T., REsp 471921/BA (20020128356-6), rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.06.2003).

¹⁶⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 1, p. 121.

Dispõe o art. 54, *caput*, da Lei 8.078/1990, que contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Como observa Eduardo Arruda Alvim,¹⁶⁴³ a característica mais marcante do contrato de adesão reside *no modo como o mesmo é formado*, porquanto nele *inexiste a fase de tratativas preliminares*, em que as partes discutem, com liberdade e em pé de igualdade, as vantagens e desvantagens dos direitos e obrigações a serem traduzidos em cláusulas contratuais. Nos contratos de adesão há sempre *fórmulas rígidas*, previamente elaboradas, de forma unilateral pelo fornecedor, que as impõe, e normalmente em seu próprio favor.

O contrato de adesão conterà cláusula abusiva, que dificulte os meios de defesa do co-contratante, sempre que, de sua leitura, ficar evidenciado que ela foi redigida de modo a desequilibrar as partes por ocasião da discussão judicial, acerca dos seus termos, como remarca Cláudia Lima Marques.¹⁶⁴⁴ O desequilíbrio no plano da relação jurídica material é projetado na órbita da relação jurídica processual, por conduta da parte economicamente mais forte.

Os contratos realizados com as instituições financeiras são exemplos emblemáticos de contratos de adesão com cláusula abusiva de eleição de foro. Várias destas instituições têm sede em São Paulo e filiais em todo o País. Nestas últimas, em várias cidades e com pessoas ali residentes, são firmados milhares de contratos de adesão. Não há qualquer sentido, em princípio, que não causar o

¹⁶⁴³ ALVIM, Eduardo Arruda. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 264-265.

¹⁶⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 146: “O fenômeno da elaboração prévia e unilateral, pelos fornecedores, das cláusulas dos contratos possibilita aos empresários direcionar o conteúdo de suas futuras relações contratuais com os consumidores como melhor lhes convém. As cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes, ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do fornecedor que as elabora”. Prossegue (Idem, p. 148): “A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (*Machtposition*).”

desequilíbrio processual das partes, na estipulação contratual que direcione para São Paulo a execução e discussão judicial de *todos* os contratos firmados.

A hipótese plasmada no art. 112, parágrafo único, do CPC, é de *exceção à regra de que a incompetência relativa não pode ser reconhecida de ofício*.

Como observa Daniel Amorim Assumpção Alves¹⁶⁴⁵: “Percebe-se pela literalidade da norma invocada que o objetivo do legislador foi criar uma exceção à regra geral de que não cabe ao juiz reconhecer de ofício a sua própria incompetência, sendo essa missão exclusiva do réu e, em determinadas hipóteses, do assistente”.

Fredie Didier Júnior¹⁶⁴⁶ ressalta que se trata de um novo regime jurídico de reconhecimento de incompetência, com características dos dois até então existentes (incompetência absoluta e incompetência relativa).

Cândido Rangel Dinamarco,¹⁶⁴⁷ antes da alteração em questão, já defendia o exercício pelo juiz do poder de corrigir injustiças e restabelecer o equilíbrio das partes, no processo, nos termos do art. 125, I, do CPC, sempre que o foro de eleição criasse enormes empecilhos ao pleno exercício do direito de defesa do demandado.

O CDC possui regime próprio acerca das nulidades. Como esclarece Nelson Nery Júnior,¹⁶⁴⁸ abandonou-se, no sistema do CDC, a dicotomia existente

¹⁶⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reconhecimento de ofício de incompetência relativa. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 406, 2006.

¹⁶⁴⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 121.

¹⁶⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, v. I, p. 480-481: “Se uma norma de direito positivo admite expressamente a prorrogação ‘convencional tácita’ (CPC, art. 114) e se em todos os lugares essa prorrogação é resguardada mediante a proibição da pronúncia de-ofício, não é lícito procurar interpretação diferente, mesmo porque inexistem razões para isso. (...). A única ressalva que poderia ser validamente levantada contra esse modo de pensar reside na preocupação pela extrema dificuldade criada para a defesa, mediante a propositura de demandas em foro incompetente e longínquo. Não pronunciando a incompetência de-ofício, o juiz permitiria, conscientemente, a consumação de injustiças, possivelmente provocadas intencionalmente por uma das partes a dano da outra. Sem atingir a tese, todavia, em situações assim de anormalidade que a sensibilidade do juiz lhe revelará caso por caso, ele terá o poder de espontaneamente determinar a remessa do feito ao foro competente. O sistema é composto com vista a certas situações normais imaginadas pelo legislador e é inerente a ele próprio a alteração dos comandos sempre que se positive algum quadro de excepcionalidade. Para restabelecer a igualdade entre os litigantes, o juiz terá um comportamento que ordinariamente não poderia ter (CPC, art. 125, inc. I).”

¹⁶⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 490.

entre as nulidades do Direito Civil (nulidades absolutas e relativas), pois o Código só reconhece as nulidades de pleno direito quando enumera as cláusulas abusivas, porque ofendem a *ordem pública* de proteção ao consumidor, base normativa de todo o Código, como se vê no art. 1º do CDC: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social (...).”

Entretanto, como destaca Teresa Arruda Alvim Wambier,¹⁶⁴⁹ a norma em questão não estabelece que são nulas, *a priori*, as cláusulas de eleição de foro fixadas em contratos de adesão, mas apenas que, se constatada tal nulidade, esta pode ser declarada pelo juiz, caso presentes as circunstâncias que determinam tal nulidade.

Simple análise da petição inicial executiva deverá apontar ao juiz a presença dos requisitos autorizadores da declaração, de ofício, da nulidade de cláusula de eleição de foro, com conseqüente declínio de competência ao juízo de domicílio do devedor. As “regras ordinárias de experiência”, mencionadas pelo art. 6º, VIII, do CDC auxiliarão o juiz a concluir pela existência ou não de hipossuficiência do devedor e da necessidade de facilitação da defesa de seus direitos.

Não desenhadas com nitidez as hipóteses autorizadoras do reconhecimento da nulidade da cláusula de eleição de foro, deverá o juiz aguardar eventual iniciativa do devedor, por meio de exceção declinatória de foro, e, uma vez não oposta, a competência prorroga-se nos termos do art. 114, do CPC, com a redação conferida pela Lei 11.280/2006: “Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais”.

Uma vez não oposta a exceção declinatória, não pode o juiz reanalisar a matéria, operando-se em seu desfavor e de maneira excepcional, o fenômeno da preclusão.

¹⁶⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 219.

Não se trata, com a devida vênia, de forma alguma, de hipótese de incompetência absoluta, como tem entendido parte da doutrina¹⁶⁵⁰ e da jurisprudência.¹⁶⁵¹ Se assim fosse, no processo de conhecimento, a sentença que viesse a ser proferida ficaria contaminada com o vício de nulidade absoluta e seria rescindível (art. 485, II, do CPC), mas não é isso que ocorre. O art. 114 do CPC é expresso: não declarada, de ofício, a incompetência do juízo e não oposta a exceção declinatória, prorroga-se a competência. Ora, como já vimos, no plano do processo, as nulidades de fundo não geram preclusão *pro iudicato*, podendo a qualquer tempo ser alegadas por qualquer das partes.

O grande problema reside em conciliar o regime jurídico das nulidades previstas no CDC com o regime jurídico próprio das nulidades processuais, o que nem sempre é possível, da mesma forma que as nulidades do Direito Civil diferem das nulidades processuais.

O fato de o CDC considerar determinada situação como caracterizadora de nulidade de pleno direito, não quer dizer que, no âmbito judicial, os efeitos desse reconhecimento constituirão situação de nulidade de fundo ou de nulidade absoluta. Parte da doutrina e da jurisprudência, entretanto

¹⁶⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 370, nota 7 ao art. 112, parágrafo único: “A L 11 280/06 adota a posição da doutrina (Rosa Nery, RT 693/112) e da jurisprudência reiterada, principalmente do STJ, no sentido de ser abusiva (CDC 51 XV e 6º VIII) a cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, quando o foro eleito for diferente daquele do domicílio do aderente. Não se trata propriamente de declaração de ofício da incompetência relativa, o que estaria em desacordo com o sistema processual (v.g. STJ 33) mas antes, de declaração de ofício da nulidade da cláusula, pela abusividade prevista no CDC 51 XV. Como o controle da abusividade das cláusulas nos contratos de consumo e de adesão é de ordem pública (CDC 1º), nesse caso o direito dispositivo (arguição, pelo réu, da incompetência relativa) cede diante da ordem pública e, por essa razão, *deve* o juiz declarar a nulidade da cláusula abusiva e, na seqüência, para dar sentido e operatividade à declaração de nulidade da cláusula contratual, reconhecer a incompetência e remeter os autos ao juízo do domicílio do réu. Não há, portanto, quebra do sistema, razão pela qual houve impropriedade técnica da L 11 280/06, quando modificou a redação do CPC 114, incluindo a hipótese aqui tratada como sendo caso de prorrogação da competência, isto é, como sendo de declaração de ofício de incompetência relativa”.

¹⁶⁵¹ “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CLÁUSULA ELETIVA DE FORO LANÇADA EM CONTRATO DE ADESÃO. NULIDADE COM BASE NA DIFICULDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PREJUÍZO À AMPLA DEFESA DO RÉU. CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DA NORMA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO Nº 33 DA SÚMULA/STJ. - Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para a sua ampla defesa, torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu, afastando a incidência do enunciado nº 33 da Súmula/STJ.” (STJ, 2ª Seção, CC 19105/MS (199700028275), rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 11.11.1998, DJ 15.03.1999, p. 81).

está parificando os regimes jurídicos, com o que, *data maxima venia*, não concordamos.

O juiz, sem dúvida alguma deve, caracterizada a situação de nulidade de cláusula de eleição de foro, declará-la. Todavia, uma vez não realizada a declinação da competência e não oposta exceção declinatória por parte do demandado, a competência se prorroga. Isso é absolutamente incompatível com o regime das nulidades de fundo.

Se se tratasse de nulidade de fundo, qualquer das partes poderia argüi-la, a qualquer tempo. Mas o legislador processual foi expresso: apenas o demandado é que poderá argüir, por meio de exceção declinatória de foro, a incompetência do juiz, caso o juiz não se declare incompetente. Por outro lado, ocorre preclusão para o juiz, caso não reconheça, de ofício, sua incompetência, e não tome o demandado a iniciativa de opor a exceção declinatória. Mas, tratando-se de nulidade absoluta, inexistente preclusão *pro iudicato*.

Há, como se observa, uma espécie de regime misto entre as nulidades processuais absolutas e relativas, pois o juiz deve reconhecer, de ofício, sua incompetência relativa se presentes os pressupostos legais. Ordinariamente, deveria aguardar a iniciativa da parte demandada. Essa situação só reforça a conclusão de que se trata de *exceção* à regra de incompetência relativa (situação típica de nulidade processual relativa).

A alteração legislativa merece elogios, porque possibilita ao juiz velar no processo pela igualdade das partes, afastando óbice artificial criado, em regra, pelo demandante, para dificultar o acesso ao Poder Judiciário. Em suma, quando aplica a regra do art. 112, parágrafo único, do CPC o juiz dá operatividade ao contido no art. 125, I, do CPC.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁶⁵² registra que a existência de cláusula eletiva de foro é absolutamente desnecessária para o reconhecimento de

¹⁶⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reconhecimento de ofício de incompetência relativa, p. 411: “Mesmo na hipótese de anulação de ofício da cláusula de eleição de foro, o que legitima a atuação do juiz em remeter os autos ao juízo competente continua a ser o afastamento da Súmula 33 do STJ, porque, mesmo sem a cláusula contratual, a incompetência continua a ser territorial e, portanto, relativa. A justificativa para a atuação oficiosa do juiz estaria prevista no art. 6º, VIII, do CDC. Na realidade, a

ofício da incompetência relativa, pois o juiz atua, com ou sem tal cláusula, orientado pelo contido no art. 6º, VIII, do CDC (facilitação dos meios de defesa ao consumidor).

Concordamos com esse posicionamento. Basta, de fato, a existência de contrato de adesão, a hipossuficiência do demandado e a dificuldade de acesso ao Poder Judiciário para autorizar a declaração, de ofício, da incompetência relativa. Nessa hipótese, sequer se cogita de nulidade de cláusula contratual, prova maior de que devem ser diferenciados o regime das nulidades do CDC do regime das nulidades processuais.

Diante do objetivo que motivou a alteração legislativa em questão, i.e., facilitação de acesso ao Poder Judiciário ao demandado hipossuficiente, acrescentou-se ao art. 305 do Código de Processo Civil um parágrafo único com a seguinte redação: “Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação”. Antes da alteração, o demandado era obrigado a ir até o juízo incompetente para apresentar a exceção declinatória. Diante de elevados custos para exercer seu direito de defesa, muitas vezes deixava de fazê-lo. A regra, agora, corrige essa distorção.

As premissas até então tidas como legítimas pelo Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento, de ofício, da incompetência relativa devem ser respeitadas: não basta que o contrato contenha cláusula de eleição de foro e seja de adesão, mas sim que fique comprovada a hipossuficiência da parte aderente e a dificuldade no acesso ao Judiciário, como averbaram Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.¹⁶⁵³⁻¹⁶⁵⁴

situação acima descrita demonstra que essa questão vem sendo tratada de maneira equivocada. Que o juiz pode declarar nula de ofício a cláusula abusiva de eleição de foro não resta qualquer dúvida, quer seja pela redação do art. 1º do CDC, quer seja por aplicação do novo art. 112, parágrafo único, do CPC, mas isso nada tem a ver com a remessa do processo para o foro do domicílio do réu. Pergunta-se: se não existisse a cláusula contratual estipulando o foro competente, e se mesmo assim o fornecedor ingressasse com a demanda em outro foro que não o do domicílio do consumidor, não seria possível o reconhecimento da incompetência relativa com a conseqüente remessa do processo ao foro do domicílio do réu? Parece que a resposta deva ser no sentido de que, independentemente da existência de cláusula contratual eletiva de foro, a incompetência deve ser reconhecida, o que torna a declaração de nulidade de tal cláusula absolutamente desnecessária para o reconhecimento de ofício da incompetência”.

¹⁶⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil* 2, p. 18-20: “Mais recentemente – e mesmo antes das

A Reforma operada pela Lei 11.280/2006 segue a tendência de incorporar ao Código de Processo Civil entendimentos jurisprudenciais já sedimentados.

Tratando-se de execução de título extrajudicial ajuizadas a partir da vigência da Lei 11.280/2006, aplica-se o art. 112, parágrafo único, do CPC.

Certamente, a norma terá grande aplicabilidade tratando-se de execuções ajuizadas por instituições financeiras, especialmente diante do atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a aplicabilidade a elas das regras do CDC (Súmula 297).

Já anotou Arruda Alvim ser inaplicável a norma do art. 95 do CPC, quando se tratar de contrato de compra e venda de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, com fundamento na alegação de inadimplemento do mutuário, referindo-se tal ação, não aos direitos reais sobre o imóvel, mas apenas aos direitos e obrigações decorrentes do contrato.¹⁶⁵⁵

O art. 3º, § 2º, da Lei 5.741/1971, dispõe que, se o executado e seu cônjuge se acharem fora da jurisdição da situação do imóvel, a citação far-se-á por meio de edital. Assim, em princípio, a execução hipotecária deveria ser ajuizada no foro em que situado o imóvel. Todavia, o art. 112, parágrafo único, do CPC, aplica-se igualmente a essa espécie de execução, pois pode ser que os devedores tenham residência e domicílio em local diverso do imóvel que garante a dívida. Na

alterações da Lei 11.280/2006 -, a Súmula 33 do STJ não vinha sendo observada, excepcionalmente, nos casos em que se considerasse nula cláusula de eleição de foro estabelecida em contrato de adesão, quando a ação fosse movida em local distante daquele em que reside o consumidor, dificultando a defesa deste. Impunha-se, no entanto, que se demonstrasse a hipossuficiência do consumidor; caso contrário, incidiria o disposto na Súmula 33 do STJ. Pode-se dizer que a jurisprudência sedimentou-se nesse sentido, no referido tribunal: a cláusula de eleição de foro é, em regra, válida e eficaz, somente se considerando nula se contida em *contrato de adesão*, nos casos em que se verifique a *hipossuficiência* do consumidor e tal *cláusula dificulte sua defesa*. Vê-se, portanto, que a cláusula de eleição de foro, na hipótese referida, não é nula *a priori*. Em regra, tal cláusula é válida, salvo se, em contrato de adesão, se verifique a hipossuficiência da parte aderente, bem como se, em razão da cláusula de eleição de foro, reste dificultada sua defesa. (...). A orientação jurisprudencial referida acima não há de ser alterada em decorrência da nova redação do art. 112, parágrafo único. Com efeito, este preceito legal *não estabelece que são nulas* as cláusulas de eleição de foro fixadas em contratos de adesão, mas apenas que, *se constatada tal nulidade*, esta *pode* ser declarada pelo juiz. Evidentemente, o juiz somente poderá declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro estabelecida em contrato de adesão *se presentes as circunstâncias que determinam tal nulidade*.”

¹⁶⁵⁴ Conforme verbete da Súmula 335 do STF: “É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato”.

¹⁶⁵⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 326-327.

realidade as regras devem ser combinadas: a execução deve ser ajuizada no foro da situação do imóvel *se os devedores forem nele residentes e domiciliados*.

Assim, à execução hipotecária aplicam-se os mesmos preceitos relativos aos contratos de consumo e de adesão (possível nulidade da cláusula de eleição de foro se e quando reconhecida a hipossuficiência com correspondente deficiência de acesso à justiça), como tem entendido a jurisprudência.¹⁶⁵⁶

O preceito é aplicável, como já se disse, a qualquer espécie de contrato que constitua título executivo extrajudicial, como, por exemplo, prestação

¹⁶⁵⁶ Nesse sentido: a) “PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - AÇÃO DECLARATÓRIA - CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - NULIDADE - PREJUÍZO À DEFESA DA PARTE HIPOSSUFICIENTE. 1 - Caracterizada está a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção previsto no art. 542, § 3º, do CPC, a fim de se evitar a ocorrência de notório prejuízo, quer ao serviço judiciário, quer às próprias partes, ante a possibilidade do julgamento do feito vir a ser prolatado por juízo incompetente (MC nº 3.378/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 11.6.2001; MC nº 2.624/RJ, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, DJ de 28.8.2000). 2 - O entendimento desta Corte de Uniformização Infraconstitucional é firme no sentido da incidência da legislação pró-consumidor aos contratos de financiamento e compra e venda de imóvel (contratos de adesão), vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (AgRg no REsp nº 802.206/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 3.4.2006; REsp 642968/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 8.5.2006; AgRg no REsp nº 714.537/CE, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 13.6.2005; REsp nº 662.585/SE, de minha relatoria, DJ de 25.4.2005). 3 - Uma vez adotado o sistema de proteção ao consumidor, reputam-se nulas não apenas as cláusulas contratuais que impossibilitem, mas que simplesmente dificultem ou deixem de facilitar o livre acesso do hipossuficiente ao Judiciário. Desta feita, é nula a cláusula de eleição de foro que ocasiona prejuízo à parte hipossuficiente da relação jurídica, deixando de facilitar o seu acesso ao Poder Judiciário (REsp nº 190.860/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJ de 18.12.2000; AgRg no Ag nº 637.639/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 9.5.2005). 4 - Recurso não conhecido.” (STJ, 4ª T., REsp 669990/CE (200400903907), rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 11.09.2006, p. 289); b) “PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CDC. APLICABILIDADE. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE OFÍCIO. - Aplica-se o CDC aos contratos de financiamento para aquisição de casa própria regidos pelo SFH. - É possível a declaração de ofício de nulidade de cláusula de eleição de foro se caracterizada dificuldade para o exercício da defesa do devedor. Agravo não provido.” (STJ, 3ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 547829 (200301615120/DF), rel. Min. Nancy Andrigui, DJ 26.04.2004, p. 170); c) “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E FINANCIAMENTO. SFH. FORO DE ELEIÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EMPRÉSTIMO CONCEDIDO POR ASSOCIAÇÃO A ASSOCIADO. DOMICÍLIO DO DEVEDOR. - Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro de Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa. - Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário. - Ao operar como os demais agentes de concessão de empréstimo do SFH, a associação age na posição de fornecedora de serviços aos seus associados, então caracterizados como consumidores.” (STJ, 3ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 478167 (200201306962/DF), rel. Min. Nancy Andrigui, DJ 22.04.2003, p. 231).

de serviços educacionais (art. 585, II, do CPC),¹⁶⁵⁷ cédulas de crédito industrial, rural ou comercial etc (art. 585, VIII, do CPC) etc.

3.12.1.2 Apresentação de cópia do título executivo

Na segunda parte deste trabalho estudamos o título executivo, sob o enfoque de sua natureza jurídica, seu conteúdo e de seus atributos. Entendemos relevante alistar, nesta terceira parte, algumas situações interessantes, em especial aquelas colhidas da jurisprudência, que ilustram a análise do adequado manejo pelo juiz dos poderes decisórios e também saneatórios no que concerne ao ato-documento de onde emana toda a energia para a realização da técnica executiva.

Estabelece o art. 614, I, do CPC, que cumpre ao credor, ao requerer a execução, instruir a petição inicial com o título executivo (extrajudicial). O sistema alista o título executivo como um dos “requisitos necessários para realizar qualquer execução” (arts. 580 e 586 do CPC).

Sendo o título executivo a condição necessária e suficiente à execução forçada, e emergindo dele o interesse de agir da parte credora pela conjugação dos requisitos necessidade da tutela jurisdicional e adequação, é carecedor de ação aquele que deduz pretensão sem estar munido do título executivo.

¹⁶⁵⁷ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - ENCARGOS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - RELAÇÃO DE CONSUMO - CONTRATO DE ADESÃO - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO AFASTADA DE OFÍCIO, PELO MAGISTRADO - POSSIBILIDADE - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 33 DO STJ - INEXISTÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO DO LUGAR DO PAGAMENTO - COMPETÊNCIA DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR - EXEGESE DOS ARTS. 94, DO CPC E 950 DO CÓDIGO CIVIL/1916. O juiz pode, de ofício, declarar a incompetência relativa do foro, em qualquer tempo, quando considerar nula a cláusula de eleição de foro do contrato de adesão de prestação de serviços educacionais que viola o art. 51, IV, c/c o § 1º, III, Código de Defesa do Consumidor, que é norma de ordem pública e deve ser observada independentemente da provocação da parte, o que afasta a aplicação da Súmula nº 33, do STJ. Com a declaração de nulidade da cláusula de eleição de foro, a matéria relativa à competência territorial se submete às regras gerais de competência da legislação civil e processual civil. Nas ações de execução de título extrajudicial (CPC, art. 576) e monitoria a competência se estabelece na seguinte ordem geral, fixando-se na classe seguinte, quando a anterior não é aplicável: a) foro de eleição (CPC, art. 111 e § 1º); b) lugar do pagamento (CPC, art. 100, IV, ‘d’); c) foro do domicílio do devedor (CC/16, art. 950; CC/02, art. 327; CPC, art. 94). Nula a cláusula de eleição e inaplicável a do lugar do pagamento, por não ter sido estipulada, fixa-se a competência para qualquer dessas ações, no foro do domicílio do devedor, mormente quando a obrigação concerne a relação de consumo, como o é a de prestação de serviços educacionais.” (TJSC, 2ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2005.023017-2, rel. Des. Jaime Ramos, DJ 01.03.2006).

A execução sem título é execução inexistente e não nula como equivocadamente supôs o legislador (art. 618, I, do CPC).

O título executivo é documento indispensável à propositura da ação de execução (art. 283 do CPC). Logo, deve acompanhar, em sua via original, a petição inicial da execução forçada.

Entretanto, em algumas hipóteses excepcionalíssimas, a jurisprudência tem mitigado a exigência legal e admitido que o credor instrua a petição inicial com cópia do título. Em regra, essas situações encontram-se justificadas na impossibilidade momentânea de o credor apresentar, em juízo, a via original do título executivo.

É a hipótese de habilitação do crédito em concordata preventiva (atualmente recuperação judicial), pretendendo, posteriormente, o credor deduzir pretensão executiva contra os avalistas, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça.¹⁶⁵⁸ Sendo impossível ao credor, ao mesmo tempo, apresentar o título executivo no juízo da concordata e no juízo da execução, pode apresentar perante este apenas cópia da via original apresentada àquele.

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça dispensou o credor da apresentação de vias originais dos títulos executivos, devido ao elevado valor da dívida neles retratada.¹⁶⁵⁹ Todavia, nesta situação, não era impossível ao

¹⁶⁵⁸ “EXECUÇÃO INSTRUÍDA COM CÓPIA DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CASO EM QUE NÃO HOVE IRREGULARIDADE, PORQUANTO O TÍTULO, NO ORIGINAL, ENCONTRAVA-SE HABILITADO EM AUTOS DE CONCORDATA. 2. AVAL. PODE O CREDOR RECLAMAR DO AVALISTA, EM EXECUÇÃO, O PAGAMENTO DA CORREÇÃO MONETÁRIA. 3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.” (STJ, 3ª T., REsp. 16153/PB (199100220647), rel. Min. Nilson Naves, j. 31.03.1992, DJ 04.05.1992, p. 5.886)

¹⁶⁵⁹ “COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE LIMITE DE CRÉDITO E OUTRAS AVENÇAS. TRIPLICATAS MERCANTIS PROTESTADAS E ACOMPANHADAS DE COMPROVANTE DE ENTREGA DE MERCADORIAS. TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS. PRELIMINAR. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 165, 458, II, 535 DO CPC. MÉRITO. OBJETO DA EXECUÇÃO. TRIPLICATAS GARANTIDORAS DO CONTRATO. AUSÊNCIA DOS TÍTULOS ORIGINAIS. JUNTADA DE CÓPIAS AUTENTICADAS. CÁRTULAS EM PODER DA EXEQÜENTE. ALTO VALOR QUE JUSTIFICA A CAUTELA TOMADA PELA EXEQÜENTE. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES. 1. Não há se falar em violação aos arts. 165, 458, II, 535 do Código de Processo Civil, porquanto as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficiente e adequadamente delineadas, com abordagem integral do tema. 2. O objeto da execução são triplicatas que garantem o contrato firmado entre as partes, e não a própria avença, já que o valor executado não é o previsto nela, mas o daquelas. 3. O fato de a inicial não estar instruída com as vias originais dos títulos executivos extrajudiciais, como exige o artigo 614, I, do CPC, mas somente com as cópias autenticadas, não retira deles a sua exigibilidade, liquidez e certeza. A exigência legal tem como fim assegurar a impossibilidade de nova execução baseada na

credor exhibir os títulos. Ainda que elevado o valor da dívida, os títulos deveriam ser apresentados em seus originais. O suposto receio da parte credora de eventual extravio dos títulos conflitava com outro da parte devedora: a possibilidade de que fossem transferidos por endosso.

Diariamente, aportam ao Poder Judiciário execuções de valores vultosíssimos, especialmente aquelas vinculadas a créditos tributários. O valor do débito, *data maxima venia*, não constitui fundamento bastante para dispensar o credor da apresentação do título executivo, e não encontra qualquer apoio no sistema para ser acolhido como critério de dispensa de sua apresentação. A própria condição de “elevado valor” acaba sendo de grande relatividade, pois para um credor o valor de determinada execução pode ser elevado devido à sua parca condição financeira, mas não para outro (um poderoso banco, *e.g.*).

A adoção desse entendimento permitiria que os credores, segundo critérios unilaterais, passassem a apresentar em juízo, segundo sua conveniência e oportunidade, os títulos executivos, em suas vias originais. Mas essa prerrogativa o sistema não lhes outorga.

3.12.1.3 Apresentação tardia do título executivo

Ausente o título executivo, cumpre ao juiz, com base no art. 616 do CPC determinar ao credor que emende a petição inicial executiva, juntando-o ao feito.

Nada impede que o credor, ainda que tardiamente, apresente o título, caso o juiz não observe, desde logo, sua ausência. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça considerou suprida a irregularidade, quando o credor, por

mesma cambial, ante sua possível circulação, que, entretantes, não ocorre no caso, tendo em vista que a recorrente, na peça vestibular, afirma que as cédulas poderão ser exibidas a qualquer tempo, por determinação do magistrado. 4. O alto valor das cambiais justifica a cautela tomada pela recorrente, estando, portanto, ausente má-fé em sua conduta. 5. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença.” (STJ, 4ª. T., REsp 595768/PB (200301649832), rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.08.2005, DJ 10.11.2005, p. 375)

ocasião da impugnação aos embargos, apresentou o título executivo em sua via original.¹⁶⁶⁰

O que não pode é o juiz indeferir a petição inicial, sem antes conceder oportunidade para que o credor a emende apresentando esse documento indispensável à propositura da ação de execução.

Em ação executiva, na qual o juiz deixou de aplicar o contido no art. 616 do CPC e indeferiu, liminarmente, a petição inicial por ausência de título, o Superior Tribunal de Justiça considerou adequado o manejo de mandado de segurança para cassar a sentença e conceder a oportunidade de emenda. Entendeu-se que a decisão era teratológica, o que tornava adequada a utilização da ação constitucional.¹⁶⁶¹

¹⁶⁶⁰ “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO. OMISSÃO E FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA. PROCESSO DE EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CÓPIA. NULIDADE. JUNTADA DA VIA ORIGINAL EM DATA POSTERIOR AOS EMBARGOS DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. NOTA PROMISSÓRIA. ASSINATURA EM BRANCO. MÁ-FÉ NO PREENCHIMENTO. TÍTULO. TRADIÇÃO. MANDATÁRIO. AUSÊNCIA DE PODERES. – A omissão apta a ser suprida pelos embargos declaratórios é aquela advinda do próprio julgamento, e prejudicial à compreensão da causa, e não aquela que entenda o embargante, ainda mais como meio transverso a se preencher os requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. – A juntada da via original do título executivo extrajudicial é requisito essencial à formação válida do processo de execução e visa assegurar a autenticidade da cártula apresentada, bem como afastar a hipótese de ter o título circulado. – Afasta-se a nulidade dos atos processuais praticados em processo de execução fundado em cópia do título executivo extrajudicial, entretanto, se for juntada a via original, ainda que em data posterior à oferta dos embargos do devedor, e se, na hipótese, não houver impugnação à autenticidade da cópia apresentada. – É inadmissível o recurso especial que dependa, para sua análise, de reexame do conjunto fático-probatório.” (STJ, 3ª T., Embargos de Declaração no Recurso Especial 337822/RJ (200101058962), rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.03.2002, DJ 08.04.2002, p. 213).

¹⁶⁶¹ “PROCESSO CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ATO JUDICIAL TERATOLÓGICO - CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO - EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR SOLVENTE - JUNTADA DE XEROCÓPIA DE TÍTULO EXECUTIVO AUTENTICADA - INDEFERIMENTO DA INICIAL - FALTA DE OPORTUNIDADE PARA SANAR IRREGULARIDADE - PREVISÃO LEGAL - ART. 616, DO CPC – LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO - ORDEM CONCEDIDA. 1 - A despeito do que estabelece a Súmula 267/STF, a jurisprudência e a doutrina sempre aceitaram o uso do mandado de segurança contra decisão judicial, desde que esta fosse impugnada por recurso próprio, tempestivo e desprovido de efeito suspensivo e, ainda, fosse teratológica e afrontosa ao direito, suscetível de causar dano irreparável ou de difícil reparação. No caso *sub judice*, tendo a recorrente oposto correição parcial e, concomitantemente, o presente *writ* contra sentença que, *in limine*, extingui Ação de Execução contra Devedor Solvente, ao fundamento desta não estar instruída com o título executivo original e sim, com cópia xerox, torna-se perfeitamente aceitável a via eleita, porquanto a instrumentalidade do processo não pode se sobrepor ao direito (cf. RESP nº 163.187/RO e 185.075/CE e RMS 4.474/RJ). 2 - Cuidando-se, na espécie, de deficiência perfeitamente sanável, já que a recorrente juntou título executivo que não o original, porém, autenticado, ou seja, revestido de fé pública, aplicável o dispositivo processual do art. 616, do CPC, devendo-se facultar a empresa exequente, no prazo legal, a possibilidade de efetuar tal substituição. Tal entendimento vem sedimentar os princípios da instrumentalidade do processo, da celeridade, da economia e da efetividade na prestação jurisdicional. 3 - Precedentes (Ag. Reg. RESP nº 402.046/RS, Ag. Reg. no AG nº 298.203/GO e RESP nºs 440.719/SC, 329.846/MG e 264.807/MG). 4 - Recurso

Embora não tenha, *data venia*, agido com acerto o juízo de primeiro grau de jurisdição, não nos parece cabível a impetração de mandado de segurança como substitutivo do recurso de apelação. Ele só se mostra cabível, como o próprio acórdão pontuou, na ausência de efeito suspensivo ao recurso interposto. O pronunciamento, na espécie, é sentença porque possui por conteúdo a situação prevista no art. 267, VI, do CPC. Contra ele cabe apelação (art. 513 do CPC), que possui efeito suspensivo (art. 520 do CPC). Poderia, ainda, o recorrente pleitear ao próprio juízo a reforma da sentença, utilizando-se da faculdade prevista no art. 296 do CPC.

Existindo recurso adequado e provido de efeito suspensivo, a utilização do mandado de segurança torna-se inadequada, porque *não visa a suprir deficiência contida no sistema*. A correção de *error in procedendo*, na espécie, deveria ser feita por apelação. O art. 5º, II, da Lei 1.533/1951 é categórico: “Não se dará mandado de segurança quando se tratar: (...) II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”.

3.12.1.4 Título executivo extrajudicial estrangeiro

Reconhecendo, expressamente, o exercício de poderes saneatórios pelo juiz na execução civil, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, em execução aparelhada por letras de câmbio redigidas em inglês, com estipulação de pagamento em dólares americanos, no Brasil, e mesmo tendo a executada oposto exceção de pré-executividade, alegando a imprescindibilidade da juntada de tradução juramentada dos títulos, a teor do art. 157, do CPC, caberia ao magistrado cumprir o

provido para, reformando o v. acórdão de origem, conceder a ordem, afastando a extinção da Ação Executiva e determinando que o magistrado *a quo* aplique, ao caso concreto, o disposto no art. 616, do CPC.” STJ, 4ª T., Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 11962/SP (200000457400), rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 26.10.2004, DJ 06.12.2004, p. 311.

disposto no art. 616 do CPC, determinado a supressão da nulidade e, não, julgar extinta a execução por carência de ação executiva.¹⁶⁶²

Correto o posicionamento adotado, porque perfeitamente possível, ainda que tardiamente, a correção da situação de nulidade. Os votos vencedores ressaltam a necessidade de se adotar entendimento que privilegia ao máximo a instrumentalidade das formas, como garantia do acesso à justiça, em detrimento de excessivo formalismo.

Ainda que redigido o título em língua estrangeira é possível sua execução, no Brasil. Exige-se a tradução do título (art. 157 do CPC) e a conversão da moeda estrangeira, em moeda nacional, ficando desta forma suprido o óbice contido no Decreto-Lei 857/1969, art. 1º.¹⁶⁶³

¹⁶⁶² “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CÁRTULA EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. FALTA DE TRADUÇÃO JURAMENTADA. SANEAMENTO. ABERTURA DE PRAZO. C.P.C., ART. 616. I - Em vista da instrumentalidade das formas, cumpre ao juiz abrir prazo para sanar a falta de tradução juramentada que deveria acompanhar o título apresentado à execução. Ofensa ao art. 616 do C.P.C. caracterizada. II - Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª T., REsp 291099/PR (200001281062), rel. para acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 27.11.2001, DJ 25.02.2002, p. 377).

¹⁶⁶³ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - SEDE IMPRÓPRIA - OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - NOTA PROMISSÓRIA EM MOEDA ESTRANGEIRA - ADMISSÃO - DATA DA CONVERSÃO DO VALOR DO TÍTULO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART. 20, § 4º DO CPC - APRECIÇÃO EQÜITATIVA DO JUIZ - DESPROVIMENTO. 1 - Em sede especial, não é possível apreciar violação a artigos da Constituição, porquanto o prequestionamento de matéria essencialmente constitucional, por esta Corte, importa em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2 - Inexiste contrariedade ao art. 535, do Código de Processo Civil, quando não configurada omissão, contradição ou obscuridade no v. acórdão recorrido. Ademais, esta Corte já firmou entendimento de que o juiz não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha fundamento suficiente para embasar a decisão. Ressalte-se, ainda, que o v. aresto impugnado efetivamente analisou a controvérsia à luz da Lei n.º 10.192/2001, dispondo acerca da matéria que ‘pelo princípio da irretroatividade das leis, temos que não se aplica ao caso dos autos’. 3 - No concernente à nulidade do título expresso em moeda estrangeira (art. 1º, do Decreto Lei 857/69; 1º da MP 1675-55/98, convertida no art. 1º da Lei 10.192/01 e art. 618, II, do CPC), as alegações dos recorrentes também não encontram respaldo na jurisprudência desta Corte Superior de Uniformização, porquanto, neste aspecto, o v. acórdão decidiu em consonância com a orientação deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é legítimo o valor do título expresso em moeda estrangeira, desde que o pagamento efetive-se mediante a conversão em moeda nacional. E, conforme salientou o v. acórdão, em suas conclusões, os valores foram devidamente convertidos. Precedentes. 4 - Quanto à data da conversão do valor do título, verifica-se que o v. aresto combatido entendeu como correta a data da propositura da ação e não a do seu vencimento, ao considerar que o risco de eventual variação decorreu, tão-somente, da mora do devedor. Neste ponto, também, o v. acórdão encontrou o respaldo desta Corte. Precedentes. 5 - No que tange à pretensão do recorrente em ver modificado o percentual da verba honorária, sob a alegação de ofensa ao art. 20, § 4º, do CPC, primeiramente, não verifico configurada a suposta violação, porquanto, das conclusões do v. acórdão recorrido, observa-se que o Tribunal de origem, no tocante à verba honorária, deu ao caso solução convergente com o entendimento adotado por esta Corte. Ademais, não é possível esta Corte rever o julgado, neste aspecto, porquanto a reapreciação dos critérios utilizados pelo magistrado para fixar os honorários advocatícios, por importar em análise de matéria fático-

Por outro lado, deve-se observar quanto ao título estrangeiro o disposto no art. 585, § 2º, 2ª parte, do CPC: “O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação”.

Estabelece o art. 88 do CPC que é competente a autoridade judiciária brasileira quando: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade estiver domiciliado no Brasil; II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Segundo o parágrafo único do mesmo dispositivo, para o fim do disposto no inciso I reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Há que se diferenciar as regras de competência delineadas no art. 88 do CPC dos requisitos para que se reconheça eficácia executiva a documento estrangeiro. Neste último caso, o Código apenas determina que o documento atenda os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indique o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação. Não atendidos esses requisitos o documento não será considerado título executivo, mas observadas as hipóteses alistadas no art. 88 do CPC será possível demandar a cobrança dos valores nele retratados, via ação ordinária ou sumária, no Brasil.

Esta é a precisa lição de Flávio Cheim Jorge:¹⁶⁶⁴

probatória, é inviável nesta esfera recursal, a teor da Súmula 07 desta Corte. Precedentes. 6 - Agravo Regimental desprovido.” (STJ, 4ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 612405/MG (200400785339), rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 16.06.2005, DJ 22.08.2005, p. 287); b) “CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EM MOEDA ESTRANGEIRA. RESOLUÇÃO Nº 63 DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. NOTA PROMISSÓRIA. ABUSIVIDADE. TR. PRECEDENTES DA CORTE. 1. A jurisprudência da Corte ‘já assentou a melhor interpretação do art. 1º do Decreto-lei nº 857/69, admitindo a contratação em moeda estrangeira, desde que o pagamento seja realizado pela conversão em moeda nacional’ (REsp nº 194.629/SP, da minha relatoria, DJ de 22/5/00; no mesmo sentido: REsp nº 90.875/RJ, da minha relatoria, DJ de 01/12/97; REsp nº 86.124/SP, Relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 21/10/96; REsp nº 57.581/SC, Relator o Senhor Ministro Barros Monteiro, DJ de 18/10/99). *Exempli pare*, esta Turma decidiu que quando o título requer, apenas, a elaboração de cálculos aritméticos, não há falar em falta de liquidez, aí incluída a conversão de moeda estrangeira (REsp nº 270.674/RS, da minha relatoria, DJ de 20/8/01). 2. Desde que pactuada é possível a adoção da TR como índice de correção monetária. 3. Meras alegações genéricas sobre a abusividade do contrato e o excesso de execução não servem para derrubar a afirmação do Acórdão recorrido sobre a legalidade das cláusulas contratadas e a ausência de prova do excesso de execução. 4. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 3ª T., REsp 402071/CE (200101983721), rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.11.2002, DJ 24.02.2003, p. 224).

¹⁶⁶⁴ JORGE, Flávio Cheim. Execução de título extrajudicial estrangeiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, p. 134, out.-dez. 1996.

“O art. 585, § 2º do CPC não é norma reguladora de competência, ou seja, não possui qualquer interferência quanto à competência da justiça brasileira, para a apreciação da execução de título executivo extrajudicial estrangeiro. Na realidade (...) este dispositivo cinge-se, apenas, a conferir ou não eficácia executiva ao título e não regular a competência para sua exigibilidade”.

3.12.1.5 Contratos baseados em obrigações bilaterais

Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propuser a satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta. O devedor poderá, entretanto, exonerar-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa; caso em que o juiz suspenderá a execução, não permitindo que o credor a receba, sem cumprir a contraprestação que lhe tocar (art. 582 do CPC).

Cumprido ao credor, ao promover a execução forçada provar que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde, ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do credor (art. 615, IV, do CPC).

A falta de demonstração, por parte do credor, do cumprimento de sua prestação retira a certeza da obrigação retratada no título, esvaziando a eficácia executiva do documento que instrui a execução forçada.

Nos dispositivos acima, refere-se o Código à situação dos contratos bilaterais e sinalagmáticos, que, assumindo a feição exigida em lei, constituem título executivo. Comprovado o cumprimento da prestação pelo credor sem correspondente adimplemento pelo devedor, evidencia-se a necessidade da execução.

A ausência de cumprimento, total ou parcial da obrigação do credor, é matéria própria dos embargos à execução (art. 745, V, do CPC). Correto, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao acolher a exigibilidade do contrato de locação, quando o credor comprove o cumprimento de sua prestação.¹⁶⁶⁵

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça rejeitou a condição de título executivo a documento que continha a obrigação do credor de realizar obra (construção de poço tubular) e do devedor de pagar quantia. A petição inicial executiva veio instruída apenas com o contrato de prestação de serviços e de uma carta endereçada ao devedor. Corretamente, entendeu essa Corte que esses documentos não eram provas suficientes de que a parte credora cumprira sua prestação, para exigir o cumprimento da prestação da parte contrária. O v. acórdão da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar é paradigmático na demonstração da exequibilidade dos contratos sinalagmáticos, *desde que comprovado o cumprimento da prestação pelo credor*.¹⁶⁶⁶

O Superior Tribunal de Justiça também rejeitou a condição de título executivo a contrato de prestação de serviço (destoca) em propriedade rural e que

¹⁶⁶⁵ “EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE BEM MÓVEL. O contrato bilateral pode servir de título executivo quando o credor desde logo comprova o integral cumprimento da sua prestação. Arts. 585, II, e 615, do CPC. Recurso conhecido e provido.” (STJ, 4ª T., REsp 170.446/SP (199800248617), rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06.08.1998, DJ 14.09.1998, p. 82).

¹⁶⁶⁶ “EXECUÇÃO. Título executivo. Contrato bilateral. Obrigação de dar. 1. O contrato bilateral pode servir de título executivo de obrigação de pagar quantia certa, desde que definida a liquidez e a certeza da prestação do devedor, comprovando o credor o cumprimento integral de sua obrigação. 2. Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido, por desatendimento da exigência da prova da prestação”. (STJ, 4ª T., REsp 81.399/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 05.03.1996, DJ 13.05.1996). Consta do voto do Min. Relator: “No contrato bilateral, os contraentes se obrigam reciprocamente uns diante dos outros, pois a prestação de um corresponde à contraprestação do outro, havendo um nexu ou sinalagma que liga as obrigações das duas partes, mantendo-as numa relação de correspectividade e de interdependência. Nessa relação bilateral e interdependente, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro (art. 1092 CC). A presença do sinalagma, porém, não significa que a obrigação do contraente não possa se apresentar com as características de liquidez, certeza e exigibilidade, a ensejar o pedido executivo. O que a lei exige do exequente, nesses casos, é que faça a prova de que adimpliu. (...). A não se dar essa interpretação ao inciso II do art. 585, limitando-o aos casos de confissão de dívida ou outra declaração de natureza unilateral, ficaria sem sentido as disposições dos arts. 615, IV, e 582 do CPC, onde é feita referência expressa à execução de contrato bilateral, e ao artigo 614, II, que permite a execução de dívida oriunda de relação jurídica sujeita a condição ou termo. E estaríamos em desacordo com o espírito da nova lei, que deu ao inciso II do art. 585 uma redação mais extensiva, com o nítido propósito de ampliar os casos de execução, facilitando ao credor os meios para obter do juiz a mais pronta satisfação do seu interesse. (...)”.

não veio acompanhado de prova por parte do credor de que cumprira integralmente sua prestação.¹⁶⁶⁷

Dependendo a apuração do valor da execução, que sejam verificados fatos posteriores à emissão do contrato, como o tempo da internação, o material utilizado ou a natureza e a complexidade dos serviços médicos e de enfermagem, carece o documento do requisito da certeza, tornando adequada a via monitória, mas inadequada a via executiva.

Com esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça julgou extinta execução em que entidade hospitalar pretendia receber, com base em documento escrito assinado por duas testemunhas, quantia proveniente de contrato de prestação de serviços médicos.¹⁶⁶⁸

Ernane Fidélis dos Santos comenta acerca dos contratos bilaterais:¹⁶⁶⁹ “Contrata-se prestação de serviço por certo preço. Não pode o preço ser cobrado executivamente, pois a realização efetiva do serviço não está no título; falta-lhe certeza”.

Ao que tudo indica, um critério razoável utilizado para saber quando é possível reconhecer nessa espécie de contrato a condição de título executivo é a facilidade ou complexidade da demonstração pelo credor do cumprimento de sua

¹⁶⁶⁷ “EXECUÇÃO - C.P.C. ARTIGO 585, II. Não constitui título executivo o documento em que se consigna obrigação, cuja existência está condicionada a fatos dependentes de prova. É o que ocorre quando consista em contrato em que o surgimento da obrigação de uma das partes vincula-se a determinada prestação da outra. Necessidade, para instaurar-se o processo de execução, que o exequente apresente título do qual, por si só, deflúa a obrigação de pagar. Impossibilidade de a matéria ser remetida para apuração em eventuais embargos, que estes se destinam a desconstituir o título anteriormente apresentado e não a propiciar sua formação.” (STJ, 3ª T., REsp 26.171/PR (199200205968), rel. para acórdão Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.12.1992, DJ 08.03.1993, p. 3.115).

¹⁶⁶⁸ “DIREITO E PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. TÍTULO EXECUTIVO. NECESSIDADE DE PROVA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, PELO CREDOR. PRECEDENTES DO TRIBUNAL. MONITÓRIA. VIA HÁBIL À PRETENSÃO. EMENDA DA INICIAL ENSEJADA. RECURSO DESACOLHIDO. I - Por expressa dicção legal, considera-se título executivo extrajudicial o contrato particular, subscrito por duas testemunhas. Todavia, para tornar-se hábil a instruir o processo de execução, é necessário que ele represente obrigação líquida, certa e exigível, nos termos do art. 586 do Código de Processo Civil. II - Nos casos de contrato bilateral, incumbe ao credor provar o cumprimento de sua obrigação (art. 615, IV, CPC), a fim de tornar o instrumento hábil a instruir o processo de execução como título executivo extrajudicial. III - Dependendo a apuração do valor da execução que sejam verificados fatos posteriores à emissão do contrato, como o tempo da internação, o material utilizado ou a natureza e a complexidade dos serviços médicos e de enfermagem, carece o documento do requisito da certeza, tornando adequada a via da monitória.” (STJ, 4ª T., 252013/RS (200000262919), rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 29.06.2000, DJ 04.09.2000, p. 163).

¹⁶⁶⁹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 26.

prestação. Sendo necessária a dilação probatória para comprovar o cumprimento da prestação a seu cargo, a hipótese é de ação de cobrança, ou de ação monitória, e não de ação executiva. Sendo demonstrada de plano (juntada de documentos, documentos assinados pelo devedor, fotografias etc), emerge a certeza da obrigação retratada no título, abrindo-se ao credor as portas da execução forçada.

Ernane Fidélis dos Santos¹⁶⁷⁰ cita, como exemplo de prova possível de ser carreada pelo credor para cumprimento da exigência legal, a apresentação de autos de justificação judicial prévia, que pode ter por objeto até perícia preparatória.

3.12.1.6 Execução hipotecária vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação: os avisos de cobrança como prova da exigibilidade

Segundo entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: “Na execução hipotecária de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, nos termos da Lei n. 5.471/71, a petição inicial deve ser instruída com, pelo menos, 2 (dois) avisos de cobrança” (Súmula 199).

Sem dúvida alguma, a necessidade de notificação do devedor, por duas vezes, tem o objetivo de tornar exigível a obrigação vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação. Sem ela, inexistente necessidade da tutela jurisdicional do Estado, sendo o credor carecedor de ação executiva.¹⁶⁷¹

3.12.1.7 Documentos que não caracterizam título executivo

Em algumas hipóteses, não é a ausência de documento que conduz à carência de ação executiva, mas a existência de documento desprovido de eficácia executiva. Como já examinados precedentemente, é o sistema jurídico que

¹⁶⁷⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 83: “A prova do adimplemento se faz documentalmente e através de justificação prévia que pode ter por objeto até perícia preparatória. Seria o caso, por exemplo, da cobrança do preço pela construção de uma casa. Justificaria o contratante com recibo de entrega da obra, com audiência de testemunhas ou com prova pericial, em justificação preparatória, o que, porém, não impediria a discussão da matéria em embargos do devedor, já que o caso poderá configurar excesso de execução”.

¹⁶⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 267, p. 411.

estabelece, em hipóteses taxativas, quando determinado ato ou fato jurídico possui eficácia executiva.

3.12.1.7.a Contrato de adesão de consórcio

Já assentou o Superior Tribunal de Justiça que o contrato de adesão a grupo de consórcio não é título executivo por ausência de certeza,¹⁶⁷² em face da indefinição do valor originário do débito, dependente que é do preço de mercado do bem.

De fato, vinculado o valor do contrato (valor do bem) às variantes do mercado, do documento não se extrai, com perfeita nitidez e em toda sua extensão, o objeto da obrigação. Ao mesmo tempo em que nebuloso o atributo certeza da obrigação retratada no título, a liquidez igualmente resta malferida, pelo que o reconhecimento da carência de ação, nessas hipóteses, é de rigor.

¹⁶⁷² Nesse sentido a): “CONSÓRCIO. TÍTULO EXECUTIVO. INEXISTÊNCIA. O contrato de consórcio de bem cujo preço varia periodicamente, não é título executivo. Precedentes. Recurso conhecido e provido.” (STJ, 4ª T., REsp 170422 (199800247882/SP), rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06.08.1998, *DJ* 28.09.1998, p. 73); b) “EXECUÇÃO. CONTRATO DE ADESÃO PARA A AQUISIÇÃO DE BENS MÓVEIS SOB O SISTEMA DE CONSÓRCIO. TÍTULO EXECUTIVO. LIQUIDEZ E CERTEZA. Não constitui título hábil a embasar a execução o contrato de consórcio para a aquisição de bens móveis, visto não conter ele a obrigação de pagar quantia determinada. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 4ª T., REsp 143793/SP (199700565378), rel. Min. Barros Monteiro, j. 27.04.1999, *DJ* 23.08.1998, p. 128); c) PROCESSUAL CIVIL. CONSÓRCIO DE VEÍCULOS. CONTRATO DE ADESÃO. IMPRESTABILIDADE COMO TÍTULO EXECUTIVO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LEILÃO JUDICIAL DO VEÍCULO. SALDO DEVEDOR. EXECUÇÃO. EMBARGOS. PERÍCIA TÉCNICA CONFIRMATÓRIA DO SALDO COBRADO DOS AVALISTAS. INCERTEZA E LIQUIDEZ DA DÍVIDA, POR ORIGINÁRIA DE TÍTULO INEPTO. I. O entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o contrato de adesão de consórcio de veículos, em face da indefinição do valor originário do débito, dependente que é do preço de mercado do bem, não se configura como título executivo. II. Destarte, se o veículo é alienado em leilão judicial, a cobrança pela via executiva do saldo devedor aos avalistas está comprometida pelo vício decorrente da inexistência, ‘ab initio’, de título líquido, certo e exigível, sendo inócua a confirmação do ‘quantum’ remanescente via prova pericial, eis que esta partiu, a seu turno, de elementos fornecidos pela própria administradora do consórcio, não submetidos a prévio processo de cognição ordinária. III. Recurso especial conhecido e provido, para extinguir a execução.” (STJ, 4ª T., REsp 282709/GO (200001053132), rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 25.09.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 377).

3.12.1.7.b Contrato de abertura de crédito em conta corrente e sua diferença com o contrato de crédito fixo

É entendimento pacificado que a necessidade de meras operações aritméticas não retira do título executivo sua liquidez. Basta, assim, que o título contenha todos os elementos para realização do cálculo.

Nos termos da Súmula 233 do STJ: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo”.

Essa súmula pôs fim à grande discussão existente na jurisprudência no sentido de caracterizar ou não título executivo o contrato de abertura de crédito assinado por duas testemunhas e acompanhado de extrato de conta-corrente (art. 585, II, do CPC). Prevaleceu entendimento no sentido de que não constitui título executivo. Isso porque ressentia-se o contrato assinado pelo devedor da necessária liquidez e certeza. Indicando apenas o valor do crédito utilizável pelo devedor, era impossível extrair, por simples operações aritméticas realizáveis a partir do contrato, o valor devido pelo executado. Os extratos dos lançamentos contábeis não supriam a exigência legal, porque não é dado ao credor criar título executivo não previsto em lei.

Contrato de abertura de crédito em conta corrente *diferencia-se do contrato de crédito fixo*. Neste, credita-se em conta do devedor determinada quantia, sujeita a encargos até seu pagamento (correção monetária, juros, taxas bancárias). Naquela, coloca-se à disposição do cliente um limite para utilização e sempre que utilizado incidem encargos. Naquela a liquidez e a certeza são patentes. Nesta inexistem.¹⁶⁷³

¹⁶⁷³ “AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. EXECUTIVIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I - O contrato de abertura de crédito fixo, que possui valor certo e determinado, liberado de uma só vez e reconhecido pelo devedor, é título executivo extrajudicial, não se confundindo com o contrato de abertura de crédito em conta-corrente, cujo valor depende da efetiva utilização do crédito posto à disposição do correntista, a ser apurado por lançamentos unilaterais do credor. II- Não logrando a parte agravante trazer argumentos hábeis a ensejar a modificação da decisão impugnada, fica ela mantida por seus fundamentos.” (STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial 331558/SC (200100815333), rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.12.2001, DJ 18.02.2002, p. 459).

Também já é entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça que: “A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou” (Súmula 258).

Entretanto, o mesmo tribunal editou a Súmula 300 do STJ: “O instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial”. Esta Súmula deve ser aplicada em conjunto com a Súmula 286 do mesmo tribunal: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

Atualmente, a Lei 10.931/2004 criou como novo título executivo a *cédula de crédito bancário*, atribuindo expressa eficácia ao contrato de abertura de crédito em conta-corrente.¹⁶⁷⁴ A legislação contornou os óbices existentes até então

¹⁶⁷⁴ Confiram-se os principais dispositivos dessa legislação: “Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade. § 1º A instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros. § 2º A Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior poderá ser emitida em moeda estrangeira. Art. 27. A Cédula de Crédito Bancário poderá ser emitida, com ou sem garantia, real ou fidejussória, cedularmente constituída. Parágrafo único. A garantia constituída será especificada na Cédula de Crédito Bancário, observadas as disposições deste Capítulo e, no que não forem com elas conflitantes, as da legislação comum ou especial aplicável. Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º. § 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados: I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação; II - os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei; III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida; IV - os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido; V - quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia; VI - as obrigações a serem cumpridas pelo credor; VII - a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º; e VIII - outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei. § 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que: I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida

e que diziam respeito a essa espécie de contrato, passando a lhe outorgar expressamente a condição de título executivo.

3.12.1.7.c Certidão de Tribunal Regional Eleitoral reconhecendo valores devidos a seus servidores

A Justiça Federal do Paraná apreciou interessante questão envolvendo carência de ação executiva por ausência de título executivo.¹⁶⁷⁵

O Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, no ano de 2005, por meio de Resoluções de seu Presidente, reconheceu direitos de seus servidores referentes à incidência de juros moratórios sobre diferenças salariais relativas à correção da URV e à incorporação de quintos/décimos, além de valores que deixaram de ser recebidos pelos funcionários que ocuparam cargos comissionados, em determinado período. O Presidente do tribunal determinou que a secretaria expedisse certidão

oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto. § 3º O credor que, em ação judicial, cobrar o valor do crédito exequendo em desacordo com o expresso na Cédula de Crédito Bancário, fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do cobrado a maior, que poderá ser compensado na própria ação, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. Art. 29. A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais: I - a denominação 'Cédula de Crédito Bancário'; II - a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado; III - a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação; IV - o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem; V - a data e o lugar de sua emissão; e VI - a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários. § 1º A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula. § 2º A Cédula de Crédito Bancário será emitida por escrito, em tantas vias quantas forem as partes que nela intervierem, assinadas pelo emitente e pelo terceiro garantidor, se houver, ou por seus respectivos mandatários, devendo cada parte receber uma via. § 3º Somente a via do credor será negociável, devendo constar nas demais vias a expressão 'não negociável'. § 4º A Cédula de Crédito Bancário pode ser aditada, retificada e ratificada mediante documento escrito, datado, com os requisitos previstos no *caput*, passando esse documento a integrar a Cédula para todos os fins."

¹⁶⁷⁵ Autos n. 2007.70.00.029435-1/PR, da Vara Federal Ambiental de Curitiba. O inteiro teor da decisão encontra-se disponível através de simples pesquisa no site da Justiça Federal do Paraná: www.jfpr.gov.br. A sentença é da lavra do juiz federal Nicolau Konkel Júnior.

contendo todos os valores devidos a cada servidor, justificando a falta de pagamento pela ausência de dotação orçamentária.

Com base nessa certidão e invocando o disposto no art. 585, II, do CPC, determinado servidor do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná promoveu execução de título extrajudicial contra a União. Partiu o credor do pressuposto de que a certidão expedida, por ser documento público e amparada em atos igualmente públicos do Presidente, preencheria os requisitos constantes do art. 585, II, do CPC. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça sumulara o entendimento de que: “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública” (Súmula 279).

Juiz federal de primeiro grau, corretamente, indeferiu a petição inicial não reconhecendo ao documento apresentado pelo credor a condição de título executivo extrajudicial. Argumentou o magistrado que o art. 585, II, do CPC, ao aludir a documento público assinado pelo devedor estava a se referir a devedor particular, não a entes públicos. Não obstante o entendimento sumulado acerca da admissibilidade de execuções extrajudiciais contra o poder público, fundadas em títulos extrajudiciais, esses títulos vinculam-se ao empenho de despesa (art. 58 da Lei 4.320/1964).

No caso analisado, a situação destoava totalmente da emissão de títulos de crédito apoiados em notas de empenho, razão pela qual o credor foi declarado carecedor de execução.

3.12.1.8 Cumulação de execuções

Nos termos do art. 573 do CPC: “É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja *competente o juiz e idêntica a forma do processo*” (destaques nossos).

Trata-se de situação de cumulação de pretensões executivas, cuja matéria diz respeito àquelas próprias do controle, de ofício, da admissibilidade da execução, particularmente à regularidade da petição inicial (pressuposto processual

de validade da relação jurídica processual), nos termos do art. 267, I, IV, § 3º, art. 295, V, do CPC.

É a lição de Araken de Assis¹⁶⁷⁶ acerca do cúmulo objetivo de pretensões nas demandas cognitivas, mas que se aplica à cumulação de execuções, com as adaptações necessárias. Ao analisar essas hipóteses, o juiz utiliza-se de poderes saneatórios e decisórios que o sistema lhe investe.

Nas ações cognitivas, admite-se a cumulação de pedidos contra o mesmo réu, estabelecendo o art. 292 como requisitos: I – que os pedidos sejam compatíveis entre si; II – que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. Essas disposições são praticamente reproduzidas no art. 573 do CPC.

Assim, não é possível, com base nas lições de Sérgio Shimura,¹⁶⁷⁷ cumular-se ação de título extrajudicial para entrega de coisa com a de fazer ou a de pagar quantia certa, diante das arestas existentes nos respectivos procedimentos.

Analisaremos, a seguir, situações controvertidas acerca da admissibilidade ou não da cumulação de execuções.

3.12.1.8.a Vários títulos em que figuram todos os executados como co-devedores, relativos a uma mesma dívida

O Superior Tribunal de Justiça editou a respeito a Súmula 27: “Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio”.

¹⁶⁷⁶ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 249-250: “O cúmulo de ações materiais não respeita, simplesmente, ao mérito do processo, ou seja, à multiplicidade de seus objetos litigiosos. Ele se relaciona, fundamentalmente, à forma da inserção de vários objetos no mesmo processo. Neste sentido, o problema da cumulação indevida assume a natureza de um pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV), e, portanto, sujeito ao controle de ofício, consoante a permissão expressa no art. 267, § 3º, primeira parte. Além deste fundamento à fiscalização oficiosa, cumpre recordar que a regra citada, aplicável à generalidade dos pressupostos processuais, não inibe o juiz de agir de ofício tanto que autorizado por outros dispositivos. Por exemplo, o art. 125, I, permite ao juiz assegurar a igualdade processual das partes (...). A aptidão da inicial, a incompetência absoluta, a conexão, e outras matérias arroladas como preliminares no art. 301, I a XI, comportam controle de ofício, segundo o art. 301, § 4º. E, entre esses defeitos, se incluem a incompatibilidade de pedidos (art. 295, parágrafo único, IV) e a inadequação do rito (art. 295, IV), dois dos requisitos da cumulação.”

¹⁶⁷⁷ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 205.

Na realidade, o art. 573 do CPC não exige que os títulos refiram-se ao mesmo negócio. Pode, assim, a execução estar fundada em vários títulos (nota promissória, cheque, duplicatas etc.).

Assim, é admissível a propositura de execução contra devedor principal e avalistas, fundada em contrato e nota promissória, figurando os avalistas no contrato principal como devedores solidários. Nessa hipótese, os devedores figuram em todos os títulos que instruem a petição inicial executiva.¹⁶⁷⁸

3.12.1.8.b Vários títulos em que os executados não figuram como co-devedores, mas sejam relativos a uma mesma dívida

Estando a petição inicial instruída com contrato garantido por nota promissória, é possível endereçar a pretensão executiva contra devedora principal (que firmou o contrato e emitiu a nota promissória) e avalistas (que apenas firmaram a nota promissória)?

Em sentido positivo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça. Ressaltou, na ocasião, que era até dispensável, na espécie, o contrato porque todos os devedores figuravam como co-devedores na nota promissória.¹⁶⁷⁹ Conclui-se que apesar de os títulos possuírem valores diferentes, a execução visava ao recebimento de *uma mesma quantia contra todos os devedores*.

A execução de uma mesma dívida, com base em contrato e nota promissória, ainda que de valores diferentes, e ainda que avalistas não figurem como co-devedores no primeiro título, tem sido admitida pelo Superior Tribunal de Justiça que acrescenta como fundamento a impossibilidade de o credor ajuizar duas

¹⁶⁷⁸ “CIVIL/PROCESSUAL. CUMULAÇÃO DE EXECUÇÕES. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. 1. Admite-se, com base no art. 573 do CPC, a cumulação de execuções contra o mesmo devedor, ainda que fundadas em títulos diferentes. 2. Se o contrato é garantido por título cambial, assim vinculado ao negócio, a execução pode ser feita em um só processo, com base nos dois títulos, coobrigados os que assim figuram no primeiro e como avalista, no segundo.” (STJ, 3ª T., REsp 4367/MG (199000075122), rel. Min. Dias Trindade, j. 05.03.1991, DJ 25.03.1991, p. 3.220).

¹⁶⁷⁹ “CUMULAÇÃO DE EXECUÇÕES. EXEGESE DO ARTIGO 573 DO CPC. O artigo 573 do CPC não impede a execução promovida simultaneamente contra o devedor principal, com base no contrato, e contra os avalistas, com arrimo na nota promissória emitida em decorrência da mesma dívida contratual. Validade do processo de execução. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 4ª T., REsp 3680/MG (199000057515), rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 30.10.1990, DJ 03.12.1990, p. 14.323).

execuções (uma contra devedor principal fundada no contrato e outra contra os avalistas fundada na nota promissória) para receber uma mesma dívida, diante da maior onerosidade que causaria a todos os devedores, que seriam obrigados a garantir duas execuções para o recebimento de um mesmo crédito.¹⁶⁸⁰

Concordamos com esses posicionamentos. Em regra, todos os devedores devem figurar nos títulos, para que seja possível a cumulação de execuções.

Observa Alcides de Mendonça Lima¹⁶⁸¹ que: “não é possível juntar vários devedores, cada um como titular passivo de obrigação diferente fundada também em títulos diferentes de qualquer natureza. A, que é credor de B, C e D, por títulos diferentes (quanto à origem, natureza e valor), não poderá ‘cumular várias execuções’, porque não se trata do ‘mesmo devedor’”.

O art. 573 do CPC, em regra, deve ser lido juntamente com o art. 292 do CPC, aplicável ao caso por força do art. 598 do CPC. Segundo o art. 292 do CPC é possível se cumular pedidos *contra o mesmo réu*.

Todavia, ainda que os devedores não sejam os mesmos nos títulos exequendos, mas digam respeito a uma mesma dívida, realmente não haveria sentido em não se permitir a cumulação, pois essa solução redundaria em maior onerosidade aos devedores, que seriam executados duplamente para satisfazer um mesmo crédito. Sob a angulação da jurisdição, haveria desrespeito ao princípio da economia processual, pois a máquina judiciária seria movimentada duas vezes para satisfazer um único crédito.

¹⁶⁸⁰ “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO SIMULTÂNEA DE UMA MESMA DÍVIDA EM UM ÚNICO PROCESSO. ADMISSIBILIDADE. ART. 573, CPC. ENUNCIADO N. 27, SÚMULA/STJ. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA EM QUE HÁ COBRANÇA DA MESMA DÍVIDA EM PROCESSOS DISTINTOS. ART. 620, CPC. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - Em observância ao art. 620, CPC e ao princípio que veda a utilização simultânea de duas vias processuais que visem a tutelas idênticas ou equivalentes em seus efeitos (*electa una via non datur regressus ad alteram*), não pode o credor, de forma concomitante, ajuizar duas execuções distintas (uma contra a devedora principal, aparelhada com o instrumento de contrato, e outra, com base em promissória dada em garantia, contra os avalistas) buscando haver um mesmo crédito. II - Admissível, no entanto, em casos tais, a propositura de uma única execução contra emitente e avalistas, instrumentalizada com ambos os títulos - contrato e promissória - (enunciado nº 27 da súmula/STJ), o que se viabiliza mesmo quando não figurem os referidos avalistas como garantes solidários no contrato ou quando o valor exigido com base neste seja superior ao reclamado com base na cambial.” (STJ, 4ª T., REsp 160235/PR (199700925234), rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.09.1999, DJ 11.10.1999, p. 73).

¹⁶⁸¹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 166.

3.12.1.8.c Cumulação de execuções baseadas em títulos judiciais e extrajudiciais: impossibilidade após a Lei 11.232/2005

É possível cumular execuções com base em títulos judiciais e extrajudiciais? Respondeu afirmativamente Alcides de Mendonça Lima:¹⁶⁸² “Se, portanto, *A* for credor de *B* por sentença condenatória por quantia certa; por notas promissórias e por documento público os títulos, *formalmente*, são diferentes, mas *substancialmente* são da mesma natureza (art. 583; 584, I; 585, I e IV). As execuções, portanto, podem ser cumuladas, respeitados os pressupostos legais (art. 573). Tal faculdade é permitida, mesmo que, na realidade, a execução baseada na sentença enseje motivos diferentes para os ‘embargos do devedor’ dos relativos aos demais títulos, por serem esses extrajudiciais (arts. 741 e incisos e 745)”.

No mesmo sentido, manifesta-se Sérgio Shimura:¹⁶⁸³ “Porém, em tese, permite-se a cumulação de execução de título extrajudicial com o judicial, referente à mesma obrigação (ex.: pagamento de quantia certa contra devedor solvente), cumpridas as exigências quanto à competência e a forma do processo.”

O Superior Tribunal de Justiça registra precedente nesse sentido, admitindo a propositura de ação de execução, fundada em contrato locativo e em sentença revisional de aluguéis.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸² LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 167.

¹⁶⁸³ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 205.

¹⁶⁸⁴ “EXECUÇÃO. ALUGUERES FIXADOS EM AÇÃO REVISIONAL. CUMULAÇÃO. TÍTULO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL. ADMISSIBILIDADE NO CASO. INÉPCIA DA INICIAL E EXCESSO DE EXECUÇÃO INEXISTENTES. – É possível a cumulação de execuções fundadas em títulos diferentes, desde que haja identidade entre as formas de execução e que seja competente o mesmo juízo. Art. 573 do CPC. – Montante do débito indicado nas planilhas anexadas à exordial da execução. – Inexistência de excesso de execução, uma vez que esta compreendeu a diferença dos alugueres apurados na ação revisional, os aluguéis vencidos posteriormente, até a data da desocupação, e as custas e honorários advocatícios da mesma ação revisional. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 4ª T., REsp 160.037/RS (199700923096), rel. Min. Barros Monteiro, j. 11.11.2003). Mencione-se, por oportuno, a íntegra do julgado: “O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: ‘Madeireira Itacolomi Ltda.’ opôs embargos à execução, fundada em valores locativos fixados em ação revisional de aluguel, que lhe move ‘Salomão Malcon Administrações e Participações Ltda.’ Argüiu a embargante: a) inépcia da inicial; b) nulidade da execução por inexistência de título; e iliquidez do débito; d) excesso de execução. Julgados improcedentes os embargos, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo interposto pela embargante, considerando que: a) é possível a cumulação da execução de títulos judicial e extrajudicial; b) não há falar em inépcia da inicial, pois a pretensão da embargada encontra guarida nos arts. 604 e 652 do CPC; c) inexistente o alegado excesso de execução, de vez que a credora cobra a diferença dos locativos apurados na ação revisional somando-se aqueles impagos até a

O art. 573 do CPC não autoriza apenas a cumulação de títulos da mesma espécie (apenas judiciais ou apenas extrajudiciais). Em princípio, portanto, seria possível a cumulação, de tal sorte que, ao iniciar a execução de título judicial, cumule-se a execução de título extrajudicial. O art. 620 do CPC reforçaria essa conclusão.

desocupação do imóvel, sendo suficiente o simples cálculo aritmético para obter-se o montante atualizado da dívida; d) cabem honorários advocatícios na demanda incidental de embargos. Inconformada, a embargante tirou este recurso especial com arrimo nas alíneas “a” e “c” do admissor constitucional, apontando ofensa aos arts. 267, I, 282, 295, I, e parágrafo único, I, II e III, 521, 573, 586, 587, 589, 618, I, e 741, V, todos do CPC, além de dissenso interpretativo. Aduziu, em primeiro lugar, ser inadmissível a cumulação numa só execução de títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Insistiu na assertiva de inépcia da inicial da execução, pois não menciona o valor do débito principal. Acentua ocorrer excesso de execução, de vez que, em momento algum, a exordial desta faz referência à cobrança dos locativos estranhos à ação revisional. Por derradeiro, sustentou serem indevidos os honorários advocatícios na ação incidental de embargos. Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem. É o relatório. VOTO: O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Nada ventilou a decisão recorrida em torno dos arts. 521, 586, 587, 589 e 590 do Código de Processo Civil, restando ausente aí o requisito do prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356-STF). 2. *Prima facie*, não há falar em nulidade da execução por cumulação indevida de execuções (por título judicial e extrajudicial). Na verdade, a ação revisional intentada pela locadora contra a sua ex-inquilina foi julgada procedente para fixar o aluguel mensal do imóvel em Cr\$ 50.500,00 (cinquenta mil e quinhentos cruzeiros), a partir de maio de 1991. Esta foi a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre, de cunho substancialmente constitutivo. De sorte que era e é perfeitamente admissível que a credora aparelhe, como o fez, a execução para haver da ex-locatária os alugueres correspondentes ao período em que tramitara aquela ação revisional e aos meses subseqüentes, até a data da desocupação. Permite-se, de modo inequívoco, a norma do art. 573 da lei processual civil. Nessa linha, por sinal, a jurisprudência desta Corte: *‘É possível a cumulação de execuções fundas em títulos diferentes, desde que haja identidade entre as formas de execução e que seja competente o mesmo juízo para julgá-las, nos termos do art. 573, do Código de Processo Civil.’* (REsp nº 324.172-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca). Dir-se-á que a exequente incluiu no seu pleito executivo a condenação relativa às despesas processuais e à verba honorária havidas na referida ação revisional. Tal circunstância, todavia, não induz à nulidade da execução, desde que o objetivo da credora foi o de atender aos princípios da economia processual e de menos onerosidade ao devedor (art. 620). Nenhum prejuízo adveio, com efeito, diante da cumulação, à ora recorrente. Claro que, cobrada aqui, não será levada a efeito nos autos da aludida ação revisional. Aplica-se, no caso, o brocardo *pas de nullité sans grief*. 2. A inicial da execução, de outro lado, não é inepta. A pretensão deduzida pela locadora é clara: cobrança da diferença de alugueres apurados na revisional, mais os valores locativos que se venceram daí até a desocupação do prédio. Se é certo que não se mencionou o montante do débito principal, indubitado, de outro lado, é que a exequente indicou como valor da causa precisamente o total da dívida principal – R\$ 4.414,86 (quatro mil, quatrocentos e quatorze reais e oitenta e seis centavos), fl. 4 do apenso. De todo modo, os documentos que instruem a execução suprem a deficiência havida. Basta atentar-se para as planilhas juntadas a fls. 28/29 do apenso, que cumpre a regra inscrita no art. 604 do CPC. Não fora isso, para obter-se o importe da dívida, basta proceder-se a cálculo aritmético. 3. Também inexistente o alegado excesso de execução, como bem evidenciou o Acórdão recorrido. Conforme se deixou acima assinalado, a execução abrangeu a diferença de alugueres apurados na indigitada ação revisional, os locativos que se venceram a seguir, até a data de desocupação, e, por fim, a condenação em custas e honorários advocatícios havida na mesma ação de revisão. Tais verbas são devidas: os alugueis por força do disposto no art. 585, II, do estatuto processual civil; as decorrentes da sucumbência, ante a condenação imposta. Tocante ao dissídio pretoriano, não é ele passível de aperfeiçoar-se, seja porque a recorrente não cuidou de cumprir os ditames dos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ, seja porque, de qualquer forma, os paradigmas selecionados não enfocam a mesma tese esposada pelo *decisum* ora combatido. 4. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso. É o meu voto.”

Se antes das alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005 e 11.382/2006 era possível se chegar a semelhante conclusão, após a vigência dessa legislação a cumulação entre execução baseada em título judicial e título extrajudicial não é mais admissível. As alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 reforçam esse entendimento.

Isso porque hoje há diversidade de procedimentos para o cumprimento de sentença e para a execução de título extrajudicial, a partir das alterações introduzidas no Código de Processo Civil pelas Leis 11.232/2005. A “forma do processo”, não é a mesma. Os regimes de impugnação do devedor tampouco. No cumprimento de sentença, a impugnação apresenta-se internamente à execução. Se recebida com efeito suspensivo será processada nos próprios autos. Caso contrário, será autuada em autos apartados (art. 475-M, § 2º, do CPC). Na execução de título extrajudicial a defesa do devedor se faz por embargos, que serão sempre autuados em autos apartados (art. 736 do CPC). Por outro lado, os embargos serão oferecidos a partir da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738 do CPC), que por sua vez foi abolida no cumprimento de sentença.

3.12.1.9 Emenda à petição inicial e análise das situações de conversão do procedimento

Para que o credor possa ter acesso à técnica executiva é necessário que atenda a determinadas condições estabelecidas pela ordem jurídica. Vimos anteriormente que entre essas condições – nominadas pelo sistema jurídico de condições da ação – encontra-se o interesse de agir. A máquina judiciária não pode se desenvolver inutilmente. É preciso que de sua atuação resulte uma utilidade objetivamente considerada para o demandante. Para o órgão jurisdicional sua própria atuação há de ser igualmente útil. Por outro lado, o demandante precisa demonstrar ser indispensável o acionamento da jurisdição, ao mesmo tempo em que deve solicitar o provimento jurisdicional hábil a debelar a situação antijurídica narrada. O trinômio utilidade-necessidade-adequação representa essa condição da ação.

Na ação de execução, aplicam-se igualmente essas considerações. A escolha de meio processual inadequado, para se atingir determinado fim, impõe seja declarado o credor carecedor de ação, pois o instrumento ou via processual escolhida não será apta a extrair qualquer resultado útil. Pelo enfoque da atuação do órgão jurisdicional, a utilidade resta igualmente comprometida, pois o sistema predispõe as espécies de processo, por meio dos quais devem ser desenvolver as funções jurisdicionais, não sendo dado à parte demandante escolher esta ou aquela indistintamente.

Algumas vezes, a determinação de emenda à petição inicial é o suficiente para que o credor atenda a essa condição da ação. Pense-se na hipótese de execução hipotecária vinculada ao sistema financeiro da habitação em que o credor não comprove o envio de dois avisos de cobrança ao devedor. É dever do órgão jurisdicional determinar a emenda, a teor do art. 616 do CPC, e sendo juntados tais avisos aos autos, deve o juiz receber a emenda e determinar o regular processamento da execução.

Nem sempre, todavia, é possível a abertura de oportunidade para que a parte credora esclareça ou atenda a determinada exigência legal.

Estabelece o art. 295, V, do CPC, que a petição inicial será indeferida quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não correspondente à natureza da causa, ou ao valor da ação, caso em que só não será indeferida se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal.

É a hipótese em que a parte promove ação pelo procedimento comum ordinário, quando o procedimento adequado deveria ser o sumário (art. 275 do CPC). Nessa hipótese, cabe ao juiz determinar seja emendada a petição inicial e adaptada às disposições (art. 276 e seguintes do CPC). Não obstante, se a demanda tramitar sob o rito ordinário, a jurisprudência tem entendido que não há que se julgar extinto o processo, vez que o procedimento mais amplo prestigia em maior

proporção o princípio do contraditório e da ampla defesa, pelo que não haveria qualquer prejuízo às partes.¹⁶⁸⁵

Cabe-nos averiguar a possibilidade ou não de emenda e de conversão de procedimento, entre ações de execução, ações cognitivas e ações monitórias, e entre estas e aquelas.

3.12.1.9.a Conversão de ação de execução em ação de conhecimento

Promovendo a parte autora ação executiva, é possível sua conversão em ação de conhecimento?

Como já examinamos, anteriormente, compete ao sistema jurídico atribuir eficácia executiva a determinados atos ou fatos jurídicos retratados sob a forma documental. Assim, nem todo documento possui eficácia executiva, cujas hipóteses são discriminadas em hipóteses taxativas no Código de Processo Civil ou legislação extravagante.

Também já analisamos algumas situações de documentos desprovidos de eficácia executiva: contrato de adesão de consórcio, contrato de abertura de crédito em conta corrente, certidão de Tribunal Regional Eleitoral etc.

Segundo lição de Cândido Rangel Dinamarco:¹⁶⁸⁶

“É também equivocada a *conversão* de execução em cognição, de ofício pelo juiz. Se a demanda executiva não reúne requisitos para prosperar (v.g., por falta de título executivo), que então seja indeferida caso não possa o demandante regularizá-la nem queira *alterar o pedido*. Sem pedido de *provimento jurisdicional condenatório*, não pode ser feita essa conversão”.

Em sentido contrário, encontra-se o posicionamento de Sérgio Shimura,¹⁶⁸⁷ o qual registra não ser possível a conversão de um processo (próprio)

¹⁶⁸⁵ “Não há nulidade na adoção de um procedimento em vez de outro, salvo se demonstrado prejuízo, notadamente em se tratando da ação do ordinário, que é mais amplo do que o sumário” (STJ, 4ª T., REsp 262.669, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.09.2000, DJU 16.10.2000, p. 317, *apud* NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 362).

¹⁶⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 76, p. 135.

por outro (impróprio), ou vice-versa. Quando muito, admite-se a adoção de um *procedimento impróprio*, em vez de outro *próprio*, e na *mesma espécie de processo* (conhecimento, execução ou cautelar), de tal sorte que se pode adaptar o procedimento ordinário ao sumário, ou vice-versa, mas não será viável converter um processo de cognição em processo de execução, ou vice-versa, porquanto o próprio pedido é que estaria sendo modificado.

Entendemos, a exemplo deste último autor, não ser possível a conversão de ação de execução em ação de conhecimento. Com efeito, sempre que se pretender alterar a função a ser desempenhada, substituindo a técnica processual equivocadamente solicitada, haverá óbice à conversão. O próprio pedido (pretensão) estará sendo totalmente alterado. Nas adaptações de procedimento ordinário a sumário ou vice-versa, o pedido mantém-se o mesmo: pedido condenatório, *e.g.* O processo mantém-se o mesmo (processo de conhecimento). Altera-se tão-somente o procedimento. Aí a emenda e conversão de procedimento têm cabimento.

3.12.1.9.b Conversão de ação de conhecimento em ação de execução

Pelos mesmos motivos supramencionados, não é possível converter-se ação de conhecimento em ação executiva. Se o sistema reconhece a eficácia executiva a determinado documento que instrui a petição inicial e desde logo autoriza que o autor tenha acesso a operações materiais que alterarão a realidade fática em seu benefício, não haveria sentido em autorizar que o demandante se utilizasse da atividade jurisdicional, com dispêndio de energia e dinheiro públicos, para obter, muito tempo depois, o que desde o início já teria direito.¹⁶⁸⁸⁻¹⁶⁸⁹

¹⁶⁸⁷ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 230.

¹⁶⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 995, nota ao art. 586: “Carece de interesse processual, interesse-necessidade (CPC 267 VI) para intentar ação de conhecimento de cobrança, aquele que dispõe de título executivo que o habilita para a execução. Isto porque a finalidade da ação de cobrança é a formação de título executivo que torne o autor habilitado à execução, e, se ele já dispõe de título com força executiva, não tem interesse na obtenção de sentença condenatória”.

O Superior Tribunal de Justiça, superando aparente conflito entre o art. 12, § 2º, da Lei 4.591/1964, e o art. 275, II, “b”, do CPC, tem admitido a utilização da ação executiva para a cobrança de despesas condominiais, desde que tenham sido aprovadas em convenção.¹⁶⁹⁰ Não havendo essa aprovação em convenção, então a hipótese é de ação pelo procedimento sumário. Sérgio Shimura¹⁶⁹¹ desenvolve vigorosa fundamentação nesse sentido.

Também entendem assim Araken de Assis¹⁶⁹² e Alcides de Mendonça Lima.¹⁶⁹³ O art. 585, VIII, do CPC (outros títulos que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva), reconhece expressa força executiva a esses documentos. Esse também é nosso posicionamento. A hipótese não se confunde com aquela prevista no art. 585, V, do CPC, pois nesta última o locador executa o locatário por despesas condominiais que se comprometeu a pagar.

Não obstante isso, o mesmo tribunal tem admitido a utilização de ação de conhecimento, ao invés de ação executiva.¹⁶⁹⁴ Não é possível, nem a

¹⁶⁸⁹ O sistema jurídico admite algumas exceções. Veja a situação de ação de despejo, em que admite sejam cumuladas pretensões de rescisão de locação e cobrança de aluguéis e acessórios (art. 62, I, da Lei 8.245/1991). Em princípio, o credor possuindo título executivo (art. 585, V, do CPC) poderia, desde logo, ajuizar ação de execução. Mas ao cumular a cobrança de aluguéis com a rescisão do contrato de locação o sistema permite que utilize ação de conhecimento, sob rito especial.

¹⁶⁹⁰ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. DESPESAS. COBRANÇA. VIA EXECUTIVA. I - O procedimento sumário - art. 275, II, do CPC, não se aplica a cobrança de despesas condominiais, cujos valores tenham sido estabelecidos e aprovados em convenção, pois, nesta hipótese, o caso é de ação de execução, ‘ex vi’, do art. 585, IV, do CPC e 12, parágrafo 2º, da Lei n. 4.591/64. II - Recurso especial não conhecido.” (STJ, 3ª T., REsp 43318/MG (199400023685), rel. Min. Cláudio Santos, j. 07.11.1995, DJ 26.02.1996, p. 4.008); b) “PROCESSUAL CIVIL. TAXAS CONDOMINIAIS. TÍTULO EXECUTIVO. Em tese, as taxas condominiais, desde que havendo orçamento e aprovação desse orçamento em convenção, podem ser cobradas pela via executiva. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (STJ, 4ª T., REsp 33062/RJ (199300071696), j. 18.12.1997, DJ 27.04.1998, p. 166).

¹⁶⁹¹ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, p. 508-517.

¹⁶⁹² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 180.

¹⁶⁹³ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, p. 342 alista os seguintes documentos que devem instruir a petição inicial executiva para cobrança de despesas condominiais: a) prova de que o síndico está legalmente investido em suas funções por eleição da assembléia geral, nos termos da respectiva convenção; b) orçamento geral aprovado pela assembléia geral ordinária; c) número de unidades, mediante certidão do Registro de Imóveis; d) cotas de cada condômino e correspondentes às despesas, com o *quantum* de cada um; e) balancete mensal contendo a relação das despesas e demais encargos; f) texto integral da convenção em vigor; g) qualquer outro documento que seja necessário para comprovação dos atos alegados.

¹⁶⁹⁴ “PROCESSO CIVIL. PROCEDIMENTO COMUM. AÇÃO DE EXECUÇÃO. Quem, tendo título executivo, propõe ação ordinária, abre mão da penhora, nada mais do que isso; tanto nos embargos do devedor quanto na ação ordinária a defesa do devedor pode ser articulada com a maior amplitude – e como assim é, a troca de um processo pelo outro, à míngua de prejuízo, não induz qualquer nulidade. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 3ª T., REsp 207173/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 09.04.2002, DJ 05.08.2002, p. 325). O voto vencido neste acórdão ressalta que, se o sistema prevê ação adequada a satisfazer o direito da parte, ela não pode valer-se de outro mecanismo processual.

conversão de ação cognitiva em execução, tampouco a utilização daquela no lugar desta. O sistema não outorga ao autor essa opção.

O Superior Tribunal de Justiça, enfrentando a mesma polêmica, entendeu possível a utilização da ação cognitiva no lugar da executiva, diante da divergência jurisprudencial existente e porque não houve prejuízo aos réus.¹⁶⁹⁵ Não concordamos, igualmente, com esses argumentos. O direito federal só pode ter um único sentido, num mesmo período histórico.

Portanto, divergência doutrinária e jurisprudencial não é motivo para autorizar a fungibilidade de uma demanda por outra.

Quanto ao fato de que o demandado não teve prejuízo, este critério também não pode ser aceito, porque a utilidade do provimento pleiteado deve ser enfocada sob a angulação da atividade jurisdicional. Se outra for a demanda adequada, porque mais célere a obter os resultados almejados, ainda que o demandado não tenha sofrido qualquer prejuízo, deve-se reconhecer a carência de ação.

3.12.1.9.c Conversão de ação de execução em ação monitória

Dispõe o art. 1.102-A do CPC que a ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

A ação monitória está encartada entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa do Livro IV do Código de Processo Civil.

¹⁶⁹⁵ “PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS CONDOMINIAIS. VIA PROCESSUAL. DIVERGÊNCIA DOUTRINARIA. RECURSO DESACOLHIDO. I - A via processual própria para reclamar-se o pagamento de quotas de rateio de despesas condominiais, cujos valores tenham sido estabelecidos e aprovados em convenção, é a executiva. II - Em linha de princípio, a ação cognitiva de cobrança não pode ser admitida quando proposta por credor que disponha de título executivo, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito por ausência do necessário interesse de agir. III - Entendimento, contudo, que não se aplica ao caso dos autos, seja porque à época do ajuizamento havia séria divergência doutrinária em torno da possibilidade de o condomínio-autor valer-se da ação executiva, seja porque do processamento da ação de conhecimento não resultou qualquer prejuízo aos condôminos-réus, seja porque estes estavam a impugnar a liquidez e certeza do crédito.” (STJ, 4ª T., REsp 56777/SP (199400349289), rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.02.1995, DJ 27.03.1995, p. 7.170).

Trata-se de demanda cognitiva, mas cujo procedimento difere em muito das ações de conhecimento tradicionais.¹⁶⁹⁶ Isto porque o juiz, na ação monitória, e estando a petição inicial devidamente instruída, deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.102-B do CPC).

Faculta-se, no mesmo prazo acima, que o réu ofereça embargos (que possuem natureza de defesa), que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X do CPC. Rejeitados os embargos, igualmente, restará, constituído de pleno direito, o título executivo judicial (art. 1.102-C do CPC).

Como se nota, o objetivo da ação monitória é abreviar, no tempo, a obtenção do título executivo judicial. O juiz, ao despachar a monitória, emite ordem de pagamento. Não sendo opostos embargos monitórios a ordem inicial, converte-se em título executivo judicial. Como destacam Rodrigo Mazzei e Hermes Zaneti

¹⁶⁹⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 10: “Dotado de uma estrutura procedimental diferenciada, o processo monitório é o produto final da fusão de técnicas relacionadas ao processo de conhecimento e de execução, somadas à da inversão do contraditório, aglutinando em uma só base processual, atividades cognitivas e de execução”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e 1995*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 226-227: “Natureza jurídica. A ação monitória é ação de conhecimento, condenatória, com procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título. Sua finalidade é alcançar a formação de título executivo judicial de modo mais rápido do que na ação condenatória convencional.” SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Ação monitória: sistema brasileiro (evolução doutrinária e jurisprudencial)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 31: “O que, todavia, dá característica especial à monitória são as formas de composição das diversas fases do procedimento que destoam das figuras comuns do processo de conhecimento ou de execução, além de a finalidade última deste identificar-se com a formação de título executivo judicial, sem se configurar, em seus efeitos, como genuína sentença condenatória”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 228-229: “É um processo que com extrema celeridade propicia um título executivo ao autor munido de documentos idôneos, prosseguindo desde logo, sem a instauração de novo processo, com a execução fundada nele. A inércia do réu, não opondo os embargos instituídos na lei com a finalidade de suspender a eficácia desse título (chamado *mandado de pagamento ou de entrega*), tem uma consequência muito mais gravosa que o efeito da revelia, do processo de conhecimento (CPC, art. 319), porque nesse caso passa-se à fase executiva sem que o juiz tenha oportunidade de julgar sobre a existência do direito do autor. No processo monitório tem-se uma cognição sumária, não sendo objeto do conhecimento do juiz a existência ou inexistência do direito do autor, senão nos embargos que eventualmente sejam opostos: nessa espécie peculiar de processo, o contraditório é eventual e sempre diferido, ou seja, só será instaurado depois de expedido o mandado de pagamento ou entrega e se o demandado tomar a iniciativa de opor os embargos. (...). Estamos no campo do que Chiovenda denominou *provimentos com prevalente função executiva*. O processo monitório oferece ao autor um caminho atalhado e muito mais rápido para obter o título executivo judicial, do que qualquer outro processo.”

Júnior¹⁶⁹⁷ a decisão judicial liminar, ao determinar a expedição do mandado injuntivo, fica, em parte, como se em “condição suspensiva”, na medida em que seu efeito total (e final) depende de ato futuro do réu na ação monitória. Ao contrário das ações condenatórias, não é preciso que o juiz vença etapas, como saneamento e instrução, para só então proferir sentença condenatória.

Seria, então, possível o juiz converter ação executiva em ação monitória?

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a conversão, ora estabelecendo como limite a citação do demandado (art. 264 do CPC),¹⁶⁹⁸ ora

¹⁶⁹⁷ MAZZEI, Rodrigo e ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ação monitória: primeiras impressões após a Lei n. 11.232/2005. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, p. 252, 2006.

¹⁶⁹⁸ Nesse sentido: a) “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO. Depois da citação, estabilizada a relação processual, já não é possível converter a ação de execução em ação monitória. Embargos de divergência conhecidos e providos.” (STJ, Embargos de Divergência no REsp 575855/ES (200600898055), rel. Min. Ari Pargendler, j. 27.09.2006, DJ 19.12.2006, p. 360); b) “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. SÚMULA 223/STJ. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE APÓS O JULGAMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADO EM TEMA DIVERSO. CABIMENTO. PROCURAÇÃO. CÓPIA NÃO AUTENTICADA. IRREGULARIDADE. ANULAÇÃO DE SENTENÇA FUNDADA EM PETIÇÃO POTENCIALMENTE NULA. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DE CARÁTER PÚBLICO, PASSÍVEL DE SER CONHECIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. CONVERSÃO DE EXECUÇÃO EM AÇÃO MONITÓRIA APÓS A CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. - O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo. Súmula nº 233/STJ. - Admissível o questionamento sobre as condições da ação mediante exceção de pré-executividade, se o tema não foi objeto de discussão nos embargos do devedor já opostos. - A cópia de instrumento de mandato sem autenticação caracteriza irregularidade da representação processual. Na hipótese, contudo, mesmo sendo inválida a petição assinada pelo patrono irregularmente constituído, a matéria versada no documento podia ser suscitada de ofício pelo juiz, razão pela qual não há de se cogitar a nulidade da sentença. - Eventual anulação de petição que traga ao conhecimento do juízo a existência de irregularidade de ordem pública, como aquelas relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais, não conduzem à nulidade da sentença, posto que tais matérias devem ser declaradas de ofício pelo juiz. - Após a citação do devedor, não é possível a conversão do processo de execução em processo de conhecimento pelo rito monitório. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 3ª T., Res 705352/SP (200401662719), rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2006, DJ 11.12.2006, p. 353); c) “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. CONVERSÃO EM AÇÃO MONITÓRIA APÓS A CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. - Após a citação do devedor, não é possível a conversão do processo de execução em ação monitória. - Para comprovação do dissídio jurisprudencial faz-se necessário o cotejo analítico entre os julgados tidos como divergentes, bem como, a demonstração da similitude fática. Agravo no recurso especial ao qual se nega seguimento.” (STJ, 3ª T., Agravo Regimental no REsp 823995/PR (200600413518), rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.05.2006, DJ 05.06.2006, p. 284); d) “EXECUÇÃO. CONVERSÃO EM MONITÓRIA. INADMISSIBILIDADE NO CASO. PENHORA EFETUADA E APRESENTADOS OS EMBARGOS DO DEVEDOR. - Havendo a discordância do devedor, é inadmissível a conversão da execução em monitória, uma vez já realizada a constrição e oferecidos os embargos à execução. Aplicação do art. 264 do CPC. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 4ª T., REsp 507803/SP (200300166912), rel. Min. Barros Monteiro, j. 24.06.2003, DJ 22.09.2003, p. 340).

admitindo a conversão mesmo após sua implementação, sob a alegação de inexistência de prejuízo.¹⁶⁹⁹

Essas discussões têm pertinência principalmente com a questão envolvendo o contrato de abertura de crédito em conta corrente, que foi considerado por um período como título executivo, mas posteriormente prevaleceu o entendimento contrário.

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a esse contrato, acompanhado dos extratos de lançamento de débito, a condição de prova escrita para instruir ação monitória, nos termos da Súmula 247: “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.”

A situação em análise assemelha-se muito à conversão da ação executiva em ação cognitiva. Ora, se a parte autora não possui título executivo ela é carecedora de ação. A conversão alteraria substancialmente a função jurisdicional a ser realizada no processo. Embora a ação monitória vise à obtenção do título executivo, em procedimento muito mais simplificado do que as ações que se processam pelo procedimento ordinário ou sumário, trata-se igualmente de demanda cognitiva. Não entendemos possível a conversão.

3.12.1.9.d Conversão de ação monitória em ação de execução

Se a parte já possui título executivo, deve valer-se da técnica executiva e não de técnica que vise a gerar título executivo. A conversão alterará substancialmente a função jurisdicional a ser desempenhada, convertendo processo

¹⁶⁹⁹ Nesse sentido: “EXECUÇÃO. CONVERSÃO EM AÇÃO MONITÓRIA. ADMISSIBILIDADE EM FACE DAS PECULIARIDADES DO CASO, AINDA QUE JÁ CITADO O DEVEDOR. – Não tendo ainda havido a constrição de bens e rejeitados *in limine* os embargos à execução, possível é a conversão da execução em ação monitória, à falta de qualquer prejuízo. Aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas, economia e celeridade processuais. Precedentes. – ‘O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.’ (Súmula n. 247-STJ). Recurso especial não conhecido.” (STJ, 4ª T., REsp 508926/DF (200300184606), rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.06.2005, DJ 15.08.2005, p. 318).

impróprio em processo próprio. Não entendemos igualmente possível essa conversão, nem tampouco a fungibilidade entre as ações.¹⁷⁰⁰

3.12.1.10 Procedimento da ação de execução: análise das principais alterações introduzidas pela Lei 11.382/2006 na fase postulatória da execução forçada

Em 07.12.2006, foi publicada no DOU a Lei 11.382/2006, que altera dispositivos do Código de Processo Civil concernentes à execução dos títulos executivos extrajudiciais. Referida lei entrou em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação, em razão do veto ao art. 6º, do Projeto de Lei 4.497/2004 que estabelecia prazo de vigência de 6 (seis) meses da data de sua publicação.

¹⁷⁰⁰ Não aceitando a fungibilidade entre ação executiva e ação monitória encontram-se os seguintes julgados: a) “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DA CASA PRÓPRIA. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. IMÓVEL HIPOTECADO EM FAVOR DO AGENTE MUTUANTE. POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL DA AUTORA. CARÊNCIA DE AÇÃO. 1. Ação monitória ajuizada pela Caixa Econômica Federal, ao objetivo de receber dívida referente a contrato de mútuo regido pelas normas do Sistema Financeiro de Habitação, que totaliza o montante de R\$ 22.443,21 (vinte e dois mil, quatrocentos e quarenta e três reais e vinte e um centavos), que corresponderia ao saldo devedor do contrato, acrescido das prestações, mais os encargos contratualmente previstos. 2. Se a CEF dispõe da possibilidade de promover a execução, com a alienação extrajudicial do bem outorgado como garantia do empréstimo, em face do disposto no Decreto-Lei 70/66, e se o bem é hipotecado em favor do agente mutuante, tem mesmo o direito de executar o imóvel para o recebimento do crédito, de modo que carece do direito de ação por falta de interesse processual, já que a ação monitória tem como pressuposto prova escrita sem eficácia de título executivo. 3. Improcedência do argumento da Apelante de que o Contrato de Renegociação de Dívida Originária de Contrato de Financiamento para Aquisição ou Construção da Casa Própria não teria força executiva, visto que nele não constariam as assinaturas das testemunhas, já que a Lei nº 5.741/71, que dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, não faz tal exigência. 4. Manutenção da sentença, que indeferiu a petição inicial, e extinguiu o feito sem resolução do mérito. Apelação improvida.” (TRF da 5ª Região, 3ª T., Apelação Cível nº 342681/RN (2002.84.00.010508-8), rel. Geraldo Apoliano, j. 31.05.2007, unânime, DJU 29.08.2007); b) “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO, GARANTIDO POR NOTA PROMISSÓRIA DEVIDAMENTE PROTESTADA. EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ART. 585, I E II, DO CPC. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DA AUTORA. CARÊNCIA DE AÇÃO. 1. Ação monitória ajuizada pela Caixa Econômica Federal, ao objetivo de haver crédito no valor de R\$ 5.422,21 (cinco mil, quatrocentos e vinte e dois reais e vinte e um centavos), que seria devido pelo Réu em face de inadimplemento de Contrato de Empréstimo firmado em 25.01.2001. 2. Se a CEF dispunha de documentos revestidos da eficácia de títulos executivos extrajudiciais, na forma do disposto no art. 585, I e II, do CPC, no caso, o contrato de empréstimo, subscrito pelo Réu e devidamente assinado por duas testemunhas, garantido por Nota Promissória, que foi protestada, carece do direito de ação por falta de interesse processual, visto que a ação monitória tem como pressuposto prova escrita sem eficácia de título executivo. Extingção do feito sem resolução do mérito. Apelação improvida. (TRF da 5ª Região, 3ª T., Apelação Cível nº 341167/PE (2004.83.00.006244-8), rel. Geraldo Apoliano, j. 31.05.2007, unânime, DJU 29.08.2007).

Trata-se de mais uma etapa do processo de (mini) reformas por que vem passando o Código de Processo Civil, agora voltado aos dispositivos legais que empeciam a execução por quantia certa contra devedor solvente (as execuções fundadas em títulos extrajudiciais e judiciais possuem verdadeiro sistema de “vasos comunicantes” – art. 475-R do CPC) de atingir seu desiderato legal e constitucional, i.e., satisfazer o direito do credor, em prazo razoável.

A Lei 11.382/2006 coloca em harmonia o sistema processual. Isso porque a execução judicial passou por profunda e radical mudança por meio da Lei 11.232/2005, que entrou em vigência em 24.06.2006 (DOU 23.12.2006 e art. 8º, § 1º, da LC 95/1998), com introdução de regras que agilizaram sobremaneira a tutela jurisdicional executiva.

Esses mesmos avanços eram esperados na execução de título extrajudicial e, enquanto não se implementavam, o sistema tratava desigualmente situações, em princípio, equivalentes. Basta lembrar a inexistência de automática suspensão da execução pela simples oposição de impugnação na execução de título judicial, nominada pela Reforma de 2005, de cumprimento de sentença (art. 475-M, do CPC). Todavia, subsistia até pouco tempo a imediata paralisação dos atos executivos pela simples oposição de embargos do devedor, na execução de título extrajudicial (antigo art. 739, § 1º, do CPC).

Ademais, como as regras da execução de título extrajudicial aplicam-se subsidiariamente à execução de título judicial, de nada adiantava o notável avanço obtido apenas em *parte* do procedimento executivo. Enfim, tratava-se de “obra inacabada”, cuja complementação agora se opera pela mencionada legislação.

A sociedade aguardava ansiosa as alterações contidas na Lei 11.382/2006, porque representam um grande passo na correção das injustiças assistidas diariamente no foro contra o sujeito processual que deveria ser tutelado pelo sistema e não prejudicado por ele.

Pontos de estrangulamento que impediam a efetividade da execução civil foram objeto de alterações por essa mesma legislação: fim do incidente de nomeação de bens à penhora; antecipação do momento em que se caracteriza a

fraude à execução pela mera distribuição da demanda executiva e averbação de certidão do cartório distribuidor junto aos órgãos públicos em que estejam registrados os bens do devedor; caracterização como ato atentatório à dignidade da justiça a conduta do devedor que, intimado, não indicar ao juiz onde se encontram seus bens passíveis de penhora; alteração do procedimento expropriatório, com introdução de regras que permitem a alienação por iniciativa particular do credor.

Vejamos as alterações introduzidas pela Lei 11.382/2006, que dizem respeito à fase postulatória da execução forçada.

Estando em ordem a petição inicial, ou sendo atendida a determinação de emenda, o juiz a despachará determinando a citação do devedor.

Segundo dispõe o art. 652, *caput*, do CPC, o devedor será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. Ampliou-se o prazo atualmente previsto, a fim de que o devedor angarie (quicá por empréstimos) meios econômicos que lhe possibilitem satisfazer o direito do credor. O exíguo prazo anterior, de 24 (vinte e quatro) horas, nem sempre possibilitava ao devedor a consulta a um advogado, que poderia lhe informar os benefícios e as conseqüências negativas do não pagamento imediato (e da não indicação onde se encontram seus bens, como veremos oportunamente).

Aqui, uma grande novidade. O devedor não será citado para pagar “ou nomear bens à penhora”, *mas sim apenas para pagar*. Visa o legislador a extinguir o incidente de nomeação de bens que se instaurava (antigos arts. 656 e 657 do CPC). Nomeação de bens, manifestação do credor, decisão e outras manifestações que se entremeavam, constituíam real óbice à imediata passagem da fase postulatória à fase instrutória do processo de execução, representada pelos atos de constrição.

Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo devedor (art. 20, § 4º, do CPC). No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, *a verba honorária será reduzida pela metade*. Com essa medida o art. 652-A, parágrafo único, do CPC, procura estimular a satisfação integral do credor. Disposição semelhante existe no art. 1.102-C, § 1º, do

CPC, quando encoraja o réu a cumprir o mandado monitório, sob a vantagem de ficar isento do pagamento de custas e honorários.

Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando-se incontinenti o executado (art. 652, § 1º, do CPC).

A avaliação dos bens penhorados passa a ser atribuição do oficial de justiça (art. 143, V, do CPC), tal como já ocorre no cumprimento de sentença (art. 475-J, § 1º, do CPC), e cujo paradigma é a execução fiscal (art. 7º, V, da Lei 6.830/1980) e que sempre rendeu excelentes resultados, vez que as partes, desde logo, cientes do valor do bem constricto podem requerer redução ou ampliação da penhora, sem prejuízo desse controle, de ofício, pelo próprio juiz.¹⁷⁰¹

Os bens a serem penhorados já poderão ser indicados pelo credor na petição inicial (art. 652, § 2º, do CPC), como ocorre no cumprimento de sentença (art. 475-J, § 3º, do CPC) e já era previsto na Lei 8.212/1991, art. 53, *caput* (Lei de Custeio da Previdência Social), mas cuja faculdade raríssimas vezes é utilizada pelos credores federais.¹⁷⁰² Trata-se de faculdade, não de obrigação.

Numa época em que se cobra do Poder Judiciário a máxima agilidade e eficiência dos seus serviços, ao credor compete oferecer meios para que esses objetivos sejam atingidos.

Portanto, prévia pesquisa sobre patrimônio expropriável com indicação inclusive de bens que, ou interessam ao credor em futura adjudicação, ou

¹⁷⁰¹ Dispõem os arts. 680 e 681 do CPC (nova redação): “Art. 680. A avaliação será feita pelo oficial de justiça (art. 652), ressalvada a aceitação do valor estimado pelo executado (art. 668, parágrafo único, inciso V); caso sejam necessários conhecimentos especializados, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo.” “Art. 681. O laudo da avaliação integrará o auto de penhora ou, em caso de perícia (art. 680), será apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo conter: (...). Parágrafo único. Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o avaliador, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos.”

¹⁷⁰² “Art. 53. Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor. § 1º Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis. § 2º Efetuado o pagamento integral da dívida executada, com seus acréscimos legais, no prazo de 2 (dois) dias úteis contados da citação, independentemente da juntada aos autos do respectivo mandado, poderá ser liberada a penhora, desde que não haja outra execução pendente. § 3º O disposto neste artigo aplica-se também às execuções já processadas. § 4º Não sendo opostos embargos, no prazo legal, ou sendo eles julgados improcedentes, os autos serão conclusos ao juiz do feito, para determinar o prosseguimento da execução.”

se mostram com melhor aceitação no mercado, em caso de alienação, é medida salutar que em muito contribuiria para agilização do procedimento *in executivis*.

*O anteprojeto de lei sobre a cobrança da dívida ativa, elaborado por comissão formada no âmbito do Conselho da Justiça Federal, relaciona como requisito da petição inicial (art. 7º) “os bens a serem penhorados”. A falta de indicação levará ao indeferimento da petição inicial, vez que o objetivo do anteprojeto de lei é desafogar o Poder Judiciário de ações executivas sem qualquer perspectiva de êxito. Para tanto, obriga a parte credora a realizar diligências extrajudiciais na busca de patrimônio expropriável. Aqui sim existe obrigação da parte. A partir dessa proposta do anteprojeto da lei de execuções fiscais, merece reflexão a idéia de se evitar a propositura de execuções fadadas a jamais cumprirem seu papel legal e constitucional.*¹⁷⁰³

O que geralmente se observa é que os credores, em regra, utilizam-se da estrutura judiciária para realizarem diligências na busca de patrimônio do devedor (especialmente diligências por oficiais de Justiça nos cartórios imobiliários e departamento de trânsito), que eles próprios poderiam, antecedentemente à propositura da execução, realizar. Essa prática, sem dúvida alguma, merece ser revista.

Ao Oficial de Justiça cumpre realizar *todas as diligências necessárias* à efetivação da penhora, inclusive junto aos cartórios imobiliários,

¹⁷⁰³ Consta da Exposição de Motivos do anteprojeto de lei sobre a cobrança da dívida ativa: “1. (...). Atualmente, há um número enorme de processos de execução fiscal em andamento no Poder Judiciário, sendo muito pouco significativo, em relação ao volume dos débitos, o valor efetivamente cobrado. É que os órgãos de defesa judicial da Fazenda Pública, ainda quando cientes da improbabilidade de sucesso na cobrança, vêm-se compelidos, por dever legal, a promover a ação executiva tão-somente para interromper a prescrição. Assim, a atividade, meramente burocrática e sem natureza jurisdicional, de localizar o devedor ou os seus bens penhoráveis, é simplesmente transferida aos cartórios judiciais, com inevitável congestionamento e escassa probabilidade de êxito, o que torna injustificável, sob todos os aspectos, a manutenção do atual sistema. (...). 3. A proposta ora apresentada orientou-se pela construção de um procedimento que propicie a integração da fase administrativa de cobrança do crédito público com a subsequente fase judicial, evitando a duplicidade de atos e reservando ao exame e atuação do Poder Judiciário apenas as demandas que, sem êxito extrajudicial, tenham alguma base patrimonial para a execução forçada. (...). 10. A petição inicial da execução fiscal será instruída com a certidão de dívida ativa, que dispensará, como hoje também ocorre, a juntada de cálculo demonstrativo do débito atualizado. *Todavia, será indispensável a indicação dos bens a serem penhorados. Realça-se, com isso, um ponto importante da proposta: o de que a utilização da via judicial somente será admitida se houver efetiva chance de êxito na execução forçada.* O despacho que deferir a inicial importará em ordem para penhora, avaliação e intimação, bem como em citação para opor embargos.”

departamento de trânsito e domicílio do devedor, só devolvendo o mandado em caso de diligências negativas.

Efetivada a penhora e a avaliação, a intimação ocorrerá na pessoa do advogado do devedor, e não o tendo será intimado pessoalmente (art. 652, § 4º, do CPC), da mesma forma como ocorre no cumprimento de sentença (art. 475-J, § 1º, do CPC).

Os embargos à execução serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, *caput*, com a redação conferida pela Lei 11.382/2006).

Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação (art. 738, § 1º, do CPC).

Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora ou caução suficiente (art. 739-A, *caput* e § 1º, do CPC).

No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês (art. 745-A, *caput*, do CPC).

Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito (art. 745-A, § 1º, do CPC).

O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por

cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos (art. 745-A, § 2º, do CPC).

3.12.2 Controle de admissibilidade no cumprimento de sentença: as alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005

3.12.2.1 O cumprimento de sentença como fase em processo sincrético e não nova ação

Estabelece o art. 475-B, *caput*, do CPC que, quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, *o credor requererá o cumprimento da sentença*, na forma do art. 475-J do CPC, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Preceitua o art. 475-I, do CPC que o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A, do mesmo Código *ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução*, nos termos dos demais artigos do Capítulo X, do Título VIII, do Livro I.

Dispõe o art. 475-J, *caput*, do CPC, que, caso o devedor condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

A nova sistemática, inaugurada pela Lei 11.232/2005, estende à execução das obrigações por quantia certa contra devedor solvente a mesma técnica processual utilizada para outras espécies de obrigações (fazer, não fazer e entrega de coisa certa ou incerta) e que excelentes resultados renderam ao sistema (art. 461, com a redação conferida pela Lei 8.952/1994 e art. 461-A, acrescentado pela Lei 10.444/2002), qual seja, a utilização de um único processo e uma única relação jurídica processual dividida em fases cognitiva e executiva para se atingir a

satisfação, podendo perfeitamente alguns efeitos executivos ser precipitados ainda na primeira fase, se presentes os requisitos previstos no Código (art. 273, art. 461, § 3º, e art. 461-A, § 3º, do CPC).

A opção legislativa de realizar tutela jurisdicional executiva num único processo, dividido em fases processuais diversas, ou seja, fase cognitiva e fase executiva, abrevia a obtenção dos resultados objetivados pela jurisdição. Esse processo com fases sucessivas, como já vimos, denomina-se *processo sincrético*¹⁷⁰⁴ e já era proposto, entre nós, por respeitada voz na doutrina como solução para os problemas da execução por quantia certa contra devedor solvente.¹⁷⁰⁵

Registre-se que a Lei 11.232/2005 é produto da conversão de Projeto apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) ao Ministério da Justiça e que por este foi encaminhado ao Congresso Nacional com algumas alterações.

¹⁷⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 75, p. 132-133: “Só inexistente destaque entre o processo de conhecimento e a execução da sentença ali produzida, nos casos da (mal) chamada ‘sentença executiva’. São hipóteses em que a ação não é apenas cognitiva, nem somente executiva. Nesses casos todos, como tradicionalmente se dá com os interditos possessórios e assim já era nas Ordenações do Reio, tem-se o sincretismo de uma ação que é, ao mesmo tempo, o poder de exigir o julgamento da pretensão e a satisfação do direito reconhecido nesse julgamento. Julgada procedente a pretensão, o mesmo processo vai prosseguir e, naturalmente, sem que nova demanda seja proposta, ou citação efetuada, ter-se-ão os atos executivos adequados. O processo é um só e uma só a ação, ambos partilhando da natureza cognitiva-executiva. Isso acontece também nas ações de despejo, onde a execução, como nos interditos, é feita *per officium judicis*, ou seja, automaticamente, mediante expedição de mero mandado de intimação por iniciativa do juiz (impropriamente, o art. 65, da lei n. 8.245, de 18.10.91, fala em ‘notificação’ ao réu). Fenômeno análogo, embora não inteiramente correspondente a esses, ocorre no processo de expropriação; fixado em sentença o valor do bem expropriando, faz-se em seguida e no mesmo processo a ‘execução’ contra o próprio poder expropriante, que fora autor na demanda inicial proposta em juízo, expedindo-se precatório, após cumpridas as cautelas que a lei exige (v. dec-lei n. 3.365, de 21.6.41, esp. art. 34). Em nenhum desses casos, no entanto, seria lícito falar em ‘sentença executiva’, conceito inútil e desnecessário para justificar uma execução que se faz com base em sentença e com a simples peculiaridade de que o processo é um só (cognitivo-executivo, como se disse). A eficácia consistente em tornar adequada a via executiva é atributo das sentenças condenatórias e o fato de a condenação ser dada num processo assim sincrético não a desnatura.”

¹⁷⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 149-150 sustentou a necessidade de alteração da dicotomia existente entre processo de conhecimento e processo de execução, apoiada na tradição romanística de nosso Direito: “(...) a simplificação que procedera o direito comum medieval, eliminando a *actio iudicati*, foi completamente abandonada. A execução não é mais ato de exercício do ofício do juiz; é isto sim, uma ação que corresponde a um direito novo do autor, nascido da sentença e não da relação material disputada no processo primitivo. No Brasil, a dicotomia é agravada pela excessiva judicialização do procedimento de execução da sentença: qualquer que seja o valor da condenação, qualquer que seja a natureza dos bens a serem expropriados para dar lugar à sanção executiva, a atividade procedimental é sempre precedida da instauração de um novo e completo processo entre as partes, sob direção do juiz”.

Enfatizava Cândido Rangel Dinamarco, antes das alterações da Lei 11.232/2005, que¹⁷⁰⁶ não se excluía, *de lege ferenda*, a conveniência da ampliação dos casos em que a execução se faz como mera fase do processo iniciado para o conhecimento da causa, ou mesmo generalização de um sistema assim. Essa conformação do processo, de modo a permitir ao juiz a realização dos atos executivos independentemente de provocação depois da sentença (*execução per officium judicis*), tem relevante significado político, na medida em que o exercício da função pública jurisdicional ficaria liberto do condicionamento a nova iniciativa do demandante.

Ressaltava esse mesmo autor¹⁷⁰⁷ que havia boas razões para se mitigar a dualidade de processos, debelar a crise do adimplemento e dirimir um só conflito, sendo mais operativa sua substituição por um processo único, dividido em duas fases, possibilitando uma tutela jurisdicional menos burocrática e, portanto, mais rápida.

Segundo Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,¹⁷⁰⁸ é mais correto falar-se em *fase processual de conhecimento* e *fase processual de execução* do que de processo de uma ou outra classe, vez que *a relação jurídica e a função processual se estende ao longo de todo o procedimento*, em vez de romper-se em um dado momento.

Couture¹⁷⁰⁹ enfatiza que a atividade jurisdicional se cumpre tanto mediante atividade de conhecimento como mediante atividade de coerção, e um conceito que tome esse problema em todos seus instantes, desde o primeiro ao último, deve reconhecer que existe uma *unidade fundamental entre todos os momentos da jurisdição*, tanto nos declarativos ou cognitivos quanto nos executivos.

Após destacar a execução como atividade jurisdicional, averba Couture que execução sem conhecimento é arbitrariedade e conhecimento sem possibilidade de executar a decisão significa tornar ilusórios os fins da atividade

¹⁷⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 75, p. 133-134.

¹⁷⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 920, p. 246.

¹⁷⁰⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 149.

¹⁷⁰⁹ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 359.

jurisdicional.¹⁷¹⁰ O conceito de sentença condenatória adotada por esse autor está acorde com aquele acolhido nesse trabalho,¹⁷¹¹ valendo salientar que Couture alude como nota marcante do provimento condenatório o caráter reintegratório do patrimônio jurídico ao estado anterior à lesão.¹⁷¹²

Moacyr Amaral Santos,¹⁷¹³ sobre a ação cominatória disse: “Tanto como o processo monitorio, o cominatório, assim se classifica entre os *processos de predominante função executiva*, no sentido de que, ‘nestes processos, a função de preparação do título executivo predomina sobre a função de declaração de certeza’”.

Da Exposição de Motivos da Lei 11.232/2005 consta:

“a ‘efetivação’ forçada da sentença condenatória será feita como etapa final do processo de conhecimento, após um ‘*tempus iudicati*’, sem necessidade de um ‘processo autônomo’ de execução (afastam-se princípios teóricos em homenagem à eficácia e brevidade); o processo ‘sincrético’, no dizer de autorizado processualista. Assim, no plano doutrinário, são alteradas as ‘cargas de eficácia’ da sentença condenatória, cuja ‘executividade’ passa a um primeiro plano; em decorrência, ‘sentença’ passa a ser o ato ‘de julgamento da causa, com ou sem apreciação do mérito’”.

Agora estamos diante de *fases processuais* e um *único processo*, um *único fim*, *princípios comuns* e *única idéia de jurisdição* durante todo o desenvolvimento da *mesma* relação jurídica processual.

A grande vantagem do processo sincrético, como técnica diferenciada de tutela, é possibilitar o cumprimento da sentença no âmbito da mesma relação jurídica processual, dispensando nova ação, novo processo e nova citação.

A jurisdição, provocada pelo exercício do direito de ação e que inaugura relação jurídica processual vocacionada à prolação de uma sentença de

¹⁷¹⁰ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 363.

¹⁷¹¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 259. Segundo esse autor (Idem, p. 259) são sentenças condenatórias todas aquelas que impõem o cumprimento de uma prestação, seja em sentido positivo (dar, fazer), seja em sentido negativo (não fazer, abster-se).

¹⁷¹² COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 260 e 270. Para o ilustre jurista (Idem, p. 270) a conseqüência estritamente lógica acerca da sentença condenatória seria a de que ela aparelha uma reintegração completa do direito lesado.

¹⁷¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, t. 1, n. 51, p. 152.

mérito tendente a entregar à parte aquilo que ela tem o direito de receber, continua presente, sem solução de continuidade, no segmento executivo iniciado mediante simples requerimento do credor.

Como lembra Barbosa Moreira,¹⁷¹⁴ a Lei 11.232/2005 não “tornou iguais” as funções cognitivas e executivas, mas sim as combinou, num único processo, para melhor tutelar.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:¹⁷¹⁵ “(...) a necessidade de duas ações para o alcance de um único fim foi negada pelos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, 84 do Código de Defesa do Consumidor e, recentemente, pela Lei 11.232/2005 – com a dispensa de ação de execução para a implementação da sentença condenatória, não mais existindo no direito brasileiro”.

Esclarece Athos Gusmão Carneiro¹⁷¹⁶ que a adoção da epígrafe “Do cumprimento da sentença” vem a proclamar e enfatizar de modo expressivo a meta desta última etapa do processo de conhecimento: busca-se a *efetivação* da sentença condenatória, efetivação que resultará na outorga ao demandante (no plano dos fatos) do bem da vida a que for declarado com direito. A sentença condenatória conduzirá mediatamente e por meio dos atos executórios à satisfatividade de que já se revestem, por sua natureza e em caráter imediato, as sentenças meramente declaratórias e as sentenças constitutivas, de procedência.

A Reforma de 2005, plasmada nas alterações da Lei 11.232/2005, tem levantado uma série de críticas por parte da doutrina, algumas bastante severas. Sem querer entrar no mérito de cada uma delas, pensamos que se trata de uma tentativa, na busca de resultados efetivos, para uma espécie de execução, que até então tinha sido “esquecida” pelo legislador processual, e que merecia, sem dúvida alguma, aprimoramento como importante técnica destinada a satisfazer o credor.¹⁷¹⁷

¹⁷¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A nova definição de sentença. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, p. 269, jun.- 2006.

¹⁷¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 267.

¹⁷¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 46-47.

¹⁷¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, p. 54, jun.- 2006, pontua acerca das constantes reformas pelas quais tem passado o ordenamento jurídico pátrio: “Toda exaltação excessiva e desproporcional de um valor isolado dos demais corre o risco de

Os resultados dessas alterações dependem, como temos insistido, da mudança de mentalidade e da maneira operativa com que devem ser enfocadas, especialmente diante das finalidades que as motivaram.

Para Cassio Scarpinella Bueno,¹⁷¹⁸ o enfoque do cumprimento de sentença pela angulação da máxima efetividade que se possa extrair das alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005, não representa “uma revolução que rompa com o passado”, mas o que se pretende é “substituir um modelo de ‘condenação-execução’, sinônimo de *ineficiência* e *frustração* por um modelo que, há espaço para acreditar, é mais eficiente e mais afinado às premissas constitucionais do processo (...)”.

Se as alterações não representam a resolução de todos os problemas da execução civil por quantia certa, houve - e isto é inegável - a partir do novo regime do cumprimento de sentença inaugurado por elas, uma redução sensível de grandes embaraços à realização do direito do credor.

Observa Paulo Hoffman¹⁷¹⁹ que, também como de costume, alguns se apressam em criticar as mudanças, pintando um quadro apocalíptico como se fosse o fim do processo civil. Outros, em contrapartida, querem enxergar a nova lei como solução definitiva para todos os males que afligem o Poder Judiciário.

Averba esse autor:¹⁷²⁰

“Nem lá, nem cá, preferimos posicionar-nos de forma cautelosamente intermediária, encarando a nova tentativa como mais um passo no aprimoramento do processo civil pátrio, nessa contínua e necessária reforma em busca da efetividade, cientes de que se deve ter calma para que as mudanças não sejam abruptas a ponto de desfigurar o processo e causar insegurança, mas que também não fiquemos inertes, apenas criticando, sem ter coragem de mexer e mudar o processo civil”.

desequilibrar o sistema e de comprometer aquele valor que preside a coordenação de todos, qual seja, a segurança jurídica”.

¹⁷¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias, p. 86.

¹⁷¹⁹ HOFFMAN, Paulo. Primeiras dúvidas de ordem prática na aplicação da Lei 11.232/05. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, p. 227, 2006.

¹⁷²⁰ HOFFMAN, Paulo. Primeiras dúvidas de ordem prática na aplicação da Lei 11.232/05, p. 227.

3.12.2.2 Execução per *officium iudicis*: parcial retorno ao medievalismo

Martino de Fano, no século XIII e no período do chamado Processo Comum, e valendo-se do conceito *officium iudicis*, observou que *o juiz, ao exercer o ofício jurisdicional, realiza vários atos que são imanentes à função judicante: ouvir as partes, receber o libelo do autor e dele dar ciência ao réu, fixar prazos para as contestações e as réplicas e, finalmente, examinar o material probatório e julgar. Ele exerce naturalmente essas atividades.*

Constatou Martino de Fano que entre essas atividades *encontrava-se também a de executar certas sentenças*, como as proferidas em interditos possessórios, sendo desnecessária nova *actio iudicati*.

A execução dessas sentenças estava ligada estritamente ao *imperium* do magistrado que determinava a execução da ordem já proferida. Na execução forçada, o juiz também deveria agir assim.

O grande mérito de Martino de Fano foi conciliar os princípios contrastantes romanos e germânicos. Os primeiros voltados à obtenção de certeza e segurança jurídica. Os últimos voltados à efetividade das ordens jurisdicionais. Era necessário garantir amplamente o contraditório numa primeira etapa do processo. Mas a efetivação do direito reconhecido prescindia de nova *actio iudicati*, sendo prescindível a comprovação pelo credor do direito creditício. Essas características eram resumidas pela fórmula *sententia habet paratam executionem (a sentença contém em si a execução preparada)*, i.e., execução sem novo processo de conhecimento, porque já fundada em título.

Volta-se nesse passo, e com as alterações da Lei 11.232/2005, ao modelo medieval, no qual a sentença era executada *per officium iudicis*, i.e., sem necessidade de nova *actio iudicati* do direito romano, *prendendo a atividade estatal ao dever de realizar no mundo dos fatos o vínculo obrigacional certificado no mundo jurídico, tudo num único processo.*¹⁷²¹

¹⁷²¹ Nesse sentido conferir, amplamente: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 53-68.

É a lição do Min. Athos Gusmão Carneiro:¹⁷²² “Em sinopse, a Lei 11.232/2005 consagra o abandono do sistema romano da *actio iudicati*, com o retorno ao sistema medieval pelo qual a sentença *habet paratam executionem*”.

Outro não era o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco¹⁷²³ quando se manifestava acerca do processo sincrético, antes da Lei 11.232/2005.

O fato de ser necessário requerimento do credor para o desencadeamento dos atos executivos não afasta essa conclusão, vez que o sistema dispensa nova ação e novo processo. A essa conclusão já se chegou quando Martino de Fano, no Período do Processo Comum, demonstrou que a execução forçada decorria da idéia de *officium iudicis*.

Nas palavras de Liebman:¹⁷²⁴ “(...) o requerimento que provoca a execução não constitui exercício de uma ação, de um novo direito contra a outra parte, mas um simples ato de impulso processual com o fim de provocar a realização concreta dos atos incumbentes ao juiz”.

3.12.2.3 O “novo” conceito de sentença

Diante das alterações da Lei 11.232/2005, a sentença deixa de ser considerada o pronunciamento jurisdicional que *põe fim ao processo* (anterior art. 162, § 1º, do CPC), mas sim que *implica alguma das situações previstas* nos arts. 267 e 269 do CPC (atual art. 162, § 1º, do CPC, com a redação conferida pela Lei 11.232/2005), conceito que sempre foi sustentado por Teresa Arruda Alvim Wambier.¹⁷²⁵

¹⁷²² CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença” conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 53, 2006.

¹⁷²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, n. 75, p. 133.

¹⁷²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*, p. 56.

¹⁷²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190: “Definimos sentença a partir do critério consistente em seu conteúdo. A nosso ver, é este o critério que distingue a sentença dos demais pronunciamentos judiciais (...). Assim, a decisão que indefere liminarmente a reconvenção é sentença, pelo critério do seu conteúdo, pois o juiz proferirá decisão com fulcro necessariamente num dos incisos dos arts. 267 ou 269, ou, mais especificamente, arts. 267, I, IV, VI; 269, IV; 295, I a VI e parágrafo único, I a IV. Como dissemos, o legislador especificou quais conteúdos fazem com que se possa identificar um pronunciamento judicial

Essa jurista, há muitos anos e em vários trabalhos, demonstra que é o conteúdo do pronunciamento jurisdicional que o qualifica como sentença. Não sua localização (critério topológico) na relação jurídica processual. Em boa hora, suas ponderações foram aceitas e explicitadas pelo sistema positivo.

Segundo Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol,¹⁷²⁶ a “alteração teria sido meramente terminológica, sem qualquer efeito prático, pois o critério para a classificação dos atos decisórios continuaria sendo o topológico”. Discordamos, respeitosamente, destes juristas. O critério de classificação dos atos jurisdicionais sempre foi realizado, segundo entendemos, pelo seu conteúdo. Esse posicionamento, todavia, não é pacífico.

Agora esse critério foi *explicitado*. *O que já era sentença, continua a ser sentença*. Colocar fim ou não ao processo (ou ao procedimento como preferem alguns), é efeito exterior ao pronunciamento, e os institutos devem ser analisados em sua essência, seu conteúdo, e não pelos efeitos que decorrem a partir deles.

Para Fernando Sacco Neto,¹⁷²⁷ mesmo após as alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005,

“para que se faça a distinção entre as decisões interlocutórias e as sentenças é preciso observar se há extinção do procedimento e da fase cognitiva da questão principal discutida. Caso positivo, teremos uma sentença. Entretanto, se a decisão extinguir apenas o procedimento em que seja discutida a questão incidente, com prosseguimento da questão principal, estaremos diante de uma decisão interlocutória”.

Para esse autor o efeito e não o conteúdo do ato continua a marcar a diferença específica entre decisões interlocutórias e sentenças.

como sentença. Estes possíveis conteúdos estão previstos justamente nos incisos dos arts. 267, 269 e 295 do Código de Processo Civil.” Conferir, ainda, da ilustre autora *Nulidades do processo e da sentença*, p. 32. *Registre-se que, desde a primeira edição desta obra* (Nulidades da sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 25 e ss, e p. 42-43) *essa jurista advoga essa tese*.

¹⁷²⁶ MIRANDA, Gilson Delgado e PIZZOL, Patrícia Miranda. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 182, 2006.

¹⁷²⁷ SACCO NETO, Fernando. Reflexões sobre as novas redações dos artigos 162, 269 e 463 do CPC. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, p. 74, 2006.

Flávio Cheim Jorge¹⁷²⁸ sempre defendeu, com vigorosa fundamentação, essa tese.

Todavia, com o máximo respeito, entendemos de maneira diversa.

Os pronunciamentos do juiz que importam em indeferimento da petição inicial, exclusão de alguns dos litisconsortes, que pronunciam a prescrição ou decadência de alguns dos pedidos etc., mas não põem fim à relação jurídica processual, são sentença, porque possuem como conteúdo uma das situações catalogadas nos arts. 267 e 269 do CPC. Logo, estava equivocado o legislador de 1973 ao vincular o conceito de sentença a um efeito que lhe era exterior e nem sempre presente, que era a extinção do processo. Se fossem de mérito, esses pronunciamentos parciais poderiam – como de fato podem - inclusive ser objeto de ação rescisória, *porque eram – e continuam a ser - sentença*.

O fato de serem impugnáveis mediante recurso de agravo de instrumento não abala essas conclusões. Em princípio, contra sentença deve a parte interpor recurso de apelação (art. 513 do CPC). Todavia, nas hipóteses supramencionadas, sua interposição paralisaria por completo o trâmite do processo. Desta forma, acabou prevalecendo na jurisprudência o entendimento de que, tratando-se de pronunciamento que possui como conteúdo uma das hipóteses do art. 267 e 269 do CPC, mas não põe fim ao processo, o recurso cabível é o de agravo de instrumento.

Trata-se de solução pragmática. Todavia, a partir dela, respeitável parte da doutrina sustenta que o pronunciamento em questão seria decisão interlocutória, o que, *data maxima venia* e ainda com apoio nas lições de Teresa Arruda Alvim Wambier, não pode ser aceito. Não é o tipo de recurso cabível que altera uma sentença em decisão interlocutória. O que é sentença é e sempre será sentença, todavia, excepcionalissimamente, será impugnado mediante agravo, *apenas por razões práticas*.

Daniel Matidiero¹⁷²⁹ concorda com o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier, mas diz que além do conteúdo, para ser classificado o

¹⁷²⁸ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: 1999, p. 88 e ss.

pronunciamento como sentença, deve-se acrescentar outro, ou seja, a irrevogabilidade (art. 463 do CPC). *Data venia*, possuindo o pronunciamento jurisdicional como conteúdo as matérias alistadas nos arts. 267 e 269 do CPC ele será sentença, e, *por ser sentença*, o juiz não pode alterá-lo, a não ser nas hipóteses previstas no art. 463. Não se trata de elemento novo, mas que decorre diretamente da natureza jurídica do pronunciamento.

A Lei 11.232/2005 preferiu, ainda, a utilização da fórmula “resolução de mérito” ao invés de “julgamento do mérito”, porque algumas das hipóteses do art. 269 não representavam, exatamente, julgamento da lide (inciso I), mas a ela se equiparavam apenas quanto à qualidade de imutabilidade que se sobrepunha aos efeitos da sentença (coisa julgada material). É o que ocorre quando as partes transigem (autocomposição) ou quando o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição.

O pronunciamento condenatório não põe fim ao processo. Ao órgão jurisdicional, proferida sentença condenatória, compete realizar materialmente as operações práticas para satisfazer o direito do credor, após requerimento deste, no mesmo processo, *que ainda não tutelou o direito da parte vencedora*. Por essa mesma razão, a mera prolação de sentença condenatória não poderia mais ocasionar “o cumprimento e a finalização” do ofício jurisdicional (anterior art. 463, do CPC). O exaurimento da jurisdição só se ultima quando o órgão jurisdicional entregar à parte credora o bem da vida por ela buscado.

Como destaca Luiz Guilherme Marinoni,¹⁷³⁰

“somente agora, em razão da nova disciplina conferida à execução da sentença condenatória, a Lei 11.232/2005 alterou o art. 463 para demonstrar que o juiz não acaba e termina o ofício jurisdicional com a publicação da sentença”, de tal sorte que “a grande novidade, em termos de teoria da ação, é que *a ação não se exaure com a sentença de procedência e, por isso, o direito de ação não pode mais ser visto como direito a uma sentença de mérito*. O direito de ação é o direito à ação capaz de permitir a obtenção da tutela do direito.”¹⁷³¹

¹⁷²⁹ MATIDIERO, Daniel. *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

¹⁷³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. p. 269.

¹⁷³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 269.

3.12.2.4 A eficácia executiva da sentença condenatória

Segundo ressalta Teresa Arruda Alvim Wambier,¹⁷³² a sentença referida no art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005) não se insere no rol de sentenças executivas *lato sensu*, ou seja, que são auto-executáveis na mesma relação jurídico-processual em que proferidas e que não dão origem a título executivo.

Segundo, ainda, essa ilustre jurista, na hipótese de se tratar de sentença que determine o pagamento de quantia, seu cumprimento, a teor do que dispõe o art. 475-J do CPC, depende ainda do necessário requerimento do credor, após o que poderão ter início as atividades executivas, caso não haja o pagamento espontâneo.

Há, como ressaltou essa jurista, nítida diferença entre as hipóteses. A diferença entre uma sentença que determina, por exemplo, a reintegração do autor na posse de determinado imóvel, e aquela que condena o réu ao pagamento de quantia certa (art. 475-N, I, do CPC), está *na força executiva* de cada uma. Ambas as sentenças contêm força estatal suficiente para alterar a realidade fática em favor do autor, na mesma relação jurídica processual em que foram proferidas. A diversidade está na *imediatez* ou *mediatez* com que essa alteração se realiza, segundo *critérios eleitos pelo legislador processual*.

No caso das sentenças de procedência, proferidas em ações possessórias, o legislador não condiciona a implementação do julgado, ou seja, sua execução, ao requerimento do autor. Transitando materialmente em julgado, o juiz, *ex officio*, determina a alteração do mundo fático, expedindo-se mandado de reintegração.

Já no caso das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia certa, entendeu por bem o legislador em condicionar sua efetivação à iniciativa do credor (art. 475-J, *caput*, do CPC).

¹⁷³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 94.

Em ambas as situações temos *processo sincrético*. Em ambos os casos *as sentenças possuem eficácia executiva*. Mas as sentenças proferidas nas ações executivas *lato sensu* são *imediativamente executivas*, ao passo que aquelas proferidas nas ações cognitivas condenatórias são *imediativamente executivas quanto à multa* (que incide independentemente de requerimento do credor) e *mediatamente executivas quanto à realização da execução por expropriação*, como remarcam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.¹⁷³³

Cassio Scarpinella Bueno¹⁷³⁴ afirma, com inteira razão, que não parece despropositado, muito pelo contrário, que se entenda que há uma *ordem* contida, embutida mesmo, no reconhecimento judicial de que alguém deve alguma prestação a outrem, inclusive no pagamento de soma em dinheiro. Segundo esse jurista, é mais do que hora que entendamos, todos, que o juiz *manda* quando decide; não *pede*, nem *faculta*, e tampouco aconselha - acrescentamos nós - de tal sorte que a atividade jurisdicional é contrária ao entendimento de que, cumprir o que o juízo *determina*, é um ato de benevolência do devedor.

De fato, ao condenar alguém ao cumprimento de determinada prestação, e não sendo atendido o comando contido na sentença, *é preciso que se entenda que o réu, ora devedor, perpetua no tempo conduta contrária ao Direito* e, enquanto permanecer nessa situação, o Estado-juiz tem o dever de restaurar a ordem jurídica violada.

3.12.2.5 A sentença declaratória e a inexistência de eficácia executiva

De todos os casos alistados no art. 475-N do CPC, aquele que tem suscitado maiores controvérsias diz respeito à sentença condenatória, título executivo judicial por excelência. A redação original do Código de 1973 (art. 585, I,

¹⁷³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil* 2, p. 144.

¹⁷³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução* 3, de títulos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136, 2006.

do CPC, ora revogado) dizia constituir título executivo judicial “a sentença condenatória proferida no processo civil”. Já o art. 475-N, I, do CPC, alude a “sentença (...) que reconheça a existência de obrigação de (...) pagar quantia”.

A redação anterior eliminava a executividade das sentenças de carga exclusivamente declaratória ou preponderantemente constitutiva. Não existindo, na verdade, sentença pura, pois todo pronunciamento jurisdicional constitui feixe de eficácias, a dicção legal se reduzia a identificar nos pronunciamentos dotados de eficácia condenatória principal o efeito executivo.

Na realidade, nada mudou. De fato, trata-se de sentença condenatória, ou com carga preponderantemente condenatória. O reconhecimento da existência da prestação a cargo do vencido é um passo adiante da declaração. O verbo condenar, e suas variantes, é utilizado em vários dispositivos do Código de Processo Civil (v.g., 20, 22, 28, 32, 80, 290, 267, § 2º etc.). É a lição de Araken de Assis, com a qual concordamos integralmente.¹⁷³⁵

O eminente processualista e Ministro Teori Albino Zavascki vislumbra executividade nas sentenças declaratórias que definam de modo completo uma norma jurídica individualizada contendo prestação exigível de pagar quantia, a ponto de ressaltar que também constituem títulos executivos judiciais.¹⁷³⁶

¹⁷³⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 27.1, p. 157.

¹⁷³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*, p. 307-308: “Não é exaustivo o rol dos títulos executivos judiciais do art. 584 do CPC. Outros provimentos jurisdicionais possuem força executiva, que lhes é atribuída ou por disposição normativa explícita, ou pelo próprio sistema. Na verdade, conforme sustentamos, todas as sentenças proferidas no processo civil que definam, de modo completo, uma norma jurídica individualizada, contendo prestação exigível de pagar quantia, são títulos que, até por decorrência constitucional, ensejam ao credor, desde logo, a postulação da tutela satisfativa do direito. Sentença semelhante, quando definir prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa, constitui título que enseja atividade executiva desenvolvida na própria relação processual cognitiva (arts. 461 e 461-A). Ao legislador ordinário não é dado negar executividade a norma jurídica concreta certificada por sentença se nela estiverem presentes todos os elementos identificadores da obrigação (sujeitos, prestação, liquidez, exigibilidade), pois isso representaria atentado ao direito constitucional à tutela executiva, que é inerente e complemento necessário do direito de ação. Tutela jurisdicional que se limitasse à cognição, sem medidas complementares para ajustar os fatos ao direito declarado na sentença, seria tutela incompleta. E, se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, *por sentença*, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, novamente, a juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa que não *a de um resultado já prefixado*, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional. Portanto, repetimos: não há como negar executividade à sentença que contenha definição completa da norma jurídica individualizada, com as características acima assinaladas”.

Argumenta esse jurista que não haveria razão lógica para submeter o vencedor de semelhante demanda a outra que chegaria ao mesmíssimo resultado, e que o sistema não pode negar executividade a tal sentença, sob pena de grave incoerência, na medida em que não outorgaria tutela efetiva ao direito já reconhecido.¹⁷³⁷

Alista hipóteses previstas no CPC-73 para sustentar seu respeitável posicionamento: a) a de que trata o art. 76 quando, ao julgar a denunciação da lide, o juiz *declara* conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos; b) a de que trata o art. 899, § 2º, no julgamento da ação consignatória em que o depósito oferecido pelo autor foi insuficiente, propiciando que o juiz *determine* o montante da insuficiência ainda devido pelo autor; c) a de que trata o art. 918, quando, ao decidir ação de prestação de contas, o juiz *declara*, na sentença, o montante de saldo credor (que pode favorecer o autor ou o réu).¹⁷³⁸

Esse também é o posicionamento de José Miguel Garcia Medina,¹⁷³⁹ o qual destaca que a “expressão ‘reconheça a existência de obrigação’, segundo entendemos, significa que *a sentença deve conter todos os elementos da relação jurídica obrigacional*, identificando, precisamente, partes credora e devedora, natureza e objeto da obrigação, etc”.

No mesmo sentido, encontra-se o entendimento de Humberto Theodoro Júnior.¹⁷⁴⁰

¹⁷³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*, p. 308.

¹⁷³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*, p. 309-310.

¹⁷³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. A sentença declaratória como título executivo – considerações sobre o art. 475-N, inc. I do CPC. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, p. 122-123, 2006.

¹⁷⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, n. 662, p. 71: “De fato, se nosso direito positivo caminhou para a outorga de força de título executivo a todo e qualquer documento particular em que se retrate obrigação líquida, certa e exigível, por que não se reconhecer igual autoridade à sentença declaratória? Esta, mais do que qualquer instrumento particular, tem a incontestante autoridade para acertar e positivar a exigência de obrigação líquida, certa e exigível. Seria pura perda de tempo exigir, em prejuízo das partes e da própria Justiça, a abertura de um procedimento condenatório em tais circunstâncias. Se o credor está isento da ação condenatória, bastando dispor de instrumento particular para acertar-lhe o crédito descumprido pelo devedor inadimplente, melhor será sua situação de acesso à execução quando estiver aparelhado com prévia sentença declaratória onde se ateste a existência de dívida líquida e já vencida”. O eminente autor registra (Idem, ibidem): “Observe-se, porém, que nem toda sentença declaratória pode valer como título executivo, mas apenas aquela que, na forma do art. 4º, I, do CPC, se refira à existência de relação obrigacional já violada pelo devedor. As que se limitam a conferir certeza à relação de que não conste dever de realizar modalidade alguma de prestação (v.g., a de nulidade de negócio jurídico, ou de inexistência de dívida ou obrigação), não terão,

Com o devido respeito às opiniões em contrário, não vemos como vislumbrar no art. 475-N, I, do CPC, executividade das sentenças declaratórias, a não ser na parte que diga respeito às verbas de sucumbência.¹⁷⁴¹ A sentença declaratória vale como preceito entre as partes, declarando a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou falsidade ou autenticidade de documento.

Não nos convence, *data maxima venia*, a assertiva de que a sentença que reconheça a existência de obrigação, com perfeita individualização ativa e passiva no plano do direito obrigacional, valha como título executivo, porque “não haveria sentido” em obrigar o vencedor a promover nova demanda, agora visando a agregar comando condenatório ao preceito declaratório.

Há que se divisar sentença puramente declaratória de sentença com preponderante carga condenatória. Esta última, evidentemente, possui também eficácia declaratória. A obrigação descumprida é reconhecida, mas o órgão jurisdicional, além de certificar sua existência agrega-lhe eficácia executiva, preordenando, desde logo, as medidas executivas a serem desencadeadas na fase subsequente (executiva).

Tem-se utilizado, para sustentar que a sentença declaratória possui eficácia executiva, o exemplo das ações que visam à compensação tributária. Uma vez não sendo possível sua realização, faculta-se a parte a execução contra a Fazenda Pública, com o recebimento dos valores devidos por meio de precatório ou requisição de pequeno valor. Esse posicionamento jurisprudencial foi firmado a partir de voto vencedor do Ministro Teori Albino Zavascki, no Superior Tribunal de Justiça.¹⁷⁴²

obviamente, como desempenhar o papel de título executivo, já que nenhuma prestação terá a parte a exigir do vencido. (...). A reforma efetuada pela Lei n. 11.232, de 22.12.2005, na definição do título executivo fundamental (art. 475-N, inc. I), acolheu as ponderações da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da boa doutrina que lhe deu fundamentação, já que para conferir a natureza executiva a uma sentença civil não exige seja ela tipicamente um julgado condenatório, mas que contenha o reconhecimento da existência de obrigação a ser cumprida por uma parte em favor da outra”.

¹⁷⁴¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 61.

¹⁷⁴² Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SENTENÇA DECLARATÓRIA DO DIREITO DE CRÉDITO CONTRA A FAZENDA PARA FINS DE COMPENSAÇÃO. SUPERVENIENTE IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAR. EFICÁCIA EXECUTIVA DA SENTENÇA DECLARATÓRIA, PARA HAVER A REPETIÇÃO DO INDÉBITO POR MEIO DE PRECATÓRIO. 1. No atual estágio do sistema do processo civil brasileiro não há como insistir no dogma de que as

Não é que a sentença declaratória, em demanda com semelhante objeto, “transforme-se” em sentença equiparada às condenatórias. Na realidade elas sempre foram sentenças declaratórias, *mas com preponderante eficácia condenatória*.

O órgão jurisdicional, ao reconhecer a existência de créditos e débitos recíprocos, e determinar a realização de compensação até o encontro de contas, *em última análise, está condenando a Fazenda Pública a restituir aquilo que indevidamente cobrou*.

Se a compensação não é possível (v.g., a empresa fechou, não tendo débitos futuros a compensar com créditos reconhecidos judicialmente), ou por qualquer motivo não interessa a parte vencedora essa forma de satisfação, ela pode obter a *mesma* (mesmíssima!) restituição, pela via da execução contra a Fazenda Pública.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁷⁴³ ressaltam que

“não há qualquer razão para se criar uma nova modalidade de sentença declaratória, já que a natureza da sentença deve ser visualizada em sua extensão para a prestação da tutela jurisdicional. Se a sentença do art. 475-N, I, não é suficiente para prestar a tutela jurisdicional do direito, ficando essa na dependência do cumprimento de uma obrigação, é intuitivo que tal sentença não pode ser definida como se fosse satisfativa (como se bastasse por si mesma), mas sim como uma sentença que depende de meios de execução”.

sentenças declaratórias jamais têm eficácia executiva. O art. 4º, parágrafo único, do CPC considera ‘admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito’, modificando, assim, o padrão clássico da tutela puramente declaratória, que a tinha como tipicamente preventiva. Atualmente, portanto, o Código dá ensejo a que a sentença declaratória possa fazer juízo completo a respeito da existência e do modo de ser da relação jurídica concreta. 2. Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional. 3. A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido. 4. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ, 1ª T., REsp. 588202/PR (200301694471), rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 10.02.2004, DJ 25.02.2004, p. 123).

¹⁷⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 107-108.

O Código de Processo Civil, às vezes, impropriamente deixa de utilizar o verbo *condenar* para se referir à sentença condenatória. O art. 76 do CPC é um dos melhores exemplos disso. Ao estabelecer que o juiz ao julgar a denúncia à lide “declara” o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos, na realidade não se valeu da melhor técnica redacional. O provimento jurisdicional é, sem dúvida nenhuma, *preponderantemente condenatório*.

Da mesma forma, algumas vezes, o pronunciamento jurisdicional nas demandas tributárias, visando à restituição de quantias pagas indevidamente, deixa de dizer “condeno o réu a restituir”, mas nem por isso deixará de ser condenatório, se do seu comando emergir indubitavelmente que a carga condenatória é preponderante.

Tanto nessa hipótese quanto em outras (art. 899, § 2º e 918, do CPC) o legislador disse menos do que quis dizer, mas nem por isso, ou seja, por meros equívocos terminológicos, pode-se vislumbrar a existência de sentenças declaratórias com força executiva ao lado das sentenças meramente declaratórias.

Está correto, neste particular, Vicente Greco Filho¹⁷⁴⁴ ao dizer que é preciso atentar que *a natureza condenatória da sentença está em sua essência e não em suas palavras*. Esse autor cita, como exemplo, sentenças proferidas com base nos arts. 76 e 918 do CPC para demonstrar que, em caso de procedência, *elas terão conteúdo condenatório*.

No caso específico da ação de consignação em pagamento e da ação de prestação de contas, não se esqueça que se tratam de ações dúplices, em que o réu formula pedido em contestação, sendo, pois natural que a sentença possa “determinar” ou “declarar” o montante devido ao seu favor.

Nas ações tributárias, o “reconhecimento da obrigação da Fazenda Pública em restituir” representa, sem dúvida alguma, condenação da parte ré à devolução de valores pagos indevidamente pelo autor (art. 165 do CTN).

Compensação ou *execução contra a Fazenda Pública* são maneiras diferentes, legalmente previstas pelo sistema, que autorizam a *satisfação* do direito do vencedor (Lei 8.383/1991, art. 66, *caput*, e § 2º e Lei 9.430/1996, arts. 73 e 74).

¹⁷⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 24-25.

Na verdade, no exemplo em questão, não há sentença declaratória pura. Como já ressaltamos anteriormente, *o modo de satisfação é estabelecido pelo legislador, mas isso não altera a natureza dos provimentos jurisdicionais proferidos*. O que era condenatório continua sendo condenatório, ainda que admita satisfação fora da relação jurídica processual (compensação), ou seja executável em outra demanda (execução contra a Fazenda Pública).

Logo, não entendemos que o legislador tenha criado uma nova espécie de sentença declaratória, qual seja, declaratória com força executiva, ao lado da meramente declaratória.¹⁷⁴⁵

Em abono ao posicionamento aqui adotado, está a lição de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini,¹⁷⁴⁶ os quais ressaltam ainda a inconstitucionalidade formal do dispositivo em análise, vez que, partindo o Projeto de Lei que foi convertido na Lei 11.232/2005 da Câmara de Deputados, mas tendo havido mudança substancial de conteúdo no Senado Federal, deveria voltar à Casa originária para apreciação da alteração, o que não se deu (art. 65, parágrafo único, da CF).

Pretendendo a parte autora executar sentença declaratória que tenha apenas declarado a existência de obrigação, sem agregar qualquer conteúdo condenatório ao julgado, deverá o juiz, utilizando-se de seus poderes decisórios, indeferir semelhante requerimento executivo.

¹⁷⁴⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, n. 27.1, p. 158: “(...) parece inútil separar sentença condenatória e sentença de condenação, através de simples jogo de palavras, para explicar tais hipóteses. Constitui impropriedade grave, neste terreno, ignorar a multiplicidade de eficácias de cada provimento e outorgar efeito executivo ao elemento declaratório”.

¹⁷⁴⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 62: “Então, de duas uma. Caso se entenda que a mudança de redação havida no Senado alterou substancialmente o sentido e alcance da regra, impõe-se reconhecer sua inconstitucionalidade formal e conseqüente inaplicabilidade. Caso se repute que se tratou de mera alteração redacional, que não modificou o sentido original da regra tal como aprovado na Câmara, o dispositivo é constitucional. Mas, nessa segunda hipótese, isso significa que, mesmo em face da redação ora dada ao dispositivo, permanecem sendo títulos executivos apenas as sentenças propriamente condenatórias (e não também aquelas que acolham pedidos meramente declaratórios de existência da obrigação). Em suma, em qualquer das duas hipóteses, fica descartado que a sentença meramente declaratória da existência do crédito constitua título executivo. Entre as sentenças judiciais civis, permanecem constituindo título executivo apenas aquelas que contenham em si mesmas a eficácia condenatória”.

3.12.2.6 A inexistência de fixação de nova verba honorária e do pagamento de novas custas

Sendo o cumprimento de sentença uma fase dentro da mesma relação jurídica processual em que proferida a sentença condenatória, não há que se falar em fixação de nova verba honorária, além daquela contida no título executivo judicial.¹⁷⁴⁷ -¹⁷⁴⁸

Apesar de o art. 20, § 4º, do CPC, prever a fixação de honorários advocatícios para as execuções, embargadas ou não, deve ser afastada sua aplicação no cumprimento de sentença.

Esse dispositivo deve ser entendido dentro do contexto do processo de execução anteriormente à Reforma de 2005, quando a execução sempre se

¹⁷⁴⁷ Contra, na doutrina: SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 567-568, 2006; BUENO, Cassio Scarpinella. Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005, p. 159; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 108-109; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Execução de títulos judiciais que reconhecem obrigação de pagar quantia. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 151, p. 49-50, set.- 2007.

¹⁷⁴⁸ Contra, na jurisprudência: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA - CABIMENTO - ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - INADIMPLÊNCIA DO EXECUTADO - NECESSIDADE DO ADVOGADO - EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS - PREVISÃO EXPRESSA DE IMPOSIÇÃO DA VERBA HONORÁRIA - SEMELHANÇA COM A SISTEMÁTICA ANTERIOR. Se o devedor não satisfaz a obrigação líquida e certa, consubstanciada em um título judicial, é óbvio que o requerimento do exequente será necessário, já que a fase executiva não é ato de ofício do Magistrado e assim exige o artigo 475-J do Estatuto Processual. Logo, a inadimplência do executado rende ensejo à atuação do credor, por intermédio de seu advogado, que, mesmo com as diversas reformas implantadas, não foi dispensado de postular em juízo. A Lei 11.382/06, ao inserir o artigo 652-A, reformulando a execução de títulos extrajudiciais, determinou expressamente a estipulação de honorários quando do despacho da petição inicial. Por uma questão analógica, perfeitamente aplicável à espécie o regramento ali previsto, notadamente porque o artigo 20, § 4º, Código de Processo Civil, não sofreu qualquer modificação, utilizando a expressão execução e não processo de execução. A bem da verdade, não houve modificação estrutural do instituto da execução. Foram, sim, feitas algumas modificações, com a dispensa de um processo autônomo, exigindo-se, tão-somente, a instauração de uma fase executiva. Contudo, o arcabouço permanece inalterado, salvo alterações pontuais, tanto que se possibilita, ainda, o oferecimento da impugnação de sentença, que guarda fortes semelhanças com os embargos à execução. Ademais, se o legislador previu a multa de 10%, como mecanismo de intimidação do devedor, parece contraditório excluir a verba honorária, sob pena de retirar a efetividade do instituto. Na sistemática anterior, a jurisprudência já havia pacificado o cabimento da condenação honorária nas execuções judiciais, com muito razão deve ser aplicada no novo regramento, cuja principal finalidade é forçar o cumprimento da obrigação, em razão da necessidade de efetividade do provimento jurisdicional. Voto vencido: Por não se tratar mais de um processo de execução propriamente dito, é descabida a fixação de honorários advocatícios no despacho inicial que determina a intimação do devedor para cumprimento de sentença condenatória.” (TJMG, 14ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0145.02.016771-7/001(1), rel. Des. Renato Martins Jacob. j. 31.05.2007, DJ. 22.06.2007).

desenvolvia por meio de ação executiva, que instaurava processo executivo.¹⁷⁴⁹ Entendimento em contrário, também levaria à nova fixação de verba honorária no cumprimento de sentenças que reconheçam obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa, quando o autor tenha que peticionar ao juízo denunciando o descumprimento da obrigação.

Logo, no cumprimento de sentença, além de inexistir fixação de nova verba honorária, não haverá também o pagamento de novas custas pelo credor, como haveria se propusesse nova demanda.¹⁷⁵⁰ Por óbvio, o credor deve antecipar as despesas necessárias ao cumprimento dos atos executivos, como a realização da penhora e intimação do devedor ou de seu advogado (art. 19 do CPC). Assim, não precisa pagar custas pelo ajuizamento de ação de execução, mas exigindo a lei estadual o pagamento de custas para a realização de cada ato, deve o credor antecipar-lhes o pagamento.

3.12.2.6.a Possibilidade de fixação de nova verba honorária e do pagamento de novas custas na execução individual de sentença coletiva

Há exceção à regra de que não haverá o pagamento de novas custas e fixação de verba honorária, no cumprimento de sentença. Tratando-se de liquidação e execução individual de sentenças coletivas, a execução realiza-se no

¹⁷⁴⁹ Em abono: “LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PAGAMENTO. Prazo de 15 dias contados a partir da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, sob pena de multa de 10%. Entendimento de que o cumprimento da sentença deve ser requerido pelo credor, com apresentação de memória discriminada e atualizada do cálculo. Inteligência dos arts. 475-B e 475-J, § 5º, ambos do CPC. Fixação de honorários advocatícios caso se inicie ‘a fase de execução’. Inadmissibilidade. Procedimento que se processa, de acordo com a Lei nº 11.232/2005, nos mesmos autos e sem instauração formal de nova relação jurídica. Agravo de instrumento parcialmente provido.” (TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 1.123.528-0/7, rel. Des. Cristina Zucchi. j. 26.09.2007, unânime).

¹⁷⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*, p. 143: “Houve, assim, *unificação procedimental* entre a ação condenatória e a ação de execução, quanto ao cumprimento de sentença que reconhece a existência de obrigação de pagar quantia certa. (...). A regra do art. 475-J do CPC, assim, ao unificar procedimentalmente as ações condenatórias e de execução, encontra-se em sintonia com as modificações processuais realizadas na última década. Conseqüentemente, como as atividades jurisdicionais correspondentes a estas ações realizam-se na mesma relação jurídico-processual, não mais se justifica a cobrança de custas para a execução da sentença, sendo desnecessária, também, nova citação do réu/executado”.

domicílio do autor (art. 6º, VIII e 98, § 2º, I, da Lei 8.078/1990). Enfim, ele, de posse de certidão do feito principal, ou de cópias autênticas deste, em seu domicílio promove a liquidação e o cumprimento de sentença.

Nesse ponto, anota Sérgio Shimura,¹⁷⁵¹ “a fase executiva se dá mediante instauração de novo processo, com a liquidação individual de cada lesado, seguindo-se o respectivo cumprimento da sentença liquidanda”.

Nessa hipótese, não vemos como dispensar o ajuizamento de ação de execução de título judicial, com a necessidade de o autor pagar custas correspondentes, e o juiz fixar verba honorária ao seu advogado, em caso de pronto pagamento. A execução individual não será processada nos próprios autos da demanda coletiva, mas sim em processo autônomo, o que impõe a necessidade do pagamento de custas correspondentes ao ajuizamento.

Por outro lado, o demandado não pode depositar, na ação coletiva, quantia certa, vez que sequer sabe quem são os atingidos por seu ato ilícito, que só aparecem, posteriormente, através de liquidações e execuções individuais. Também o demandado não sabe a quantia devida a cada vítima, a qual deve ser apurada em cada feito, individualmente. Na sentença coletiva, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando-se a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do CDC). Cabe a cada interessado, individualmente, por meio de ação individual demonstrar a sua condição de lesado e a extensão dos danos provocados.¹⁷⁵²

Pela necessidade de se propor ação de execução autônoma em execução individual de sentença coletiva, já se manifestou Luiz Rodrigues Wambier:¹⁷⁵³

¹⁷⁵¹ SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005, p. 580.

¹⁷⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 784: “Logo se vê que o fato de a condenação ser genérica não significa que a sentença não seja certa, ou precisa. A certeza é condição essencial do julgamento, devendo o comando da sentença estabelecer claramente os direitos e obrigações, de modo que seja possível executá-la. E essa certeza é respeitada, na medida em que a sentença condenatória estabelece a obrigação de indenizar pelos danos causados, ficando os destinatários e a extensão da reparação a serem apurados em liquidação de sentença. A sentença genérica do art. 95 é, portanto, certa e ilíquida.”

¹⁷⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A Lei 11.232/2005, o direito intertemporal e a execução coletiva. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 145, p. 353, mar.- 2007.

“(...) mesmo que se entenda possível submeter a sentença coletiva ao regime de execução do art. 475-J do CPC, necessariamente, em nosso entender, essa pretensão terá de ser veiculada em petição inicial própria: o credor exequente não participou da relação processual cognitiva que deu origem ao título executivo judicial. Por isso, ao se apresentar ao Poder Judiciário como beneficiário daquela sentença, postulando sua execução forçada, a satisfação desse seu direito exigirá a instauração de nova relação processual (executiva), agora entre o credor individual e o devedor condenado no título”.

Ademais, o advogado do credor, em regra, não é o mesmo advogado que patrocinou os interesses do autor da ação coletiva, pelo que faz jus à fixação de verba honorária, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

A jurisprudência tem acolhido esses argumentos.¹⁷⁵⁴

Registre-se ainda que, pelos mesmos motivos anteriores, é devida a fixação de verba honorária nas execuções individuais de sentenças coletivas proferidas contra a Fazenda Pública, mesmo diante do contido no art. 1º-D da Lei 9.494/1997, acrescentado pela MP nº 2.180-35, de 24-08-2001, que estabelece: “Não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”. A jurisprudência tem afastado a aplicação desse dispositivo *na hipótese em exame*.¹⁷⁵⁵

¹⁷⁵⁴ Nesse sentido: a) “ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. As execuções individuais de sentença coletiva têm um procedimento peculiar, diferente daquele comumente adotado para o cumprimento de sentença, uma vez que o credor geralmente não participa da demanda coletiva. Assim, a fase executiva não se apresenta como simples resultado da ação cognitiva, obrigando-se o proponente da execução a contratar um causídico e proceder à execução individual. É, portanto, perfeitamente cabível a fixação da verba honorária.” (TRF da 4ª Região, 3ª T., Agravo de Instrumento 200704000049354/PR, rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 11.12.2007, D.E 16.01.2008); b) “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REFERENTES AO PROCESSO DE CONHECIMENTO. VERBA HONORÁRIA RELATIVA AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. 1. Os critérios para a fixação dos honorários são objetivos, devendo o juiz sopesar em conjunto: a dedicação do patrono, a competência com que conduziu os interesses da parte, a complexidade da causa, bem como o tempo despendido desde o início da ação. 2. *In casu*, a sentença proferida em ação coletiva condenou a ré ao pagamento de 10% (dez por cento) a título de honorários sucumbenciais aos procuradores. No cumprimento da sentença, foi arbitrado pelo i. magistrado *a quo* valor referente aos honorários da execução - que entende devidos, visto que se trata de execução individual de sentença proferida em ação coletiva - no valor de 5% sobre o montante pleiteado. 3. São devidos aos exequentes dois tipos de honorários: os referentes ao processo de conhecimento e os referentes ao cumprimento de sentença, fixados pelo i. magistrado *a quo*. Nesse sentido, a exceção de pré-executividade proposta pelo executado não tem o condão de retirar dos agravantes o direito à cobrança dos devidos honorários, visto que arbitrados para fins distintos.” (TRF da 4ª Região, 3ª T., Agravo de Instrumento 200704000094694/RS, rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 18.09.2007, D.E. 03.10.2007).

¹⁷⁵⁵ Nesse sentido: a) “AGRAVO REGIMENTAL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nas execuções individuais contra a Fazenda Pública, procedentes de sentença

Assim, é perfeitamente possível ao juiz, fazendo uso de seus poderes ordinatórios, fixar verba honorária na execução individual de sentença coletiva.

3.12.2.7 Multa pelo não pagamento de quantia fixada em sentença condenatória

3.12.2.7.a Natureza jurídica

em ação coletiva promovida por sindicato ou entidade de classe, o credor deve individualizar e liquidar o crédito, demonstrando sua titularidade, razão pela qual são devidos os honorários advocatícios, ainda que não embargada a execução. 2. Inviável o exame de violação a dispositivos constitucionais em recurso especial. Competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal pelo artigo 102 da Constituição Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, 6ª T., Agravo Regimental no REsp 935588/RS (200700644854), rel. Des. Federal convocado do TRF da 1ª Região Carlos Fernando Mathias, j. 06.12.2007, *DJ* 19.12.2007, p. 1.257); b) “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO OU SINDICATO. CABIMENTO. NÃO-APLICAÇÃO DA MP Nº 2.180/2001. EFEITOS INFRINGENTES AOS ACLARATÓRIOS. PRECEDENTES. 1. Consoante entendimento firmado pela Corte Especial, é indevida a fixação de honorários advocatícios em execuções não embargadas contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 4º da Medida Provisória nº 2.180/01, desde que a execução tenha sido ajuizada após a edição de tal norma, não seja o crédito de pequeno valor nem se trate de execução de sentença proveniente de ação civil pública ou de ação coletiva proposta por associação ou sindicato como substitutos processuais. Precedentes. 2. *In casu*, cuida-se de execução de sentença proferida em ação coletiva, razão pela qual são cabidos honorários advocatícios. 3. ‘O recente entendimento desta Corte impõe acolher os declaratórios, com excepcional efeito modificativo, a fim de que prevaleça a função precípua deste Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a de uniformizar a aplicação e interpretação da matéria infraconstitucional’ (EDcl no AgRg no Ag 689.583/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 28/8/2006). 4. Embargos de declaração acolhidos, para fixar os honorários advocatícios em R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), conforme fixado na origem.” (STJ, 6ª T., Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 696525/RS (200501254223), rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11.12.2007, *DJ* 19.12.2007, p. 1.242); c) “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. MP Nº 2.180-35, DE 24.08.2001. AÇÃO COLETIVA. 1. Há desvirtuamento do devido processo legal na conduta que, desconsiderando o pedido de citação do devedor, efetua a sua intimação para que ele pague de modo voluntário. 2. Não fica isento do pagamento de verba honorária em ação de execução o credor que efetua o pagamento do débito judicial antes da sua citação, mas após a proposição da execução. Aplicação do princípio da causalidade. 3. A MP nº 2.180-35, de 24-08-2001, acrescentou o artigo 1º-D à Lei nº 9.494/97, estabelecendo não serem devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas. Todavia, tal ato normativo não tem aplicabilidade nas execuções individuais de julgado produzido em ação coletiva, uma vez que na sentença foi estabelecido apenas o dever genérico de indenizar, transferindo-se para a ação de cumprimento a carga cognitiva relacionada com o direito individual de receber a indenização (RESP 447566).” (TRF da 4ª Região, 3ª T., 200472070021508/SC, rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 28.06.2005, *DJU* 27.07.2005, p. 612).

O art. 475-J, *caput*, do CPC, estabelece o acréscimo de multa de dez por cento ao montante da condenação, caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias.

O percentual incide sobre o valor total da condenação, i.e., principal corrigido monetariamente, juros legais, e outras verbas que se aplicam legalmente ou por conta do que estiver contido no título.¹⁷⁵⁶

Essa multa tem natureza coercitiva e sancionatória, encontrando-se intimamente relacionada aos poderes coercitivos e sancionatórios de que o juiz se acha investido.

Na lição de Araken de Assis:¹⁷⁵⁷ “O objetivo da multa pecuniária consiste em tornar vantajoso o cumprimento espontâneo e, na contrapartida, onerosa a execução para o devedor recalcitrante.”

Observa Luiz Fux¹⁷⁵⁸ que a “letra da lei deixa entrever de forma inequívoca que a multa tem natureza de meio de coerção e reverte em favor do credor”.

Para Sérgio Shimura:¹⁷⁵⁹ “Esta multa, além do caráter *punitivo*, exerce também função coercitiva, no sentido de estimular e exortar o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação, com nítida feição de cláusula penal (legal).”

Ainda segundo esse autor:¹⁷⁶⁰ “Esta multa tem caráter punitivo, não meramente coercitivo ou inibitório, como sucede na multa diária, prevista nos arts. 461 e 461-A do CPC. Por conseguinte, a proposta dá a entender que descabe *multa diária* quando envolver cumprimento de sentença que tenha por objeto prestação de pagar quantia.”

¹⁷⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 734 nota 5 ao art. 475-J.

¹⁷⁵⁷ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 213.

¹⁷⁵⁸ FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 245.

¹⁷⁵⁹ SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005, p. 567.

¹⁷⁶⁰ SHIMURA, Sérgio. Cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio e NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, p. 246, 2005.

Segundo Olavo de Oliveira Neto:¹⁷⁶¹ “Com isso, tenta-se reverter a idéia de que a sentença condenatória é, em verdade, apenas uma exortação para que o condenado a cumpra, não havendo qualquer sanção para o caso de descumprimento. Agora, se não cumprida a decisão, incide a multa legal”.

Lamenta, com inteira razão, Rodrigo Barioni¹⁷⁶² o percentual fixo da multa, pois mais “adequado seria conferir ao juiz a possibilidade de estabelecer a multa diária em valor razoável, para o caso de descumprimento da obrigação de pagar, limitando a incidência da multa a percentual mais significativo (v.g., de 30% da integralidade do débito)”.

A multa é coercitiva na medida em que o juiz ao proferir a sentença condenatória ordena ao devedor que satisfaça a obrigação. Ao determinar o cumprimento da obrigação de pagar quantia, o pronunciamento jurisdicional prevê sanção para a hipótese de inadimplemento: a incidência da multa. Logo, ela funciona como medida executiva de coerção ou de execução indireta, que visa a estimular o devedor a satisfazer sua obrigação, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena da imposição do agravamento da obrigação. Não satisfeito o débito, incide, automaticamente, a multa, agora como medida executiva sancionatória.

O juiz não pode jamais fixar multa diária com base no art. 461, § 4º, do CPC, em se tratando de sentença condenatória que imponha a obrigação de pagar quantia certa. Esse poder coercitivo e sancionatório o magistrado não possui. A sanção prevista neste dispositivo diz respeito tão-só às obrigações de fazer, não fazer, ou, diante do contido no art. 461-A, § 3º, do CPC, às obrigações de entrega de coisa.

É o que, corretamente, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em acórdão da lavra do magistrado e jurista Joel Dias Figueira Júnior:

¹⁷⁶¹ OLIVEIRA NETO, Olavo. Novas perspectivas da execução civil – cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio e NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, p. 196, 2005.

¹⁷⁶² BARIONI, Rodrigo. Cumprimento da sentença: primeiras impressões sobre a alteração da execução de títulos judiciais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 534, 2006.

“Equivoca-se o Juiz que, em sentença de natureza condenatória ancorada em obrigação de dar (pagamento de soma em dinheiro), fixa multa diária de caráter coercitivo (*astreintes*) para a hipótese de descumprimento do julgado. Essa providência é admissível apenas em se tratando de demandas fundadas em obrigação de fazer, não fazer ou de entregar, por estarem revestidas de natureza mandamental ou executiva *lato sensu*.”¹⁷⁶³

Por outro lado, no que concerne à multa prevista no art. 461, § 4º do CPC, pode o juiz fixá-la ou não. Já a multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC decorre naturalmente da sentença condenatória, sem qualquer possibilidade de o juiz isentar o devedor do seu pagamento, caso não cumpra voluntariamente a obrigação.

A multa reverte em favor do credor, que é a pessoa prejudicada pela mora no pagamento. Tratando-se de pessoa jurídica devedora, ela deverá arcar com a multa, não seus sócios-gerentes ou diretores. Embora estes possam ser condenados ao pagamento de multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, nos termos do art. 14, V e parágrafo único, do CPC, por impedirem, de alguma forma o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa, e o próprio cumprimento de sentenças condenatórias ao pagamento de quantia (ocultação de bens, prática de atos fraudulentos etc), a multa do art. 475-J, *caput*, do CPC, não se confunde com aquela outra, pois decorre tão-só do inadimplemento.¹⁷⁶⁴

Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro:

“Visa a multa, evidentemente, a compelir o sucumbente ao pronto adimplemento de suas obrigações no plano do direito material, desestimulando as usuais demoras ‘para ganhar tempo’”. Por outro lado: “Ao fim e ao cabo, a condenação do juiz representa um *comando* dirigido ao réu condenado, e não um mero conselho ou advertência ou sugestão”.¹⁷⁶⁵

Registre-se que sempre foi equivocado o entendimento de que medidas coercitivas que estimulem o devedor ao cumprimento de pagar quantia

¹⁷⁶³ TJSC, 1ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível nº 2004.029694-0, rel. Des. Joel Figueira Júnior, DJ 07.06.2006.

¹⁷⁶⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 61.

¹⁷⁶⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 60.

certa seriam ineficazes, já que a obrigação consiste em pagar e o devedor não pagaria só porque teria que fazê-lo com um *plus*, como lembram Teresa Arruda Alvim Wambier e Arruda Alvim.¹⁷⁶⁶

As medidas coercitivas são eficazes no cumprimento de qualquer obrigação. Agora, diante de previsão legal expressa, certamente a jurisdição colherá bons resultados a partir da possibilidade de incidência da multa também nas obrigações de pagar quantia.

Ao se reconhecer o caráter coercitivo e punitivo da multa, seria possível cumulá-la com a multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC? Parece-nos que não, a não ser que a multa seja aplicada contra terceiro, estranho aos autos.

A multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC, visa a estimular o demandado a cumprir com exatidão os provimentos jurisdicionais, não criando embaraços à sua efetivação. Foi instituída voltada precipuamente ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC).

Observe-se que o art. 461, § 4º, do CPC permite ao juiz fixar, como medida de apoio, multa diária. Então pelo sistema atual é possível a imposição de multa diária, e, se ela não for suficiente a estimular o demandado ao cumprimento da obrigação, é possível ainda sancioná-lo com a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição. A multa diária tem natureza, primeiramente coercitiva, e secundariamente punitiva. No que diz com a multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição, parece-nos que ocorre o contrário.

De qualquer modo, em princípio, não nos parece possível a cumulação da multa de dez por cento prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC com aquela do art. 14, parágrafo único, do CPC, sob pena de *bis in idem*. Veja-se que a multa visa a estimular o devedor ao cumprimento da obrigação de pagar quantia e não realizada essa conduta, incide automaticamente. Penalizar mais uma vez o devedor *pelo mesmo motivo* é quebrar, sem dúvida alguma, o princípio de que é vedado o *bis in idem*.

¹⁷⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e ALVIM, Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 142, p. 13, dez.- 2006.

Entretanto, o devedor, na execução, não se livrará da multa por litigância de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC) ou por ato atentatório à dignidade da justiça (arts. 600 e 601 do CPC), caso pratique condutas subsumíveis ao catálogo legal, *cujos fundamentos não se prendem ao simples inadimplemento. A resistência injustificada às ordens judiciais* tem tipificação própria no art. 600, III, do CPC.

3.12.2.7.b Momento de incidência

O momento exato a partir de quando incide essa multa tem suscitado divergência na doutrina e na jurisprudência. Tem-se entendido ser necessária a intimação do devedor, para que se inicie o prazo para satisfação voluntária, sob pena de multa. Dividem-se os autores entre aqueles que entendem necessária a intimação pessoal do devedor¹⁷⁶⁷ e aqueles que entendem que essa intimação pode se dar na pessoa do advogado.¹⁷⁶⁸

¹⁷⁶⁷ SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005, p. 567 e BAUMÖL, Débora Inês Kram. *A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 118; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para cumprimento da sentença no prazo do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, p. 287-292, jun.- 2006; SANTOS, Evaristo Aragão. Breves notas sobre o “novo” regime de cumprimento de sentença. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, p. 34, 2006.

¹⁷⁶⁸ NOTARIANO JÚNIOR, Antonio e BRUSCHI, Gilberto Gomes. Os prazos processuais e o cumprimento da sentença. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, p. 46-49, 2006; BUENO, Cassio Scarpinella. Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005, p. 128 e ss., 2006; CUNHA, Graziela Santos e FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 135, p. 142, mai.- 2006; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Início do cumprimento da sentença. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2006, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 214, 2006. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 733, nota 4 ao art. 475-J averbam: “O devedor deve ser intimado para que, no prazo de quinze dias a contar da efetiva intimação, cumpra o julgado e efetue o pagamento da quantia devida. A intimação deve ser feita na pessoa de seu advogado, que é o modo determinado pela Reforma da L 11232/05 para a comunicação do devedor na liquidação de sentença e na execução para cumprimento de sentença. A intimação do advogado do devedor, que se faz, de regra, pela imprensa oficial, para o cumprimento do julgado é ato de ofício do juiz, em decorrência do impulso oficial do CPC 262. Outra forma que pode ser adotada para a intimação do devedor é o juiz, no dispositivo da sentença, determinar algo como: ‘Transitada em julgado, intime-se o devedor, na pessoa de seu advogado, para pagar em quinze dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor da condenação’. Pode fazer isso porque é providência que deve ser tomada *ex officio*”. Prosseguem (Idem, p. 733-734): “Intimado o devedor, na pessoa do seu advogado, pode cumprir (pagar) ou não cumprir o julgado (não pagar). O descumprimento desse dever de cumprir

Os Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo,¹⁷⁶⁹ do Estado do Rio de Janeiro,¹⁷⁷⁰ do Estado de Minas Gerais,¹⁷⁷¹ e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹⁷⁷² registram precedentes nesse último sentido.

Já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná pela necessidade de intimação do devedor, sem todavia estabelecer se ela pode ser na pessoa do advogado ou deve ser na pessoa do devedor, vez que não foi objeto da decisão agravada.¹⁷⁷³

voluntariamente o julgado acarreta ao devedor faltoso a pena prevista no *caput* do CPC 475-J: acresce-se ao valor do título 10% (dez) por cento, sob a rubrica de multa”.

¹⁷⁶⁹ “EXECUÇÃO – Título judicial – Processo único, envolvendo as fases de conhecimento e de execução – Inteligência da Lei 11.232/2005. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – Multa – Sanção de natureza processual coercitiva – Inteligência do art. 475-J, do CPC. EXECUÇÃO – Título judicial – Trânsito em julgado ou possibilidade de execução provisória – Juiz que deve proferir despacho informando o executado que terá início o curso do prazo para pagamento da dívida sem multa – Advogado que, quando for constituído, deverá ser intimado pela imprensa, ou, pessoalmente, no caso de ser dativo ou de haver patrocínio pela Procuradoria da Assistência Judiciária” (TJSP, 29ª Câmara da Seção de Direito Privado, Agravo de Instrumento 1067206-0/0, rel. Des. Sílvia Rocha Gouvêa, j. 20.09.2006, *RePro* 145/331).

¹⁷⁷⁰ “EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. AGRAVO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DO DEVEDOR PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, SOB PENA DE INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC. Intimação necessária para preservar a segurança jurídica, que deve se dar na pessoa do advogado do devedor, por publicação no Diário Oficial, observados os princípios da efetividade e da celeridade que regem o procedimento do cumprimento da sentença introduzido pela Lei 11.232/05. Precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Desprovimento do agravo.” (TJRJ, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 200700204364, rel. Ana Maria Oliveira, j. 20.03.2007).

¹⁷⁷¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LEI Nº 11.232/05. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. AUTONOMIA EXTINTA. CELERIDADE E EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. REALIZAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. Na dicção do artigo 475-J do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.232/05, que modificou substancialmente a execução de título judicial, o devedor deve ser intimado para cumprir a sentença no prazo de quinze dias, sob pena de multa de 10% (dez por cento). Em consonância com o espírito da lei que extinguiu a autonomia processual da execução de título judicial e aboliu a convocação do devedor mediante citação - ato de natureza pessoal - visando conferir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, a intimação do executado para o cumprimento do comando sentencial pode ser realizada na pessoa de seu advogado.” (TJMG, 14ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0024.02.868397-7/001(1), rel. Des. Renato Martins Jacob, j. 14.06.2007, *DJ* 02.07.2007).

¹⁷⁷² “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA DECORRENTE DO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. Não é necessária a intimação pessoal do devedor para a aplicação da multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil. A intimação do executado deve ser feita na pessoa de seu advogado, que é o modo determinado pela Lei 11.232/05 para a comunicação do devedor na liquidação de sentença e na execução para cumprimento da sentença. O descumprimento da sentença, no prazo legal assinalado, acarreta ao devedor faltoso a pena prevista no *caput* do artigo 475-J do CPC. Negou-se provimento ao recurso. Unânime.” (TJDFT, 4ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 20060020104139 (272741), rel. Des. Leila Arlanch, j. 13.11.2006, *DJU* 05.06.2007).

¹⁷⁷³ “AGRAVO DE INSTRUMENTO – Processo civil – Fase de cumprimento de sentença – Art. 475-J do CPC – Pretensão de aplicação de multa – Necessidade de prévia intimação da parte vencida para pagamento da dívida. Honorários advocatícios para a fase de cumprimento da sentença – Fixação

Parte minoritária da doutrina entende ser desnecessária qualquer intimação, ou seja, a multa incidiria pelo simples transcurso do prazo de 15 (quinze) dias, após tornar-se exequível a sentença.¹⁷⁷⁴ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios possui acórdão com esse entendimento.¹⁷⁷⁵ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também registra acórdãos nesse sentido.¹⁷⁷⁶

indevida – Negativa de provimento do agravo.” (TJPR, 18ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 379408-9, rel. Juiz Convocado Rui Portugal Bacellar Filho, j. 04.02.2007, *RePro* 148/223).

¹⁷⁷⁴ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Execução de títulos judiciais que reconhecem obrigação de pagar quantia. *Revista de Processo*, v. 151, p. 32-37.

¹⁷⁷⁵ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA JUDICIAL. MULTA DE 10% (DEZ POR CENTO). ARTIGO 475-J, CPC. INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE. DESNECESSIDADE. SUFICIÊNCIA DA PUBLICAÇÃO DO *DECISUM* EXEQÜENDO. INTELIGÊNCIA DO NOVO REGIME PROCESSUAL DA EXECUÇÃO. 1 - Com a nova redação dada ao artigo 475-J do CPC pela Lei 11.232/2005, o processo não mais se encerra com a sentença de mérito, protraindo-se até o seu integral cumprimento ou perda do direito exequendo. 2 - Desse modo, não mais necessário se faz novo chamamento ao processo do réu, para efeito de cumprimento da sentença e mesmo para a incidência da multa de 10% (dez por cento) prevista no artigo 475-J do CPC, pois suficiente a intimação do advogado da parte, pela Imprensa Oficial. 3 - À luz do Código de Processo Civil, a intimação se dá na pessoa do advogado, como regra, sendo excepcional a intimação pessoal da parte. Logo, não tendo o novo regramento processual exigido essa forma de intimação, correta se mostra a decisão agravada que, após a publicação da sentença e demonstrado o inadimplemento do quantum exequendo, fez incluir na execução o valor da dízima legal. 4 - Agravo improvido. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 20070020058340 (279917), rel. Des. Cruz Macedo, j. 15.08.2007, *DJU* 06.09.2007). No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “EXECUÇÃO - CÁLCULO - MULTA DO ART. 475-J, DO CPC - DISPOSITIVO DE SENTENÇA - PRECLUSÃO - MÉRITO - DISPENSA DE INTIMAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - INCLUSÃO. A aplicação da multa de 10% foi determinada no caso de não cumprimento voluntário da sentença, independentemente de nova intimação. Se as razões do recurso de Agravo de Instrumento atingem o fundamento da sentença, cabia a parte interpor Apelação, o que não fez, operando-se a preclusão. A multa do art. 475 - J, do CPC, pelo não pagamento do montante da condenação, no prazo de 15 dias, incide independentemente de intimação para cumprimento. Honorários advocatícios devidos, ainda que unificadas procedimentalmente as ações de conhecimento e de execução, posto que a decisão não foi cumprida voluntariamente, necessitando de profissional habilitado para requerer a execução. Voto vencido: Após o advento da Lei 11.232/05, não são mais devidos, na fase de cumprimento da sentença, honorários advocatícios de sucumbência.” (TJMG, 15ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0702.06.285009-5/001(1), rel. Des. Mota E Silva, j. 31.05.2007, *DJ* 19.06.2007).

¹⁷⁷⁶ Nesse sentido: a) “EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS POR ACIDENTE DE VEÍCULO. Pagamento da quantia certa ou já fixada em liquidação. Prazo de quinze dias. Artigo 475-J, do Código de Processo Civil. Contagem a partir da exigibilidade da sentença condenatória, isto é, do trânsito em julgado. Intimação ou citação. Irrelevância. Recurso provido, e declaração ‘ex officio’, de aplicação de multa, independentemente de intimação.” (TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 1.082.761-0/0, rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 06.02.2007); b) “EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Desnecessidade de intimação do executado para cumprimento da sentença. Conforme a nova sistemática do Código de Processo Civil, prevista do artigo 475-J, e seus parágrafos, o devedor condenado ao pagamento de quantia certa terá 15 dias para efetuar o pagamento. Não o fazendo, o montante da condenação será acrescido de multa de 10%. E isso ocorre independentemente de intimação do devedor para pagamento, fluindo o prazo da intimação da publicação da sentença. Não se trata de ‘astreinte’, mas de pena, a semelhança da multa contratual. Pagamento não estará na dependência de requerimento do credor e, para evitar a multa, tem o devedor que tomar a iniciativa de cumprir a condenação no prazo legal, que flui a partir do momento em que a sentença se torna exequível. Incidência da multa de 10%. Recurso provido.” (TJSP, 20ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 7.109.675-2, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 13.02.2007).

Desde o momento em que a sentença (ou acórdão com conteúdo de sentença) se torne exeqüível, por ter transitado materialmente em julgado, ou porque houve interposição de recurso sem efeito suspensivo, tem início o prazo de 15 (quinze) dias para satisfação voluntária da obrigação, sob pena de multa.

É o posicionamento do Ministro Athos Gusmão Carneiro, Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual, e que elaborou o Projeto convertido na Lei 11.232/2005:¹⁷⁷⁷

“Assim, na sentença condenatória por quantia líquida (ou na decisão de liquidação de sentença), a lei alerta para o *tempus iudicati* de quinze dias, concedido para que o devedor cumpra voluntariamente sua obrigação. Tal prazo passa *automaticamente* a fluir, independentemente de qualquer intimação, da data em que a sentença (ou o acórdão – CPC, art. 512) se torne exeqüível, quer por haver transitado em julgado, quer porque interposto recurso sem efeito suspensivo.”

Segundo o Ministro Luiz Fux:¹⁷⁷⁸

“Vencido o prazo do trânsito, se a execução for definitiva, ou transcorrido o prazo da publicação da decisão recorrível só no efeito devolutivo (e descumprida esta), inicia-se o ‘cumprimento da sentença por execução’”. Por outro lado, “a prévia ciência do próprio devedor destinatário da sentença quanto ao reconhecimento de sua obrigação dispensa nova citação ou intimação para pagamento”.¹⁷⁷⁹

Entendemos, com o máximo respeito ao entendimento em contrário e que é sustentado por respeitável doutrina, não ser necessária intimação pessoal do devedor para pagamento voluntário como pressuposto da incidência da multa,

¹⁷⁷⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença” conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?, p. 69. Ainda, do mesmo autor, conferir *Cumprimento da sentença civil*, p. 53. Em abono encontra-se o posicionamento de: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, p. 51: “Não tem cabimento a multa se o cumprimento da prestação se der dentro dos quinze dias estipulados pela lei. Vê-se, destarte, que o pagamento não estará na dependência de requerimento do credor. Para evitar a multa, tem o devedor que tomar a iniciativa de cumprir a condenação no prazo legal, que flui a partir do momento em que a sentença se torna exeqüível”. Conferir, ainda, no mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 212: “O prazo flui da data em que a condenação se tornar exigível. (...). Vencido o interregno de quinze dias, automaticamente incidirá a multa de 10% (dez por cento). Por tal motivo, constará da planilha que instruirá o requerimento executivo”.

¹⁷⁷⁸ FUX, Luiz. *O novo processo de execução*, p. 245.

¹⁷⁷⁹ FUX, Luiz. *O novo processo de execução*, p. 246.

porque dispensar nova citação (regime anterior à Reforma de 2005) para exigir-se intimação - que poderia não se implementar (devedor não encontrado ou que se oculta, v.g.) - levaria a um aumento no prazo de implementação da tutela jurisdicional executiva. Imagine-se a situação em que o devedor não é localizado. Ter-se-ia que intimá-lo por edital? Ao que tudo indica, *data maxima venia*, não.

Por outro lado, imagine-se a situação de devedor com domicílio em local diverso daquele do foro da execução, e o credor não faça uso da faculdade prevista no art. 475-P, parágrafo único, do CPC. Ter-se-ia que expedir carta precatória para sua intimação visando ao pagamento.

A Reforma de 2005 aumentou, sensivelmente, a responsabilidade do advogado no processo e na tutela dos interesses do seu cliente, tendência que se confirma com a Lei 11.382/2006. Basta lembrar que, no cumprimento de sentença, a intimação do auto de penhora e avaliação pode ser realizada na pessoa do advogado (art. 475-J, § 1º, do CPC). A partir daí flui o prazo para impugnação. Uma vez não oposta ocorre preclusão. Trata-se de ônus imposto ao devedor, gerado pela intimação do seu advogado.

Uma vez intimado da sentença condenatória, na pessoa do seu advogado, o devedor estará automaticamente cientificado a satisfazer voluntariamente a obrigação, quando o título se tornar exequível, ainda que provisoriamente (art. 475-O do CPC e art. 475-I, § 2º do CPC). A obrigação e respectiva sanção decorrem de lei. O devedor é representado por advogado. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (art. 3º, da LICC). O art. 475-J, do CPC não exige intimação pessoal do devedor. Basta a publicação da sentença para que decorram daí os efeitos almejados pela norma.¹⁷⁸⁰

E se for o credor quem postular a intimação do devedor para pagamento no prazo de quinze dias, sob pena de multa? Cabe ao juiz indeferir tal medida, utilizando-se de seus poderes decisórios. Com base nos poderes saneatórios, deve determinar seja emendado o requerimento executivo, a fim de que o credor apresente memória discriminada e atualizada do débito, acrescido da multa.

¹⁷⁸⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 60: “Cumpre evitemos o formalismo excessivo, pois o advogado, ao ser intimado da sentença, naturalmente já ficará intimado de que o devedor, a quem ele representa em juízo, deve pagar no prazo concedido em lei.”

Caso o requerimento já venha instruído com o demonstrativo do débito, inclusive incluindo multa, deve, após indeferir o pedido de intimação do devedor, simplesmente determinar a expedição do mandado de penhora e intimação, utilizando-se dos poderes ordinatórios.

O cumprimento espontâneo da sentença não está condicionado a requerimento do credor. O requerimento previsto no art. 475-J, *caput*, do CPC, pressupõe a inexistência de cumprimento voluntário. A essa altura a multa de dez por cento já incidiu. Segundo entendimento em contrário, teríamos dois requerimentos: um para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação, sob pena de multa; outro para que seja expedido mandado de penhora e intimação. Todavia, com o máximo respeito a esse entendimento, da norma em questão em cotejo com os objetivos da Reforma de 2005 não extraímos essa conclusão.¹⁷⁸¹

Cassio Scarpinella Bueno¹⁷⁸² entende que o prazo

“correrá do ‘cumpra-se o v. acórdão’ ou ‘ciência da devolução dos autos pela superior instância’”, porque é “como se entendesse que, atrás daquele ‘cumpra-se o v. acórdão’ ou qualquer outro despacho similar, há uma verdadeira *ordem de cumprimento*, quando menos que o ‘cumpra-se o v. acórdão’ reconhece, para todos os fins, a *executividade* ínsita e plena do próprio ‘v. acórdão’ a ser cumprido (...)”.

Para Carlos Alberto Carmona¹⁷⁸³ não

“seria razoável que o devedor, diante do trânsito em julgado da decisão condenatória, tivesse o ônus de dirigir-se ao tribunal, onde se encontram os autos, para lá efetuar o depósito do valor da condenação dentro da quinzena”, de tal sorte que “há a necessidade de informar o devedor acerca da chegada dos autos à instância originária”.

Esse posicionamento tem sido acolhido por expressiva parte da doutrina.¹⁷⁸⁴

¹⁷⁸¹ Contra: PAVAN, Dorival Renato. Procedimento e forma para intimação do devedor para cumprimento voluntário da sentença: art. 475-J da Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 139, p. 123-128, set.- 2006.

¹⁷⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005, p. 139.

¹⁷⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. Cumprimento da sentença conforme a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 142, p. 262-263, dez.- 2006.

Todavia, com a devida vênia, a multa encontra-se contida na (ordem da) sentença condenatória e não no despacho do juiz, sem qualquer conteúdo decisório, que enuncia, após a baixa dos autos da superior instância: “cumpra-se o v. acórdão”.

É desnecessário que na sentença seja feita expressa menção à incidência da multa, porque a medida coercitiva incide por força de lei. Nada impede, entretanto, ao contrário, é até aconselhável diante dos objetivos visados pela Reforma de 2005, que o *decisum* contenha a ordem expressa de pagar, sob pena de acréscimo de multa.

O Superior Tribunal de Justiça já registra precedente no sentido de que a multa em exame tem aplicação independentemente de intimação pessoal do advogado ou da parte,¹⁷⁸⁵ o que vai ao encontro de nossas conclusões. Ressaltou

¹⁷⁸⁴ NEIVA, José Antonio Lisbôa. Algumas questões envolvendo a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 139, p. 147, set.- 2006; SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Primeiras observações sobre o novo art. 475-J do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 139, p. 167, set.- 2006.

¹⁷⁸⁵ “LEI 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.” (STJ, 3ª T., REsp 954.859/RS (2007/0119225-2), rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16.08.2007, DJU 27.08.2007, p. 252). Consta do voto do Min. Relator: “Voto. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): A questão é nova e interessantíssima. Merece exame célere do Superior Tribunal de Justiça porque tem suscitado dúvidas e interpretações as mais controversas. Há algo que não pode ser ignorado: a reforma da Lei teve como escopo imediato tirar o devedor da passividade em relação ao cumprimento da sentença condenatória. Foi-lhe imposto o ônus de tomar a iniciativa de cumprir a sentença de forma voluntária e rapidamente. O objetivo estratégico da inovação é emprestar eficácia às decisões judiciais, tornando a prestação judicial menos onerosa para o vitorioso. Certamente, a necessidade de dar resposta rápida e efetiva aos interesses do credor não se sobrepõe ao imperativo de garantir ao devedor o devido processo legal. Mas o devido processo legal visa, exatamente, o cumprimento exato do quanto disposto nas normas procedimentais. Vale dizer: o vencido deve ser executado de acordo com o que prevê o Código. Não é lícito subtrair-lhe garantias. Tampouco é permitido ampliar regalias, além do que concedeu o legislador. O Art. 475-J do CPC, tem a seguinte redação: ‘Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.’ A Lei não explicitou o termo inicial da contagem do prazo de quinze dias. Nem precisava fazê-lo. Tal prazo, evidentemente, inicia-se com a intimação. O Art. 475-J não previu, também, a intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença. A intimação - dirigida ao advogado - foi prevista no § 1º do art. 475-J do CPC, relativamente ao auto de penhora e avaliação. Nesse momento, não pode haver dúvidas, a multa de 10% já incidiu (se foi necessário penhorar, não houve o cumprimento espontâneo da obrigação em quinze dias). Alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não se pode presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as publicações é o advogado. O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal

esse tribunal a necessidade de que a questão fosse decidida com urgência diante da divergência instalada entre os tribunais e magistrados de todo o País. Ressaltou o v. acórdão a responsabilidade do advogado no desempenho de sua atividade e que a parte devedora deve ser comunicada por ele. Caso não o seja, deve voltar-se contra o causídico, por desídia.

Destacou, ainda, o julgado a circunstância de que o art. 475-J, *caput*, não faz qualquer menção à necessidade de intimação da parte ou de seu advogado. Quando entendeu necessária a intimação, *e.g.*, para fluência do prazo na oposição de impugnação, expressamente a mencionou (§ 1º, do art. 475-J do CPC).

Remarcou o julgado paradigmático que conflitaria com os objetivos da Reforma de 2005 condicionar a aplicação da multa à intimação da parte ou de seu advogado.

Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol¹⁷⁸⁶ entendem que, tratando-se de execução provisória, deve haver intimação do devedor para pagamento voluntário para que só então incida a multa de dez por cento. Isso porque a execução provisória corre por conta e responsabilidade do credor que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o devedor tenha sofrido. Não existindo execução provisória automática, seria imperiosa a intimação do devedor acerca do interesse do credor na execução provisória.

intimação, o que já deveria bastar. Os Arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros neste sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele comunicar seu cliente de que houve a condenação. Em verdade, o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a condenação. Se o causídico, por desleixo omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo. O excesso de formalidades estranhas à Lei não se compatibiliza com o escopo da reforma do processo de execução. Quem está em juízo sabe que, depois de condenado a pagar, tem quinze dias para cumprir a obrigação e que, se não o fizer tempestivamente, pagará com acréscimo de 10%. Para espantar dúvidas: não se pode exigir da parte que cumpra a sentença condenatória antes do trânsito em julgado (ou, pelo menos, enquanto houver a possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo). O termo inicial dos quinze dias previstos no Art. 475-J do CPC, deve ser o trânsito em julgado da sentença. Passado o prazo da lei, independente de nova intimação do advogado ou da parte para cumprir a obrigação, incide a multa de 10% sobre o valor da condenação. Se o credor precisar pedir ao juízo o cumprimento da sentença, já apresentará o cálculo, acrescido da multa. Esse o procedimento estabelecido na Lei, em coerência com o escopo de tornar as decisões judiciais mais eficazes e confiáveis. Complicá-lo com filigranas é reduzir à inutilidade a reforma processual. Nego provimento ao recurso especial ou, na terminologia da Turma, dele não conheço.”

¹⁷⁸⁶ MIRANDA, Gilson Delgado e PIZZOL, Patrícia Miranda. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente, p. 194.

Há vários julgados nesse sentido, ou seja, admitindo a aplicação da multa de dez por cento na execução provisória, mas condicionando sua aplicação à intimação do devedor.¹⁷⁸⁷

Para Ernane Fidélis dos Santos¹⁷⁸⁸ a penalidade (multa) só se aplica na hipótese de execução definitiva, já que a provisória é opção do credor, que poderá preferir não usar da faculdade, mas, havendo o trânsito em julgado no correr da execução provisória, inicia-se o prazo para pagamento voluntário, sob pena de aplicação da multa. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais possui precedente nesse sentido.¹⁷⁸⁹

¹⁷⁸⁷ Em abono: a) “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - MULTA - POSSIBILIDADE. 1. Para que o devedor seja obrigado a cumprir a obrigação, não é necessário o trânsito em julgado da sentença, mas apenas que esta seja impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo (CPC 475-I e 475-O). 2. Para que o devedor tenha ciência de que deve pagar a dívida imposta na sentença, é necessária sua intimação, a fim de que comece a contar o prazo de 15 (quinze) dias previsto no art. 475-J do CPC. 3. A intimação deve ser realizada por meio do advogado do executado, conforme a nova sistemática prevista na Lei 11.232/05. 4. Deu-se provimento ao agravo.” (TJDFT, 2ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 20060020129898 (276472), rel. Des. Sérgio Rocha. j. 28.02.2007, maioria, DJU 12.07.2007); b) “EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA. DESCUMPRIMENTO. MULTA. INCIDÊNCIA. A multa de 10% constante do art. 475-J aplica-se também nos casos de o devedor vir a desatender à intimação para cumprir a sentença em sede de cumprimento provisório. Lição doutrinária. Precedentes da Corte. Recurso improvido. Unânime.” (TJRS, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70017004540, rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. j. 03.05.2007); c) “SENTENÇA. CUMPRIMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA DE 10% ESTABELECIDADA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Sentença proferida no processo civil de pagar quantia é título executivo judicial. Artigo 475-N, I, do Código de Processo Civil. Decisão na fase de liquidação. Interposição de recurso desprovido de efeito suspensivo não afasta as características do título, apenas trazendo reflexos em seu cumprimento. Necessidade de que a execução seja iniciada pelo credor, por sua conta e responsabilidade. Executado que deverá efetuar o depósito do valor da condenação no prazo de 15 dias a contar da intimação para não sofrer a incidência da referida multa. Natureza coercitiva. Levantamento da quantia depositada dependerá da caução idônea ou de decisão fundamentada que a dispense. Aplicação do artigo 475-O, incisos e parágrafos. Decisão mantida. Recurso improvido.” (TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 504.768-4/3-00, rel. Des. Oscarlino Moeller. j. 23.05.2007); d) “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - MULTA - POSSIBILIDADE. 1. Para que o devedor seja obrigado a cumprir a obrigação, não é necessário o trânsito em julgado da sentença, mas apenas que esta seja impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo (CPC 475-I e 475-O). 2. Para que o devedor tenha ciência de que deve pagar a dívida imposta na sentença, é necessária sua intimação, a fim de que comece a contar o prazo de 15 (quinze) dias previsto no art. 475-J do CPC. 3. A intimação deve ser realizada por meio do advogado do executado, conforme a nova sistemática prevista na Lei 11.232/05. 4. Deu-se provimento ao agravo.” (TJDFT, 2ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 20060020129898 (276472), rel. Des. Sérgio Rocha. j. 28.02.2007, DJU 12.07.2007).

¹⁷⁸⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

¹⁷⁸⁹ “EXECUÇÃO PROVISÓRIA - INAPLICABILIDADE DO ART. 475-J DO CPC. A disposição contida no art. 475-J do CPC, no que concerne à fixação da multa, não é aplicável às execuções provisórias, visto que o dispositivo se refere ao cumprimento da sentença que fixou quantia certa e fixada em liquidação, portanto, pressupondo o trânsito em julgado da decisão, não sendo cabível, nesta parte para o procedimento previsto para as execuções provisórias.” (TJMG, 11ª Câmara Cível, Agravo de

Francisco Prehn Zavascki discorda da aplicação da multa na execução provisória e remarca:¹⁷⁹⁰ “A satisfação do débito, aliás, seria atitude incompatível com o ato de recorrer. Portanto, interposto o recurso, não há razão lógica para ameaçar o devedor com a multa.”

Guilherme Rizzo Amaral¹⁷⁹¹ destaca que a necessidade de que seja o devedor intimado para cumprir, provisoriamente, a sentença condenatória, a fim de que, só em caso de inadimplemento, e após o prazo de quinze dias incida a multa de dez por cento. Diz que é necessário informar o devedor da intenção do credor de obter o cumprimento em sede provisória, a qual se dá por iniciativa, conta e risco deste último. A intimação, segundo diz, pode se dar na pessoa do advogado.

Discordamos, *data venia*, desses juristas.

Como se nota, existem entendimentos que vão desde a inadmissibilidade da multa de dez por cento na execução provisória até sua admissibilidade, mas desde que exista intimação do devedor. Segundo entendemos, não só é possível a incidência da multa em análise como ela independe de intimação pessoal do devedor ou na pessoa do seu advogado. Basta que a sentença se torne eficaz e exequível provisoriamente.

Com efeito, a execução provisória depende de iniciativa do credor e corre por conta e responsabilidade deste, que fica sujeito à obrigação de reparar os danos sofridos pelo devedor, caso a sentença seja reformada, no todo ou em parte (art. 475-O, I, c.c art. 574 do CPC).

Está correta, portanto, a assertiva que inexistente execução provisória automática. Todavia, *há que se divisar a eficácia executiva do julgado da iniciativa na promoção da execução provisória*, porque aquela, não possuindo o recurso interposto efeito suspensivo, é automática. Se o credor vai promover a execução, é uma faculdade vizinha de um ônus, que o sistema lhe garante. *Agora, a eficácia*

Instrumento nº 1.0024.07.405271-3/001(1), rel. Des. Fernando Caldeira Brant. j. 23.06.2007, DJ 06.06.2007).

¹⁷⁹⁰ ZAVASCKI, Francisco Prehn. Considerações sobre o termo *a quo* para cumprimento espontâneo das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 140, p. 138, out.- 2006.

¹⁷⁹¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 94-98.

executiva, imediata para a multa, e mediata para a expropriação, não fica na dependência do trânsito em julgado.

Concordamos, destarte, com Paulo Henrique dos Santos Lucon¹⁷⁹² ao ressaltar que

“em relação aos títulos executivos, não há diferença entre execução provisória e definitiva, já que ambas têm por escopo propiciar a satisfação”, de tal sorte que “a multa de 10% (dez por cento) é exigível em execução provisória ou definitiva. Isso porque, no momento em que a obrigação líquida e certa se tornar exigível, em execução provisória ou definitiva, deseja o legislador que o executado espontaneamente a cumpra”.¹⁷⁹³

A execução provisória faz-se do mesmo modo que a definitiva, observadas as regras contidas no art. 475-O do CPC. Hoje, inclusive, é possível o levantamento de depósito em dinheiro e atos que importem alienação de propriedade (art. 475-O, III, do CPC), medidas muito mais drásticas do que a aplicação da multa em exame. Logo, se a execução provisória pode atingir a fase satisfativa em sua plenitude, não vemos como não aceitar em seu âmbito a aplicação da multa.

Deixar a multa para ser aplicada apenas após o trânsito em julgado da sentença pode, com o máximo respeito, ocasionar mais problemas do que aqueles que se pretende evitar. O credor a esta altura pode até ter obtido a integral satisfação do seu crédito. Então deveria iniciar o cumprimento de sentença apenas da multa, isoladamente? Toda a finalidade da medida coercitiva restará esvaziada se não for aplicada também na execução provisória. Não se esqueça ainda que a multa sob análise é *uma verba acessória, que deve seguir a sorte do principal*. Ora, se o principal (crédito do exequendo) pode ser executado provisoriamente e atingir a

¹⁷⁹² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 444-445, 2006.

¹⁷⁹³ Nesse sentido: “AGRAVO DO ART. 557, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MULTA. APLICAÇÃO DO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. - É cediço que a reforma do Código de Processo Civil teve por escopo o princípio da celeridade processual, razão que por si só já justificaria aplicação do art. 475-J no caso de execução provisória. - O credor não poderia ficar a espera da boa vontade do devedor para o recebimento do seu crédito, pois se assim fosse certamente a obrigação de pagar seria no mínimo postergada. - Precedentes deste e. Tribunal de Justiça. Recurso improvido.” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 200700208627, rel. Des. Caetano Fonseca Costa. j. 09.05.2007).

plena satisfação, por que razão não o poderia igualmente uma verba que lhe é acessória? Pensar-se de maneira diversa seria atribuir ao acessório (multa) uma importância superior ao principal (crédito exequendo), diferenciando regimes jurídicos onde o sistema não autoriza essa diferenciação.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já admitiu a incidência da multa em execução provisória de verba honorária.¹⁷⁹⁴

A circunstância de que a dívida reconhecida em sentença deva ser acrescida de juros, custas e honorários, ou seja, parcelas acessórias capazes de serem quantificadas mediante simples cálculo, não constitui óbice ao transcurso do prazo para pagamento da obrigação reconhecida em sentença sujeita à execução definitiva ou provisória, vez que, consoante pacífica jurisprudência, meros cálculos aritméticos não retiram a liquidez da obrigação retratada no título.¹⁷⁹⁵

Ademais, apesar da revogação do art. 570 do CPC que previa a chamada “execução inversa”, é perfeitamente possível ao devedor, com base no art. 582 do CPC, realizar ele próprio os cálculos dos valores e depositar a quantia devida, como anotou Sérgio Shimura.¹⁷⁹⁶

O óbice levantado por alguns juristas de escol no sentido de que, estando os autos na instância recursal, o devedor teria dificuldades para o pagamento do débito, visando a se livrar da multa, com o devido respeito, não nos parece procedente.

O regime jurídico inaugurado pela Lei 11.232/2005 visou a otimizar a execução e satisfação do crédito do exequente, sem desrespeitar direitos fundamentais do devedor.

O devedor teve até pouco tempo em seu favor um sistema jurídico que privilegiava, sobremaneira, a segurança jurídica e isso nunca foi suficiente para estimulá-lo a sair do estado de inadimplemento e cumprir sua obrigação. Se os autos encontram-se na instância recursal, em regra é porque ele os fez chegar até lá. Trata-se de ônus decorrente do inadimplemento. *Quem está agindo de maneira*

¹⁷⁹⁴ “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Execução provisória – Aplicação do art. 475-J do CPC – Possibilidade – Agravo desprovido” (TJSP, 13ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Borelli Thomaz, j. 18.04.2007, *RePro* 152/312).

¹⁷⁹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 55.

¹⁷⁹⁶ SHIMURA, Sérgio. *A execução da sentença na reforma de 2005*, p. 559.

contrária ao sistema tem, de fato, alguns ônus e, em nossa opinião, deve suportar todos eles, até a integral satisfação do crédito do exequiente. É hora de nos preocuparmos com aquele que está sendo prejudicado pela conduta ilícita e não com aquele que a realiza.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:¹⁷⁹⁷

“os benefícios para a efetividade da justiça e da prestação jurisdicional são tão grandes com a abolição da ação autônoma de execução de sentença, que não há lugar para escrúpulos exagerados no tocante aos reflexos operados na esfera do devedor condenado.” Ainda segundo esse autor “o pagamento não estará na dependência de requerimento do credor. Para evitar a multa, tem o devedor que tomar a iniciativa de cumprir a condenação no prazo legal, que flui a partir do momento em que a sentença se torna exequível”.¹⁷⁹⁸

Sinceramente, não acreditamos que a circunstância dos autos estarem na superior instância constitua motivo suficiente para “impedir” que devedores honestos e escrupulosos respeitem as ordens do Poder Judiciário e cumpram suas obrigações. Aqueles que não pagarem o débito, no prazo de quinze dias, *não o fariam de qualquer forma, estando os autos em qualquer instância! A jurisprudência já registra precedente de recalcitrância do devedor em satisfazer sua obrigação, após as alterações da Lei 11.232/2005.*¹⁷⁹⁹

Caso a sentença condenatória dependa de liquidação, por artigos ou arbitramento, a multa só incidirá quando o pronunciamento jurisdicional, na liquidação, agregar à sentença condenatória o *quantum debeatur*, tornado plenamente eficaz o título executivo judicial (art. 475-A, 475-C a 475-H do CPC).

¹⁷⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 302, 2006.

¹⁷⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado, p. 327.

¹⁷⁹⁹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - DECISÕES ANTERIORES - CIÊNCIA DO AGRAVANTE - ARGUMENTOS PARA POSTERGAR O PAGAMENTO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Com julgamento de agravo de instrumento apresentado nos mesmos autos, restou consignado que, de acordo com a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa, deve ser intimado para pagar o débito em 15 dias, sob pena de multa de 10% e penhora de seus bens, conforme art. 475-J. Tendo o devedor ciência da penalidade imposta em decisões anteriores, não há necessidade de sua intimação pessoal, por estar representado nos autos. Se o devedor renova discussão sobre temas já decididos, lançando mão de artifício para postergar o pagamento, resta caracterizada a litigância de má-fé, cabendo a penalidade do art. 18 do CPC. Agravo não provido e multa aplicada.” (TJMG, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.124685-6/002(1), rel. Des. Evangelina Castilho Duarte. j. 17.04.2007, unânime, DJ 27.04.2007).

Sendo necessários apenas cálculos aritméticos e contendo a sentença todos os elementos para sua elaboração, não há que se falar em necessidade de liquidação, razão pela qual a multa em questão incide desde o momento que a sentença seja eficaz.

E se o demandado for revel? Nessa hipótese, entendeu Hugo Filardi¹⁸⁰⁰ que “deve sim o magistrado determinar a sua intimação pessoal para cumprir a sentença em 15 dias”. Entretanto, dispõe o art. 322 do CPC, com a redação determinada pela Lei 11.280/2006: “Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório”.

Logo, aquele que, devidamente citado para demanda cognitiva que visa à sua condenação ao pagamento de quantia certa, não apresentar contestação, sujeita-se ao ônus previsto no art. 319 do CPC, e, sendo procedente a pretensão do autor, estará sujeito ainda ao pagamento de multa, que incide tão-logo transite em julgado ou seja possível a execução provisória da sentença.

3.12.2.7.c A inexistência de outras condicionantes à incidência da multa que não seja a ausência do pagamento, no prazo legal

Respeitável parte da doutrina tem entendido que o juiz tem o poder de isentar o devedor do pagamento da multa, em situações excepcionais.

Segundo Evaristo Aragão Santos¹⁸⁰¹ parece

“admissível que, em situações excepcionais (e apenas diante delas!), quando comprovado, por exemplo, *justo impedimento*, seja a penalidade afastada. Isto terá lugar, dentre outras situações, quando o devedor comprovar a inexistência de patrimônio disponível para saldar a dívida”, a exemplo como ocorre “do justo motivo apresentado pelo devedor e da prestação alimentícia como forma de afastar a decretação de sua prisão (art. 733 do CPC)”.

¹⁸⁰⁰ FILARDI, Hugo. Cumprimento da sentença: comentários sobre a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 149, p. 147, jul.- 2007.

¹⁸⁰¹ SANTOS, Evaristo Aragão. Breves notas sobre o “novo” regime de cumprimento de sentença, p. 29-30.

Ainda segundo esse ilustre autor, a falta de recursos em espécie, tendo o devedor patrimônio *suficiente* e *disponível* para tanto (automóveis, imóveis, jóias, papéis com cotação em bolsa etc.), seria outra situação excepcional em que o juiz poderia afastar a aplicação da multa.¹⁸⁰²

No mesmo sentido, manifesta-se Rodrigo Barioni¹⁸⁰³ que diz: “Não parece solução adequada impor sanção ao devedor inadimplente no caso de a falta de pagamento decorrer de comprovada e justa impossibilidade”. Há outros autores que tem adotado esse posicionamento.¹⁸⁰⁴

Entretanto, *data venia*, a norma em questão não faz qualquer alusão a essa ou outras condicionantes para sua incidência. A multa incide, nas palavras de Athos Gusmão Carneiro, “*independentemente das intenções ou possibilidades do executado*, pois decorre objetivamente do descumprimento da ordem de pagamento contida na sentença; e ficará sem efeito apenas se procedente o recurso pendente contra a sentença (casos de ‘execução provisória’, com restituição ao estado anterior – art. 475-O, II), ou se procedente a impugnação apresentada pelo executado”.¹⁸⁰⁵

Com a devida vênia, a norma do art. 475-J, *caput*, do CPC, não abre qualquer margem de liberdade ao juiz para isentar o devedor do pagamento da multa, *em qualquer situação*. Esse poder o juiz não possui. Não concordamos que a hipótese possa ser parificada àquela do art. 733 do CPC, porque esta última, expressamente, confere ao juiz o poder de afastar a aplicação da drástica medida (prisão civil), caso o devedor justifique e comprove a impossibilidade de satisfazer o crédito exequendo.

Assim, a inexistência de patrimônio não constitui justificativa suficiente para impedir a incidência da multa. Tampouco, ter patrimônio suficiente para satisfazer o débito, mas não dinheiro, em espécie.

Evaristo Aragão Santos destaca:¹⁸⁰⁶

¹⁸⁰² SANTOS, Evaristo Aragão. Breves notas sobre o “novo” regime de cumprimento de sentença, p. 31.

¹⁸⁰³ BARIONI, Rodrigo. Cumprimento da sentença: primeiras impressões sobre a alteração da execução de títulos judiciais, p. 535.

¹⁸⁰⁴ SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. A multa do art. 475-J e o devedor sem patrimônio ou sem dinheiro disponível. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 148, p. 134-144, jun.-2007.

¹⁸⁰⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 59.

¹⁸⁰⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. Breves notas sobre o “novo” regime de cumprimento de sentença, p. 31.

“O que de início nos desperta a atenção é a notória circunstância de que, após intimado a cumprir a condenação, dificilmente o devedor terá em mãos *dinheiro* (= recursos em espécie) disponível para tanto” e que interpretar “o *caput* do art. 475-J tão-somente em seu sentido literal, é exigir que o devedor não apenas tenha patrimônio suficiente para satisfazer a dívida, mas que o tenha em dinheiro!”.

Entendemos, *data maxima venia*, de maneira diversa. Se o devedor possui patrimônio, deveria tê-lo transformado em pecúnia, no curso da lide, para satisfazer sua obrigação. Em regra, o devedor faz uso de muitos recursos, que prolongam o início da execução. Pois bem. Durante esse tempo, pode perfeitamente vender seu patrimônio para cumprir, no tempo oportuno, o comando emergente da sentença condenatória. A criação de exceções a uma regra que não as comporta, dificultará a aplicação da norma e a realização dos seus objetivos.

E se o devedor for beneficiário da Gratuidade da Justiça, fica isento do pagamento da multa? Não. O benefício legal previsto na Lei 1.060/1950 (arts. 11 e 12) diz respeito à isenção do pagamento de custas e honorários, enquanto perdurar o estado de pobreza e até o máximo de 5 (cinco) anos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que, tratando-se de devedor assistido por defensor público, haveria necessidade de que aquele fosse intimado pessoalmente, para só então ter incidência a multa.¹⁸⁰⁷ Com o máximo respeito, entendemos de maneira diversa.

A única prerrogativa daquele que é assistido por defensor dativo nomeado pelo juízo ou integrante de órgão público encarregado da defesa gratuita dos necessitados, é que seu advogado deve ser intimado pessoalmente de todos os atos processuais (art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950).

Uma vez intimado, e sendo exequível a sentença, flui o prazo de quinze dias para pagamento voluntário do débito, com acréscimo da multa. Se a

¹⁸⁰⁷ “SENTENÇA. CUMPRIMENTO. EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR PARA PAGAMENTO, SOB PENA DE MULTA. DISPENSA. INCONFORMISMO. Acolhimento. Devedor, ora executado, beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita, representado por integrante de órgão público encarregado do mister. Inteligência do artigo 475-J, do Código de Processo Civil. Condição especial que enseja tratamento diferenciado. Invocação dos artigos 16, parágrafo único, e 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, e artigo 38, do Código de Processo Civil. Necessidade de intimação pessoal caracterizada. Decisão reformada. Recurso provido.” (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 494.673-4/4-00, rel. Des. Grava Brazil. j. 08.05.2007, unânime).

falta de interposição de recurso por parte do defensor público ou a ele equiparado pode gerar a formação de coisa julgada, não vemos por que afastar efeito bem menos drástico que é a incidência da multa.

3.12.2.7.d Multa e pagamento parcial

Pode o devedor, para se livrar da incidência da multa, pagar a quantia que entende incontroversa. Nessa hipótese, a multa incidirá apenas sobre a parcela não satisfeita, nos termos do art. 475-J, § 4º do CPC, devendo o juiz determinar a imediata expedição de alvará de levantamento em favor do credor. A parcela controversa do débito poderá ser objeto de discussão em impugnação a ser apresentada pelo devedor (art. 475-J, § 1º, do CPC), no prazo de 15 (quinze) dias, após sua intimação ou de seu advogado.

3.12.2.7.e Multa e execução individual de sentença coletiva

Tratando-se de execução individual de sentença coletiva, é necessária a prévia intimação do devedor para o pagamento do débito, concomitantemente, à sua citação, sob pena de multa. Explicamos: a sentença coletiva não pode gerar o efeito pretendido pelo art. 475-J, *caput*, do CPC, i.e., a coerção do devedor para satisfazer voluntariamente sua obrigação, porque a condenação na ação coletiva é genérica e sequer sabe o demandado quais são os possíveis atingidos por sua conduta ilícita, tampouco o valor devido a cada um deles. Logo, apenas nessa hipótese deve o devedor ser citado e intimado para pagar o débito sob pena da incidência de multa.¹⁸⁰⁸

¹⁸⁰⁸ Contra: “PROCESSUAL CIVIL. LEI Nº 11.232/2005. AÇÃO COLETIVA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA. HONORÁRIOS. 1. Embora a Lei nº 11.232/2005 tenha modificado profundamente o procedimento de execução, no presente caso, por tratar-se de situação peculiar – execução de sentença individual de ação coletiva - a execução deve observar o disposto no artigo 652 do CPC. 2. De qualquer sorte, como a decisão impugnada utilizou-se das inovações introduzidas ao Código de Processo Civil, não cabe a condenação na verba honorária de forma cumulativa com a multa de 10%

Nas execuções individuais de sentença coletiva, iniciadas antes das alterações da Lei 11.232/2005, não incide a multa de dez por cento. Em consequência, não é possível ao credor, no curso da execução iniciada sob a égide das regras originárias do Livro II, e após as alterações da Lei 11.232/2005, pleitear intimação do devedor para pagar o débito, sob pena de multa.

3.12.2.7.f Multa e decisões interlocutórias com força executiva

Já vimos anteriormente que o art. 475-N, I, do CPC contempla igualmente decisões interlocutórias com força executiva. Basta se pensar nas decisões antecipatórias de tutela que determinem ao réu o pagamento de determinada quantia em dinheiro, ou na decisão antecipatória que delibere sobre parcela incontroversa da demanda (art. 273, *caput*, I, e § 6º, do CPC). A execução dessas decisões observará, no que couber, as regras da execução provisória (art. 273, § 3º, do CPC). O recurso (de agravo) contra essa decisão não é dotado de efeito suspensivo, a não ser que o tribunal o conceda (art. 527, III, do CPC). Também já observamos que na execução provisória a multa em exame se mostra perfeitamente cabível.

Da conjugação dessas disposições, e concordando com o posicionamento de Sérgio Shimura,¹⁸⁰⁹ entendemos ter incidência a multa de dez por cento prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC, na hipótese de decisões interlocutórias com força executiva. Confirmada em sentença a decisão liminar, não haverá espaço para incidência de “nova multa, pena de *bis in idem*”.¹⁸¹⁰

(dez por cento), prevista no art. 475-J do CPC.” (TRF da 4ª Região, 4ª T., Agravo de Instrumento 200704000110481/PR, rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, j. 31.10.2007, *D.E.* 19.11.2007). Apesar deste v. acórdão ter entendido incabível a fixação da multa, considerando que o recurso de agravo insurgia-se tão somente quanto à fixação da verba honorária, apenas esta restou afastada.

¹⁸⁰⁹ SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005, p. 552.

¹⁸¹⁰ SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005, p. 552.

3.12.2.7.g Multa e acordos judiciais descumpridos

Condenado o devedor ao pagamento de determinada quantia, ele deixa de satisfazer a obrigação no prazo de quinze dias, havendo a incidência de multa de dez por cento. Realiza, então, acordo com o credor. O processo é suspenso para cumprimento do acordo (art. 792 do CPC). Apenas parte do débito é pago. Poderia o credor pleitear a incidência de nova multa? Parece-nos, com apoio mais uma vez na lição de Sérgio Shimura,¹⁸¹¹ que não.

Não houve nova sentença condenatória. O acordo, se não importa em novação, não deve ser homologado por sentença. Caso contrário, “estaria havendo repetição de penalidade pela mesma obrigação, encerrando *bis in idem*”.¹⁸¹² Todavia, havendo novação, é caso de homologação, por sentença, hipótese em que, possuindo este pronunciamento força executiva e não havendo o pagamento no prazo estipulado, entendemos cabível nova multa até mesmo pela finalidade coercitiva da medida executiva.

Na prática, assiste-se a devedores que ludibriam seus credores realizando sucessivos acordos para apenas paralisar a execução. Pagam poucas e, às vezes, nenhuma parcela. A medida executiva em análise poderia persuadi-los a satisfazerem, de uma vez por todas, o débito, ainda que de maneira parcelada.

3.12.2.7.h Multa e Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais

Aplica-se a multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC, aos feitos que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/1995) e Federais (Lei 10.259/2001)?

O art. 52, *caput*, da Lei 9.099/1995, manda aplicar as disposições do Código de Processo Civil na execução da sentença proferida no âmbito do procedimento dos juizados “no que couber”. Por sua vez, o art. 1º da Lei

¹⁸¹¹ SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005, p. 567.

¹⁸¹² SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005, p. 567.

10.259/2001, relativa aos Juizados Especiais Federais, determina a aplicação nestes, “no que não conflitar com esta Lei”, do disposto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Não há qualquer incompatibilidade entre a multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC, e o procedimento previsto na Lei 9.099/1995. Aliás, como bem ressaltou Ruy Alves Henriques Filho,¹⁸¹³ o

“disposto no art. 52 da Lei 9.099/1995 já confere ao art. 475-J, *caput*, certo tráfego interno, junto ao sistema dos juizados. Uma nova citação já está dispensada, como reza o inciso IV do art. 52 da lei especial, e nisso também encontramos coerência entre os juizados Especiais Cíveis e a nova disposição do Código de Processo Civil”.

Todavia, no que concerne aos Juizados Especiais Cíveis Federais instituídos pela Lei 10.259/2001, há que se verificar a qualidade da parte demandada.

Tratando-se da União e suas autarquias, a satisfação da obrigação de pagar quantia reconhecida em sentença realiza-se por meio de precatório requisitório ou de requisição de pequeno valor, nos termos do art. 100, *caput*, e § 3º, da CF. Ou seja, não podem satisfazer voluntariamente suas obrigações reconhecidas em sentença, pelo que é inaplicável contra elas a multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC. A satisfação por meio de precatório ou de requisição de pequeno valor decorre da condição de impenhorabilidade própria dos bens desses entes federais.

No que diz respeito às fundações públicas, a jurisprudência tem considerado a natureza dos serviços prestados. Apesar do disposto no art. 5º, IV, do Decreto-Lei 200/1967,¹⁸¹⁴ que diz possuírem personalidade jurídica de direito privado, reiterados julgados tem determinado a aplicação do procedimento previsto no art. 730 do CPC em execuções movidas contra fundações públicas,

¹⁸¹³ HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. A aplicabilidade do *caput* do art. 475-J do CPC no sistema dos Juizados Especiais Cíveis. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 145, p. 236, mar.-2007.

¹⁸¹⁴ Dispõe o art. 5º, IV, do Decreto-Lei 200/1967 que se considera: “Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.” (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

reconhecendo a impenhorabilidade de seus bens e a satisfação por meio de precatórios.

Convém, assim, observar a natureza dos serviços prestados pela fundação. Se se tratar de serviços públicos prestados à população, convém se reconhecer a impenhorabilidade de seus bens, e a satisfação pela forma prevista no art. 100, *caput*, e § 3º, da CF.¹⁸¹⁵ Em conseqüência, fica afastada a aplicação da multa.

Todavia, tratando-se de empresa pública federal (Caixa Econômica Federal, por exemplo), cuja natureza jurídica é de pessoa jurídica de direito privado,¹⁸¹⁶ em princípio, é perfeitamente aplicável a multa em questão porque, ao contrário das funções públicas, esta pode perfeitamente cumprir voluntariamente o julgado e ter seus bens penhorados.

Uma exceção à aplicação da multa contra empresas públicas federais ocorre com a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Embora possua natureza jurídica de direito privado, o art. 5º, do artigo 12 do Decreto-Lei 509/1969, estabelece que:

“A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou

¹⁸¹⁵ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA FUNDAÇÃO MUNICIPAL. NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. RITO ESTABELECIDO PELO ART. 730 DO CPC. 1. Doutrina e jurisprudência acolhem o entendimento de que a simples menção, no estatutos, da natureza jurídica de direito privado da fundação pública não implica conceituação definitiva acerca da sua personalidade e, de conseqüência, do regime jurídico a que se submete. 2. No caso, a natureza dos serviços prestados à população pelo nosocômio mantido pela Fundação agravada é eminentemente pública, voltada à satisfação de necessidades essenciais da comunidade, primando pela consecução do bem comum. Assim, deve ser considerado que a penhora dos bens colocaria em risco o próprio funcionamento do Hospital mantido pela Fundação, que presta serviços indispensáveis à saúde pública da comunidade. Assim, deve a execução processar-se nos moldes do art. 730 e ss. do CPC. 3. Agravo de instrumento improvido.” (TRF da 4ª Região, 1ª T., Agravo de Instrumento 200604000395264/RS, rel. Des. Joel Ilan Paciornik, j. 02.05.2007, *D.E* 15.05.2007); b) “PROCESSO CIVIL EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA CONTRA FUNDAÇÃO PÚBLICA. PENHORA DE BENS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 730, CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Art. 20, § 4º do CPC 1. As Fundações Públicas não podem ter seus bens penhorados, aplicando-lhes o disposto no art. 730 do CPC. 2. Apelação da União improvida.” (TRF da 1ª Região, 5ª T., Apelação Cível 200201990033592/MG, rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. 12.09.2007, *DJ* 05.10.2007, p. 68).

¹⁸¹⁶ Dispõe o art. 5º, II, do Decreto-Lei 200/1967 que se considera: “Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.” (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

indireta, *impenhorabilidade de seus bens*, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais” (destaques nossos).

O Supremo Tribunal Federal finalizou a discussão entendendo incabível a penhora de bens da ECT, vez que não exerce atividade econômica, além do que presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido, razão por que deve ser observado o regime de precatório na execução de seus débitos.¹⁸¹⁷ Logo, se a execução contra a ECT deve obedecer ao regime de precatórios ou de requisições de pequeno valor, é inviável a aplicação da multa contra ela.

Nessas hipóteses, havendo nos cálculos do credor, no âmbito dos Juizados, o acréscimo da multa de dez por cento, deve o juiz, utilizando-se de seus poderes decisórios glosá-la, vez que esse valor não encontra ressonância no título executivo judicial, sendo inexistente, nessa parte, a execução, a teor do art. 618, I, do CPC.

3.12.2.7.i Multa e sentença arbitral

Decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, tratando-se de execução de sentença arbitral, uma vez intimado o devedor na pessoa do seu advogado para pagamento voluntário e constatado o inadimplemento, teria incidência a multa de dez por cento.¹⁸¹⁸

Este entendimento encontra-se corretíssimo. Isso porque não obstante a sentença arbitral possua, segundo nosso ordenamento jurídico, eficácia de título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC), sua formação não ocorre em

¹⁸¹⁷ Nesse sentido: STF, RE 225.011/MG, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, *DJU* 19.11.2002. No mesmo sentido: STF, RE 220.906/DF, rel. Min. Maurício Correia, *DJU* 14.11.2002; STF, AgRg no AI 313.854/CE, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* 26.10.2001 e STJ, RESP 463.324/PE, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 16.12.2002.

¹⁸¹⁸ “EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. MEDIAÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. APLICAÇÃO DA MULTA INSERTA NO ARTIGO 475-J, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Intimação realizada na pessoa do advogado. Certificado o decurso do prazo sem o pagamento voluntário do título. Acréscimo em decorrência da multa de 10% confirmada. Recurso improvido.” (TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 1.105.932-0/0, rel. Adilson de Araujo. j. 17.04.2007, unânime).

um processo judicial. Tem força executiva parificada a uma sentença condenatória (art. 31 da Lei 9.307/1996), mas não é proferida em processo cognitivo e perante órgão jurisdicional.

Por essa razão, a execução de sentença arbitral deve ser feita por processo de execução e com citação do devedor (art. 475-N, parágrafo único, do CPC). O devedor será citado e intimado para pagar o débito, em 15 (quinze) dias, sob pena de multa.

3.12.8 O requerimento executivo

Não satisfeito o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, após tornar-se exeqüível, definitiva ou provisoriamente, o título executivo, é lícito ao credor requerer o cumprimento da sentença condenatória, instruindo seu pedido com demonstrativo discriminado e atualizado do débito, hipótese em que o juiz determinará a expedição de mandado de penhora e avaliação (art. 475-J, *caput*, do CPC).

Não se trata de petição inicial, que hoje se revela imprescindível apenas para a ação de execução de título extrajudicial. Logo, desnecessária a observância dos requisitos do art. 282 do CPC. Nada impede, entretanto, que o credor, querendo, siga “o roteiro traçado no art. 282” como entende Araken de Assis.¹⁸¹⁹ Basta que o credor requeira o cumprimento do julgado, nos termos do art. 475-J do CPC e instrua seu pedido com memória atualizada do débito.

A Lei 11.232/2005 atrelou o início do cumprimento de sentença nas obrigações de pagar quantia ao princípio dispositivo, ao contrário do que fez tratando-se de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, hipóteses em que o juiz determina o implemento do comando condenatório, de ofício, sem necessidade de requerimento expresso do credor.

A Lei 9.099/1995 já continha disposição semelhante ao preceituar que, não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e *tendo havido*

¹⁸¹⁹ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 244.

solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação (art. 52, IV).

Entendeu o legislador que caberia ao credor escolher o melhor momento para iniciar o cumprimento de sentença, mas não chegou ao extremo de exigir nova ação. Essa circunstância não retira a semelhança do atual sistema com o sistema da execução *per officium iudicis*, do período medieval, que também condicionava o início da execução a requerimento da parte interessada.

Ensina Araken de Assis:¹⁸²⁰

“É tradicional vincular a pretensão a executar à iniciativa do vitorioso. Esta peculiaridade repousa na natureza disponível do crédito e no direito outorgados ao vitorioso, nas expectativas concretas de êxito – não interessa executar créditos pecuniários se o vencido não dispõe de patrimônio suficiente para arcar com a dívida (art. 391 do CC de 2002) – nos riscos suportados pelo exequente (art. 574), harmonizando-se com o princípio da iniciativa do titular da ação”.

Como ensinam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:¹⁸²¹

“Não haverá a propositura de uma nova e específica ação de execução de sentença. Conseqüentemente, não terá vez uma petição inicial executiva, bastando simples requerimento do exequente (art. 475-J, cf. Lei 11.232). Não haverá tampouco um novo processo: os atos executivos serão praticados dentro do próprio processo em que se proferiu sentença e que fora precipuamente de natureza cognitiva até então. Em conseqüência, tampouco haverá citação do executado. Ele será apenas intimado dos atos de constrição executiva (art. 475-J, § 1º).”

No requerimento executivo, poderá o credor desde logo indicar os bens a serem penhorados (art. 475-J, § 3º do CPC).

O credor tem o prazo de 6 (seis) meses para requerer o cumprimento de sentença. Não sendo iniciado, determinará o juiz o arquivamento dos autos, sem prejuízo do seu desarquivamento a pedido da parte (art. 475-J, § 5º do CPC).

¹⁸²⁰ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 173.

¹⁸²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 43.

Desde o momento em que o credor poderia ter promovido a execução do julgado e não o fez, começa a correr o prazo prescricional para o início do cumprimento de sentença, aplicando-se à hipótese a Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Sendo encaminhados os autos ao arquivo, e passado prazo necessário ao início do cumprimento de sentença, pode o juiz, utilizando-se de seu poder decisório, avocar o feito e, de ofício, pronunciar a prescrição extinguindo a execução (art. 219, § 5º, c.c art. 269, IV, do CPC).

3.12.9 A memória discriminada e atualizada do débito

Dispõe o art. 475-B, *caput*, do CPC, acrescentado pela Lei 11.232/2005, que, quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento de sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com memória discriminada e atualizada do cálculo.

A redação desse dispositivo representa fruto de evolução no que diz respeito à liquidação da sentença, quando esta, para ser executada, depende apenas de cálculos aritméticos.

A Lei 8.898/1994, ao dar nova redação ao art. 604 do CPC, pôs fim, no sistema processual brasileiro, à liquidação de sentença por *cálculo do contador*. O sistema anteriormente vigente representava ponto de estrangulamento na execução forçada.

Isso porque era o contador do juízo o responsável pela elaboração dos cálculos, que retratariam a liquidez da obrigação estampada no título. Apresentados os cálculos, as partes se manifestam, em regra, impugnando-os. O incidente era resolvido pelo juiz mediante pronunciamento que homologava os cálculos, cuja natureza jurídica era bastante controvertida. De qualquer forma, as partes podiam recorrer. Enfim, era necessário abortar, no procedimento *in*

executivis, uma etapa que estava a impedir o expedito desenvolvimento da técnica executiva.

Anota Cândido Rangel Dinamarco¹⁸²² o equívoco em que incidiu o legislador do Código de Processo Civil de 1973, ao prever uma espécie de *liquidação sem iliquidez*, vez que sempre foi consagrada a idéia de que não é ilíquida a obrigação quando, para se apurar o valor do débito, sejam necessárias meras operações aritméticas. O Regulamento 737 (art. 503) e o Código de Processo Civil de São Paulo (art. 959) dispensavam a liquidação quando a determinação do *quantum debeatur* dependesse de mero cálculo.

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier,¹⁸²³ um dos juristas de nosso País, que mais se dedicou ao estudo da liquidação de sentença, vê-se que a definição do valor da execução por mero cálculo é requisito do pedido voltado à realização das atividades executivas, ocorrendo na fase inicial, ou postulatória, da execução. Não se trata, portanto, de ação autônoma de liquidação, tal como ocorre com a liquidação por arbitramento ou por artigos.

No âmbito da execução de título extrajudicial, a Lei 8.953/1994 também impôs ao credor, ao requerer a execução, o dever de instruir a petição inicial com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa (art. 614, II, do CPC).

Embora o tema diga respeito tanto à execução de título judicial quanto à execução de título extrajudicial, entendemos oportuno tratá-lo nesta parte do trabalho, porque os maiores problemas ligados à memória de cálculo dizem respeito ao cumprimento de sentença. Mas as observações aqui feitas também se aplicam à execução de título extrajudicial, naquilo que forem compatíveis.

¹⁸²² DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19-20, 1997. O mesmo autor ressaltou a necessidade de que as alterações legislativas, que puseram fim à liquidação por cálculo do contador sejam bem compreendidas pelos juízes (Idem, p. 21): “Não só no Brasil mas no mundo latino em geral, as formas do processo executivo e da liquidação de sentença são uma tormenta de dificuldades que se antepõem à efetiva realização do direito do credor e a retardam de modo irracional e injusto. É preciso agilizar o sistema e essa foi a única intenção dos reformadores. Por isso, a inovação trazida só se considerará efetivamente implantada e só produzirá os efeitos desejados, se adequadamente compreendidos os dispositivos de que se compõe (arts. 604 e 614 do CPC). A interpretação destes e sua inserção no sistema só trará benefícios se todos, sobretudo os juízes, não se deixarem dominar por mais esse *fantasma* do direito ab-rogado, que é a (em boa hora) proscrita liquidação por cálculo do contador”.

¹⁸²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil*, p. 218.

Certamente serviu de paradigma ao legislador pátrio o modelo inserto no Código de Processo Civil português que dispõe, em seu art. 805, n. 1, que, se for ilíquida a quantia que o executado é obrigado a pagar, o exequente fixará o quantitativo no requerimento inicial da execução quando a liquidação dependa de simples cálculo aritmético.

Assim, desde a Lei 8.898/1994, na execução de título judicial, o credor é quem deve apresentar a memória de cálculo. Trata-se de documento indispensável à propositura da execução, porque retrata a liquidez da obrigação a que se refere o título executivo. Sem a quantificação da obrigação não é possível saber quanto do patrimônio do devedor deve ser penhorado para satisfazer o credor.

Ademais, a planilha de cálculos deve demonstrar ao juízo da execução que os valores exequiendos correspondem exatamente ao contido na sentença condenatória. Execução que se faz por valores que não encontram ressonância no título executivo é execução inexistente (art. 618, I, do CPC), devendo o juiz, oficiosamente, determinar seja emendado o requerimento executivo com apresentação de nova memória de cálculo, ou, desde logo, glosá-la no que exceder a eficácia executiva.¹⁸²⁴

Portanto, o controle de admissibilidade no cumprimento de sentença e no que concerne à memória de cálculo *deve ser rigoroso*, evitando-se constrições indevidas e impugnação desnecessária por parte do credor. O juiz exerce poderes saneatórios e decisórios quando controla a regularidade da memória de cálculo, no cumprimento de sentença. Já observou Dinamarco: “Tanto na execução quanto em qualquer processo, não se tolera o *juiz espectador* e o ofício jurisdicional não é corretamente desempenhado pelo juiz que se deixe levar pelos atos das partes, sem exercer no processo o fortíssimo *poder inquisitivo* de que o dota o Estado”.

¹⁸²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença, p. 23: “O excesso de execução por formulação de pedido maior resolve-se em *excesso parcialmente sem título*. A parcela do pedido que não estiver coberta pelo título executivo, ou seja, a parte *excedente*, apresenta-se como *pedido sem título executivo*. (...). Superado o irracional *mito dos embargos (fora dos embargos não há salvação ...)*, sabe-se hoje que o juiz dispõe de largos poderes decisórios no processo executivo que exercerá numa atividade verdadeiramente saneadora desta, a evitar constrições contrárias à lei ou mesmo sem amparo em título. Como se sabe, o título é expressão legal da probabilidade de existência do crédito e eticamente não se legitima a constranger o patrimônio de um sujeito senão por um crédito existente.”

A memória de cálculo deve ser detalhada, precisa e atualizada do débito.¹⁸²⁵ Não basta ao credor simplesmente apresentar valores aleatórios. É preciso que demonstre como chegou a eles, o que fará indicando os índices de correção monetária utilizados, as taxas de juros e de encargos incidentes, percentuais de multa aplicados, a forma de capitalização empregada etc. Esse também é o entendimento de Araken de Assis,¹⁸²⁶ que diz servirem os critérios estabelecidos no art. 28, § 2º, da Lei 10.931/2004 como parâmetros para a elaboração de cálculos, no cumprimento de sentença. Pela apresentação de demonstrativo claro e preciso já se manifestaram Eduardo Talamini¹⁸²⁷ e Fabiano Carvalho.¹⁸²⁸

Citado dispositivo legal diz respeito aos critérios que devem ser observados pelo credor na confecção de cálculos visando à execução da cédula de crédito bancário. Estabelece o art. 28, § 2º, da Lei 10.931/2004, que os cálculos deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente à multa e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo, e, por fim, o valor total da dívida.

¹⁸²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença, p. 25.

¹⁸²⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 433.

¹⁸²⁷ TALAMINI, Eduardo. A determinação do valor do crédito por simples cálculo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 169, 1997: “O credor tem o ônus de apresentar demonstrativo do cálculo que indique, de modo claro e preciso, todos os passos desenvolvidos; que racionalmente explique como chegou exatamente àquele resultado. Terão de ser especificados: os índices de correção monetária e juros adotados, seus termos iniciais e finais; a forma de incidência dos encargos (se capitalizada, quando excepcionalmente possível, ou não); as bases de cálculo – e assim por diante. Resultando o valor final de diversas parcelas, a imposição se impõe para cada uma delas. É o que significam ‘memória discriminada’ e ‘demonstrativo atualizado’: um detalhamento tal que objetivamente possibilite a conferência direta e imediata do cálculo pelo juiz e o adversário – inclusive sob pena de ofensa ao direito de defesa. Aliás, a exigência de especificidade repercute na solução do problema atinente ao regime de impugnação do cálculo”.

¹⁸²⁸ CARVALHO, Fabiano. Liquidação de sentença: determinação do valor por cálculo aritmético, de acordo com a Lei 11.232/2005. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, p. 49, 2006: “Não basta ao credor afirmar qual o crédito atualizado ou apresentar um demonstrativo sumário, sintético, consignando o valor principal e respectivo acessório. É necessário que o credor explicita de forma clara e precisa os elementos e critérios empregados para atingir o crédito”.

Com as adaptações necessárias ao cumprimento de sentença, esses critérios podem ser servir, analogicamente, como parâmetros para elaboração da memória de cálculo pelo credor.

A jurisprudência tem mitigado a exigência de memória analítica da evolução do débito, tratando-se de execuções baseadas em cédulas de crédito industrial e rural, sob o argumento de que o título executivo contém todos os elementos suficientes para realização do cálculo.¹⁸²⁹ Trata-se de saber o que se deve entender por “discriminada”, pois essa exigência é imposta pelo art. 475-B, *caput*, do CPC. Discriminar é diferenciar, distinguir, discernir.¹⁸³⁰ Não é necessário que a memória chegue a minúcias. Se o título contém a indicação de todos os índices aplicáveis (correção monetária, taxa de juros, percentuais de multa e outros encargos), e a planilha apresentada pelo credor aparenta tê-los aplicado, a exigência legal está cumprida.

Por outro lado, tem-se entendido que, ainda que ausente o demonstrativo atualizado do débito, não há que se falar em nulidade da execução, se ela se processa pelo valor originário constante do título.¹⁸³¹

O objetivo visado pelo legislador através da memória de cálculo é retratar a liquidez da obrigação constante do título. Na realidade, a obrigação, nessas hipóteses, já é líquida. Todavia, são necessários meros cálculos aritméticos para explicitá-la. Outra função é atualizar o valor do débito para saber quanto do

¹⁸²⁹ Nesse sentido: a) “CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. EXECUÇÃO. PRECEDENTE DA CORTE. 1. Se a execução está baseada em cédula de crédito industrial, não há razão para extingui-la pelo fato de não ter sido apresentada memória detalhada de cálculo, contendo o título todos os elementos necessários para que seja expurgado, se presente, o excesso de execução. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª T., REsp 228196/SC (199900770862), rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.04.2000, DJ 12.06.2000, p. 108); b) EXECUÇÃO. EMBARGOS. CÉDULA RURAL. PRECEDENTES DA CORTE. 1. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado assentaram que não há razão para obstruir a execução apoiada em cédula rural, título executivo, contendo este o valor certo e todos os elementos necessários para que seja expurgado, se houver, o excesso de execução. A ausência da memória detalhada de cálculo, não tem força, nesse caso, para extinguir a execução, facultando-se ao credor completar a inicial com a juntada de outros dados suficientes, na forma do art. 616 do Código de Processo Civil. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª T., REsp 338074/SC (200101064551), rel. Min. Carlos Alberto Menzes Direito, j. 18.06.2002, DJ 26.08.2002, p. 214).

¹⁸³⁰ HOLANDA, Aurélio Buarque de. Dicionário Eletrônico Século XXI – CD ROM.

¹⁸³¹ “EXECUÇÃO. DEMONSTRATIVO DE ATUALIZAÇÃO DO DEBITO. Falta. a falta de apresentação do demonstrativo do debito atualizado (art. 614, inc. II, do CPC), em processo de execução onde não se põe em duvida o valor expresso na nota promissória, não é causa de nulidade do processo de execução, que pode prosseguir pelo débito expresso no título. Recurso conhecido em parte e provido, para anular o processo de embargos a partir da sentença e reabrir a oportunidade para defesa do embargante.” (STJ, 4ª T., REsp 158146/MG (199700881385), rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19.02.1998, DJ 20.04.1998, p. 96).

patrimônio do devedor será necessário enlaçar na execução. Se o título contém valor certo, sendo desnecessários cálculos para se chegar a ele, e se o credor pretende que a execução se faça pelo valor histórico do seu crédito, realmente não há que se falar em irregularidade na falta de apresentação da planilha de cálculos.

Se o juiz determina a realização de cálculos pela contadoria, e a execução de processa a partir desses cálculos, não vislumbramos também qualquer situação de nulidade. Não obstante o objetivo das Reformas tenha sido abolir os cálculos do contador, a realização destes e sua adoção pelo credor como seus, constitui quando muito *mera irregularidade*, incapaz de ocasionar a nulidade da execução.¹⁸³²

O Superior Tribunal de Justiça considerou nula a citação realizada fora do juízo da execução, e por carta precatória, cuja contrafé não continha a memória cálculo. Entendeu-se, na oportunidade, que o devedor ficara impossibilitado de exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa.¹⁸³³ O julgado em questão demonstra a indispensabilidade da memória de cálculo e seus reflexos no exercício do direito de defesa pelo devedor. Todavia, com o devido respeito, não concebemos como nula semelhante citação. Basta que o devedor tenha ciência da pretensão do credor retratada em petição inicial, na ação de execução. Quanto aos cálculos, cabe-lhe diligenciar no juízo da execução a fim de verificar sua exatidão.

Não fosse assim, nas situações em que a execução se funda em contrato bilateral, no qual o credor deve fazer prova do cumprimento de sua prestação, também deveria o mandado citatório ser instruído com todos os

¹⁸³² “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULO PELO CONTADOR. O cálculo pelo contador, quando ordenado pelo juiz da causa, não compromete a sentença de liquidação. Agravo regimental não provido.” (STJ, 3ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 587444/RJ (200400158244), rel. Min. Ari Pargendler, j. 22.03.2007, DJ 23.04.2007, p. 254).

¹⁸³³ “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. CITAÇÃO DO DEVEDOR POR CARTA PRECATÓRIA. FALTA DE JUNTADA DO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO. NULIDADE. ARTIGOS 225, II, 604, 614, II E 730, DO CPC. I - Dependendo o valor da condenação apenas de cálculo aritmético, o pedido de execução deve estar instruído com a memória discriminada e atualizada do cálculo, que deve ser juntada, por cópia, ao mandado de citação do devedor para opor embargos. II - A falta de juntada importa em prejuízo do devedor, por privar-lhe de elemento essencial à formulação da defesa através de embargos, resultando nula a citação. III - Caso, ademais, em que a citação foi feita por carta precatória que subentende domicílio do devedor fora da jurisdição do Juízo de Execução, sem acesso fácil aos autos. IV - Recurso conhecido e provido.” (STJ, 5ª T., REsp 396164/RS (200101431271), rel. Min. Gilson Dipp, j. 20.06.2002, DJ 05.08.2002, p. 390).

documentos que instruem a petição inicial executiva, mas das disposições do Código de Processo Civil não se extrai essa conclusão.

Nas ações cognitivas, não se exige que o mandado citatório venha instruído com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Logo, não vemos como impor semelhante exigência, na execução forçada.

Atualmente, não existe citação no cumprimento de sentença. Expede-se mandado de penhora e intimação para apresentação de impugnação. Desnecessário, igualmente, que este mandado venha instruído com cópia, tanto da memória de cálculo, quanto do requerimento executivo, especialmente porque não se trata de nova demanda, mas de fase subsequente de mesmo processo. Cabe ao devedor, por intermédio de seu advogado, examinar nos autos de execução a retidão dos cálculos e se for o caso apresentar impugnação.

Ainda que seja necessária a contratação de contador ou perito pelo credor para elaboração dos cálculos, não poderá ele embutir na execução a cobrança do valor desembolsado, porque não houve determinação judicial nesse sentido, consoante reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça.¹⁸³⁴ Desde logo, ao receber o requerimento executivo, deve o juiz glosar essas quantias dos cálculos, porque elas não encontram apoio no título executivo.

Não são incomuns alegações de devedores, no interior da própria execução, no sentido de que o credor, ao requerer o cumprimento de sentença e apresentar seus cálculos, desrespeitou os parâmetros traçados na sentença condenatória.

Nesses termos, o juiz exercerá, na execução, poderes decisórios sendo preciso interpretar o comando emergente da sentença e confrontá-lo com a

¹⁸³⁴ “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ART. 604 DO CPC. MEMÓRIA DISCRIMINADA E ATUALIZADA DO CÁLCULO. HONORÁRIOS PERICIAIS. ÔNUS DO EXEQÜENTE. PRECEDENTES. 1. Nos termos do artigo 266 do RISTJ, não são cabíveis embargos de divergência com base em dissídio jurisprudencial com julgados da mesma Turma que proferiu o acórdão embargado. 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que responde o exequente pelo pagamento de perito contratado para elaboração da memória discriminada e atualizada do cálculo de execução de título judicial, prevista no art. 604 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 8.898/94. 3. Inexistindo determinação legal de contratação de contador para elaboração da referida memória de cálculo, eventuais gastos com a realização de perícia particular devem ficar por conta do exequente. Precedentes. 4. Embargos de divergência conhecidos em parte e, nesse ponto, acolhidos.” (STJ, 3ª Seção, Embargos de Divergência no REsp 469654/RS (200300874247), rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.11.2006, DJ 04.12.2006, p. 261).

memória de cálculo que instrui o requerimento de cumprimento de sentença, como ensina Vicente Greco Filho.¹⁸³⁵

Infelizmente, alguns juízes, ao proferirem sentenças, utilizam-se de expressões lacônicas no que concerne à incidência de correção monetária, juros e encargos. Quem já não se deparou com pronunciamentos que condenam o réu ao pagamento do principal, atualizado monetariamente e acrescido de juros “na forma da lei”? A dificuldade aumenta quando se trata de créditos antigos, cuja correção abrange sucessivos períodos inflacionários. No âmbito da Justiça Federal, algumas ações envolvem pedidos condenatórios que dizem respeito a fatos da metade do século passado.

A agilidade que o sistema exige dos magistrados na prolação de seus pronunciamentos, especialmente sentenças, não aconselha, tampouco autoriza a utilização dessas expressões vagas, que projetam sobre a execução discussões intermináveis sobre quais índices de atualização monetária e de juros são corretos. Os previsíveis questionamentos sobre essas questões devem ser ponderados pelo juiz, no ato de sentenciar. A discriminação de critérios de atualização monetária e de juros garantirá, na fase executiva, a observância do princípio constitucional da razoável duração do processo.

Se o julgado não estampou os índices de correção monetária, não ofende a coisa julgada a adoção daqueles que entende o credor melhor refletirem a reposição da perda do valor aquisitivo da moeda, ficando a discussão postergada à impugnação ao cumprimento de sentença, vez que a hipótese será de excesso de execução.¹⁸³⁶ Entretanto, estando claros os índices estabelecidos no título executivo, não pode o credor eleger outros, sendo inexistente a execução quanto ao excesso.

¹⁸³⁵ GRECO FILHO, Vicente. Liquidação e interpretação de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 48, 1997: “No labor de interpretação da sentença deve buscar-se a sua vontade, o conteúdo de seu comando ou preceito, o que deve ser obtido por meio da identificação do ponto de relevância hermenêutica de cada item e dela mesma, consistente na essência de sua vontade, ou seja, o que a sentença quer hoje, porque hoje é que está sendo cumprida, respeitada a coerência com a estabilidade da coisa julgada. Sem se esquecer, porém, do plano da conclusão, a possibilidade de a interpretação ser extensiva (ou analógica) ou restritiva”.

¹⁸³⁶ “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCLUSÃO. COISA JULGADA. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1 - Promovida a execução do julgado na nova redação do art. 604 do Código de Processo Civil, dada pela Lei 8.898, de 1994, o pedido será instruído com a memória discriminada e atualizada do cálculo, devendo o executado impugnar o respectivo valor através

Não existindo mais os índices de correção monetária estabelecidos na sentença, deve o julgador observar se nos cálculos do credor constam índices que reflitam, sem exageros, a reposição do poder aquisitivo da moeda. Por óbvio, não haveria sentido em deixar sem correção determinado crédito, pois está pacificado o entendimento de que a correção monetária não constitui um *plus*, mas simples recomposição de perdas inflacionárias.

Em algumas situações é praticamente impossível ao credor apresentar memória discriminada de cálculo para dar início ao cumprimento de sentença, sem que o devedor lhe forneça dados ou documentos indispensáveis à sua elaboração. Às vezes, esses dados e documentos encontram-se em poder de terceiro, estranho à execução, sendo igualmente imprescindíveis ao credor.

Dispõe a respeito o art. 475-B, § 1º, do CPC, que, 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 trinta dias para o cumprimento da diligência.

Por sua vez, estabelece o art. 475-B, § 2º, do CPC, que se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362. A teor deste último dispositivo pode o juiz determinar a expedição de mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência.

A redação do art. 475-B do CPC, conferida pela Lei 11.232/2005, pouco difere daquela imprimida pela Lei 11.444/2002 que acrescentara o § 1º, ao art. 604 do CPC, ora revogado.

Em nosso País, foram propostas milhares de ações contra a Caixa Econômica Federal visando à sua condenação ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários relativamente às contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. A ré destas ações ostenta legitimidade

de embargos, hipótese excludente de preclusão ou violação de coisa julgada no tocante aos critérios utilizados para incidência da correção monetária. 2 - A ocorrência do óbice da coisa julgada apenas se verifica se, na sentença do processo de conhecimento, ficar, clara e precisamente, indicado qual ou quais índices ou critérios deverão ser usados. 3 - Recurso não conhecido." (STJ, 6ª T., REsp 345617/DF (200101148633), rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.05.2002, DJ 10.06.2002, p. 279).

extraordinária para defender o “Fundo”, na qualidade de agente operadora de seus recursos. O tema está pacificado com a edição da Súmula 249.

Todavia, apenas a partir da Lei 8.036/1990 é que os depósitos do FGTS passaram a ser realizados exclusivamente junto à Caixa Econômica Federal. Anteriormente, poderiam ser realizadas em qualquer instituição financeira. Com a vigência da citada Lei, a Caixa Econômica Federal passou a centralizar todos os depósitos fundiários (art. 12 da Lei 8.036/1990). Conseqüência: quando instada a apresentar extratos bancários de períodos anteriores alega a empresa pública federal, que não os possui.

Alguns juízes têm aplicado multa pecuniária contra a Caixa Econômica Federal, com base no art. 461, § 4º, do CPC. Todavia, inexistente respaldo legal nesse sentido, sendo ilegítima a atuação dos poderes coercitivos do juiz sob essa angulação, a não ser que se entenda que execução, na espécie, é de obrigação de fazer. Entendemos que a hipótese é de execução por quantia. A matéria ainda é bastante controvertida.

Não há qualquer dúvida de que, sendo a empresa pública em questão a agente operadora do FGTS, inclusive com legitimidade extraordinária para defendê-lo em demandas cognitivas, cabe a ela solicitar das instituições financeiras em que foram realizados os depósitos informações acerca das contas fundiárias, apresentando-as ao juízo. Apenas na hipótese de tentativa frustrada, devidamente comprovada (notificação extrajudicial, *e.g.*), é que caberia ao juízo determinar sua requisição diretamente às mencionadas instituições financeiras.

Tem entendido a jurisprudência que a única sanção aplicável, na hipótese, seria o disposto no art. 475-B, § 2º, do CPC, ou seja, o processamento da execução a partir dos cálculos apresentados pelo credor. Esse entendimento jurisprudencial aponta possíveis caminhos para contornar a ausência de maiores elementos para elaboração de cálculo, como a requisição de dados ao empregador, guias de recolhimento entre outros documentos.¹⁸³⁷

¹⁸³⁷ “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA ‘A QUO’. FGTS. FALTA DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULO DO CREDOR. DADOS EM PODER DA DEVEDORA. EXTRATOS ANALÍTICOS DAS CONTAS VINCULADAS DOS FGTS.

Sem olvidar essa possibilidade, o saldo da conta fundiária no período controvertido é informação de difícil obtenção pelos credores mesmo a partir de documentos do empregador. Se à empresa pública federal em questão, por

ASTREINTES. INAPLICAÇÃO. SANÇÃO PROCESSUAL ESPECÍFICA. PRESUNÇÃO DE CORREÇÃO DOS CÁLCULOS ELABORADOS PELO CREDOR. 1. A simples indicação do dispositivo tido por violado (art. 29,-B da Lei 8036/90), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. A CEF, na qualidade de gestora do Fundo de Garantia, tem o dever de emitir os extratos individuais correspondentes às contas vinculadas e para esse fim pode requisitá-los de outrem. 3. Deveras, tratando-se de liquidação do *quantum* incidem as regras *operandi* do art. 475-B, *verbis*: ‘Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo. § 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 trinta dias para o cumprimento da diligência. § 2º Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362’. 4. Consectariamente, à mímica de previsão legal, são incabíveis as *astreintes* na hipótese vertente, tanto mais que *ad impossibilia nemo tenetur*, mercê de a novel Lei n.º 11.232/2005 sugerir solução factível mais adequada do que os referidos meios de coerção. 5. Sob essa ótica o E. STJ já decidiu que: (a) ‘2. É obrigação da CEF atender às requisições para fornecimento dos extratos das contas vinculadas do FGTS, que estejam em seu poder. 3. Ante a impossibilidade material de fornecimento dos extratos correspondentes aos períodos anteriores à centralização das contas, a prova necessária à liquidação da sentença pode ser produzida, a pedido ou mesmo de ofício, por outros meios, tais como (a) a requisição dos extratos junto ao banco originalmente depositário (Decreto 99.684/90, art. 23; LC 110/01, art. 10), (b) a requisição dos dados junto ao empregador (art. 17 da Lei 8.036/90) e (c) a requisição ou juntada de guias de recolhimento do FGTS, recibos de pagamento de salários ou anotações na carteira de trabalho.’ RESP 902362/RS, DJ 16.04.2007; (b) ‘2. A sentença que condena a CEF a pagar diferenças de correção monetária do FGTS somente pode ser executada após a devida apuração do *quantum debeatur* (CPC, art. 603). Enquanto isso não ocorrer, a sentença é ilíquida e a sua execução, portanto, é nula. 3. A liquidação, no caso, não é, necessariamente, por artigos, podendo ser promovida segundo o procedimento do § 1º do art. 604 do CPC (redação da Lei 10.444/2002): ‘Quando a elaboração da memória de cálculo depender de dados em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta (30) dias para cumprimento da diligência (...)’ (RESP 639.832/AL, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.10.2005).’ (REsp 946327/AL, DJ 28.06.2007) 6. *In casu*, cuida-se de liquidação de sentença, por cálculo do credor, e a obrigação de fornecer os extratos tem por finalidade fornecer os dados necessários ao credor, para que realize os cálculos do seu crédito, tendo em vista que os referidos elementos contábeis estão em poder da devedora. 7. A sanção processual para o descumprimento da ordem judicial que determina o fornecimentos destes dados essenciais consiste na presunção de que os cálculos elaborados unilateralmente pelo credor são corretos, sem prejuízo de o magistrado poder valer-se do contador judicial para confirmação dos cálculos apresentados, caso haja indício de erro. 8. Neste sentido é a doutrina sobre o *thema*:’(...) Se os dados se acham sob o controle do devedor, o não cumprimento da ordem judicial redundará na sanção de reputarem-se corretos os cálculos apresentados pelo credor. Tal como se passa com a ação de prestação de contas, o executado perderá o direito de impugnar o levantamento da parte contrária. É óbvio, contudo, se o demonstrativo se mostrar duvidoso ou inverossímil, o juiz poderá se valer do contador do juízo para conferi-lo, ou de qualquer outro expediente esclarecedor a seu alcance, se entender conveniente’ (Humberto Theodoro Junior, in Curso de Direito Processual Civil, Volume II, 34ª ed., Forense, p. 90). 9. Assim é que ‘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, sem prejuízo da apreensão do documento se assim o credor o indicar’ (Luiz Fux, in Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed.; Forense, p. 1262). 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para afastar a aplicação da multa cominatória.’ (STJ, 1ª T., REsp 767269/RJ (200501171203), rel. Min. Luiz Fux, j. 23.10.2007, DJ 22.11.2007, p. 191).

força de Lei, foi delegada a centralização e o controle sobre todas as contas fundiárias do País, é de fácil ilação que também lhe foi delegada a obrigação de prestar informações sobre essas mesmas contas, inclusive àquelas anteriores à vigência da Lei 8.036/1990.

Por essa razão, não afastamos totalmente a possibilidade de aplicação de multas contra a devedora, por litigância de má-fé (art. 17 e 18 do CPC), e/ou pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (arts. 600 e 601 do CPC), ou mesmo contra a instituição bancária em que eram realizados os depósitos, por cometer ato atentatório ao exercício da jurisdição, com base no art. 14, V, parágrafo único, do CPC. Aqui o juiz exercerá poderes coercitivos e sancionatórios.

Dispõe o art. 475-B, § 3º, do CPC, que poderá o juiz 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.

E, nos termos do art. art. 475-B, § 4º, do CPC, se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do § 3º deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.

Essas disposições visam a contornar situações em que ao juiz é clara a inexatidão de cálculos apresentada pelo credor. Para verificar o real valor devido, o magistrado determina a realização de cálculos pela contadoria e, não havendo concordância pelo credor com os valores encontrados, a solução contida na norma é harmonizadora: a fim de não sacrificar, indevidamente, o patrimônio do devedor, diante de veementes indícios de erro de cálculo, o juiz determina que a penhora seja realizada até o *quantum* encontrado pela contadoria, sem embargo de que a execução continua a se processar pelos valores pleiteados pelo credor, que serão objeto de melhor deliberação, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

Sobre quais valores incide a multa de dez por cento, prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC? A multa continua incidindo e sendo executada sobre o valor total pleiteado pelo credor; todavia, a penhora só deverá abranger o valor encontrado pelo contador acrescido da multa em questão.

Mesmo sendo necessário que o juiz se valha do contador do juízo, é dispensável a intimação do devedor para aplicação da multa, porque ela já incidiu desde quando a sentença condenatória se tornou exequível. Nesse sentido, discordamos, respeitosamente, da solução contrária adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.¹⁸³⁸

Note-se que a cobrança de valores acima do devido traduz situação típica de excesso de execução e, como tal, constitui matéria própria de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, V, do CPC), ou de embargos à execução (art. 741, V, e art. 745, III, do CPC).

Todavia, como verificamos em alguns exemplos anteriores, execução em que se cobram valores superiores àqueles diretamente emergentes do título é execução inexistente, e o juiz tem o poder-dever de glosar os excessos valendo-se dos poderes saneatórios e decisórios, porque o tema se insere em sua atuação oficiosa (art. 267, VI, art. 618, I, do CPC).

Parece-nos que a maneira de conciliar as hipóteses em que o juiz deve aguardar a iniciativa da parte, daquela própria em que deve atuar de ofício, reside no grau cognição que deva exercer para chegar à conclusão de que existe excesso sem respaldo no título. Se ele for manifesto (cobram-se juros compensatórios, que não foram deferidos em sentença, ou utilizam-se índices de correção monetária não constantes do *decisum*), então poderá determinar a retificação das planilhas de cálculo, nos termos do art. 616 do CPC, aplicável ao

¹⁸³⁸ “AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - CÁLCULO ARITMÉTICO - CONTADOR JUDICIAL - AUXÍLIO - PREVISÃO LEGAL - ARTIGO 475-B, § 3º, DO CPC - INCORREÇÃO DO VALOR - CONCORDÂNCIA DO CREDOR - DEVEDOR - ARTIGO 475-J DO CPC - INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO DO VALOR APURADO - AUSÊNCIA - MULTA DE 10% (DEZ POR CENTO) - APLICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - EXCESSO DE EXECUÇÃO - MOMENTO OPORTUNO - IMPUGNAÇÃO - ARTIGO 475-L, "V" DO CPC. O magistrado pode valer-se do auxílio de contador judicial, em sede de liquidação por cálculo aritmético, ante autorização do art. 475-B, § 3º, do CPC. Apurada a incorreção do montante apresentado pela credora e não oposta resistência nos termos do § 4º, do artigo 475-B, do CPC, o devedor deverá ser intimado para efetuar o pagamento do valor respectivo, sob pena de não o fazendo no prazo de 15 (quinze) dias, incorrer em multa de 10% (dez por cento), a teor do disposto no artigo 475-J. Incabível a aplicação da multa prevista no artigo 475-J, antes da intimação do devedor para pagamento do valor fixado em liquidação, diligência esta que deve ser realizada, em caráter excepcional, porque constatado o excesso do valor pleiteado pela credora. A discussão quanto ao excesso de execução não constitui óbice à aplicação da multa, tanto assim que é possível sua incidência sobre o valor controverso (§ 4º, do artigo 475-J, do CPC), devendo aludida questão ser dirimida em sede de impugnação, conforme dispõe o art. 475-L, ‘V’ do mencionado codex.” (TJMG, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.370588-8/001(1), rel. Des. Afrânio Vilela. j. 11.07.2007, DJ 21.07.2007).

cumprimento de sentença, por força do art. 475-R do CPC. Não atendida a determinação, deve indeferir o requerimento executivo. Nessa hipótese, o juiz pode se valer do auxílio da contadoria e determinar que a execução se realize pelo valor que este órgão encontrar.

Ora, se nessas situações é possível o juiz atuar de ofício, também poderá deliberar, se provocado pelo devedor que o “alerta” acerca da situação de invalidade processual. Cabível, portanto, a argüição de vício na execução, através da exceção ou objeção de pré-executividade, consoante precisa lição de Luiz Rodrigues Wambier,¹⁸³⁹ que ressalva o desrespeito ao devido processo legal em se exigir do devedor a garantia do juízo, para só então discutir vício que deveria ser constatado de ofício pelo juiz. Esse também é o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno¹⁸⁴⁰ e Donaldo Armelin.¹⁸⁴¹ Este último autor ressalta que o

¹⁸³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre a liquidação de sentença depois da reforma do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61-62, 1997: “Em que pese a justificativa do texto legal e a razoabilidade das sustentações da doutrina, ousamos divergir delas, por entender que, ao se exigirem os embargos do devedor, para o que previamente se requer a garantia do juízo, com a penhora, se está cometendo flagrante violação do princípio do devido processo legal, inserido no art. 5º, inciso LIV, da CF, que assim dispõe: ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. A penhora é, sem dúvida, uma forma de constrição que incide sobre os bens do executado. Visando garantir o juízo e, se for o caso, possibilitar a arrecadação de dinheiro para que o exequente possa satisfazer seu crédito, ela não pode incidir sobre bens cujos valores de mercado sejam mais do que suficientes para o pagamento do credor, com os acréscimos legais que incidem na hipótese do processo executivo. Admitir-se o entendimento de que o devedor deva sujeitar à constrição judicial bens cujos valores sejam maiores do que aquilo que efetivamente deve, imprimindo a esses mesmos bens, por assim dizer, certa dose de oneração, decorrente da penhora, rompe, ao nosso ver, o princípio do devido processo legal. Ao executado também se deve proteger, pois os dispositivos constitucionais ‘valem’ para todos, inclusive devedores inadimplentes. Tememos o risco que representa para um Estado de Direito tão incipiente o sacrifício de garantias constitucionais a qualquer pretexto, ainda que se trate de motivação tão nobre, como é a que deseja imprimir maior celeridade processual. Entre o processo rápido e que sacrifica garantias e o moroso que as respeita integralmente, ficamos com o segundo, embora seja ideal e possível o encontro entre celeridade e o respeito aos direitos fundamentais de cada pessoa”.

¹⁸⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. O art. 604 do Código de Processo Civil comporta objeção de pré-executividade? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 130, 1997: “Na mesma proporção em que for constatável, sem maior investigação probatória, que o valor apresentado pelo exequente não corresponde àquele que lhe é assegurado pelo título executivo, torna-se lícita a atuação oficiosa do juiz (CPC, art. 463, I), pelo que lícita a intervenção do executado nos autos da própria execução para fins de questionar a correção dos cálculos para *esta mesma finalidade*, independentemente de qualquer segurança do juízo. De outra sorte, o que não puder ser considerado erro de cálculo, erro material ou excesso *abusivo* à execução, evidentemente, só poder ser atacado pelos embargos, cujo pressuposto de admissibilidade será, necessariamente, a segurança do juízo. No entanto, o prévio depósito de bens ou a penhora será diretamente proporcional ao valor não abusivo perseguido pelo exequente”.

¹⁸⁴¹ ARMELIN, Donaldo. A nova disciplina da liquidação de sentença. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 664, 1996 acerca da redução, *ex officio*, do *quantum* exequendo entende: “Aliás, tal redução pode ser provocada por manifestação do

excesso de execução poderá gerar a invocação do disposto no art. 574 do CPC, que atribui responsabilidade objetiva por danos resultantes de execução lastreada em obrigação no todo ou em parte declarada inexistente por decisão transitada em julgado.¹⁸⁴²

Todavia, apresentando o credor planilha de cálculos, que não destoe flagrantemente dos critérios apontados no título executivo, então a hipótese é de excesso de execução, e já não poderá o juiz atuar de ofício. Aqui, deve o juiz rejeitar petitórios do devedor que visem a discutir os cálculos sem penhora e oposição de impugnação.

Registre-se que, tratando-se de demandas que envolvam entes públicos, entidades de previdência e outros que detenham dados específicos para a realização de cálculos de execução, alguns juízes, utilizando-se poderes ordinatórios, saneatórios e decisórios, adotam a seguinte prática: transitada em julgado a sentença condenatória, abrem imediata vista ao devedor para que ele apresente os cálculos que entende corretos. Apresentados estes, intimam o credor, que raramente deles discordam. A partir dos cálculos apresentados pelo devedor, os credores requerem a execução contra o devedor, que, por óbvio, não apresentará impugnação ao cumprimento de sentença (no âmbito dos Juizados Especiais Federais) ou embargos à execução contra a Fazenda Pública. A execução se ultima com a venda de bens (ou requisição de pagamento se se tratar de ente público), atingindo-se sua finalidade.

Foi este procedimento que praticamente “salvou” a execução de sentença nos Juizados Especiais Federais, inaugurados pela Lei 10.259/2001. A adoção de rito processual ortodoxo (o credor apresenta os cálculos e requer a execução de sentença contra a Fazenda Pública) gerava sempre a impugnação por parte dos entes federais, necessidade de auxílio da contadoria, impugnações intermináveis etc. Era preciso “inovar” sem desprezar aos direitos fundamentais das partes, credora e devedora. A prática acima funciona perfeitamente e raramente ocasiona incidentes.

devedor até mesmo mediante objeção de pré-executividade, uma vez que o sobejo do efetivamente devido carece de certeza a justificar sua integração no título executivo”.

¹⁸⁴² ARMELIN, Donaldo. A nova disciplina da liquidação de sentença, p. 665.

3.12.10 O procedimento *in executivis* no cumprimento de sentença

Apresentado pelo credor o requerimento executivo, devidamente instruído com memória atualizada do débito e que conterà, desde logo, a multa de 10% (dez por cento) pelo não pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz determinará a expedição de mandado de penhora e avaliação (art. 475-J, *caput*, do CPC).

O devedor, portanto, não é mais citado para pagar ou nomear bens à penhora. A oportunidade para pagar já lhe terá sido oferecida, a partir do trânsito em julgado da sentença ou a partir do momento em que ela for exequível provisoriamente. O incidente de nomeação de bens a penhora acabou, em boa hora, valendo aqui as ponderações que tecemos acerca da ação execução de título extrajudicial, pois nela, como já vimos, também não existe mais a fase de nomeação de bens pelo devedor.

O oficial de justiça realizará a penhora, observando-se, preferencialmente a ordem disposta no art. 655 do CPC ou os bens apontados pelo credor em seu requerimento executivo.

Ao realizar a penhora, o oficial de justiça deverá também avaliar os bens, a exemplo do que atualmente ocorre na execução de título extrajudicial. Do auto de penhora e avaliação será de imediato intimado o devedor, na pessoa do seu advogado (arts. 236 e 237), i.e., preferencialmente pela imprensa oficial, valendo ser ressaltado que essa publicação pode ser realizada atualmente de forma eletrônica (art. 237, parágrafo único, com a redação conferida pela Lei 11.419/2006), ou na falta do seu advogado, na pessoa do seu representante legal (tratando-se de pessoa jurídica), ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, abrindo-se a oportunidade para, querendo, oferecer impugnação ao cumprimento de sentença, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 475-J, § 1º do CPC).

Estabelece o art. 475-J, § 2º do CPC, que, caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o

juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para entrega do laudo.

Veja-se que, ao contrário da execução de título extrajudicial, para oposição de impugnação ao cumprimento de sentença, *é necessário que o juízo esteja garantido pela penhora.*

3.12.11 A competência concorrente para execução do julgado

Uma novidade introduzida pela Lei 11.232/2005 foi a outorga de opções ao credor quanto ao juízo em que será processada a execução de sentença. Dispõe o art. 475-P, II, que o cumprimento de sentença efetuar-se-á perante o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição. O art. 475-P, parágrafo único, estabelece que, no caso do inciso II, do *caput*, desse artigo, *o credor poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do devedor*, casos em que a remessa dos autos será solicitada ao juízo de origem.

Trata-se de situação de competência territorial concorrente. O Código contém exemplo nesse sentido, como acontece, por exemplo, na ação de reparação de danos em acidente de veículo, em que deixou ao autor a opção entre ajuizar a demanda no juízo de seu domicílio, ou do local do fato (art. 100, V, “a” e parágrafo único), podendo, ainda, ajuizá-la no domicílio do réu.

Objetivou o legislador abreviar o procedimento executivo, atalhando a obtenção dos resultados visados pela jurisdição. Anteriormente, sendo o devedor domiciliado ou seus bens localizados em comarca diversa daquela do juízo da execução, eram necessárias várias cartas precatórias, entremeadas de inúmeros ofícios, entre juízo deprecante e deprecado, para que, finalmente, houvesse a expropriação de bens do devedor.

Atualmente, o credor, de posse de pesquisas acerca dos bens do devedor analisa qual é o juízo em que a satisfação será obtida mais rapidamente. A

regra é de competência territorial concorrente e, portanto, relativa,¹⁸⁴³ ao contrário do regime anterior, em que a competência do juízo da causa era funcional e, assim, absoluta, rejeitando prorrogação ou mudança pela vontade das partes.¹⁸⁴⁴ Logo, mesmo que devedor possua bens localizados em outra comarca ou subseção não cabe ao juízo da execução, *ex officio*, declinar da competência em favor deste juízo, encontrando óbice no entendimento contido na Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça, que veda o reconhecimento, de ofício, de incompetência relativa.

Requerido o processamento da execução em juízo que não é o do domicílio do devedor, ou do local de seus bens, pode ele opor exceção declinatória de foro, no juízo de seu domicílio, que providenciará a remessa ao juízo da execução para análise (art. 305, parágrafo único, do CPC).

Observa Pedro Luiz Pozza¹⁸⁴⁵ que não deve o juiz exigir do credor a comprovação da ocorrência de quaisquer dos requisitos do parágrafo único, do art. 475-P, sendo suficiente simples requerimento para a remessa dos autos ao juízo por ele indicado. Se a afirmação do credor for falsa ou equivocada, deverá suportar o prejuízo de sua má-fé ou desídia, sendo possível ao devedor apresentar exceção declinatória de foro.

Esse entendimento afigura-se correto, porque se trata de competência relativa. Para o ajuizamento da demanda cognitiva, o juiz também não exige prova de que o devedor reside no foro em que proposta a demanda. Aliás sequer pode questionar sua própria competência.

É possível, de acordo com a nova regra, que *juízes vinculados a tribunais diferentes venham a atuar no mesmo processo*. É o que ocorre, por exemplo, se a ação de conhecimento tramitou na comarca de São Paulo (sendo o juiz vinculado ao Tribunal de Justiça de São Paulo), mas na fase de execução há deslocamento de competência para comarca do Rio de Janeiro (sendo o juiz vinculado ao Tribunal de Justiça deste Estado).

¹⁸⁴³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 100.

¹⁸⁴⁴ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p.185.

¹⁸⁴⁵ POZZA, Pedro Luiz. *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 219-220.

Caso o devedor tenha bens sujeitos à expropriação em diversos lugares, a execução poderá tramitar no juízo de qualquer um deles, da mesma forma que, quando houver mais de um devedor, com diferentes domicílios, poderá o cumprimento de sentença implementar-se em qualquer desses.¹⁸⁴⁶

Seria admissível que o credor utilizasse a regra em questão, na execução provisória? Rodrigo Barioni¹⁸⁴⁷ entende aconselhável limitar a alteração do foro prevista no art. 475-P, parágrafo único, do CPC, apenas às situações de execução definitiva.

Na realidade, a norma não contém essa exceção. Todavia, razões de ordem pragmática apontam nesse sentido, porque “se admitida a execução provisória, as questões concernentes ao processo de conhecimento – em especial, o recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória – ainda não foram completamente dirimidas, de forma que cabe ao tribunal ligado ao juízo da fase de conhecimento a sua apreciação”.

Enfim, a um tribunal caberia apreciar as questões atinentes à fase de conhecimento e a outro aquelas relativas à fase de execução. Essa não parece ter sido a intenção do legislador.

Nesse sentido, está o entendimento de Sérgio Shimura.¹⁸⁴⁸

Seria possível a aplicação da norma em análise, tratando-se de “justiças” diferentes?

Imagine-se que determinado autor promova ação de repetição de indébito contra a União, em determinada subseção judiciária. Lembre-se que as ações contra a União devem observar a regra prevista no art. 109, § 2º, da CF, podendo a demanda ser ajuizada na seção (*rectius* subseção) judiciária em que domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou ainda, no Distrito Federal. Partamos da hipótese que o autor ajuizou a demanda em Vara Federal de seu domicílio.

¹⁸⁴⁶ BARIONI, Rodrigo. A competência na fase do cumprimento da sentença. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, p. 237, 2006.

¹⁸⁴⁷ BARIONI, Rodrigo. Cumprimento da sentença, p. 543. Do mesmo autor, conferir: A competência na fase do cumprimento da sentença, p. 238.

¹⁸⁴⁸ SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005, p. 565.

O pedido é julgado improcedente, havendo condenação ao pagamento de verba honorária. Houve trânsito em julgado. Durante o trâmite da demanda, o autor mudou-se para cidade em que não existe Vara Federal. Poderia a União pedir o deslocamento de competência para que a execução de sentença (verbas de sucumbência) fosse realizada na comarca em que domiciliado o autor?

Entendemos que não, porque o juiz estadual não teria competência absoluta para processar a fase executiva, nos termos do art. 109, I, da CF. A presença da União, no processo, constitui óbice ao deslocamento da competência para processar a execução, em juízo comum estadual.

Mesmo que a execução diga respeito a verbas de sucumbência decorrentes de embargos à execução fiscal, não poderia a União pleitear o deslocamento de competência para a Justiça Estadual. Apesar de as execuções fiscais poderem ser ajuizadas e processadas na Justiça Comum Estadual por força do art.109, § 3º, da CF e art. 15, I, da Lei 5.010/1966, a competência delegada diz respeito estritamente à cobrança judicial *do crédito fiscal*. Execução de verba honorária foge dessa sistemática, pelo que os atos de execução deverão ser realizados por carta precatória, a teor do art. 1.213 do CPC.

3.12.12 Direito intertemporal

Até 23.06.2006, as execuções ajuizadas sob a égide das regras do Código de Processo Civil até então vigentes, continuam por elas regidas. Já as execuções iniciadas a partir de 24.06.2006, inclusive, passam a ser disciplinadas pelas novas regras introduzidas pela Lei 11.232/2005.¹⁸⁴⁹⁻¹⁸⁵⁰ É irrelevante se houve

¹⁸⁴⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 127; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 41.

¹⁸⁵⁰ Nesse sentido: a) “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NEGA A INTIMAÇÃO DA EXECUTADA PARA PAGAMENTO DO DÉBITO, EM 15 DIAS, SOB PENA DE ACRÉSCIMO DA MULTA DE 10% PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC. DECISÃO ACERTADA. PROCESSO DE EXECUÇÃO JÁ EM CURSO. REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL. RESPEITO AO ATO JURÍDICO-PROCESSUAL PERFEITO E DIREITOS PROCESSUAIS ADQUIRIDOS E INTEGRADOS AO PATRIMÔNIO DOS SUJEITOS DO PROCESSO (ART. 5º, XXXVI DA CF/88 E ART. 6º DA LICC). RECURSO IMPROVIDO. 1. A aplicação da multa de que trata o art. 475-J do CPC somente seria possível se o processo de execução não tivesse iniciado. Se a

ação de conhecimento objetivar condenação, a sentença exequível provisória definitivamente deverá seguir a Lei nova. Se o processo de execução, no entanto, já se formou sob a égide da Lei antiga, nela se concluirá. (Ernane Fidélis dos Santos. In As reformas de 2005, Saraiva, 2006, p. 142). 2. Uma vez iniciada a execução da sentença em momento em que os meios de coerção possíveis eram os vigentes na lei revogada, não se faz possível a incidência de outros que passaram a existir somente com a edição da lei nova.” (TJPR, 1ª Câmara Cível Suplementar (2006), Agravo de Instrumento nº 0394186-4 (42), rel. Juiz Fernando Antônio Prazeres. j. 07.05.2007); b) “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. DECISÃO QUE DETERMINA A INTIMAÇÃO DO EXECUTADO PARA PROMOVER O PAGAMENTO DO VALOR DA CONDENAÇÃO, SOB PENA DE FIXAÇÃO DE MULTA EM 10% (ART. 475-J DO CPC). IRRESIGNAÇÃO FORMALIZADA. Arguição de que às inovações processuais trazidas pela Lei 11.232/05 não se aplicam ao processo de execução em que já houve oposição de embargos à execução. Pertinência. Atos processuais já esgotados. Inovações que, não obstante sua aplicabilidade imediata, apresentam efeitos ‘ex nunc’. Recurso provido.” (TJPR, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0387254-6 (7578), rel. Des. Guimarães da Costa. j. 08.03.2007); c) “AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - DIREITO INTERTEMPORAL - APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.232/05 A PROCESSO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA INICIADO SOB A ÉGIDE DA LEI ANTERIOR, NA QUAL JÁ HOUVE CITAÇÃO DA DEVEDORA; DEPÓSITO DO VALOR QUE OS DEVEDORES REPUTARAM DEVIDO E EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PARA LEVANTAMENTO DA QUANTIA INCONTROVERSA - PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.232/05, COM INTIMAÇÃO DA DEVEDORA PARA DEPÓSITO DO SALDO DEVEDOR, SOB PENA DE PAGAMENTO DE MULTA DE 10% PREVISTA NO ARTIGO 475-J - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO. Considerando que a citação da devedora se consumou em data anterior à Lei nº 11.232/05; considerando que também em data anterior, ela nomeou bens à penhora, nomeação essa que não foi aceita; considerando, que o depósito da quantia, embora feito sob a égide da lei nova, foi aceito pelos credores, sem qualquer ressalva, no tocante a pretensão de aplicação do novo procedimento de cumprimento da sentença, tanto que pugnaram pelo prosseguimento da execução, em razão do valor depositado não ter sido integral; considerando, por fim, que foi deferida expedição de alvará para levantamento da quantia incontroversa, não há como se acolher a aplicação da lei nova, para persecução do saldo devedor, instaurando-se novo procedimento para cumprimento da sentença, na forma regulada pelos artigos 475-I e seguintes, do Código de Processo Civil, sendo o caso, apenas, de reforço de penhora, em respeito aos atos processuais já consumados sob a égide da lei anterior.” (TJPR, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0398548-0 (6949), rel. Des. Luiz Lopes. j. 31.05.2007); d) “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - SENTENÇA - CITAÇÃO - LEI ANTERIOR - VALIDADE - LEI Nº 11.232/05 - APLICABILIDADE - PENHORA POSSIBILIDADE. Decisão anterior de intimação do executado, por entender que as normas da Lei nº 11.232/2005 não se aplicam às execuções iniciadas antes de sua vigência. As leis processuais têm aplicabilidade imediata, exceto em relação aos recursos, que devem observar a lei vigente ao tempo da decisão recorrida. Despacho que determinou a citação do executado em 04.07.05, ainda sob a égide da lei anterior. Validade, pois realizada na sede da pessoa jurídica e recebida por pessoa que não alegou nenhum fato impeditivo ao ato. Possível a partir de agora se proceder a penhora *on-line* do valor devido, mas não a aplicação da multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil, pois incabível sua retroatividade, como pretende o agravante. Reforma da decisão agravada. Recurso parcialmente provido.” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2007.002.15186, 7ª rel. Des. Caetano Fonseca Costa. DJ 12.09.2007); e) “AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINA A INTIMAÇÃO DO EXECUTADO PARA PAGAMENTO DO DÉBITO, EM 15 DIAS, SOB PENA DE ACRÉSCIMO DA MULTA DE 10% PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC - IMPOSSIBILIDADE - PROCESSO DE EXECUÇÃO JÁ EM CURSO - REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL - RESPEITO AO ATO JURÍDICO-PROCESSUAL PERFEITO - PRECEDENTE - RECURSO PROVIDO. A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que alterou a sistemática processual para o cumprimento das sentenças (antiga ‘execução de título judicial’) passou a vigorar em 23.06.06, tendo aplicação imediata aos atos de cumprimento de sentença iniciados a partir de então. Todavia, aos atos já iniciados sob a égide da legislação anterior não incide a nova lei.” (TJPR, 18ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0399370-6 (6766), rel. Des. Rogério Ribas. j. 15.08.2007); f) “SENTENÇA. EXECUÇÃO. RESÍDUO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Intimação para pagamento do saldo residual, sob pena de multa de 10%, nos termos do artigo 475-J, do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 11.232/2005. Inaplicabilidade. Execução iniciada antes da alteração legislativa. Inviabilidade de se considerar uma execução independente. Aplicação das regras antigas. Decisão reformada. Recurso provido.” (TJSP, 12ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 7.119.318-5, rel. Des. Amado de Faria. j. 28.03.2007, unânime).

despacho positivo do juiz ou se já foi realizada a citação. O que importa é a data em que foi proposta a execução.

Nada impede que o credor, já detentor de título judicial (sentença condenatória), tenha aguardado a vigência da Lei 11.232/2005, por lhe serem mais benéficas suas regras, para só então iniciar o cumprimento de sentença, já dispensado de promover nova demanda. Não é o trânsito em julgado, portanto, o critério a ser observado para saber qual a legislação regente, *mas sim o efetivo início da execução*.¹⁸⁵¹

Todavia, nesta última hipótese, não terá direito à incidência da multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC, porque, como vimos ela está contida na sentença condenatória, e anteriormente à Lei 11.232/2005 não havia qualquer previsão de imposição de multa coercitiva visando ao pagamento da obrigação de pagar quantia certa.¹⁸⁵²

Como observa Athos Gusmão Carneiro,¹⁸⁵³ “a cominação de multa, caso o pagamento não seja feito nos quinze dias do *tempus judicati*, não incidirá relativamente às sentenças proferidas *antes* da entrada em vigor da lei nova”.

Nas palavras de Araken de Assis:¹⁸⁵⁴ “O prazo de quinze dias somente flui para as sentenças já proferidas na vigência da lei nova. Sem tal interregno, não há como penalizar o condenado”.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.¹⁸⁵⁵

¹⁸⁵¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 127.

¹⁸⁵² “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC ANTE O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DE REVISIONAL ANTERIORMENTE À ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.232/05 - INAPLICABILIDADE DE LEI NOVA AOS ATOS PROCESSUAIS JÁ PRATICADOS - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. ‘A *novatio legis*, de cunho processual, tem aplicação imediata e alcança o processo em curso no ponto em que este se encontra, respeitando os atos processuais praticados e disciplinando os realizados a partir de sua vigência.’ (STJ, REsp nº 35.160/SP, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJU de 18.03.1996). ‘Consoante a nova sistemática do CPC, prevista no art. 475-J, e seus parágrafos, o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa, terá 15 dias para efetuar o pagamento. Não efetuando, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10%. Isto ocorre independentemente de intimação do devedor para pagamento, fluindo o prazo da intimação da publicação da sentença’ (TJRS, AI nº 70018090605, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 20.12.2006).” (TJSC, 1ª Câmara de Direito Comercial, Agravo de Instrumento nº 2006.038587-2, rel. Des. Ricardo Fontes. unânime, DJ 16.04.2007).

¹⁸⁵³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, p. 127.

¹⁸⁵⁴ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 41.

Se a execução de título judicial, iniciada pelas regras antigas do Código de Processo Civil, vem a ser declarada nula pela inexistência de intimação do devedor sobre a sentença, é possível ao credor requerer a execução com base nas alterações da Lei 11.232/2005, mas não terá direito à multa, vez que esta não foi objeto da sentença condenatória.¹⁸⁵⁶

No que concerne à impugnação, entende Araken de Assis¹⁸⁵⁷ que: “Entrando em vigor a lei nova após a realização da penhora, mas antes da intimação, a execução pendente passa à regência dos artigos 475-J, § 1º, 475-L e 475-M, vale dizer: o executado desfrutará o prazo de quinze dias e deduzirá sua oposição mediante ‘impugnação’. Nenhum prejuízo à defesa do executado ocorre sob a nova sistemática. Ao contrário, o prazo para impugnar se amplia de dez para quinze dias”.

Com a devida vênia, entendemos de maneira diversa. Iniciada a execução sob a égide das regras antigas, fica por elas regida, *inclusive no que concerne aos embargos à execução*.

¹⁸⁵⁵ “AGRAVO - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO, EM FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - PLANILHA DE CÁLCULO - ART. 614, II, DO CPC - MULTA DE 10% DEVIDA - ART. 475-J DO CPC, ACRESCIDO PELA LEI Nº 11.232/2005 - DIREITO INTERTEMPORAL - NORMA PROCESSUAL - APLICAÇÃO IMEDIATA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. ‘Não há ofensa ao art. 604 do Código de Processo Civil na hipótese em que o exeqüente, ao apresentar os cálculos para fins de pagamento do débito judicialmente reconhecido, apresentou planilha regular, que, mesmo simples, satisfaz todos os requisitos exigidos pelo dispositivo em questão.’ (STJ/REsp 441.382/RN, Rel. Ministro Vicente Leal). Considerando que a sentença executada transitou em julgado, já na vigência da Lei nº 11.232/2005, que alterou o procedimento de execução da sentença, correta é a aplicação imediata do artigo 475-J do Código de Processo Civil, que impele o devedor a pagar a quantia certa, reconhecida, no prazo de 15 dias, sob pena de se incidir multa no percentual de 10% sobre o montante da condenação, independentemente de citação ou intimação.” (TJMG, 1ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 2007.009859-4/0000-00, rel. Des. Josué de Oliveira. j. 07.08.2007).

¹⁸⁵⁶ Contra: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA REALIZADA DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI ANTIGA E POSTERIORMENTE ANULADA. DEVEDOR QUE REALIZOU O DEPÓSITO JUDICIAL DO MONTANTE DEVIDO À ÉPOCA. NOVO PEDIDO DE EXECUÇÃO E INTIMAÇÃO DO EXECUTADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.232/2005. INCIDÊNCIA DA NOVA LEI. GARANTIA PRESTADA PELO DEVEDOR QUE NÃO FOI DESCONSTITUÍDA. CABIMENTO DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC APENAS SOBRE A DIFERENÇA ENTRE O VALOR DEVIDO PELO EXECUTADO E O MONTANTE ANTERIORMENTE DEPOSITADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Anulada a execução anterior, por falta de intimação da sentença, a nova execução deve ser postulada em conformidade com a lei aplicável na data do pedido, em observância ao princípio de que a norma processual tem eficácia imediata à sua entrada em vigor. Precedente desta Câmara, conforme o Acórdão 5.455. 2. Iniciada a nova execução durante a vigência da Lei 11.232/05, sob a sua égide tramitará. 3. Se o executado já havia realizado depósito judicial sob a égide da lei anterior, a multa do art. 475-J do CPC, introduzida pela nova lei, deve incidir apenas sobre a diferença entre a integralidade do débito e o depósito anteriormente realizado.” (TJPR, 18ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0420605-9 (6658), rel. Des. Carlos Mansur Arida. j. 08.08.2007).

¹⁸⁵⁷ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 41.

Não vemos como conciliar dois sistemas *tão diferentes*. Veja-se que na solução proposta, o devedor apresentaria sua impugnação dentro dos próprios autos de uma ação de execução, que, segundo a Lei 11.232/2005, não mais existe. Uma das matérias alegáveis na impugnação é a “avaliação errônea” (art. 475-L, III, do CPC). Todavia, a avaliação não terá sido realizada. Terá havido fixação de verba honorária, mas no novo regime essa fixação é indevida. Logo, poderia constituir um dos fundamentos da impugnação a exclusão da verba honorária? Enfim, essas e tantas outras questões decorrentes do conflito entre regras *tão diferentes* aconselha que a impugnação seja apresentada apenas nas execuções iniciadas após a vigência da Lei 11.232/2005.

Nesse sentido, apresenta-se a lição de Luiz Rodrigues Wambier.¹⁸⁵⁸

Explica esse jurista que, diante de tão grande diversidade de procedimentos – execução antiga disciplinada pelo Livro II do CPC, e cumprimento de sentença, disciplinada pelo art. 475-J e pelas regras do Livro II naquilo que forem compatíveis com o novo regime -, a única interpretação harmonizadora é aquela que considere “pendente”, para fins do art. 1.211 do CPC, as execuções *ainda não iniciadas por ocasião da vigência da Lei 11.232/2005*.

¹⁸⁵⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A Lei 11.232/2005, o direito intertemporal e a execução coletiva. *Revista de Processo*, v. 145, p. 353-355. Segundo esse autor (Idem, p. 354-355): “A indagação, então, é a seguinte: os processos de execução autônomos, regularmente iniciados na forma do Livro II do CPC, com a entrada em vigor da Lei 11.232/2005 deveriam perder esse caráter independente e ser como que ‘re ligados’ ao processo de conhecimento anterior? Ou os processos iniciados na forma do Livro II do CPC devem ser encerrados segundo o regime jurídico ali estabelecido? Apenas a segunda pergunta pode ser respondida afirmativamente. A Lei 11.232/2005 não alterou, propriamente, o processo de execução estabelecido no Livro II do CPC. Diferentemente do que pareceu a alguns, não mudou simplesmente o prazo para reação do executado, seus efeitos em relação à execução ou a própria terminologia. As modificações foram muito mais profundas. Criou-se um processo que reúne, numa mesma relação processual, a possibilidade de o órgão judicial atuar, em momentos distintos, tanto no plano da cognição quanto no da execução. A partir daí, na prática, deixou de ser ‘necessário’ o processo do estabelecido no Livro II do CPC. A incompatibilidade entre ambos irremediavelmente redundaria na revogação (expressa ou tácita) do mais antigo. Mas aqui está o detalhe que escapa a alguns: essa incompatibilidade surge apenas em relação aos processos de conhecimento cujas sentenças condenatórias ainda não tenham tido sua execução forçada iniciada por meio do processo autônomo do Livro II. (...). Assim e voltando a atenção à terminologia do art. 1.211 do CPC, esses processos de conhecimento cujas sentenças condenatórias ainda pendem de execução forçada, representam, em nosso sentir, os ‘processos pendentes’ mencionados na referida norma. Pensar-se o contrário, aplicando as novas disposições a toda e qualquer execução de sentença para pagamento de quantia, exigirá que se comece explicando, primeiramente, como e por que se operaria essa verdadeira extinção dos processos autônomos de execução, já que regularmente iniciados antes da nova Lei. Em seguida e na condição de decorrência lógica da resposta a ser dada a essa indagação, como seria possível, então, a reunião daquele conjunto amorfo de atos, até ali desenvolvidos sob a égide do Livro II do CPC, com o processo de conhecimento que lhe antecedeu e que jazia devidamente extinto pelo julgamento de mérito”.

É que não haveria como as ações de execução iniciadas anteriormente perderem seu caráter independente e serem “religadas” ao extinto processo de conhecimento. Essas ações deveriam ser extintas ou simplesmente desconsideradas, sem maiores questionamentos, sua estrutura de processo autônomo? Ao que tudo indica, e com a devida vênia, esse não é o melhor caminho a trilhar.

Por outro lado, uma vez iniciada a demanda executiva, de acordo com as regras do Livro II do CPC, a forma de oposição do devedor também continuará por elas regida, i.e., terá 10 (dez) dias para apresentar embargos à execução, que terão automático efeito suspensivo etc. *Enfim, o que começou pela legislação antiga deve ser finalizado por ela.*

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier:¹⁸⁵⁹

“(...) isso quer dizer que os processos autônomos de execução iniciados na formado do Livro II deverão ser encerrados segundo o regime jurídico ali estabelecido. Em termos práticos: o executado terá dez dias para embargar a execução, seja lá quando se opere a garantia do juízo; essa forma de reação sempre ocorrerá por meio de ação própria e terá o efeito de suspender a execução etc”.

Em abono a esse entendimento, encontra-se precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.¹⁸⁶⁰

¹⁸⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A Lei 11.232/2005, o direito intertemporal e a execução coletiva. *Revista de Processo*, v. 145, p. 355.

¹⁸⁶⁰ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. EMBARGOS. AJUIZAMENTO ANTES DA LEI 11.232/2005. PROCEDIMENTO. AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. As execuções de título judicial ajuizadas antes da vigência da Lei 11.232/2005 obedecem as normas processuais vigentes à época do ajuizamento, daí porque, no caso concreto, a oposição de embargos implica na suspensão do processo de execução (art. 739, § 1º, CPC).” (TJPR, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 374478-1, rel. Des. Vitor Roberto Silva, j. 07.12.2006, *RePro* 147/292).

3.13 Os poderes do juiz na fase instrutória da execução civil

3.13.1 Os poderes instrutórios, o ativismo judicial e os modelos liberal, publicístico e social de processo civil

Como já destacamos anteriormente, a fase instrutória é uma etapa particularmente importante no procedimento *in executivis*, porque é justamente nela que o Estado-juiz desenvolve medidas visando a enlaçar na execução patrimônio do devedor. Essa vinculação à execução é realizada especialmente pela penhora, ato constrictivo por excelência. Uma vez individualizado patrimônio do devedor, ele permanece vinculado à execução, até que seja expropriado, e seu produto revertido em proveito do credor, que só então será satisfeito.

Ao longo deste trabalho temos ressaltado a necessidade de que os magistrados enfoquem a execução civil sob a angulação da máxima efetividade que dela se possa extrair.

Isso só é possível se o juiz, ao exercer os poderes jurisdicionais de que o sistema o investe, operar o ferramental contido no sistema de uma maneira prospectiva, rente à realidade, e com o adequado balanceamento dos direitos fundamentais das partes.

Pois bem. Nesta parte do trabalho verificaremos alguns temas ligados à fase instrutória da execução civil, que nos parecem da maior relevância e que, com grande freqüência, exigem do juiz manejo de seus poderes, da maneira anteriormente ressaltada. Verificaremos que o exercício dos poderes jurisdicionais sob uma angulação marcadamente liberal e demasiadamente preocupada com os direitos fundamentais do devedor é causa de ineficiência do sistema.

Desde logo, iniciemos nossas considerações sobre polêmico tema, que com grande freqüência aporta aos tribunais, qual seja, o ativismo judicial no que diz respeito à iniciativa probatória.

Inicialmente, verificaremos como esse tema tem sido abordado pela doutrina e pela jurisprudência, no que concerne ao processo de conhecimento, porque as maiores discussões ocorrem no âmbito desta espécie de processo. Posteriormente, como temos feito até agora, verificaremos se também na execução civil o juiz pode ou deve exercer seus poderes instrutórios, sob um prisma “ativista”.

Não é recente a idéia de que o juiz, no processo civil, não pode se contentar em exercer a atividade jurisdicional timidamente, sempre esperando a iniciativa das partes em requerer as provas necessárias ao esclarecimento da verdade. O processo não é um “duelo” em que se sagra vitorioso o litigante mais astuto.

O Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, já ressaltava:

“A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas também o de intervir no processo de maneira que este atinja pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo.”

Ainda nas palavras do Ministro Francisco Campos:

“O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se representa e personifica”.

Sob a égide desse Código prevalecia o entendimento de que os poderes instrutórios do juiz, previstos no art. 117, eram meramente supletivos, e qualquer tendência ativista era vista como autoritária. Destaca-se, neste particular, a lição de Moacyr Amaral Santos, exatamente nesse sentido.¹⁸⁶¹

No Direito comparado, alguns ordenamentos deixam a iniciativa probatória à iniciativa das partes, atribuindo ao órgão jurisdicional a produção, *ex officio*, de provas apenas nos casos admitidos em lei.

É o caso do Direito Processual Civil espanhol.

O art. 282 da “Ley de Enjuiciamiento Civil”, de 07.01.2000, diz que as provas se praticam à instância da parte, mas o tribunal poderá determinar, de ofício, que se pratiquem determinadas provas, quando assim o estabelece a lei. Prevalece, nesse ordenamento, com grande intensidade o chamado princípio dispositivo, como ensina José Roberto dos Santos Bedaque.¹⁸⁶² É a lição igualmente de James Goldschmidt.¹⁸⁶³

Já no Direito Processual Civil alemão, apenas a prova testemunhal é deixada à iniciativa exclusiva das partes. Quanto às demais provas, o juiz tem ampla liberdade para determiná-las, de ofício. É o que dispõem os §§ 142, 143, 144, 272, b, 282, 448, da ZPO alemã.

Afirma James Goldschmidt¹⁸⁶⁴ que na Ciência Processual Civil alemã a produção das provas é colocada nas mãos dos juízes, restringindo-se a atividade das partes com respeito à prova à formulação de meras petições.

Segundo Fritz Baur,¹⁸⁶⁵ de acordo com a regulamentação atualmente em vigor na Alemanha, o juiz se acha, quanto à iniciativa probatória, em uma posição mais livre: ele pode servir-se, de ofício, de todos os meios de prova, sem pedido das partes, com exceção da prova testemunhal.

¹⁸⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1, p. 120-122.

¹⁸⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 61.

¹⁸⁶³ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, v. I, p. 143.

¹⁸⁶⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, v. I, p. 143.

¹⁸⁶⁵ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, p. 192, jul.- set. 1982.

O Código de Processo Civil italiano estabelece no art. 115 que: “Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.”

Destaca Giuseppe Tarzia¹⁸⁶⁶ que o poder instrutório, de ofício, do juiz no Direito Processual Civil italiano não é previsto em como regra geral, tal qual ocorre no processo trabalhista.

Piero Calamandrei¹⁸⁶⁷ acentua que o Código de Processo Civil italiano vigente manteve fundamentalmente, como regra, o princípio dispositivo, não apenas no sentido de que as partes podem dispor da ação e fixar os limites do *thema decidendum*, senão ainda no sentido de que às partes corresponde a eleição e proposição dos meios de prova. Trata-se, segundo esse autor, de projeção no processo daquele poder de dispor da própria esfera jurídica e que é característica do direito privado.

Mencione-se, por oportuno, como lembra Cappelletti, o Código de Processo Civil austríaco de 1895, que mune o juiz de largos poderes instrutórios, desvinculando-o da iniciativa exclusiva das partes.¹⁸⁶⁸

¹⁸⁶⁶ TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*, p. 164.

¹⁸⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I, p. 404-405.

¹⁸⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 23, p. 25.: “O princípio dispositivo e da iniciativa da parte vigora até naquele que pode, talvez ainda hoje, considerar-se o mais acentuadamente ‘social’ entre os processos civis da Europa ocidental: refiro-me ao processo civil austríaco, regulado pela *Zivilprozessordnung* de 1895, que foi o primeiro C.P.C. declaradamente e abertamente inspirado - como disse muitas vezes seu insigne Redator, Franz Klein - em uma concepção ‘social’. Este Código aumentou profundamente os poderes do Juiz quanto à formação e à valorização das provas; praticamente aboliu as provas legais; impôs às partes as obrigações de esclarecer, de completar, de dizer a verdade, as quais estão claramente em função de uma ‘moralização’ e ‘socialização’ da conduta das partes no processo; atribuiu ao Juiz todos os poderes e deveres considerados necessários para tornar a igualdade das partes no processo não apenas formal e aparente, mas efetiva, e válida, assim não menos para o pobre, para o ignorante, para o mal defendido, que para o rico e para o erudito. Mas aquele Código não desligou de modo algum o Juiz austríaco do vínculo com a demanda da parte. Se a parte menos astuta, menos preparada, pior defendida, não tiver desde o início proposto a sua demanda da maneira mais adequada, ou adequadamente apresentado a sua defesa, o Juiz austríaco no curso do processo poderá vir-lhe em ajuda, e propiciar-lhe maneira de reparar, de modificar, de corrigir as lacunas e defeitos da sua demanda ou defesa. E para tal fim o Juiz poderá e, mesmo, deverá sair daquela absoluta ‘passividade’ ou daquele absoluto ‘neutralismo’ a que era adstrito o Juiz do processo comum, e o próprio Juiz austríaco até a entrada em vigor do Código de 1895. Terminou-se por compreender, de fato, que aquela passividade do Juiz resultava em privilégios, mais do que em efetiva justiça, visto que ‘sabe-se que não existe desigualdade maior do que aquele que tratar as desigualdades de modo igual’ (Menger, *Il Diritto Civile*, p. 23). Chegou-se ao convencimento de que a imparcialidade do Juiz não estava em contraste com um seu contacto direto e ativo com as partes no

Existem, ainda, sistemas jurídicos que atribuem poderes ilimitados não só no que diz respeito à produção probatória, mas igualmente no que concerne ao próprio objeto litigioso, podendo o juiz promover, *ex officio*, demandas, ampliar-lhes o objeto etc.

Trata-se de sistemas baseados em orientação política socialista em que o Estado tem por fim a tutela da pessoa do trabalhador, como é o caso da extinta União Soviética.¹⁸⁶⁹

Nesses sistemas, ocorre o que se chama de “desprivatização” não apenas do processo, que é colocado nas mãos do Estado, mas também do próprio direito substancial, porque este passa a ser focado sob um matiz coletivo, impossível de ser desrespeitado por simples omissão ou deficiência técnica de uma das partes.¹⁸⁷⁰

Como se nota, os poderes instrutórios do juiz e, conseqüentemente, o ativismo judicial, i.e., a assunção pelo órgão jurisdicional de uma postura arrojada à frente do instrumento de efetivação do direito material, diferem de acordo com as características de três “modelos” – digamos assim – de processo civil: o liberal, o publicístico e o social.

O primeiro proíbe a iniciativa, *ex officio*, do juiz em tema probatório, porque entende que a iniciativa probatória está contida na esfera de livre disposição das partes, que têm poder absoluto sobre ela. Logo, se deixam de requerer determinada prova, não cabe ao órgão jurisdicional suprir as omissões das partes.

O segundo visualiza o processo sob um prisma marcadamente público e atrelado ao dever do Estado-juiz em adequadamente tutelar. Portanto, ainda que as partes possam pleitear e propor os meios de prova, não fica o órgão

desenvolvimento da instância. Mas, todavia, permaneceu intacto, faço notar, o princípio de que somente a vontade autônoma das partes pudesse dispor quanto à instauração da instância e ao âmbito quer do pedido de mérito como das exceções em sentido substancial. A atuação do Juiz tem, em suma, no processo austríaco como no suíço, no processo germânico (ocidental) como no sueco e de outros países, caráter meramente auxiliar e não um caráter substitutivo das partes e da vontade delas no determinar o mérito da causa e portanto o *thema decidendum*.”

¹⁸⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 64; CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 126-129.

¹⁸⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 126-129.

jurisdicional impedido de determinar a produção, de ofício, de provas necessárias ao esclarecimento da verdade.

O que as partes possuem, em regra, é livre disposição sobre a lide, podendo renunciar ao direito sobre que se funda a ação, reconhecer a procedência do pedido, transigir etc. Todavia, acionado o aparato judiciário a forma de resolução da lide passa ao poder do órgão jurisdicional, que não fica vinculado à vontade das partes.

Já o terceiro modelo vai mais longe. Além do poder quase absoluto do órgão jurisdicional sobre o modo de resolução dos conflitos retratados nas lides, ele possui também poder sobre a própria lide que é vista sob um matiz coletivo.

Após examinar detidamente os três modelos de iniciativa probatória, Mauro Cappelletti¹⁸⁷¹ prefere não indagar qual seria o melhor, diante das vantagens e deficiências de todos eles.

Mas quanto ao modelo publicístico de processo civil, destaca que ele tenderá a um maior êxito segundo a qualidade, a honestidade, e sensibilidade daquele que tem sido chamado “elemento humano” do procedimento, ou seja, *segundo a qualidade dos juízes*, aos quais o respectivo sistema processual atribui poder de direção.

Ressalta a necessidade de que sejam abandonados dogmas estratificados na cultura jurídica, mas ultrapassados pelas vicissitudes sociais e que exigem nova visão sobre os poderes dos juízes de direção processual.

3.13.2 Os poderes do juiz e o princípio dispositivo

O princípio dispositivo é um dos grandes princípios reitores do Direito Processual Civil. Entretanto, até hoje, seja na doutrina estrangeira, seja na doutrina nacional, existe grande divergência sobre seu exato significado. Ora é tratado como princípio da demanda, ou seja, como norma que impede a iniciativa, *ex officio*, na propositura de ações, ora seu sentido é vinculado não ao início ao

¹⁸⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 131.

processo, mas ao desenvolvimento deste, e, conseqüentemente, à limitação dos poderes do juiz quanto à iniciativa probatória.

Arruda Alvim¹⁸⁷² ensina que o princípio dispositivo é o reflexo, no processo civil, do princípio dominante no direito privado (material). Dado que é a disponibilidade sobre os direitos a regra predominante no campo do Direito Privado, excetuadas as matérias indisponíveis, como Direito de Família, e tendo-se presente que o processo convive com o direito privado e dele assimilou fundamentalmente diversos princípios, consiste esse justamente numa projeção da regra da disponibilidade dos direitos privados, no campo do Direito Público.

Segundo Arruda Alvim,¹⁸⁷³ o princípio dispositivo pode ser desdobrado em três subprincípios: a) propositura da demanda; b) vinculação do juiz ao pedido; c) vinculação do juiz às provas produzidas pelas partes.

Couture¹⁸⁷⁴ ressalta que o princípio dispositivo apóia-se sobre a suposição, absolutamente natural, de que naqueles assuntos nos quais só se evidencia interesse privado, os órgãos do poder público não devem ir mais além do que desejam os próprios particulares. Mas distintamente é a suposição naqueles casos em que se compreenda um interesse social, frente ao qual não é lícito às partes interessadas conter a atividade dos órgãos do poder público.

Segundo esse autor,¹⁸⁷⁵ o princípio dispositivo se manifesta, no processo civil, de diferentes formas, especialmente :

a) *na iniciativa*: em que prevalece o princípio *nemo iudex sine actore*, ou seja, sem iniciativa do interessado, não há demanda, e, por conseqüência, processo;

b) *no impulso*: num processo acentuadamente dispositivo, o princípio de impulso processual se confia às partes;

c) *na disponibilidade do direito material*: produzida a demanda, o autor pode abandoná-la expressamente (desistência), ou tacitamente (perempção),

¹⁸⁷² ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 114.

¹⁸⁷³ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*, v. I, p. 115.

¹⁸⁷⁴ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 24.

¹⁸⁷⁵ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 153-155.

ou realizar acordo expresso com o adversário (transação), e o réu pode reconhecer o pedido;

d) *na disponibilidade das provas*: a iniciativa das provas compete às partes e o juiz não conhece de fatos que não aqueles que tenham sido objeto de provas por iniciativa dos litigantes (*quod non est in actis non est in mundo*);

e) *nos limites da decisão*: o juiz não pode decidir além do pedido das partes (*ne eat iudex ultra petita partium*) nem pode omitir-se a respeito de pedido formulado por elas;

f) *na legitimação para recorrer*: só pode recorrer das decisões do magistrado aquelas partes que tenham sofrido imediato prejuízo em razão delas;

g) *nos efeitos da coisa julgada*: só são atingidos pela coisa julgada às partes que tenham litigado.

Na lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁷⁶ o princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão (*iudex secundum allegata et probata partium indicare debet*).

O princípio é de inegável sentido liberal, vez que a cada um dos envolvidos no conflito é que cabe o juízo de conveniência em demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitivo.¹⁸⁷⁷

Ainda segundo citados autores, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial, de tal sorte o princípio dispositivo é atenuado na medida em que o sistema jurídico permite ao juiz impulsionar o andamento da causa, determinar provas e conhecer, *ex officio*, de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes.¹⁸⁷⁸

¹⁸⁷⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 65.

¹⁸⁷⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 66.

¹⁸⁷⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 66.

Prosseguem esses mesmos juristas averbando que no processo civil o juiz pode se satisfazer com a *verdade formal*, ou seja, com aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos. Já no processo penal, o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real*, razão pela qual pode perfeitamente determinar provas de ofício, não ficando vinculado apenas àquelas que aportam ao processo por iniciativa das partes. Por outro lado, quando no âmbito da jurisdição civil, a causa envolve interesse público, igualmente o juiz não pode se contentar com a verdade formal, alargando-se então seus poderes de iniciativa probatória, ainda que suprindo omissão das partes.¹⁸⁷⁹

Segundo Humberto Theodoro Júnior,¹⁸⁸⁰ o princípio dispositivo deixa a sorte do processo à livre disponibilidade das partes. A elas, com exclusividade, incumbe toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso, seja na sua instrução. As provas, portanto, só podem ser produzidas pelas partes e a própria marcha processual depende do impulso dos litigantes, restando ao juiz uma posição quase de mero espectador.

Caracteriza-se o princípio inquisitivo, segundo Humberto Theodoro Júnior,¹⁸⁸¹ pelo reconhecimento da liberdade de iniciativa do juiz, tanto para instaurar a relação processual, como para promover o seu desenvolvimento. Por todos os meios a seu alcance o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente da iniciativa e da colaboração das partes.

Esclarece esse autor que os Códigos mesclam preceitos de ordem inquisitiva com outros de ordem dispositiva. A índole de nosso Código de Processo Civil no que diz respeito à produção probatória “é no sentido de deixar à iniciativa das partes (princípio dispositivo) a indicação e a produção dos elementos de convicção em que apóiam suas pretensões”, sendo que “o juiz por sua imprescindível posição de árbitro imparcial e equidistante dos interesses em conflito, não deve se transformar num investigador de fatos incertos, fora do

¹⁸⁷⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 66.

¹⁸⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 180-181, jul.- set. 1981.

¹⁸⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, v. 23, p. 180.

processo, para descobrir o que eventualmnte possa beneficiar um ou outro dos litigantes”.¹⁸⁸²

Ao princípio *judex debet judicare secundum allegata et probata a partibus* Mauro Cappelletti¹⁸⁸³ destaca que pode ser enfocado sob duas angulações: a) a proibição para o juiz de ir além das alegações das partes; b) a proibição para o juiz de assumir provas de ofício.

Segundo Cappelletti, não só considerações de caráter histórico, mas também valorações de caráter *lato sensu* cultural, e político ideológico lançam reflexos sobre a proibição – ou não – do juiz ir além das alegações das partes.

Num ordenamento processual de coloração acentuada individualista, a tendência será a de considerar também a alegação dos fatos, como “coisa” das partes privadas e a categoria dos fatos operantes de pleno direito será desconhecida ou insignificante. Se uma parte pagou sua dívida cabe a ela alegar essa situação, não podendo o juiz reconhecê-la, de ofício.

Diversamente seria a resposta do juiz num ordenamento processual de coloração autoritária – no sentido de exercício de autoridade e não de arbitrariedade – no qual o juiz, consciente da natureza genuinamente publicística da própria função jurisdicional, negue-se a acolher a demanda do credor já satisfeito.

E diversa, ainda, seria a resposta de um juiz de ordenamento baseado em inspiração socialista, o qual enxergaria também nos direitos individuais um fundo ou função social, que não deve depender de ocasiões ou atividades das partes.

Acentua Mauro Cappelletti que, se o juiz pudesse se desvincular totalmente das alegações das partes, verificar-se-ia um fenômeno de subtração do poder (direito) de ação da esfera de disponibilidade exclusiva do sujeito, que é (ou afirma ser) titular do direito substancial, e, de reflexo, um fenômeno de subtração do direito substancial mesmo da esfera da exclusiva disponibilidade do sujeito que é seu titular.

¹⁸⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, v. 23, p. 181.

¹⁸⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 116-117.

Essa é a razão pela qual, mesmo sistemas processuais que tenham atenuado fortemente ou tenham abolido a validade do princípio da disponibilidade das provas mantêm firme o princípio da disponibilidade da parte em matéria de alegações.

Os dois fenômenos – possibilidade de iniciativa probatória, *ex officio*, e não vinculação do juiz ao pedido da parte autora - continua Cappelletti,¹⁸⁸⁴ operam, com efeito, sobre planos notadamente diversos. O primeiro é expressão de uma concepção fortemente publicística do fenômeno processual. O segundo, ao contrário, expressa uma concepção muito mais radical de publicização ou desprivatização também da esfera do direito substancial.

Para referido autor às partes cabe, exclusivamente, o poder exclusivo de pedir ou não a tutela jurisdicional, bem como o poder exclusivo de determinar os limites essenciais da demanda – limites subjetivos (pessoas) e objetivos (pedido), causais (causa de pedir) – e, por conseqüência, os limites essenciais da decisão e da coisa julgada. O juiz não pode nem obrar de ofício nem desrespeitar aqueles limites queridos e determinados pelas partes. Subsiste, assim, para o processo civil seu núcleo ou seu objeto “privado”.¹⁸⁸⁵

Porém, sobre esse núcleo deixado à exclusiva disposição do sujeito (normalmente) privado, constrói-se uma envoltura – *um proceder* – que está, ao contrário, subtraído daquela potência de disposição. Assim, uma vez instaurado o processo, *o modo, o ritmo, o impulso do processo mesmo são separados da disponibilidade, imediata ou mediata das partes* e, por conseguinte, também das manobras dilatórias e retardatárias de algumas das partes. O juiz atuará em espírito de *colaboração ativa* com as partes. Estas podem ser consideradas colaboradoras do juiz, mas não *dominae* do processo. Na busca da verdade e na eleição dos meios de prova, assim como o tempo e sua modalidade, também isso restará subtraído à disponibilidade das partes.¹⁸⁸⁶

¹⁸⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 122.

¹⁸⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 122-123.

¹⁸⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 123-124.

Fala-se, atualmente, segundo Cappelletti,¹⁸⁸⁷ numa direção não apenas formal mas numa *direção material do processo civil pelo juiz*. A consideração de circunstâncias particulares das partes litigantes pelo juiz, como, por exemplo, sua deficiente condição econômica e que se reflete numa deficiente atuação de seu defensor, pode autorizar o juiz a restabelecer o equilíbrio da paridade de armas, mediante a determinação de provas, de ofício.

Àqueles que entendem ser acientífico valorar as transformações políticas, sociais e econômicas a fim de adaptar o instrumento processual aos novos valores sociais, remarca Cappelletti¹⁸⁸⁸ que não seria científico renunciar à plena consciência da realidade, e dos valores que estão à sua base. Não se trata de um inútil relativismo, mas de tolerar uma inevitável e útil diversidade e multiplicidade de concepções, que não se limita nunca a operar sobre fórmulas insignificantes e abstratas, senão opera sobre a história e sobre os valores, ainda quando mutáveis, da história do homem.

Em nosso sistema jurídico, salvo raríssimas exceções, o juiz não pode iniciar qualquer demanda, *ex officio*. Deve aguardar a iniciativa das partes. É o que resulta expresso dos arts. 2º e 262 do CPC. O próprio início da execução, inclusive, no que concerne ao cumprimento de sentença, encontra-se vinculado ao princípio dispositivo.

Entretanto, uma vez iniciado o processo ou a fase processual em processo sincrético, é dever funcional do magistrado impulsioná-lo de modo a que cumpra os objetivos traçados pelo sistema, que variarão conforme a técnica processual invocada como adequada a amparar o direito da parte.

Nesse passo, com o devido respeito aos posicionamentos em contrário, é impossível se conceber que, em razão do princípio dispositivo, o juiz fique vinculado à iniciativa probatória das partes e apenas possa agir em complemento a atividade delas. O compromisso do juiz é com os resultados da jurisdição e estes jamais se encontrarão engastados no patrimônio disponível das partes.

¹⁸⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 124.

¹⁸⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, p. 134.

Vejamos abaixo os principais argumentos que demonstram que o exercício, *ex officio*, dos poderes instrutórios pelo juiz encontram pleno apoio em nosso sistema jurídico.

3.13.2.1 Principais argumentos em prol da iniciativa, *ex officio*, do juiz na instrução probatória

3.13.2.1.a A determinação, *ex officio*, de realização de provas não desrespeita o princípio da imparcialidade do juiz

Diz-se, com grande frequência, que o juiz, ao determinar, *ex officio*, a produção de provas, estaria desrespeitando o princípio da imparcialidade, na medida em que estaria atuando em prol dos interesses de uma das partes em detrimento de outra, conferindo a elas tratamento desigual (art. 125, I, do CPC). O Superior Tribunal de Justiça possui precedente nesse sentido.¹⁸⁸⁹

Com o devido respeito, esse argumento não procede. Ao determinar a produção de provas, de ofício, o juiz não sabe a quem elas aproveitarão. Seu compromisso é com a descoberta da verdade. Vincular totalmente a decisão judicial à iniciativa das partes é o mesmo que dizer que o conteúdo dessa mesma decisão deve assumir os contornos que as partes “permitirem” que ele assumam.

Barbosa Moreira,¹⁸⁹⁰ além de demonstrar o equívoco do argumento que enxerga na iniciativa probatória, *ex officio*, do juiz exemplo de ato parcial,

¹⁸⁸⁹ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ÔNUS DA PROVA. CPC, ART. 333, I. 1. Na forma do CPC, art. 333, I, não tendo o próprio autor, interessado em demonstrar o fato constitutivo de seu pretensão direito, especificado o meio probatório pela qual desejaria fazê-lo, não pode o Magistrado suprir tal omissão, agindo de ofício, para determinar sua produção, sob pena de violar as regras dispostas no CPC, arts. 125, I e 128, que vedam a dispensa de tratamento desigual às partes e o conhecimento de ofício pelo Juiz das questões às quais competiria iniciativa às partes. 2. Recurso Especial provido.” (STJ, 5ª T., REsp 256446/RJ (200000399680), rel. Min. Edson Vidigal, j. 05.10.2000, DJ 06.11.2000, p. 219).

¹⁸⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48: “O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui no órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto a de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse

indaga se não seria parcial o juiz que, ciente de que pode esclarecer fatos nebulosos, deixe de fazê-lo. Como bem destacou esse autor:¹⁸⁹¹

“Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz movido por interesses ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o juiz, movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto”.

O processo civil é instrumento de efetivação do direito material. Pertence ao Direito Público e pública é a função desenvolvida pelo juiz do início ao fim de cada processo. Ainda que privado os interesses em jogo, o magistrado não pauta o recolhimento dos elementos de convicção apenas naquilo, em termos probatórios, que as partes requereram. Tenham elas solicitado ou não prova indispensável ao julgamento da lide, é obrigação do juiz determinar, de ofício, com apoio no art. 130 do CPC, que essa prova seja produzida e que venha aos autos.

O fato da prova ser “benéfica” ou “prejudicial” ao autor ou ao réu não é circunstância suficiente para impedir a atuação oficiosa do magistrado. O importante é que o juiz decida sem estar vinculado apenas àquilo que as partes pretendam que ele analise.

Portanto, não há a menor condição de o juiz ser qualificado como parcial ao atuar, de ofício, na busca da verdade. Não se pode confundir parcialidade com comprometimento no exercício da função jurisdicional. Parcial é aquele que pretende beneficiar alguma das partes em detrimento da outra.

Não é isso o que acontece quando o juiz determina a produção, de ofício, de determinada prova, pois não pretende beneficiar ninguém, mas sim julgar com convicção. Julgar sem estar convencido é que traduz descomprometimento

não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes. Bem se percebe quão impróprio é um modo de equacionar o problema, que condena o órgão judicial, em qualquer caso, a incorrer na pecha de parcialidade ...”.

¹⁸⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de direito processual civil: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62.

com a busca da verdade e apenas uma visão influenciada por valores liberais – e que não mais se justificam – poderia sustentar semelhante solução, como ensina José Roberto dos Santos Bedaque.¹⁸⁹²

Não se argumente que o atuar oficioso do magistrado esbarraria na orientação democrática de nosso Estado e que o incremento dos poderes instrutórios do juiz apenas seria compatível com Estados autoritários. Como disse Galeno Lacerda,¹⁸⁹³ a “verdade é que juiz forte é juiz livre, o que se torna incompatível, em tese, com o sistema ditatorial”. O juiz não pode ser mais focado como um servo a serviço dos interesses particulares das partes. Trata-se, novamente, de uma visão marcada pelos valores liberais clássicos. O incremento de maiores poderes nas mãos dos juízes não significa, de forma, alguma, que o sistema esteja autorizando o seu uso, de maneira arbitrária.

Como disse Barbosa Moreira,¹⁸⁹⁴ a ampla iniciativa judicial pode conviver com o autoritarismo e com o liberalismo político, do mesmo modo que com um e outro pode conviver a tendência a restringi-la ou a nulificá-la. O que cabe afirmar com segurança, continua esse autor, “isso sim, é que a consagração de semelhante iniciativa acompanha a transição do Estado absenteísta, dominado pela obsessão do *laissez faire*, para o Estado com preocupações sociais, empenhado em avançar da igualdade puramente formal até algo que se aproxime, tanto quanto possível, de uma igualdade substancial”.

Enfim, leituras exacerbadamente “dispositivísticas” do Código de Processo Civil podem reforçar os já numerosos fatores que contribuem para conter

¹⁸⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 80: “(...) quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam atuadas corretamente. E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato, obscuro deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função”.

¹⁸⁹³ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, p. 53.

¹⁸⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil: quarta série*, p. 48-49.

em níveis modestíssimos as iniciativas oficiais.¹⁸⁹⁵ Cumpre aos magistrados abandonar essa cômoda postura.

Ainda com base nas lições de Barbosa Moreira,¹⁸⁹⁶ uma das razões que contribuem para uma tímida atuação jurisdicional em prol da utilização, de ofício, de poderes instrutórios é o excesso de serviço a que são submetidos os magistrados, agravado por outros fatores, como deficiência funcional, imperfeito aparelhamento dos cartórios, entre outros.

Todavia, “o que positivamente não parece necessário é reforçá-las com exortações à cautela e à moderação. O risco, neste campo, não é o da hiperatividade, mas o da inércia.” Ainda segundo esse autor, “a impossibilidade de atingir um ideal não nos dispensa de fazer esforços em sua direção”.¹⁸⁹⁷

Uma das melhores maneiras de preservar a imparcialidade do magistrado, já disse José Roberto dos Santos Bedaque,¹⁸⁹⁸ é submeter sua atividade ao princípio contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões.

3.13.2.1.b O exercício dos poderes instrutórios pelo juiz independe da natureza do direito controvertido objeto da lide

Com grande freqüência, diz-se que, em se tratando de demandas que envolvam direitos disponíveis das partes, o juiz deve contentar-se com as provas por elas produzidas, não podendo suprir-lhes as omissões, justamente porque se é

¹⁸⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de direito processual civil: quarta série*, p. 59.

¹⁸⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil: quarta série*, p. 45.

¹⁸⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 184, jul.- set. 1984.

¹⁸⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 80. Segundo esse autor (Idem, p. 88): “Não há dúvida de que a atividade instrutória por parte do juiz *pode* diminuir os casos em que seja necessário recorrer às normas de distribuição dos riscos pela obscuridade dos fatos. Ou seja, se além das partes, também o juiz desenvolve esforços para obtenção da prova, maior a possibilidade de esclarecimento dos fatos, o que diminui, na mesma proporção, a necessidade de se apelar para a distribuição dos encargos do art. 333. Na verdade, aumenta a probabilidade de um julgamento correto, conforme a vontade do legislador. As regras sobre os ônus da prova constituem a *última saída para o juiz*, que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções. Essa é a única relação que se pode dizer existente entre o poder instrutório do juiz e o ônus da prova.”

disponível o direito apenas a elas cabe a conveniência de produzir ou não determinada prova.

Todavia, se o interesse em conflito assumir matiz de direito indisponível, como é o caso das demandas ligadas ao Direito de Família (tutela, adoção, investigação de paternidade etc), então aí o juiz estará autorizado a atuar, de ofício, na determinação de produção de provas.

No processo penal, por exemplo, diante da natureza da lide, que pode levar a drásticas conseqüências contra o réu, sempre foi aceita, com grande tranqüilidade, a idéia de que o juiz possui amplos poderes instrutórios e que não fica vinculado à iniciativa das partes (art. 156 do CPP).¹⁸⁹⁹

Na lição de Guilherme de Souza Nucci,¹⁹⁰⁰ a atuação de ofício pelo juiz, no processo penal, é

“decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão-somente atingir a verdade”.

O Superior Tribunal de Justiça tem firme posicionamento quanto à possibilidade de o julgador determinar, de ofício, a produção de prova pericial, tratando-se de demanda investigatória de paternidade, inclusive em segundo grau de jurisdição, diante da natureza indisponível do direito da parte autora.¹⁹⁰¹

¹⁸⁹⁹ “PENAL E PROCESSUAL. LEI DE IMPRENSA. DEFESA PRÉVIA. TESTEMUNHAS. OITIVA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO. A busca pela verdade real constitui princípio que rege o Direito Processual Penal. A produção de provas, porque constitui garantia constitucional, pode ser determinada inclusive pelo Juiz, de ofício, quando julgar necessário (arts. 155 e 209 do CPP). O Juiz apreciará livremente a prova. Contudo, constitui cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de oitiva de testemunha, arrolada na defesa prévia, máxime sob convencimento antecipado quanto a sua imprestabilidade. Recurso provido, para determinar a oitiva da testemunha arrolada pela defesa.” (STJ, 6ª T., Recurso Ordinário em Habeas Corpus 12757/BA (200200533676), rel. Min. Paulo Medina, j. 21.08.2003, DJ 15.09.2003, p. 401).

¹⁹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 362.

¹⁹⁰¹ Nesse sentido: a) “PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - EXAME DE DNA - DESISTÊNCIA DA REALIZAÇÃO POR PARTE DO AUTOR, EM RAZÃO DA FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS - CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO - POSSIBILIDADE DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JULGADOR EM BUSCA DA VERDADE REAL - AFRONTA AO ART. 130 DO CPC - CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - DISSÍDIO PRETORIANO COMPROVADO. 1 - Esta Corte de Uniformização Infraconstitucional tem

Nas lides previdenciárias, a jurisprudência entende que o fato de a testemunha ser arrolada fora do prazo legal, não impede que o juiz a ouça com base em seus poderes instrutórios.¹⁹⁰² O direito em discussão – direito previdenciário – por possuir assento constitucional de direito fundamental (art. 195 da CF), impede que o juiz tenha uma atitude passiva diante dos elementos de prova necessários ao julgamento da lide.¹⁹⁰³

decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. *In casu*, foi realizado o devido cotejo analítico, tendo sido, também, citados repositórios oficiais de jurisprudência, motivo pelo qual deve-se conhecer da divergência aventada. 2 - É de ser reconhecido o cerceamento de defesa do autor, ora recorrente, menor absolutamente incapaz e beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita, porquanto, embora tenha requerido o exame de DNA, desistiu de sua realização apenas por não dispor de recursos financeiros. Ora, diante da incerteza da paternidade investigada, o referido exame é imprescindível para a apuração da verdade real, podendo o julgador determinar, de ofício, a sua realização, conforme preceitua o art. 130 do Código de Processo Civil, desde que não afete a sua imparcialidade. Outrossim, inexistente óbice à transformação do julgamento em diligência, por se encontrar o feito em segunda instância, pois os magistrados de primeiro e segundo grau possuem as mesmas prerrogativas em busca da supracitada verdade real. 3 - Precedentes (REsp nºs 192.681/PR e 218.302/PR). 4 - Recurso conhecido e provido para, convertendo-se o julgamento em diligência, determinar a realização do exame de DNA, a ser custeado nos termos explanados no voto.” (STJ, 4ª T., REsp 241886/GO (199901140838), rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17.08.2004, DJ 27.09.2004); b) “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ADMISSIBILIDADE. PODER-DEVER DO JULGADOR. – O Julgador deixou de ser mero espectador da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permita determinar a produção de provas, mormente como no caso em que se cuida de ação de estado, o autor é menor impúbere e beneficiário da Assistência Judiciária. Entendimento que se aplica também ao segundo grau de jurisdição. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido para, convertendo-se o julgamento em diligência, ordenar a realização do exame de DNA.” (STJ, 4ª T., REsp 218302/PR (199900501748), rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.12.2003, DJ 29.03.2004, p. 244).

¹⁹⁰² “PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO. PROCESSO CIVIL. PRAZO PARA ARROLAR TESTEMUNHA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. 1. A oitiva de testemunhas arroladas fora do prazo do art. 407, do CPC, é possível quando tal ato não prejudique a celeridade, não tumultue o processo e cause cerceamento à defesa (CPC, art. 244), até porque a inquirição pode ser feita por determinação judicial, visando à elucidação dos fatos (CPC, arts. 125 a 131). 2. Presentes os requisitos de tempo de serviço e carência, é devida à parte autora a aposentadoria por tempo de serviço, nos termos da Lei nº 8.213/91. 3. O tempo de serviço rural para fins previdenciários pode ser demonstrado através de início de prova material, desde que complementado por prova testemunhal idônea.” (TRF da 4ª Região, Apelação Cível 200272010003414/SC, rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira, j. 08.06.2005, DJU 22.06.2005, p. 961).

¹⁹⁰³ “PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DESENTRANHAMENTO DE LAUDO DE ASSISTENTE TÉCNICO E ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. INTEMPESTIVIDADE. JUIZ COMO DESTINATÁRIO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA. PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO PROCESSUAL. BUSCA DA VERDADE REAL. LAUDO DO ASSISTENTE TÉCNICO MANTIDO NOS AUTOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Demonstrada nos autos a efetiva intempestividade da apresentação do laudo do assistente técnico da agravante e de suas alegações finais, sem que fosse invocada justa causa para o descumprimento do prazo, o que torna indene de dúvida o cabimento do desentranhamento das referidas peças, sanção processual prevista no artigo 195 do Código de Processo Civil. II - Ainda que preclusa a oportunidade do agravante de desincumbir-se de seu ônus probatório, tal fato não exime o Juízo do emprego de seus poderes instrutórios, visando a obtenção da prova, quando relevante na

Já se decidiu que:

“Em face da natureza previdenciária da lide, indispensável para a sobrevivência do segurado, não pode o julgador adotar a mesma postura que lhe é própria nas lides de natureza meramente privatística, abandonando as rédeas do processo ao impulso das partes. Impõe-se que vele pela prestação jurisdicional efetiva e útil, ainda que tenha, para tanto, que intervir ativamente no processo. Cabe-lhe fazer uso efetivo do poder que lhe é atribuído pelo art. 130 do CPC, determinando, se necessário, de ofício, as provas indispensáveis à instrução do processo.”¹⁹⁰⁴

Não concordamos totalmente e, com a devida vênia, com esses argumentos, ou seja, de que o juiz possa ter iniciativa probatória nas demandas *apenas* se seu objeto disser respeito a direito indisponível. Isso porque, em tema de iniciativa probatória, o poder do juiz não está vinculado à natureza do direito objeto da lide, ou seja, se disponível ou indisponível, se civil ou penal.

O fato de ser eventualmente disponível o direito objeto de discussão permite que as partes possam livremente dele dispor. Isso nada mais é do que reflexo do direito substancial, que está subjacente ao direito controvertido.

É por essa razão que o autor pode renunciar ao direito sobre que se funda a ação, o réu pode reconhecer a procedência do pedido, e as partes podem

solução do litígio e na declaração do direito material deduzido, sendo que nas lides em que o direito versado é de caráter social, tal preocupação deve nortear a atividade probatória do Juiz, como atenuante do princípio dispositivo, sob pena de acarretar à parte prejuízo que transcende a esfera material, para atingir a garantia fundamental da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, III da Constituição Federal, este o objetivo maior da seguridade social. III - Em se tratando de lide versando a concessão de aposentadoria por invalidez previdenciária, afigura-se relevante a permanência, nos autos principais, das conclusões do assistente técnico da autora, considerando a sua contribuição na busca da verdade real, tendo em consideração o devido processo legal e o contraditório em igualdade de condições. IV - Agravo de instrumento parcialmente provido.” (TRF da 3ª Região, 9ª T., Agravo de Instrumento 251099/SP (200503000838210), rel. Des. Federal Marisa Santos, j. 13.03.2006, DJU 20.04.2006, p. 1.327).

¹⁹⁰⁴ “PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL - AÇÃO DE CUNHO PREVIDENCIÁRIO - PROVAS - SUA PRODUÇÃO. 1 - O julgamento antecipado da lide somente é recomendável nas hipóteses em que a instrução do processo se mostre suficiente para o deslinde da controvérsia. Sem antes oportunizar à parte a complementação da prova pericial, o julgamento antecipado da lide caracteriza cerceamento de defesa. 2 - O juiz pode determinar, de ofício, a produção de provas dos fatos importantes para o deslinde da demanda, pois está investido de poderes instrutórios. É fundamental que, antes de prolatar a sentença, elimine qualquer dúvida. 3 - Em face da natureza previdenciária da lide, indispensável para a sobrevivência do segurado, não pode o julgador adotar a mesma postura que lhe é própria nas lides de natureza meramente privatística, abandonando as rédeas do processo ao impulso das partes. Impõe-se que vele pela prestação jurisdicional efetiva e útil, ainda que tenha, para tanto, que intervir ativamente no processo. Cabe-lhe fazer uso efetivo do poder que lhe é atribuído pelo art. 130 do CPC, determinando, se necessário, de ofício, as provas indispensáveis à instrução do processo. 4 - Agravo retido provido para anular a sentença. Prejudicados os apelos interpostos pelo INSS e pelo autor.” (TRF da 4ª Região, 5ª T., Apelação Cível 200171080056565/RS, rel. Des. Federal Antonio Albino Ramos de Oliveira, j. 02.04.2003, DJU 14.05.2003, p. 1.035).

transigir. Nesse sentido é que o juiz não pode impedir o atuar das partes. O direito material a elas pertence e dele podem dispor livremente. Tratando-se de lides que envolvam direito indisponível, as partes têm mitigada essa disponibilidade.

Todavia, a partir do momento em que é iniciada a demanda, é dever do juiz impulsionar o processo de modo que atinja e cumpra sua finalidade legal e constitucional, *pouco importando a espécie de direito retratado na lide*.

Como máximo respeito ao entendimento em contrário, não entendemos como seria possível o juiz atuar de maneira ativa na busca da verdade real, em demanda que retrate direito indisponível, mas assumir postura totalmente inerte em outra que retrate direito disponível. A responsabilidade com os resultados a serem atingidos através do processo, em ambos os casos, é idêntica.

Veja-se que a vedação à iniciativa, *ex officio*, de demandas ou a proibição do julgamento *extra, ultra* ou *citra petita* aplica-se a ações que tenham por objeto direitos disponíveis ou indisponíveis, como lembra Barbosa Moreira.¹⁹⁰⁵

Enfim, a contenção ou extensão dos poderes do juiz, estabelecidas pelo sistema jurídico, a partir do princípio dispositivo, não se vincula à espécie de direito retratado na lide.

Tratando-se de demanda de conhecimento de natureza condenatória, cabe ao juiz, ainda que suprimindo omissões das partes – pouco importando as razões que motivaram essas omissões – determinar todas as provas necessárias ao esclarecimento da verdade, para que possa decidir sem se contentar, por óbvio, com uma realidade artificial (verdade formal) engendrada apenas pelos interesses parciais das partes. Em qualquer processo – civil ou penal – o juiz deve buscar a verdade real, pela simples e seríssima razão de que sua atividade traduz atuação estatal, que repercute na vida das pessoas envolvidas no processo.¹⁹⁰⁶

¹⁹⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão de trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, p. 8, jan.- mar. 1986.

¹⁹⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 93: “Não se pode, de forma alguma, aceitar essa ligação tão estreita entre a relação processual e a substancial. Embora a primeira nasça e se desenvolva em função da segunda, isso não quer dizer que os princípios relativos a uma relação privada possam influenciar a relação processual. Esta é pública e sua finalidade é completamente diversa daquela. Embora instrumentais, não se pode mais negar a autonomia dos institutos processuais. E a instrumentalidade que se pretende existente não se refere ao eventual direito subjetivo da parte, mas ao ordenamento jurídico vigente, cuja integridade interessa ao Estado. Não importa, pois, a natureza da relação jurídica controvertida. O processo, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, é um

Como disse José Carlos Barbosa Moreira:¹⁹⁰⁷

“Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie.”

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque,¹⁹⁰⁸ se as partes têm disponibilidade no que concerne à relação jurídica material, no que diz respeito à relação jurídica processual não podem exercer qualquer influência, pois o problema aqui não é de disponibilidade ou de indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o Estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso, a um interesse seu. Seu escopo, assim, não é nem mais, nem menos, que a realização daquilo que a ordem jurídica assegura no plano do direito material.

3.13.2.1.c As regras de distribuição do ônus da prova e sua compatibilidade com a iniciativa, de ofício, na produção de provas

Entende-se que o juiz só poderia utilizar, com base no art. 130 do CPC, de seus poderes instrutórios, determinando a realização de provas, de ofício, como atividade supletiva à iniciativa das partes, ou seja, apenas quando, mesmo após a produção das provas requeridas por elas, encontrar-se em dúvida sobre qual solução tomar. Isso porque se suprisse omissão das partes estaria desrespeitando as regras de distribuição do ônus da prova contidas no art. 333, I e II, do CPC. O Superior Tribunal de Justiça possui vários precedentes nesse sentido.¹⁹⁰⁹

só, sendo irrelevante se a matéria discutida é civil, penal, disponível ou indisponível. Tanto o direito processual civil como o direito processual penal pertencem ao mesmo ramo do direito. O desenvolvimento dos estudos sobre a teoria geral do processo permite que se fale hoje em direito processual, disciplina que reúne elementos comuns ao processo civil, penal e trabalhista.”

¹⁹⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil: quarta série*, p. 45.

¹⁹⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 95.

¹⁹⁰⁹ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL - PROVA PERICIAL - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ - POSSIBILIDADE, NÃO DEVER - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA.

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir. São regras de julgamento e se destinam a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados.¹⁹¹⁰ Mas, antes disso, ele não tem seu agir (voltado à busca da verdade real) tolhido por essas regras.¹⁹¹¹ Daí então a razão pela qual pode perfeitamente determinar a produção de provas, de ofício, ainda que suprindo omissões de ambas as partes.¹⁹¹² Os poderes instrutórios devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, já averbou Barbosa Moreira.¹⁹¹³ Se mesmo assim, ao cabo do procedimento permanecer em dúvida, então deverá valer-se das regras de distribuição do ônus da prova para julgar.

1. Os arts. 130 e 1.107 do CPC, mitigando o Princípio da Demanda, conferem poderes instrutórios ao Juiz, mas não lhe impõem o dever da investigação probatória. Mesmo porque, nos fatos constitutivos do direito o ônus da prova cabe ao autor (CPC, art. 333, I). 2. A faculdade outorgada para instrução probatória do Juízo milita em favor duma melhor formação da convicção do Magistrado. No entanto, o Juiz não pode substituir as partes nos ônus que lhe competem, inda mais quando a perícia não se realizou por inércia da parte no pagamento dos honorários do perito. 3. Recurso improvido.” (STJ, 1ª T., REsp 471857/ES (200201290885), rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21.10.2003, DJ 17.11.2003, p. 207); b) “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE MATÉRIAS INTERMEDIÁRIAS - PROVA PERICIAL - ÔNUS DA PROVA. 1. A prova pericial é do juízo e pode ser ordenada de ofício, quando o magistrado precisa de informações técnicas ou quando se tratar de direito indisponível, sem a prova definitiva do direito reclamado. 2. Se a parte deixou de requerer a prova pericial, tendo inclusive silenciado quando intimada para especificar as provas, cabe-lhe o ônus da omissão probatória. 3. Recurso especial improvido.” (STJ, 2ª T., REsp 171429/RJ (199800262237), rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.09.2001, DJ 25.02.2002, p. 257); c) “PROCESSUAL CIVIL - PROVA - ÔNUS - PRODUÇÃO - AUSÊNCIA. O autor, na inicial, tem que indicar as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. Ante a ausência de provas, o juiz não pode determinar, de ofício, a produção de qualquer prova. Recurso provido.” (STJ, 1ª T., REsp 243311/SP (199901185343), rel. Min. Garcia Vieira, j. 21.03.2000, DJ 05.06.2000, p. 128).

¹⁹¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 75-76: “Ao juiz, por conseguinte, toca ver se são completos ou incompletos os resultados da atividade instrutória. Não lhe importa, na primeira hipótese, a quem se deve o serem completos os resultados. Importar-lhe-á, sim, na segunda, a quem se deve o serem incompletos; ou, mais precisamente, a quem se hão de atribuir as conseqüências da remanescente incerteza. Se quisermos usar a terminologia habitual, poderemos dizer que o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, com o aspecto *objetivo* do ônus da prova, não com o seu aspecto *subjetivo*. Ora, semelhante preocupação, como se compreende com facilidade, não há de assaltar o espírito do juiz *durante a instrução* da causa, senão apenas quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir. Unicamente então, com efeito, é que tem sentido cogitar da existência de eventuais lacunas no material probatório: enquanto esteja ‘aberta’ a prova, qualquer conclusão a tal respeito seria prematura. Quer isso dizer que as regras sobre distribuição do ônus da prova são aplicadas pelo órgão judicial *no momento em que julga*”.

¹⁹¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 86.

¹⁹¹² Contra: LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo* v. 35, p. 37.

¹⁹¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, p. 146, jan.- mar. 1985.

Como ressalta Barbosa Moreira,¹⁹¹⁴

“julgar bem é preocupação que não pode ser estranha ao órgão judicial. Nessa perspectiva, ao contrário do que insinuam certas fórmulas tradicionais, recusar-lhe a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável, afinal de contas, quanto negar-lhe a de procurar por si mesmo a norma aplicável: o conhecimento daqueles não lhe é menos necessário do que o desta para cumprir sua função essencial de modo satisfatório”.

3.13.2.1.d Adaptação dos argumentos anteriores ao objeto deste trabalho e a constatação de que o juiz pode, na execução civil, determinar, *ex officio*, a pesquisa de bens ou adotar outras medidas visando à penhora e futura expropriação de bens

Até agora vimos que existe respeitável posicionamento doutrinário e jurisprudencial que admite uma postura mais arrojada do magistrado à frente do processo civil. No que diz respeito ao processo de conhecimento, que visa a transformar o fato em direito e em que a atividade do órgão jurisdicional volta-se, em regra, à análise de alegações das partes, confrontando-as com as provas aportadas ao processo, essa postura ativista do juiz autoriza que ele não se contente apenas com o material probatório produzido por iniciativa das partes.

Ao contrário, esse posicionamento permite que ele, independentemente da natureza do direito substancial objeto da lide, determine todas as provas necessárias e indispensáveis à formação do seu convencimento, relegando a utilização das regras de distribuição do ônus da prova apenas para quando, esgotadas todas essas provas, ainda perdure o estado de incerteza quando à veracidade das alegações contidas na petição inicial ou na defesa.

Seria possível dizer que o juiz, na execução civil, também poderia assumir um papel ativo, de tal sorte que não se acomodasse a determinar a

¹⁹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil: quarta série*, p. 45.

realização de medidas executivas apenas quando provocado pelo credor? Com as adaptações necessárias, poder-se-ia dizer que o juiz, na execução forçada, possui amplos poderes instrutórios, assim como acontece no processo de conhecimento?

Não temos a menor dúvida de que a resposta afirmativa se impõe quanto às indagações em questão.

Já estudamos anteriormente, que o sentido de instrução não é restrito apenas às demandas cognitivas. Instruir é preparar o processo para que ele realize a função processual prevista no sistema jurídico. Nas demandas cognitivas, essa função consiste em julgar, valorando as provas produzidas. Nas demandas executivas, essa função consiste em alterar a realidade fática em favor do credor.

Ora, se os modernos estudos de Direito Processual Civil, na doutrina estrangeira e nacional, defendem uma maior liberdade do juiz e a sua vinculação aos fins traçados pelo sistema, e não àqueles pretendidos pelas partes, por que razão não teria o juiz, na execução civil, ampla liberdade na preparação (instrução) do instrumento processual?

Apenas concepções ainda muito presas aos dogmas do Estado liberal chegariam à conclusão contrária àquela aqui defendida.

Na execução civil, é dever funcional do juiz penhorar patrimônio, vinculando-o à execução, a fim de expropriá-lo e satisfazer o credor. Sendo pública a função exercida pelo juiz através do processo executivo (ou fase executiva em processo sincrético), e pouco importando a natureza da relação jurídica retratada na lide, deve o juiz adotar todas as medidas executivas necessárias de modo a enlaçar na execução civil patrimônio do devedor, objetivando a total satisfação do credor.

Nesse passo, encontra plena justificativa a adoção pelo juiz, na execução forçada, de uma postura ativa e comprometida com a plena realização dos fins traçados pelo sistema. Logo, pode o juiz, por exemplo, de ofício, determinar a pesquisa de bens em nome do devedor, ou a realização de penhora daqueles que foram localizados, ou ainda determinar que permaneça o devedor como fiel depositário de bens penhoráveis, quando sua recusa se mostre injustificada e contrária aos fins que o juiz deve atingir através das medidas executivas.

Apesar de, nas demandas cognitivas, aceitar-se – ainda que com injustificadas reservas - o ativismo judicial, sem qualquer razão plausível trata-se de assunto que raramente se discute, quando se trata da execução civil.

Prova disso são os raros julgados que se dedicam ao tema. Trata-se de assunto que, em nosso sentir, deve merecer detida atenção da doutrina e da jurisprudência, porque não concebemos um tratamento diferenciado entre demandas cognitivas e demandas executivas, quando enfocadas pela angulação da efetividade da jurisdição. A execução deve ser tanto efetiva quanto os provimentos proferidos nos processos de conhecimento.

O Tribunal Regional Federal da 4^a Região, em paradigmático acórdão adotou posicionamento que vai ao encontro das conclusões a que chegamos neste trabalho.¹⁹¹⁵ Em determinada execução fiscal, a parte devedora nomeou bens à

¹⁹¹⁵ “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DE DECISÃO QUE ADMITE A RECUSA DO EXEQÜENTE E DETERMINA A PENHORA SOBRE CRÉDITOS PERTENCENTES À EXECUTADA. NÃO OCORRÊNCIA. IMPULSO OFICIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE SOBRE A PENHORA E O PRAZO PARA EMBARGOS. INTIMAÇÃO DOS PROCURADORES. DESNECESSIDADE. PRECLUSÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. 1. Ainda que se pudesse cogitar de irregularidades nos autos do executivo fiscal, verdade é que tais vícios deveriam, sob pena de preclusão, ser argüidos no primeiro momento processual em que coubesse à parte falar nos autos, à luz do art. 245 do Código de Processo Civil. 2. Defende a agravante que a decisão que reputou legítima a recusa da exeqüente aos bens oferecidos à penhora e determinou a penhora dos créditos oriundos de precatório em favor da executada encontra-se viciada por dois motivos: a) violação ao princípio da imparcialidade do juiz, haja vista a penhora dos créditos oriundos do precatório ter sido deferida de ofício; b) ausência de intimação dos advogados da executada acerca de tal decisão. 3. Contudo, o processo de execução fiscal, conquanto dependa de iniciativa da Fazenda Pública para ser instaurado, desenvolve-se por impulso oficial, prevalecendo, pois, o interesse do exeqüente, já que o julgador pode diligenciar no sentido da garantia e adimplemento do crédito tributário (art. 7º, II, da Lei 6.830/80), haja vista a sua indisponibilidade. Não procede, pois, a alegação de quebra da imparcialidade do Julgador *a quo*. 4. Quanto à argüição de nulidade em face da ausência de intimação dos advogados da empresa acerca da penhora do aludido precatório, bem como do indeferimento da constrição sobre os bens ofertados, igualmente não prospera a alegação. A rigor, apenas se poderia cogitar de nulidade acaso a executada não tivesse sido intimada pessoalmente da penhora, ou se, do mandado, não tivesse constado expressamente a ressalva de que a partir dali teria início o prazo de 30 (trinta) para oposição dos embargos, situações incorrentes. Ainda que houvesse pedido expresso dos patronos da executada, verdade é que não há imposição legal para que houvesse intimação da penhora em nome dos subscritores, haja vista a necessidade apenas de intimação pessoal da executada. Outrossim, verdade é que o não atendimento de tal postulação, na parte em que reputou justificada a recusa do exeqüente, representou mera irregularidade processual, circunstância que precluiu face à sua não-alegação no momento oportuno. 5. Não procede a alegação de nulidade da intimação da empresa em nome de pessoa sem poderes de representação, bem como a nulidade da penhora, pois que insuficiente. Tais alegações restaram rejeitadas no juízo *a quo* e também nesta Corte, no bojo do Agravo de Instrumento n.º 2002.04.01.054311-6. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é consentânea ao afirmar a legitimidade da intimação, efetuada na sede da empresa, na pessoa daquele que se apresenta como representante legal, prestigiando-se, pois, a teoria da aparência; como também o STJ é assente ao ratificar o termo *a quo* do prazo de embargos, a contar da primeira penhora, malgrado seja esta insuficiente. 6. Não há olvidar que todo processo, seja de conhecimento ou de execução, é uma marcha para frente. Logo, não cabe, depois de mais de 5 (cinco) anos da decisão que se pretende como vício originário, pretender o saneamento do processo, ante a incidência inarredável da regra inserta no art. 245

penhora, tendo a parte credora discordado da nomeação. O juiz declarou ineficaz a nomeação e, de ofício, determinou a realização de penhora em direito de crédito (precatório) que a parte devedora tinha para receber em determinada ação.

Contra esse pronunciamento a parte devedora interpôs recurso de agravo de instrumento, alegando, entre outros argumentos, a imparcialidade do juiz no deferimento, *ex officio*, da penhora de crédito. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através de acórdão com vigorosa fundamentação, rechaçou a tese da parte devedora, destacando o dever do juiz com a realização da finalidade buscada pelo sistema.

Disse o Desembargador Federal relator que:

“o processo de execução fiscal, conquanto dependa de iniciativa da Fazenda Pública para ser instaurado, desenvolve-se por impulso oficial, prevalecendo, pois, o interesse do exeqüente, já que o julgador pode diligenciar no sentido da garantia e adimplemento do crédito tributário, haja vista a sua indisponibilidade. Não procede, pois, a alegação de parcialidade do Julgador *a quo*.”

Trata-se de exemplar acórdão que bem equaciona os princípios dispositivo e inquisitorial, demonstrando ser plenamente possível, na execução civil, que o juiz determine, de ofício, a penhora de bens hábeis à satisfação do credor. No caso, a penhora de dinheiro atalha, sobremaneira, os fins perseguidos pelo sistema, e traduz respeito ao princípio da razoável duração do processo.

Calha, aqui, a lição de Fritz Baur:¹⁹¹⁶ “o papel ativo do juiz é visto em estreita relação com a reivindicação de uma razoável aceleração do processo e com a função social deste. A atuação do juiz deveria impedir a prolongação injustificada ou inútil do processo; (...).”

do CPC. 7. Por fim, sequer se poderia cogitar de suspensão dos atos executórios em razão da ilegalidade da cobrança, uma vez que não se percebe qualquer mácula à imposição tributária. Deveras, esta Turma tem entendimento de que o contribuinte não detém direito ao creditamento do IPI relativo aos bens de uso e consumo ou destinados ao ativo imobilizado da empresa. 8. Agravo de instrumento improvido.” (TRF da 4ª Região, 1ª T., Agravo de Instrumento 200704000281627/PR, rel. Des. Federal Joel Ilan Paciornik, j. 05.12.2007, *D.E.* 18.12.2007).

¹⁹¹⁶ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo* v. 27, p. 187.

3.13.3 A quebra dos sigilos bancário e fiscal como condição indispensável à realização da penhora, após esgotadas as diligências extrajudiciais na busca de bens penhoráveis

Estabelece o art. 5º, X, da CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Preceitua o art. 5º, XII, da CF: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

O direito à intimidade, *lato sensu* considerado, e previsto nos dispositivos constitucionais supramencionados, encontra-se inserido no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), da Constituição Federal. Tratando-se de direito e garantia individual (cláusula pétrea ou núcleo imodificável) encontra-se imunizado contra proposta de emenda tendente a aboli-lo (art. 60, § 4º, IV, da CF).

Como se nota, o constituinte originário considerou relevante que os indivíduos tenham preservada sua intimidade. Isso, obviamente, também se aplica no que diz respeito ao âmbito fiscal e bancário, de tal sorte que, em princípio, o Estado não pode ter acesso aos dados bancários e relativos às declarações de imposto de renda dos cidadãos, porque abrangidos pela proteção da norma constitucional.

Em nível infraconstitucional, diversas legislações se sucederam na regulamentação das hipóteses em que seria possível ao Estado ter acesso a esses dados pessoais das partes envolvidas nos processos, como é o caso da Lei 4.595/1964 (art. 38),¹⁹¹⁷ da Lei Complementar 105/2001 (arts. 1º, 3º e 10),¹⁹¹⁸ que

¹⁹¹⁷ “Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma. § 2º. O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo

revogou o art. 38 da Lei 4.595/1964, da Lei 5.010/1966 (art. 44),¹⁹¹⁹ que organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências, e do Código Tributário Nacional (arts. 197, II, parágrafo único, e art. 198).¹⁹²⁰

relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo. § 3º. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei n. 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil. § 4º. Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo deverão ser aprovados pelo plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros. § 5º. Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. § 6º. O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente. § 7º. A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

¹⁹¹⁸ “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...) § 3º Não constitui violação do dever de sigilo: I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996; IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa; V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados; VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar. § 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante seqüestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa.” “Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide. (...)” “Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.”

¹⁹¹⁹ “Art. 44. Mediante ordem específica, os oficiais de justiça terão livre acesso aos registros imobiliários, bem como aos livros e documentos bancários, para o cumprimento de mandado de penhora, seqüestro, arresto, busca ou apreensão de bens ou dinheiro em favor da União ou de suas autarquias”.

¹⁹²⁰ “Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: (...). II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras; Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão”. “Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado

O posicionamento sobre a quebra dos sigilos bancário e fiscal, na execução civil, pode ser dividido entre aqueles que não o admitem em nenhuma hipótese, e aqueles que o admitem, se demonstrado pelo credor o prévio esgotamento de meios extrajudiciais na obtenção de informações sobre patrimônio penhorável.

Assim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça,¹⁹²¹ através do voto condutor do Ministro Eduardo Ribeiro, que

“algum interesse na administração da justiça sempre haverá na localização de bens a penhorar. Não se me afigura, entretanto, deva preponderar sobre o interesse público de não desvendar as informações prestadas ao fisco pelo contribuinte. Esse deve ser estimulado a fazê-las com a maior amplitude, confiante em que apenas em casos excepcionais os dados serão revelados, como, por exemplo, quando interesse à repressão de crime. Localização de bens para que sofram a constrição judicial parece-me algo bastante rotineiro na prática forense”.

Em outra oportunidade, através de voto condutor do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:¹⁹²²

“Tenho reiteradamente afirmado que o Judiciário deve facilitar às partes a obtenção de dados necessários à defesa de seus interesses em juízo. Na situação dos autos, porém, o caminho escolhido pela CEF parece inadequado. As informações solicitadas não estão de posse do órgão ao qual é dirigida a requisição - *Banco Central* - , que por sua vez deveria diligenciar para obtê-los de terceiros. As respostas seriam enviadas por milhares de agências à secretaria da Vara, o que

de seus negócios ou atividades. § 1º. Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (...).”

¹⁹²¹ “IMPOSTO DE RENDA. INFORMAÇÕES. REQUISIÇÃO. Os elementos constantes das declarações de bens revestem-se de caráter sigiloso que não deve ser afastado se não em situações especiais em que se patenteie relevante interesse da administração da Justiça. Tal não se configura quando se trate apenas de localizar bens para serem penhorados, o que é rotineiro na prática forense. Injustificável, entretanto, negar-se o pedido na parte em que pretende obter dados pertinentes ao endereço do executado. Em relação a isso não há motivo para o sigilo” (STJ, 3ª T., REsp. 83.824/BA, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 17.05.1999).

¹⁹²² “EXECUÇÃO. DEVEDOR SEM BENS. OFÍCIO AO BACEN. CEF. Não é ilegal a decisão que indefere pedido de requisição ao Banco Central de informação sobre as contas bancárias de executado, do qual não foram encontrados bens penhoráveis. Sem dispor do cadastro dos depositantes, não poderá o Banco Central cumprir com a determinação judicial, e a possibilidade dessa informação ser prestada diretamente pelas agências bancárias não se recomenda porque inviabilizaria os serviços cartorários. Recurso não conhecido” (STJ, 4ª T., REsp. 167.126/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 13.10.1998).

inviabilizaria os serviços cartorários, como acentuou o Dr. Juiz Federal (ofício de fl. 79).”

Esse mesmo tribunal entendeu que:¹⁹²³ “Se se trata, apenas, de pedido de endereço do devedor, não envolvendo sigilo fiscal, não é razoável impedir-se a providência, sendo esta uma das medidas ao alcance do credor para satisfazer o seu crédito pela via judicial”.

Admitindo, a requisição de informações à Receita Federal do Brasil, partindo do pressuposto de que tenham sido esgotadas diligências na localização de bens do devedor, ainda que não cabalmente demonstradas, encontramos fundamentadíssimo acórdão do Superior Tribunal de Justiça,¹⁹²⁴ relatado pelo eminente Ministro e processualista Athos Gusmão Carneiro, contendo votos divergentes. O v. acórdão cita a Súmula nº 3, do (extinto) Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, com o seguinte teor: “É legítima a pretensão do credor em obter, para efeito de penhora em processo de execução, mediante requisição judicial, esclarecimentos sobre a existência de bens declarados pelo devedor perante a Receita Federal” (DJPR 1757, de 09.08.1984, p. 9).

Nessa mesma linha de raciocínio já havia decidido anteriormente a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, também através do voto condutor do Ministro Athos Gusmão Carneiro, que ressaltou:¹⁹²⁵

¹⁹²³ “EXECUÇÃO. INFORMAÇÃO DO ENDEREÇO PELA RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A Corte não tem admitido, salvo em situações excepcionais, a expedição de ofício à Receita Federal para a obtenção de informações sobre os bens do executado, de caráter sigiloso. Todavia, a restrição não merece existir se se trata, apenas, de pedido de endereço do devedor, não envolvendo sigilo fiscal, não sendo razoável impedir-se a providência, uma das medidas ao alcance do credor para satisfazer o seu crédito pela via judicial. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp. 236.704/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12.06.2000).

¹⁹²⁴ “EXECUÇÃO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL, A REQUERIMENTO DA EXEQUENTE, RELATIVAS À EXISTÊNCIA DE BENS DA EXECUTADA. DEFERIMENTO. Face ao interesse da Justiça no andamento dos processos como instrumento da jurisdição, e portanto na realização da penhora, máxime quando interessada pessoa jurídica que lida com patrimônio da população, admite-se, a requerimento da parte, a requisição pelo juiz de informações à Receita Federal sobre bens declarados pela firma devedora. Artigo 198, e parágrafo único, do Código Tributário nacional, permissivo da prestação de informações apenas por ‘requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça’. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 4ª T., REsp. 8795/CE, rel. Min. Athos Carneiro, DJ 01.06.1992).

¹⁹²⁵ “EXECUÇÃO. PENHORA. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE. Em face do interesse da Justiça na realização da penhora, para permitir a execução forçada, e tendo em vista que o patrimônio do devedor é a garantia do credor (CPC, art. 591), não podendo o devedor ocultar seus bens (CPC, art. 600, IV), legítima é a requisição, pelo Juiz, de informações sobre os bens do executado constantes de sua declaração para fins de pagamento do Imposto de Renda. O processo é instrumento da jurisdição, e o sigilo previsto no Decreto 85.450/80 (art.

“A questão do sigilo do imposto de renda hoje assume uma relevância muito relativa, inclusive pela circunstância de que, até para assumir um cargo público, os cargos eletivos inclusive, têm as pessoas de apresentar uma declaração de bens; quer dizer, o patrimônio da pessoa não é mais um segredo que possa ser guardado ciosamente, a sete chaves, pois em regime de transparência democrática ninguém terá razões para esconder ou dificultar o conhecimento de seu patrimônio”.

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento a Recurso Especial e cassou acórdão recorrido que, declarando ineficaz a oferta de bens, deferiu a quebra de sigilo bancário da recorrente, determinando que ela exibisse extratos de suas contas bancárias.¹⁹²⁶ Ressaltou o v. acórdão que

“somente quando frustradas todas as tentativas na localização de outros bens do devedor é que poderão ser requisitadas informações aos órgãos públicos, devendo prevalecer o sigilo de que estão revestidos”, além do que “a decisão que determina, excepcionalmente, a quebra do sigilo de qualquer informação deve ser fundamentada, com explicitação da necessidade e utilidade da medida, fato não ocorrido na espécie”.

O Superior Tribunal de Justiça admitiu a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, que deferiu pedido do credor de arresto sobre contas bancárias que eventualmente fossem localizadas em instituição financeira. Considerou este Tribunal teratológica a decisão *a quo*.¹⁹²⁷

Entendeu esse tribunal que:

“O sigilo bancário não teria qualquer consistência se, para aparelhar a execução, o credor pudesse desvelar os saldos depositados pelo devedor em instituições financeiras; o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, refere-se a informações e esclarecimentos necessários ao

673) é ressalvado no caso de requisição feita por juiz no interesse da Justiça (art. 675, *caput*). Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, 4ª T., REsp 10896/PB (199100090646), rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 18.12.1991, DJ 11.05.1992, p. 6.437). Pela leitura do inteiro teor do v. acórdão, inclusive notas taquigráficas, nota-se que a Turma partiu do pressuposto de que se impunha a quebra do sigilo, desde que frustradas diligências na busca de patrimônio penhorável. Todavia, a prova exigida nesse sentido não foi cabal; presumiu-se a realização de diligências, pelas alegações da credora. Pela demonstração de prova irrefutável, votou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

¹⁹²⁶ STJ, 3ª T., REsp 192.400/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 05.02.2001.

¹⁹²⁷ STJ, 2ª T., RMS 7.275/SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 10.03.1997. O STJ através de sua 3ª T., REsp. 50.354/SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 28.6.99, negou provimento a recurso especial interposto por instituição financeira que, sem demonstrar prévio esgotamento de diligências na busca de bens penhoráveis, pediu a quebra dos sigilos bancário e fiscal do devedor.

juízo da causa, a que não se assimila a execução paralisada por falta de bens penhoráveis. Hipótese em que, sob o *nomen juris* de arresto, o MM. Juiz de Direito autorizou verdadeira penhora mediante a quebra do sigilo bancário”.

Decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região,¹⁹²⁸ no sentido da admissibilidade da quebra do sigilo bancário, após o esgotamento de diligências por parte do credor: “o magistrado pode e deve expedir ofícios a bancos e repartições públicas objetivando localizar bens do executado que possam ser penhorados, sobretudo dinheiro, pois ele está enumerado em primeiro lugar na lista de bens passíveis de penhora ou arresto”.

É obrigação dos juízes conduzir a execução por quantia certa contra devedor solvente de modo a prestar uma tutela jurisdicional qualificada, ou seja, sem desrespeitar os direitos fundamentais do devedor, mas adotando medidas que

¹⁹²⁸ “EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE DINHEIRO. ADMISSIBILIDADE. DISTINÇÃO ENTRE PENHORA DE FATURAMENTO E DE DINHEIRO. I – A penhora de dinheiro não se confunde com a de faturamento, pois a primeira recai sobre a moeda corrente nacional mantida em poder do executado ou depositada em alguma Instituição Financeira enquanto a segunda recai sobre parte da renda da atividade empresarial do executado. No caso, o que houve foi penhora de dinheiro e não de faturamento; logo, deve ser desconsiderado qualquer argumento relacionado à penhora de faturamento argüido pelo agravante. II – No processo de execução o executado tem o dever de colaborar com a Justiça e indicar bens livres e desembaraçados. Se não o faz, comete ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 600, IV, do CPC). Cabe, então, ao magistrado reprimir este comportamento (artigo 125, III), e uma das formas de neutralizar a conduta do executado que se omite na indicação de bens é justamente a de determinar a providência prevista no artigo 44 da Lei 5.010. III – O sigilo de dados previsto no artigo 5º, XII, não pode ser erigido como obstáculo ao regular exercício do direito de ação e à obtenção da devida prestação jurisdicional. Em tema de execução cabe lembrar que a atividade jurisdicional dirige-se precipuamente à satisfação do crédito do exequente, previamente constituído num título, judicial ou extrajudicial. IV – Assim, o magistrado pode e deve expedir ofícios a bancos e repartições públicas objetivando localizar bens do executado que podem ser penhorados, sobretudo dinheiro, pois ele está enumerado em primeiro lugar na lista de bens passíveis de penhora ou arresto. V – Recurso improvido” (TRF da 3ª Região, 2ª T., Agravo de Instrumento 1999.03.00.034749-2/SP, rel. Juiz Conv. Ferreira da Rocha, DJ 28.03.2001). No mesmo sentido encontra-se acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região admitindo a quebra do sigilo bancário, com demonstração do prévio esgotamento dos meios colocados à disposição da parte: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL PARA OBTER INFORMAÇÕES ACERCA DA EXISTÊNCIA DE CONTAS BANCÁRIAS EM NOME DO EXECUTADO. CARÁTER SIGILOSO, ARTIGO 38, § 1º, DA LEI 4.595/64. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 197, INCISO II, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. – As informações sobre a existência de contas bancárias revestem-se do caráter sigiloso disciplinado pelo artigo 38, § 1º, da Lei 4.595/64. – Da exegese interpretativa (art. 197, inciso II e § 1º, do CTN) extrai-se que a obtenção dos dados reputados indispensáveis ao prosseguimento da execução depende de prévia provocação do Poder Judiciário, para que a instituição financeira exima-se do dever de sigilo imposto pela lei. – Somente nos casos em que a informação pretendida revestir-se do caráter sigiloso ou não for possível a obtenção do documento pela parte, é que se deve proceder à requisição judicial. – Agravo provido” (TRF da 1ª Região, 5. T., Agravo de Instrumento 94.03.104483-7, rel. Des. Federal André Nabarrete, j. 04.11.1996).

permitam a realização de constrição patrimonial e a satisfação da pretensão do credor.

Não concordamos, *data venia*, com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que impede a quebra dos sigilos bancário e fiscal, em qualquer hipótese, e que se apóia nas idéias de que o direito ao sigilo é absoluto, ou então de que inexistente autorização legal expressa para tanto.

Como já vimos, inexistem direitos fundamentais absolutos. Mesmo o direito à intimidade e aos sigilos bancário e fiscal (art. 5º, X e XII, da CF) não pode ser considerado absoluto. Constitui, sem dúvida alguma, princípio e direito fundamental constitucional importantíssimo.

Os princípios atuam numa combinação de complementação e restrição recíprocas, e os direitos fundamentais também.

Pois bem. Os sigilos bancário e fiscal não podem ser quebrados se não houver uma justificativa suficiente para que deixem de prevalecer no caso concreto. Assim, numa execução a quebra pura e simples, desde o início, logo após a citação do devedor, não se justificaria.

Todavia, comprovado o esgotamento das tentativas extrajudiciais na localização de bens do devedor, sem que ele tenha colaborado com o Poder Judiciário na indicação de onde se encontram, não vemos nenhum óbice a que sejam quebrados seus sigilos bancário e fiscal, como meio indispensável para que se realize a constrição judicial, em dinheiro, primeiro bem na ordem legal (art. 655, I, do CPC).

O direito à intimidade não é mais ou menos importante do que o direito de acesso à Jurisdição. Esse acesso deve ser entendido como acesso efetivo. A garantia da mera propositura de demanda executiva não cumpre a promessa constitucional. Logo, o direito à intimidade, se entendido como dogma absoluto e não flexibilizado, acabará por impedir a realização de constrição sobre bens do devedor, e, via de consequência impedirá, totalmente, o trâmite regular que deve ter todo e qualquer processo de execução.

Assim, deve o juiz ponderar qual o princípio prevalente, em cada demanda. Se esgotadas as diligências na busca de bens do devedor, e, não tendo este

colaborado com o Poder Judiciário na indicação de onde se localizam, então estará o juiz autorizado a quebrar os sigilos bancário e fiscal, porque o direito ao sigilo, nessas circunstâncias, não pode impedir o acesso *efetivo e qualificado* à Jurisdição.

O direito ao sigilo não pode impedir que a execução tramite *num tempo razoável e sem dilações indevidas*. O inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF, introduzido pela EC nº 45/2004, diz que o Poder Judiciário deve proporcionar “meios” que garantam a celeridade de tramitação a qualquer espécie de processo.

O art. 125, II, do CPC, aplicável ao processo de execução por força do art. 598, do CPC, com as adaptações necessárias, encontra-se em sintonia com a norma constitucional, ao dizer que o juiz dirigirá o processo competindo-lhe velar pela rápida solução do litígio.

Não nos convence, com o devido respeito, os argumentos de que estaria em jogo o mero interesse individual do credor. Na realidade, subjaz a qualquer processo o interesse público do Estado-juiz em que ele cumpra seu papel legal e constitucional, e a finalidade da execução por quantia certa contra devedor solvente é a realização de penhora sobre bens do devedor, com vista à satisfação, oportunizando, nesse caminho, ao devedor o direito ao contraditório por meio dos embargos do devedor, ou impugnação nos próprios autos tratando-se de execução de título judicial.

Não se olvide que, segundo dispõe o art. 600, IV, do CPC: “Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: IV – intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores”.

Por outro lado, preceitua o art. 339, do CPC, inteiramente aplicável ao processo de execução, com as adaptações necessária, por força do art. 598, do CPC, que: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. No mesmo sentido, estabelece o art. 399, I, do CPC: “O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo e grau de jurisdição: I – as certidões necessárias à prova das alegações das partes”.

Não concordamos com o entendimento de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça,¹⁹²⁹ que conferem uma interpretação restritiva a esses dispositivos, dizendo que se aplicam apenas ao processo de conhecimento, olvidando, com o devido respeito, sua aplicabilidade à execução civil, com as adaptações necessárias, por força do art. 598 do CPC.

Atualmente, o posicionamento dominante no Superior Tribunal de Justiça encontra-se no sentido de admitir a quebra dos sigilos bancário e fiscal, desde que comprovado o prévio esgotamento dos meios extrajudiciais à disposição do credor. Concordamos, inteiramente, com esse entendimento,¹⁹³⁰ que encontra

¹⁹²⁹ Nesse sentido, já decidiu o STJ, 2. T., REsp 144.062/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 13.03.2000, serem inaplicáveis ao processo de execução os arts. 339, e 399, I, do CPC, porque “dizem respeito à colheita de prova necessária à instrução e julgamento da controvérsia, sendo inaplicáveis à hipótese dos autos, que cuida da satisfação de um direito já reconhecido judicialmente”.

¹⁹³⁰ Nesse sentido, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 163.408/RS (99/0043109-0), Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 06.12.2000, por maioria de votos, a orientação do Superior Tribunal de Justiça ficou assim firmada: “EXECUÇÃO. REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL, A PEDIDO DO EXEQUENTE, QUANDO FRUSTRADOS OS ESFORÇOS PARA LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. ADMISSIBILIDADE. ART. 600, CPC. A requisicão, frustrados os esforços do exequente para localização de bens do devedor para a constrição, é feita no interesse da justiça como instrumento necessário para o Estado cumprir o seu dever de prestar jurisdição. Não é somente no interesse do credor. Embargos conhecidos e acolhidos”. Em citado acórdão a orientação também passou a valer quando se trata de hipótese de quebra de sigilo visando à localização de endereço do executado. Remarquem-se os argumentos utilizados pelo Exmo. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: “Para se desincumbir de seu dever de prestar jurisdição, o juiz conta com o poder de executar os bens do devedor. Seria inaceitável o dispêndio por parte do Poder Judiciário de vultosos recursos materiais e humanos para declarar existente um direito se, não obstante, não pudesse realizá-lo materialmente. As partes envolvidas no processo visam à defesa de seus próprios interesses. O juiz entretanto, deve zelar pelo restabelecimento da ordem jurídica, pelo resguardo do império da lei e da autoridade dos encarregados de aplicá-la, tendo em vista o escopo maior do processo: a pacificação social. Muitas vezes, para não ver frustrados os fins a que o processo de execução se destina, deve requisitar informações sobre os bens do executado, quando este se aproveita de expedientes para impossibilitar a penhora. A todo direito se opõe um dever. Mas muitas vezes, a tutela de um direito esbarra na tutela de outro. Quando conflitantes dois direitos, a questão deve-se resolver com a ponderação dos valores em jogo. Não há direito absoluto, ou melhor, que não possa ceder ante nenhuma hipótese. Lembrando a lição de Von Ihering de que o Direito se determina pelo que é útil à sociedade, devemos ter em conta que, quando há direitos ou interesses em choque, deve prevalecer aquele que mais importar à sociedade. (...). Prestigiar entendimento diverso seria facilitar o ardid do executado e obstaculizar a atuação do juiz na aplicação da justiça ao caso concreto. Deve-se lembrar que, na presente ocorrência, se a parte terá seu sigilo fiscal violado, será porque declinou, num primeiro momento do dever de prestar informações a que estava sujeito por imposição legal. O crédito do exequente – líquido, certo, exigível – e a boa administração da justiça hão de ter primazia sobre o segredo fiscal daquele que se absteve de cumprir seu mister”. Esse entendimento mantém-se inalterado. No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. SISTEMA BACEN-JUD. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL PARA AVERIGUAR A EXISTÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS EM NOME DO DEVEDOR. MEDIDA EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. 1. A quebra do sigilo bancário em execução fiscal pressupõe o esgotamento de todos os meios de obtenção pela Fazenda de informações sobre a existência de bens do devedor, restando infrutíferas as diligências nesse sentido, porquanto é assente nesta Corte que o juiz da execução fiscal somente deve deferir pedido

respaldo em acórdãos paradigmáticos e exemplares do Supremo Tribunal Federal.¹⁹³¹

Não estamos de acordo com o argumento de que inexistente, no sistema jurídico, autorização legal expressa para quebra de sigilo visando à penhora de bens, ou que a previsão legal só admite a relativização do direito à intimidade em caso de crime, pois a quebra dos sigilos bancário e fiscal, no interesse da justiça encontra previsão legal no art. 3º, *caput*, da LC 105/2001, e art. 198, § 1º, I, do CTN, art. 399, I, *c/c* art. 598, do CPC. Justificam, ainda, a quebra desses sigilos os arts. 339, e 600, IV, do CPC.

Todavia, ainda que inexistissem disposições legais expressas, o Poder Judiciário estaria autorizado a decretar a quebra dos sigilos bancário e fiscal, diante da existência dos princípios constitucionais de acesso à Jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Particularmente, no que diz respeito à quebra do sigilo bancário, merece destaque o convênio firmado entre o Banco Central do Brasil, o Conselho da Justiça Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Através deste convênio, juízes

de expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN, após o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas. 2. Precedentes do STJ: REsp 903.717/MS (DJ de 26.03.2007); REsp 504.936/MG (DJ de 30.10.2006); REsp 504.936/MG (DJ de 30.10.2006); REsp 851.325/SC (DJ de 05.10.2006); AgRg no REsp 504.250/RS (DJ de 19.09.2005). 3. O sistema BACEN-JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11 da Lei nº 6.830/80. 4. *In casu*, o Tribunal de origem assentou que o sistema BACEN-JUD seria aplicável, se a Fazenda Nacional comprovasse a realização de qualquer diligência para encontrar bens da executada, o que não teria ocorrido, esbarrando a pretensão do ora agravante na Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, 1ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 810572/BA (200602036803), rel. Min. Luiz Fux, j. 12.06.2007, DJ 09.08.2007, p. 319). Ainda em abono: Agravo Regimental no REsp 755.743/SP, DJ de 07/11/2005; REsp 780.365/SC, DJ de 30/06/2006; REsp 802.897/RS, DJ de 30/03/2006; AgRg no REsp 664.522/RS, DJ de 13/02/2006; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 927033/MG, DJ 29.11.2007.

¹⁹³¹ “PENHORA. PEDIDO DE REQUISIÇÃO, PELA JUSTIÇA, DE INFORMAÇÃO À REPARTIÇÃO COMPETENTE DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE DECLARAÇÃO DE BENS DO EXECUTADO, FRUSTRADOS QUE FORAM TODOS OS ESFORÇOS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PARA A PENHORA. Essa requisição, ao contrário do que sustenta o acórdão recorrido, se faz no interesse da Justiça, pois a penhora é ato preliminar para a execução do patrimônio do devedor, e o titular desse poder de executar é o Estado, que o tem como instrumento necessário para desincumbir-se de seu dever de prestar jurisdição. Daí, o preceito contido no artigo 600, IV, do Código de Processo Civil, o qual considera atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (STF, 2ª T., RE 92.377-2/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 03.04.1984). No mesmo sentido: “É LEGÍTIMA A REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES, PELO MAGISTRADO, AO IMPOSTO DE RENDA, NO INTERESSE DA JUSTIÇA. Nada justifica a proteção ao inadimplente em detrimento da boa-fé no mundo dos negócios e do prestígio da justiça” (STF, 2ª T., RE 94.608/SP, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 06.04.1984).

devidamente cadastrados junto a tribunais que tenham aderido ao convênio, podem determinar pesquisa e bloqueio de valores existentes em contas e ativos bancários mantidos em instituições financeiras de todo o País, via Internet. Para tanto, o Banco Central desenvolveu o programa BACEN JUD.

Essa medida merece ser elogiada, pois ao mesmo tempo que dotou o juiz de amplos poderes na execução para realizar bloqueio de dinheiro (primeiro bem na ordem legal, art. 655, I, do CPC), permitiu que as ordens judiciais fossem cumpridas de maneira eletrônica por meio da rede mundial de computadores, com economia de tempo e dinheiro público, cumprindo enfim, a promessa de acesso à justiça, com tempestividade.

O sistema também permite, eletronicamente, o desbloqueio imediato de valores.¹⁹³²

As solicitações são encaminhadas, via BACEN JUD, ao Banco Central, que as repassa a todas as instituições financeiras do país e estas respondem diretamente ao juiz solicitante.

Ao quebrar o sigilo do devedor, especialmente via BACEN JUD, o juiz faz uso, concomitantemente, de poderes decisórios, acautelatórios e instrutórios.

Segundo Marcelo Lima Guerra,¹⁹³³

“o uso dessa ferramenta ao mesmo tempo em que confere poderes mais eficazes ao juiz, na investigação do patrimônio expropriável do devedor, contribui para sepultar, definitivamente, a mentalidade aqui combatida, que sustenta uma atitude passiva do juiz, sempre a transferir integralmente ao credor o ônus de colher informações sobre a situação patrimonial do devedor”.

Outra medida que merece elogios trata-se do convênio firmado pelo Supremo Tribunal Federal e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, em fevereiro

¹⁹³² O BACEN JUD elimina, com o uso da Internet, a necessidade de tratamento manual de centenas de solicitações diárias que vêm sendo remetidas pelos vários segmentos da Justiça. Confirmam-se os crescentes números de solicitações oriundas do Poder Judiciário ao longo dos anos: 1993: 3.261; 1994: 5.931; 1995: 9.134; 1996: 13.964; 1997: 25.190; 1998: 42.624; 1999: 57.924 e 2000: 71.675. O BACEN JUD foi aprimorado, sistematicamente, sendo que atualmente o sistema de bloqueios é realizado com base no Convênio BACEN JUD 2.0.

¹⁹³³ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 160.

2005, visando à troca de informações recíprocas, mediante acesso *on line* às bases de dados tanto do Supremo Tribunal Federal quanto da Secretaria da Receita Federal do Brasil, esta particularmente no que diz respeito aos sistemas de Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). Referida medida possibilita, por exemplo, a localização dos devedores em seus endereços atuais.

Também mediante convênio firmado entre a Secretaria da Receita Federal do Brasil e o Conselho da Justiça Federal, os juízes federais podem ter acesso às informações sigilosas contidas na base de dados daquele órgão, como declarações de imposto de renda dos devedores, diretamente dos seus gabinetes e observadas as cautelas necessárias. Com isso, evitam-se inúmeros ofícios entre Justiça Federal e a Delegacias da Receita Federal do Brasil. Ademais, com essa medida, o juiz só determina a juntada ao feito da parte da declaração que contenha informações imprescindíveis à realização de penhora e não de toda a declaração como, de ordinário, se realizava até então.

Acentua Cândido Rangel Dinamarco¹⁹³⁴ que

“o juiz ativista precisa estar alerta ao dever de realizar efetiva e equilibradamente os objetivos do processo executivo. Como o contraditório não é garantido em favor de uma das partes apenas, senão de ambas, cumpre-lhe não só velar pela observância de fundamentais direitos e garantias do executado, mas também buscar a efetividade da execução. Assim, ele determinará medidas destinadas a dar curso rápido ao processo, forrando-se daquela atitude passiva dos que apenas aguardam o que as partes fizerem ou requererem.”

Ainda nas palavras desse jurista:¹⁹³⁵

“Contrariava aos ditames aqui considerados a resistência, que em certo período se sentia, ao dever de expedir ofícios à Justiça Eleitoral ou à Receita Federal, em busca de informes sobre o paradeiro ou patrimônio executável do executado. Sem contar o desvio de perspectiva dessa atitude, a suposta falta de amparo legal, em que se amparavam alguns juízes, era desmentida pela disposição do art. 399 do Código de Processo Civil”.

¹⁹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 174.

¹⁹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 174.

Conclui:

“Participei de muitos julgamentos, como juiz do Primeiro Tribunal de Alçada paulista, em que tal atitude passiva foi veementemente repudiada”.¹⁹³⁶

Enfim, supervalorizar demasiada e ilimitadamente o princípio do direito à intimidade de dados bancários e fiscais e não afastá-lo em nenhuma hipótese, mesmo que o devedor, citado, não indique onde estão localizados seus bens, mesmo que o credor tenha comprovado o esgotamento das diligências extrajudiciais necessárias à busca de patrimônio hábil à constrição, significa impedir o acesso à justiça, pois de nada adianta permiti-lo formalmente se o Poder Judiciário não o torna efetivo através de provimentos que possibilitem o processo executivo chegar ao seu término, cumprindo sua finalidade legal e constitucional.

Significa, em última análise, eternizar seu trâmite através das fases já conhecidas na prática forense: suspensão diante da não localização de bens (art. 791, III, do CPC), vista ao credor, nova suspensão etc.

Agora, tal entendimento fere o princípio da razoável duração do processo.¹⁹³⁷

Obviamente, o pronunciamento jurisdicional deve justificar-se, i.e., deve demonstrar as razões que, no caso concreto, legitimam a prevalência do princípio do acesso à jurisdição e do princípio da razoável duração do processo

¹⁹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 175, nota de rodapé.

¹⁹³⁷ Nesse sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS AOS BANCOS PARA FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES DE CONTA BANCÁRIA EM NOME DA EMPRESA EXECUTADA OU DE SÓCIA RESPONSÁVEL. CARÁTER SIGILOSO. A obtenção dos dados reputados indispensáveis ao prosseguimento da execução depende da prévia provocação do Poder Judiciário, para que as instituições financeiras eximam-se do dever de sigilo imposto por lei (artigo 38, § 1º, da Lei nº 4.595/64 e artigos 2º e 3º, da LC nº 105, de 10.01.2001). A quebra do sigilo bancário é medida excepcional, pois a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, bem como a legislação infraconstitucional amparam o caráter sigiloso das informações. Somente nos casos em que a informação pretendida revestir-se do caráter sigiloso ou não for possível a obtenção do documento pela parte, é que se deve proceder à requisição judicial. *In casu*, a execução se arrasta desde o ano de 1996 e consta dos autos, 11 (onze) autos de ‘leilão negativo’ em face da ausência de licitantes interessados na compra do bem penhorado. O primeiro ‘auto de leilão negativo’ data de 30.08.96 e o último é de 20.05.99. Não se entende, pois, que o processo executivo irá se ultimar sem a concretização da providência requerida. - Agravo de instrumento provido. (TRF da 3ª Região, 5. T., Agravo de Instrumento 94930/SP (199903000502217)l, rel. Des. Federal André Nabarrete, DJU 30.04.2002, p. 504).

sobre o princípio do direito à intimidade, sob pena de nulidade, nos termos do art. 93, IX, da CF.¹⁹³⁸

Anote-se, por oportuno, que uma vez quebrados os sigilos bancário e fiscal deve o feito tramitar em Segredo de Justiça, de tal sorte que apenas as partes e seus advogados possam ter acesso aos autos, devendo ser anotada esta circunstância na capa dos autos.

3.13.3.1 A manutenção desse entendimento mesmo após a vigência da Lei Complementar 118/2005, que acrescentou o art. 185-A ao Código Tributário Nacional, e a vigência da Lei 11.382/2006, que acrescentou o art. 655-A ao Código de Processo Civil

Dispõe o art. 185-A, *caput*, do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar 118/2005, que, na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a

¹⁹³⁸ Nesse sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS A ÓRGÃOS PÚBLICOS E INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS PENHORÁVEIS DO DEVEDOR - POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DE SIGILO DE DADOS EM DECORRÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - INTELIGÊNCIA DO INCISO XII, DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA - NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. Não sendo aceita a nomeação dos títulos da dívida agrária pelo exequente, cabe a ele a indicação de outros bens do executado a serem penhorados, nos termos do artigo 657, segunda parte, do Código de Processo Civil, o que não poderia ser levado a efeito de outra forma, senão, através da expedição do ofícios, conforme requerido e deferido pelo juízo *a quo*. O inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, assegura, dentre os direitos fundamentais dos indivíduos, a inviolabilidade do sigilo de dados, no qual está inserto o segredo profissional sobre as contas bancárias dos clientes de instituições financeiras, bem como das declarações prestadas anualmente por pessoas físicas à Receita Federal que, excepcionalmente, pode ser quebrado em decorrência de determinação do Poder Judiciário. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução (art. 600, IV, CPC). Ao Judiciário interessa a efetiva prestação jurisdicional, de sorte que a realização da penhora para a expropriação forçada é de mister, mormente na hipótese em que o devedor não colabora para a concretização da justiça ao deixar de apontar os seus bens penhoráveis. *In casu*, a decisão hostilizada veio de ser proferida em sede de execução fiscal e, tendo em vista, justamente, a natureza constitucional do direito ao sigilo de dados, não é possível admitir que o *decisum* se furte à égide do rigoroso e inafastável preceito insculpido no artigo 93, IX, da Carta Magna. Tratando-se de decisão desprovida de motivação, não há como discutir sua ilegalidade, de molde a induzir ao cerceamento de defesa da parte ora agravante. E reconhecida a ausência de motivação da decisão guerreada, imperiosa se faz a decretação da patente nulidade que está a inquiná-la. - Decisão recorrida anulada, julgando-se prejudicado o agravo de instrumento. (TRF da 3ª Região, 5. T.- Agravo de Instrumento (98030382780/SP), rel. p/ acórdão Juíza Conv. Vera Lúcia Jcovsky, DJ 03.08.1999, p. 209).

indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

Estabelece o art. 655-A, *caput*, do CPC, acrescentado pela Lei 11.382/2006 que, para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Alguns julgados têm entendido que, a partir da edição desses diplomas legais, tornaram-se dispensáveis prévias diligências extrajudiciais por parte do credor na busca de bens penhoráveis, vez que o dinheiro é o primeiro bem na gradação legal (art. 655, I, do CPC).¹⁹³⁹

Entretanto, mesmo após a edição dessas legislações, entendemos ser necessário o esgotamento de diligências prévias. Não obstante o dinheiro seja o primeiro bem na ordem legal, a medida utilizada para se chegar a ele relativiza um direito fundamental, que é o direito ao sigilo.

Argumenta-se que não haveria desrespeito a esse direito fundamental com a simples emissão de ordem de localização de numerários, via Banco Central.

Todavia, o simples identificar de contas bancárias e o acesso aos seus dados já é, sem dúvida alguma, acesso a dados sigilosos. Logo, ainda hoje,

¹⁹³⁹ “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. LOCALIZAÇÃO DE BENS. PENHORA "ON LINE". QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. A nova redação dada ao art. 655 do CPC pela Lei nº 11.382/2006, que se aplica imediatamente aos processos pendentes, por força do disposto no art. 1.211 do CPC, incluiu no rol de preferências para nomeação de bens à penhora, em primeiro lugar na lista, o depósito ou aplicação em instituição financeira. 2. A nova sistemática autorizou a penhora 'on line' através do sistema de convênio com autoridade supervisora do sistema bancário. Tal procedimento não caracteriza violação ao sigilo bancário, na medida em que as informações a serem requeridas limitam-se à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução e a determinação de sua indisponibilidade, conforme regulamentada o art. 655-A do CPC.” (TRF da 4ª Região, 4ª T., Agravo de Instrumento 200704000249483/SC, rel. p/ acórdão Juiz Federal Conv. Márcio Antonio Rocha, j. 19.09.2007, D.E. DATA: 08/10/2007).

deve o credor comprovar ao juiz prévias diligências negativas, para só então poder pleitear a quebra do sigilo bancário.¹⁹⁴⁰⁻¹⁹⁴¹

3.13.4 A indisponibilidade de bens, na execução civil: medidas acautelatórias urgentes (art. 615, III, do CPC)

3.13.4.1 Bloqueio de numerários em execução movida pelo devedor

Dispõe o art. 615, III, do CPC, que cumpre ao credor, ao requerer a execução, pleitear medidas acautelatórias urgentes.

Seria possível com semelhante medida impedir, inclusive, *ex officio*, o levantamento de dinheiro em processo no qual o devedor figure como credor?

Sem dúvida alguma, entendemos que sim, sendo que a medida constritiva avizinha-se, neste particular, da penhora de créditos prevista no art. 671 e seguintes do CPC.

Imagine-se a seguinte hipótese: na mesma vara ou ofício em que o juiz exerce suas funções chegam, concomitantemente, às suas mãos dois processos executivos: no primeiro, “A” figura como devedor numa execução, que fora levada

¹⁹⁴⁰ Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “o artigo 185-A do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar nº 118/05, também corrobora a necessidade de exaurimento das diligências para localização dos bens penhoráveis, pressupondo um esforço prévio do credor na identificação do patrimônio do devedor” (STJ, 2ª T., REsp 824.488/RS, rel. Min. Castro Meira, DJ de 18.5.2006).

¹⁹⁴¹ “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO DE CRÉDITOS DE FGTS. ART. 655-A DO CPC. MEDIDA EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS EM BUSCA DE BENS. 1. Tratando-se da cobrança das contribuições devidas ao FGTS, inaplicável o artigo 185-A do CTN, tendo em vista que não se trata de crédito tributário. Desta forma, aplica-se o disposto no art. 655-A do CPC. 2. Esse dispositivo permite ao Juiz determinar a indisponibilidade dos ativos financeiros existentes em nome do executado, a fim de possibilitar a penhora do dinheiro eventualmente encontrado. Contudo, na trilha dos precedentes jurisprudenciais sobre a matéria, tal medida possui caráter excepcional, apenas se justificando diante do não-oferecimento de bens pelo executado, do insucesso das diligências - a cargo do exequente - em busca de bens ou da inexistência de bens aptos à garantia do Juízo, à semelhança das exigências elencadas pelo artigo 185-A do CTN. 3. Na hipótese, não consta dos autos a comprovação do exaurimento das diligências na procura de bens em nome do agravado; aliás, não há comprovação de que qualquer diligência tenha sido empreendida pela exequente. Deste modo, revela-se inviável o pretendido bloqueio judicial das contas da executada, ao menos no presente momento. 4. Agravo legal improvido.” (TRF da 4ª Região, 1ª T., Agravo no Agravo de Instrumento 200704000368435/RS, rel. Des. Federal Joel Ilan Paciornik, j. 21.11.2007, D.E 27.11.2007).

ao magistrado para despacho inicial; no segundo, “A” figura como credor em uma execução, em que já ocorrera o depósito pelo devedor, sendo os autos levados ao magistrado tão somente para assinar o alvará de levantamento em favor de “A”, cuja determinação de saque já fora proferida por outro juiz, que atuou no feito.

Seria totalmente inconcebível que o juiz, na primeira execução decretasse, de ofício, a indisponibilidade da quantia depositada no segundo feito, a fim de garantir a realização da penhora? Ou deveria “lavar as mãos”, simplesmente assinando o alvará de levantamento e deixando que a execução contra “A” se processasse “normalmente”, mesmo sabendo que ela não chegará a resultado prático algum, vez que “A” responde a várias outras execuções em trâmite perante o mesmo ofício ou vara, que todos os dias são despachadas pelo mesmo juiz, todas com diligências negativas na busca de bens penhoráveis?

Não nos parece impossível que o juiz atue oficiosamente neste caso, decretando a indisponibilidade do dinheiro depositado em favor do ora devedor, porque obviamente o credor não seria contrário à semelhante atitude. Parece-nos atuar aqui o princípio da atipicidade das medidas executivas (diante da grande margem de liberdade conferida pelo art. 615, III, do CPC), reforçada pelo princípio da oficiosidade da atuação jurisdicional em casos nos quais seja plenamente justificada essa postura.

A decretação da indisponibilidade de numerários que o devedor tem para levantar em execução que move contra terceiro é excelente medida acautelatória que deve ser manejada com frequência pelos magistrados com base em seu poder acautelatório.

Encontrando-se o dinheiro em primeiro lugar na ordem legal (art. 655, I, do CPC), a decretação da indisponibilidade, com base no art. 615, III, do CPC, instrumentaliza futura penhora e abrevia, em muito, o procedimento *in executivis*, que, vencida a fase de embargos ou de impugnação ao cumprimento de sentença (se for o caso) passará automaticamente à fase satisfativa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi mais longe.¹⁹⁴² Em ação ordinária decretou, a título de antecipação de tutela, a indisponibilidade de valores que a empresa ré tinha para levantar em execução forçada que movia contra solvável sociedade de economia mista.

Todos os argumentos utilizados no acórdão ancoram-se no poder acautelatório do juiz com base no art. 615, III, do CPC. Aqui, na verdade, houve o deferimento de medida acautelatória pedida a título de antecipação de tutela, nos termos do art. 273, § 7º, do CPC. Ora, se na demanda cognitiva tal providência cautelar afigura-se legítima, com maior razão deve ser admitida e utilizada na execução forçada, inclusive *ex officio*.

O campo de aplicação do art. 615, III, do CPC, é bastante amplo. Vejamos outros exemplos.

3.13.4.2 Bloqueio de veículos no departamento de trânsito

Realizadas pesquisas junto ao departamento de trânsito pelo credor, são identificados veículos em nome do devedor. Todavia, por ocasião da diligência pelo oficial de justiça para penhora desses bens, o devedor informa que já não os possui. O fato, por exemplo, de o devedor trabalhar com empresa, cuja atividade requer o transporte de mercadorias por veículos desperta desconfiança de estar, na realidade, ocultando os veículos constantes do cadastro público. Pleiteia, então, o credor seja expedido ofício ao departamento de trânsito para bloqueio dos veículos.

Ou então, desde o início da execução, diante do notório estado de insolvabilidade do devedor, que responde a inúmeras execuções e sequer tem sido encontrado para ser citado em todas elas, o credor, munido de certidão do

¹⁹⁴² “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. BLOQUEIO DE CONTA-CORRENTE. MEDIDA ACAUTELATÓRIA. FUNDADO RECEIO DE DANO. POSSIBILIDADE. Com fulcro no art. 615, III, do CPC, pode o Juiz, na ação de cobrança determinar providências acautelatórias destinadas a garantir a satisfação do crédito quando houver fundado receio de dano, consistente na frustração do objeto da execução. O bloqueio do numerário se faz necessário com vistas a garantir a efetividade do provimento final, que consiste na satisfação do crédito, de forma que os valores não venham a ser despendidos com outros fins.” (TJMG, 14ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0079.06.255477-3/001(1), rel. Des. Heloísa Combat. j. 05.10.2006).

departamento de trânsito, pleiteia, desde a propositura da ação, a indisponibilidade dos veículos constantes da certidão.

Outras vezes, o oficial de justiça encontra grandes dificuldades para citar o devedor, que mora e trabalha na cidade, mas, segundo informações de seus funcionários ou dos porteiros do edifício onde reside, sempre se encontra “viajando”. Pesquisa realizada pelo oficial de justiça indica a existência de veículos. Devolve o oficial de justiça o mandado sem cumprimento, mas com essas informações.

Pode, assim, o juiz, com base no art. 615, III, do CPC, a requerimento do credor, ou mesmo, *ex officio*, determinar a indisponibilidade ou o bloqueio de veículos junto ao departamento de trânsito em situações como essas?

Considerável parte da jurisprudência tem negado essa admissibilidade, sob diversos fundamentos.

Argumenta-se que, como o veículo transfere-se pela tradição (art. 1.267 do CC) e não pelo registro da venda junto ao departamento de trânsito, seria inócua qualquer determinação que visasse a impedir a alienação.¹⁹⁴³ Alega-se que, se houve fraude à execução, o bem ficará vinculado à execução, independentemente do registro de indisponibilidade.¹⁹⁴⁴ Outras vezes, diz-se que a providência pleiteada

¹⁹⁴³ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AVERBAÇÃO DE PROIBIÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO AUTOMOTOR. IMPOSSIBILIDADE. - Não há amparo legal para que se determine a averbação de proibição de transferência de veículo automotor, não cabendo, na espécie, se invocar o disposto no inciso III do artigo 615 do CPC, porquanto tal dispositivo trata de ‘medidas cautelares urgentes’ e a discutida averbação jamais prevenirá eventuais direitos do credor, em regime de urgência, na medida em que a transferência de propriedade de veículos automotores ocorre com a tradição, afigurando-se o registro no DETRAN mero ato burocrático posterior, evidentemente que com as finalidades de utilidade, que lhe são próprias, mas independentes da efetiva e real transmissão do bem. - Agravo de instrumento improvido.” (TRF da 2ª Região, 4ª T., Agravo de Instrumento 127754/RJ (200402010067645), rel. Des. Federal Fernando Marques, j. 01.09.2004, DJU 13.10.2004, p. 161); b) “PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL – CONSTRIÇÃO CAUTELAR. I- A despeito do disposto no art. 615, inc. III do CPC, que permite que o credor possa requerer medidas acautelatórias urgentes, a averbação da situação do veículo, junto ao DETRAN, no sentido de impedir qualquer futura alienação, não assegura os direitos do credor, uma vez que a propriedade do veículo não é feita somente com o documento expedido por aquele órgão estadual. II- No caso concreto, apesar da medida constritiva ter se efetivado, a empresa não se manifestou, exceto através do Curador Especial. III – Recurso improvido.” (TRF da 2ª Região, 3ª T., Apelação Cível 334045/RJ, rel. Des. Federal Tânia Heine, j. 12.12.2006, DJU 01.03.2007).

¹⁹⁴⁴ “EXECUÇÃO FISCAL - PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO (DETRAN) PARA O BLOQUEIO DA TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DE VEÍCULO REGISTRADO EM NOME DO DEVEDOR - INDEFERIMENTO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO.” (TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 35.788-5, rel. Des. Santi Ribeiro, j. 18.06.1997, JTJSP-Lex 201/242).

não encontraria abrigo no art. 615, III, do CPC,¹⁹⁴⁵ devendo a parte credora promover demanda cautelar autônoma, não retirando do devedor o direito ao contraditório e à ampla defesa.¹⁹⁴⁶ A ausência de penhora já foi fundamento para indeferir pedido acautelatório de bloqueio de transferência de veículo.¹⁹⁴⁷

Consta do voto do Des. Relator: “O Meritíssimo Juiz indeferiu o pedido ao fundamento de inexistência de previsão legal para a restrição pretendida pela exequente. Assim argumenta a agravante: ‘se o veículo continua registrado em nome do devedor conforme demonstra o recente extrato fornecido pelo DETRAN, o pedido de bloqueio de transferência do mesmo também não extrapola nenhum permissivo legal, ficando o acolhimento do pedido inserido no poder de cautela do Juiz’ (fls. 4). Mas não é bem assim. O poder cautelar do Juiz propicia-lhe a emissão de provimentos dessa natureza, através de medidas típicas (ou nominadas) e de medidas atípicas (ou inominadas). Ao poder cautelar de determinar medidas típicas se chama poder cautelar especial do Juiz. Ao poder cautelar de determinar medidas atípicas, poder cautelar geral do Juiz. Consideram-se medidas cautelares típicas aquelas expressamente previstas no ordenamento jurídico e com denominação própria. Consideram-se medidas cautelares atípicas aquelas permitidas ao Juiz pelo ordenamento jurídico mas às quais este não atribui um *nomen* (cf. SYDNEY SANCHES, ‘Poder Cautelar Geral do Juiz’, Editora Revista dos Tribunais, 78ª ed., pág. 2). Como se vê, o poder cautelar do Juiz tem seus limites traçados no ordenamento jurídico, somente podendo ser exercido nas hipóteses expressamente previstas ou permitidas no direito positivo. Como a própria agravante reconheceu, a restrição pretendida não é medida de garantia legalmente prevista. Consoante destacado pelo Meritíssimo Juiz em suas informações, a alienação de coisa móvel se faz pela tradição; sendo assim, como o veículo não foi encontrado com o devedor, presumidamente foi alienado e se encontra em poder de terceiro, estranho à relação processual. A medida pretendida, aliás, revela-se inócua, pois caso a temida alienação tenha se dado em fraude de execução, o bem poderá vir a ser penhorado em poder de quem for encontrado. Nega-se, pois, provimento ao recurso.”

¹⁹⁴⁵ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. AVERBAÇÃO À MARGEM DO PRONTUÁRIO DO VEÍCULO DE PROPRIEDADE DE SÓCIO RESPONSÁVEL PELO DÉBITO TRIBUTÁRIO. INVIABILIDADE. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DO ART. 615, INCISO III, DO CPC. I - Na execução fiscal proposta pelo estado contra empresa devedora, é descabida pretensão averbação à margem do prontuário do veículo do sócio responsável pelo débito tributário objeto da execução, a título de advertência de que a transferência do veículo caracteriza fraude à execução ou de proibição de alienação. II - ‘In casu’, a pretensão formulada nesse sentido, não encontra amparo em nenhuma previsão legal, muito menos no disposto no inciso III, do artigo 615 do CPC, por isso que tal dispositivo trata de ‘medidas acautelatórias urgentes’ e a discutida averbação jamais prevenira os direitos do credor, pois a prova da propriedade do veículo não se faz apenas com a documentação da repartição de trânsito. III - Recurso desprovido, por unanimidade.” (STJ, 1ª T., REsp 68208/MS (199500304333), rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 11.10.1995, DJ 06.11.2005, p. 37.546); b) “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ANOTAÇÃO NO REGISTRO DO VEÍCULO NO DETRAN PARA EVITAR FRAUDE À EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. I - O pedido de expedição de ofício ao DETRAN para anotação nos registros do veículo dos agravados não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico. II - Não havendo sequer penhora de bem a vinculá-lo a processo executivo, não há qualquer ato atentatório violando a atividade jurisdicional de modo a configurar fraude à execução, nos termos da lei. III - Agravo desprovido.” (TRF da 1ª Região, 3ª T., Agravo de Instrumento 200101000285527/MG, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, j. 14.11.2001, DJ 25.01.2002, p. 172).

¹⁹⁴⁶ “EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Providências acautelatórias urgentes - Artigo 615, III, do CPC - Pedido de expedição de ofícios ao DETRAN para impedir a transferência de veículo e ao SERASA, para anotar a existência da execução - Possibilidade do indeferimento - Inviabilidade de cumulação do pedido cautelar com o principal, além de tratar-se de providência heterodoxa, juridicamente impossível - Necessidade da observância das normas previstas para o processo cautelar no Livro III do CPC - Recurso improvido.” (1º TACSP, 7ª Câmara, Agravo de Instrumento n. 911.105-5, rel. Juiz Ariovaldo Santini Teodoro, j. 08.02.2000, JTACSP-Lex 184/30).

¹⁹⁴⁷ Nesse sentido: a) “PROCESSO CIVIL E CIVIL - RECURSO ESPECIAL - REQUISICÃO DE OFÍCIO AO DETRAN PARA ANOTAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA CONTRA O PROPRIETÁRIO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - INEXISTÊNCIA DE PENHORA DO BEM - DESCABIMENTO I - ‘Se não foi formalizada a penhora, o bem ainda não foi alvo de apreensão

Não obstante todos esses argumentos, entendemos que é plenamente possível o juiz determinar, a requerimento do credor ou, de ofício, a expedição de ofício ao departamento de trânsito, com ordem veiculada no sentido de impedir a transferência administrativa do veículo registrado em nome do devedor.

É verdade que, em nosso sistema jurídico, a propriedade dos bens móveis transfere-se com a tradição. Todavia, o registro do veículo junto ao departamento de trânsito é indício suficiente de que o bem continua sob domínio do devedor. A indisponibilidade determinada pelo juiz garante o resultado útil de penhora, quando for localizado o veículo. A medida, longe de ser inócua, é bastante salutar e cumpre perfeitamente as finalidades das medidas acautelatórias.

Embora não impeça a alienação do bem, a medida acautelatória serve para alertar futuros compradores da condição de devedor do alienante, impedindo que o comprador, futuramente, alegue a condição de adquirente de boa-fé. O registro da penhora em órgãos públicos, gera, atualmente, presunção absoluta de conhecimento de terceiros (art. 659, § 4º, do CPC).

Por outro lado, se não configurada situação de fraude à execução (art. 593, II, do CPC), poderá a qualquer momento o adquirente promover ação de embargos de terceiro (art. 1.046 do CPC), pleiteando a desconstituição da medida restritiva.

A alegação de alienação do bem por parte do devedor foi fundamento para que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negasse provimento a agravo de instrumento e mantivesse a decretação da ordem de bloqueio de veículo em nome do devedor, em execução cujos indícios apontavam para a prática de conduta visando a frustrar à satisfação do crédito do exequente. Os

judicial, não estando vinculado ao processo executivo. O juiz não pode, por conseqüência, impedir a respectiva alienação'. (RESP 162410/MS, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ de 17/08/1998) II - Descabe o pedido de expedição de ofício ao Departamento Estadual de Trânsito, para fins de anotação da existência de execução fiscal contra o proprietário de veículo automotor, antes da existência da penhora ou arresto do bem. III - Recurso improvido". (STJ, 1ª T., REsp 571625/MG, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 20/10/2003, p. 217); b) "PROCESSO CIVIL - REQUISICÃO DE OFÍCIO AO DETRAN PARA ANOTAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA CONTRA O PROPRIETÁRIO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - INEXISTÊNCIA DE PENHORA DO BEM - DESCABIMENTO. 1 - Inexistindo penhora ou arresto do bem, descabe pedido de expedição de ofício ao Departamento Estadual de Trânsito, para fins de anotação da existência de execução fiscal contra o proprietário de veículos automotor. Precedentes. 2 - Recurso especial desprovido". (STJ, 1ª T., REsp 541168/MG, rel. Min. Luiz Fux, DJ 22/03/2004, p. 233).

supostos direitos do terceiro de boa-fé deveriam ser provados, na via adequada, averbou citado Tribunal, em acórdão muitíssimo bem fundamentado.¹⁹⁴⁸

Outro equívoco, em nosso sentir, é dizer que a indisponibilidade não encontraria respaldo no art. 615, III, do CPC e que o credor deveria promover ação cautelar. Não vemos assim.

A indisponibilidade de bens é autêntica medida acautelatória atípica. Não se encontra alistada entre os procedimentos cautelares específicos. Logo, insere-se no âmbito do poder geral de cautela do juiz, a teor dos arts. 798 e 799 do CPC. O sistema permite a decretação dessas medidas cautelares atípicas, incidentalmente, dispensando a instauração de outro processo para essa mesma finalidade. O art. 797 do CPC, ao prever a possibilidade de concessões, *ex officio*,

¹⁹⁴⁸ “EXECUÇÃO - BLOQUEIO DE VEÍCULO JUNTO AO DETRAN - POSSIBILIDADE - Cabe ao juiz que preside a ação executiva, diante do poder geral de cautela, autorizar a prática de atos que preservem a garantia da execução e a satisfação da pretensão executória - O bloqueio deferido pelo Juiz caracteriza ato preparatório para garantir a segunda penhora e conseqüente satisfação integral do crédito. Recurso do executado não provido.” (TJSP, 27ª Câmara da Seção de Direito Privado, Agravo de Instrumento 961.830-0/1, rel. Des. Berenice Marcones César, j. 12.06.2006, *JTJSP-Lex* 305/487). Consta do voto da Des. Relatora: “A questão de fundo do recurso consiste na possibilidade de ser desbloqueado junto ao DETRAN, o veículo marca Toyota de propriedade do co-executado Eduardo. A princípio, cumpre destacar que esta Câmara negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Agravante, da decisão de primeiro grau que rejeitou a exceção de pré-executividade em 11.OUT.2005, apresentada na fase de expropriação do bem penhorado, revogando o efeito suspensivo, concedido inicialmente em sede de análise de admissibilidade. Assim, a ação de execução prosseguiu com a designação de novas praças para a alienação do bem penhorado. Na hipótese dos autos, verifica-se que o ‘bloqueio’ deferido pelo Juiz caracteriza ato preparatório para garantir segunda penhora (CPC, art. 667) e conseqüente satisfação integral do crédito, apesar de ter sido deferido a requerimento da Agravada/Exequente, em razão do efeito suspensivo atribuído ao primeiro agravo de instrumento. Ocorre que cabe ao juiz que preside a ação executiva, diante do poder geral de cautela, autorizar a prática de atos que preservem a garantia da execução e a satisfação da pretensão executória. O Código de Processo Civil cuidou do poder geral de cautela do juiz no art. 798: ‘Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação’. E, no art. 799 do CPC: ‘No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução’, conferiu os instrumentos para a efetivação da pretensão cautelar concedida, não sendo taxativa a enumeração, assim, o ‘bloqueio’ apesar de não ser uma medida prevista no ordenamento jurídico, suspende a disponibilidade do bem em relação ao Agravante/Executado (proprietário), permitindo a incidência de nova penhora para satisfação do crédito executado. Na hipótese dos autos, o Agravante/Executado, manifestou-se no sentido de que o veículo já havia sido vendido. Ocorre que eventual direito de terceiro deverá ser exercido pelas vias próprias. E vale ressaltar que o Agravante/Executado nada alegou sobre a existência de bens suficientes em seu patrimônio, para garantirem a execução e a satisfação do crédito executado, ao contrário, alegou que tanto o imóvel penhorado como o veículo foram vendidos a terceiros, o que pode implicar na frustração da execução.”

de medidas cautelares incidentais, previstas ou não em lei, já seria motivo suficiente para afastar a arguição contrária à decretação da medida.¹⁹⁴⁹

Lopes da Costa,¹⁹⁵⁰ sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, também defendia a possibilidade da utilização de uma medida cautelar inominada que visasse a impor ao requerido uma “*proibição de dispor*”. Ou seja, sua decretação impediria que ele alienasse ou gravasse seus bens visando a resguardar a satisfação do crédito. Os atos, como corretamente classificou Lopes da Costa, realizados após a decretação da medida, seriam ineficazes, não nulos, nem anuláveis.

Ora, a ordem de bloqueio de veículos é uma “proibição de dispor”, medida acautelatória atípica, apenas determinada, *incidenter tantum*, na execução. Seu deferimento, em processo cautelar autônomo, ou como medida acautelatória determinada no âmbito da ação de conhecimento, tem sido admitida pela jurisprudência.¹⁹⁵¹

¹⁹⁴⁹ “EXECUÇÃO FISCAL - AVERBAÇÃO NO PRONTUÁRIO DO VEICULO - VEDAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA. O juiz pode tomar providencia acautelatória a requerimento da parte, julgadas adequadas, quando houver fundado receio de grave lesão de difícil reparação. recurso provido.” (STJ, 1ª T., REsp 59593/MS (199500035448), rel. Min. Garcia Vieira, j. 29.03.1995, DJ 08.05.1995).

¹⁹⁵⁰ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*, p. 102-103: “Da execução do arresto, resulta necessariamente como vimos, a proibição de dispor. Essa proibição, entretanto, pode constituir medida autônoma. E, sem embargo de não enumerada pelo Código, o Juiz pode decretá-la, com fundamento em seu poder cautelar geral. (...) No sistema da lei é, em verdade desnecessária, em concorrência com o seqüestro, a proibição de alienar. Porque resulta, em geral, da decisão que decretar o seqüestro. Daí, porém, não se segue que não possa constituir medida autônoma. Se a proibição, geral e, pois, relativa a bens que não foram seqüestrados, resulta da declaração do juiz ordenando o seqüestro, por que, com a mesma fonte, a vontade do juiz, não poderia surgir isolada? No processo comum, porém, não será inútil a medida em questão (...). O negócio feito com violação da proibição de dispor é *ineficaz*. Não é nulo, porque o preceito visa a proteção de determinada pessoa – o credor. Não é anulável, porque não necessita de nenhuma declaração judicial que o invalide.”

¹⁹⁵¹ Nesse sentido: a) “AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA CAUTELAR DE PROIBIÇÃO DE DISPOR - DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO - PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS E BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS - DEFERIMENTO DA LIMINAR - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS. Na medida cautelar a tutela pretendida tem o intuito de se proteger a eficácia do próprio processo, evitando-se com isso que a decisão a ser proferida ao final venha a se frustrar e cair no vazio. Existem sinais indicativos de que as partes litigantes mantiveram convivência e do perigo natural que flui do abrupto rompimento e da ampla disponibilidade patrimonial de uma delas que, sem uma vigilância da liberdade de dispor, poderá comprometer a efetividade de uma decisão definitiva.” (TJMG, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.099224-5/001(1), rel. Osmando Almeida. j. 06.02.2007); b) “AÇÃO CAUTELAR - TUTELA ANTECIPADA - PROIBIÇÃO DE DISPOR - PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. A tutela antecipada que tem por objetivo a proibição de alguém dispor de alguma coisa, seja de um bem ou de um direito, guarda semelhança com o arresto/seqüestro, sendo que nesta não há perda da coisa. Havendo prova inequívoca de verossimilhança da alegação, qual seja, a probabilidade máxima da certeza do fato alegado, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, há de ser concedida a tutela antecipada.” (TJMG, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0079.05.226675-0/001, rel. Des. Jarbas Ladeira. j. 23.05.2006).

O interesse público de toda a coletividade na concreta realização das finalidades da execução, já foi invocado como fundamento pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região para reformar decisão de primeiro grau de jurisdição e determinar a expedição de ofício ao departamento de trânsito para que tornasse indisponível o veículo do devedor.¹⁹⁵²

Não haverá qualquer desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa com semelhante determinação. Poderá o devedor recorrer da decisão que decreta a indisponibilidade, através de agravo de instrumento. O contraditório, nesse passo, é diferido, mas não suprimido.

O art. 273, § 7º, do CPC, no âmbito do processo de conhecimento admite a concessão de medidas acautelatórias atípicas, com base em plausibilidade do direito. Ora, se na demanda cognitiva o deferimento de tais medidas é plenamente possível, por que não poderiam ser determinadas na execução, que se instaura a partir da apresentação de título executivo, que autoriza o juiz a determinar medidas muito mais drásticas do que a mera indisponibilidade, como é caso da penhora e até mesmo da prisão do devedor, nas hipóteses legais?

Dizer que é indispensável a realização da penhora como requisito da averbação da indisponibilidade é outro argumento com o qual não concordamos. Ora, a medida acautelatória justifica-se pela urgência. É justamente para instrumentalizar futura penhora que a indisponibilidade é decretada. Após a penhora o que deve ser realizado é o registro da própria penhora no órgão de trânsito e não mais o registro de uma ordem de indisponibilidade.

¹⁹⁵² “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. LOCALIZAÇÃO DE BEM DO DEVEDOR. AVERBAÇÃO EM REGISTRO DO DETRAN. INFORMAÇÃO DE ENDEREÇO DO PROPRIETÁRIO. PODER GERAL DE CAUTELA. POSSIBILIDADE. - O Código de Processo Civil, em seu art. 615, inciso III, permite ao exequente pleitear providências acautelatórias urgentes, necessárias à devida garantia do juízo. Complementado pelo art. 798, possibilita ao Magistrado utilizar-se do poder geral de cautela diante do fundado receio de que uma das partes cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Medida adequada ao caso em tela que tem por objeto a satisfação de crédito público, de interesse de toda a coletividade. - Deste modo, a agravante faz jus à pleiteada expedição de ofício ao Sr. Diretor do DETRAN-RJ para que torne intransferível o veículo da agravada e informe o endereço do proprietário, constante em seu cadastro. - Agravo a que se dá provimento.” (TRF da 2ª Região, 2ª T., Agravo de Instrumento 105817/RJ (200202010461454), rel. Des. Federal Antônio Cruz Netto, j. 10.12.2002, DJU 05.09.2005, p. 205). Ainda nesse sentido: TRF da 2ª Região, 2ª T., Agravo de Instrumento 95863/RJ (200202010203465), rel. Des. Federal Antônio Cruz Netto, j. 10.12.2002, DJU 22.09.2005, p. 112.

Trata-se de medida acautelatória extremamente útil à execução forçada e que cumpre exatamente a função preventiva da tutela cautelar, exercendo papel coadjuvante ao lado das medidas executivas para possibilitar a plena realização destas últimas, e, em última análise, garantir o resultado útil da execução.¹⁹⁵³

3.13.4.3 Remoção de bens

Não obstante o Código de Processo Civil não contenha dispositivo explícito a respeito, um incidente bastante comum no curso da execução civil é o pedido de remoção de bens, principalmente por parte do credor. A Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980) estabelece em seu art. 11, § 3º: “O juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda exeqüente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo”.

Encontrando-se, por exemplo, o bem penhorado depositado em mãos do devedor e havendo provas ou indícios concretos de que corre risco de deteriorar-se, é de rigor sua remoção para o depósito público ou mesmo para outro que o credor indicar.

A remoção do bem penhorado é medida acautelatória urgente. Todavia, não basta mero requerimento do credor. Não obstante a Lei 6.830/1980, que serve neste particular como paradigma às execuções processadas segundo o rito

¹⁹⁵³ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. AVERBAÇÃO EM PRONTUÁRIO DO DETRAN. - Recurso interposto em face de decisão que indeferiu o pedido formulado pela Fazenda Nacional, visando a expedição de ofício ao Sr. Diretor do Departamento de Trânsito – DETRAN, para tornar intransferível veículo encontrado em nome do Agravado, bem como informar o endereço constante em seu cadastro. - Apresenta-se adequada a medida solicitada ao Juízo, de registro junto ao órgão competente para que torne os veículos intransferíveis em seu cadastro, diante dos obstáculos apresentados para a satisfação do crédito fazendário, pois a Exeqüente encontra-se impossibilitada de fornecer o endereço do Executado, por culpa do devedor, que não atualizou seu endereço junto ao Fisco. - O art. 40 da Lei nº 6.830/80 possibilita o juiz suspender o curso da execução fiscal somente enquanto não localizado o devedor ou encontrados os bens sobre os quais possa recair a penhora. Ocorre que a Agravante-Exeqüente informou ao Juízo *a quo* a existência de tais bens e requereu o procedimento adequado para resguardar a satisfação do crédito. - Inteligência dos arts. 615, III e 798, ambos do Código de Processo Civil. - Precedentes jurisprudenciais. - Reforma da decisão impugnada.” (TRF da 2ª Região, 2ª T., Agravo de Instrumento 86134/RJ (200102010394953), rel. Des. Federal Paulo Espírito Santo, j. 04.12.2002, DJU 23.12.2002, p. 164).

estabelecido no Código de Processo, apenas mencione o pedido do credor, na realidade a medida acautelatória deve estar justificada em situação de urgência e de comprovada necessidade.

Não se trata, assim, de medida que se sujeite à mera discricção do credor. A jurisprudência tem corretamente se orientado nesse sentido, impedindo, com base no princípio da menor onerosidade ao devedor, o desvirtuamento dessa importante medida acautelatória incidental à execução.¹⁹⁵⁴

¹⁹⁵⁴ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ARGÜIÇÃO GENÉRICA SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. REQUERIMENTO DE REMOÇÃO DE BENS NOMEADOS À PENHORA. NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVAS. APRECIÇÃO DO PEDIDO PELO JUIZ. ART. 11, § 3º, DA LEI Nº 8.630/80. SÚMULA 7/STJ. ADESÃO AO REFIS. IRRELEVÂNCIA PARA O CASO. 1. A adesão do contribuinte ao Refis não influi em eventual discussão judicial a respeito do local onde devem ficar os bens que garantem a dívida. Não há que se falar em renúncia ao direito no qual se funda a ação ou em perda de objeto do recurso que visa discutir tão-somente essa questão. 2. Esta Corte já proclamou, em diversas oportunidades, a impossibilidade de conhecer-se do recurso especial pela alegada violação do artigo 535 do CPC nos casos em que a argüição é genérica, ante o disposto na Súmula 284 da Suprema Corte. 3. O art. 11, § 3º, da Lei nº 8.630/80 faculta ao credor o direito de requerer a remoção de bens, desde que o faça justificadamente, cabendo ao Juiz a análise do caso concreto, de modo que a execução se faça pelo modo menos gravoso para o devedor. Precedentes. 4. A remoção de bem encartada no art. 11, § 3º, da Lei nº 8.630/80 depende da aferição, caso a caso, da conveniência ou não do deferimento do pedido. Exame dessa monta ensejaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, vedado nesta instância especial pela Súmula 7/STJ, de seguinte conteúdo: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’. 5. Recurso especial não conhecido.” (STJ, 2ª T., REsp 603217/SC (200000415855), rel. Min. Castro Meira, j. 11.09.2007, DJ 26.09.2007, p. 200); b) “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO. REMOÇÃO DE BENS PENHORADOS. ART. 11, § 3º, DA LEI N. 6.830/80. NORMA NÃO-IMPERATIVA. AVALIAÇÃO EQUITATIVA DO JULGADOR. PRECEDENTES. 1. Por não possuir a norma do § 3º do art. 11 da Lei n. 6.830/80 natureza imperativa, a remoção dos bens penhorados não se submete ao exclusivo critério do exequente, podendo o juiz, avaliando o caso concreto de forma equitativa, indeferir o pedido se inexistentes motivos bastantes que autorizem a adoção da medida. 2. Iterativa jurisprudência da Primeira Seção do STJ. 3. Recurso especial não-provido.” (STJ, 2ª T., REsp 255702/SP (200000378666), rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.12.2005, DJ 01.02.2006, p. 470); c) “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. REMOÇÃO DE BEM PENHORADO. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. ART. 11, § 3º DA LEI 6.830/80. 1. É assente no Superior Tribunal de Justiça que ‘as disposições do par. 3, art. 11 da Lei n. 6.830/80 não devem ser interpretadas literalmente, mas na alcatifa de sua especial finalidade de garantir a conservação e destinação do bem penhorado. Por essa espia, impedindo a remoção por capricho ou interesse pessoal do credor o prudente critério do juiz averiguará da conveniência ou não. Após razoável justificação do requerente, tocando-lhe velar pelo equilíbrio das partes, zelando pela forma de execução menos gravosa para o devedor, a execução não está liberada dos princípios gerais do direito.’ (RESP 25387 / SP, DJ DATA:26/09/1994, Relator Min. MILTON LUIZ PEREIRA). 2. Deveras, a teor do que dispõe o art. 11, § 3º da Lei 6.830/80, apenas o requerimento da Fazenda se apresenta como requisito à possível remoção do bem constrito, cabendo ao magistrado avaliar, no caso concreto, a conveniência ou não do deferimento do pedido. 3. A análise dessas conveniências implica o revolvimento de matéria fático-probatória, interdito pela Súmula 07/STJ. 4. Recurso Especial não conhecido.” (STJ, 1ª T., REsp 570677/MT (200301255820), rel. Min. Castro Meira, j. 29.06.2004, DJ 16.08.2004, p. 142); d) “EXECUÇÃO FISCAL. ART. 11, § 3º, DA LEI N. 6.830/80. PENHORA. REMOÇÃO. BENS. MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ. I - A remoção dos bens penhorados, a pedido da Fazenda Nacional, é faculdade do juiz. A norma não é impositiva, e não fica exclusivamente a critério do credor. Por conseguinte, tanto o pedido quanto a decisão que defere ou indefere o pedido de remoção dos bens penhorados devem ser motivados. II - Irrepreensível a fundamentação da decisão impugnada no especial. III - É vedado, em recurso especial, rever os elementos fáticos que sedimentaram

3.13.4.4 Anotação da condição de devedor nos registros forenses

O Superior Tribunal de Justiça apreciou interessantíssima questão envolvendo a aplicação do art. 615, III, do CPC.¹⁹⁵⁵ Tratava-se de demanda de

as razões de decidir do julgado. IV - Recurso não conhecido” (STJ, 2ª T., REsp 245646/SP (200000051233), rel. Min. Franciulli Netto, j. 13.05.2003, DJ 04.08.2003, p. 250).

¹⁹⁵⁵ “ALÍNEA ‘A’ DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. INCLUSÃO DA FASE EXECUTIVA NOS REGISTROS DE DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA. CITAÇÃO AINDA NÃO OCORRIDA. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DO REGISTRO DA INFORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. EFETIVIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR ESTA MEDIDA, AINDA QUE EM GRAU MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO. 1. Não se conhece do recurso especial por alegação de ofensa à Constituição Federal. Ao STJ, em sede de recurso especial arraigado na alínea ‘a’, cabe tão-somente analisar questão relativa à violação ou negativa de vigência de tratado ou lei federal. Leitura da literalidade do art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal. 2. Inexiste razão suficiente para se poder negar a inclusão da informação dos registros cartorários sobre o início da fase executiva do processo, bem como o nome do executado, tão-somente porque a citação ainda não ocorreu. 3. A efetividade do processo e da própria jurisdição deve ser lembrada pelo STJ e, ainda que em grau mínimo, a inclusão da informação nos registros cartorários sobre existência da execução é dotada de efetividade e respeita o princípio da publicidade dos atos processuais, dando conta a terceiros interessados da situação da empresa recorrida, podendo ser requerida com base no art. 615, III, do CPC. 4. Existindo título executivo judicial, não pairam mais dúvidas de que o réu passa a ser devedor e a execução é ‘processo de credor’. 5. Os registros do distribuidor dos foros têm que primar pela veracidade das informações, dado o caráter público dos atos processuais. Ao Juiz incumbe, por ofício próprio, fiscalizar essa veracidade. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (STJ, 2ª T., REsp 547317/RJ (2003/0106319-4), rel. Min. Humberto Martins, j. 26.09.2006, DJ 18.10.2006). Consta do voto do Min. Relator: “Ora, o que pretende a União e foi-lhe negado na instância ordinária foi, tão-somente, fazer constar dos distribuidores da Seção Judiciária do Rio de Janeiro o registro de que o processo de conhecimento, com sentença já transitada em julgado, encontra-se agora na fase de execução, e que a Executada é a Recorrida. Tal registro é mais do que correto. É necessário na medida em que o registro cartorário deve corresponder à realidade, até mesmo pelo caráter da publicização dos atos processuais. A veracidade das informações deve ser buscada pelos cartórios judiciais, e aos juízes incumbe fiscalizar a exatidão dessas informações. Importa também lembrar o princípio da publicidade dos atos processuais, sendo irrelevante, *in casu*, se o Executado foi ou não citado, pois de processo de execução efetivamente já se trata. O registro desta informação nos distribuidores da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro é medida que se impõe, uma vez ser dotada tal medida de grau mínimo de cautela, pois o crédito buscado é público, ou seja, matéria de interesse público e indisponível, competindo ao Judiciário envidar esforços, por iniciativa do Exequente, para a satisfação do crédito. Por ser o processo de execução processo de credor, existindo sentença condenatória com trânsito em julgado, a simples alegação de que não foi o Executado citado nos autos não é razão suficiente para se negar a inclusão da informação no banco de dados do distribuidor. A efetividade do processo e da própria jurisdição devem ser lembrados pelo STJ. Ainda que em grau mínimo, a medida requerida pela União é dotada de efetividade e respeita o princípio da publicidade dos atos processuais, dando conta a terceiros interessados da situação da Recorrida. Assim, entendo que o acórdão do Tribunal *a quo* realmente não respeitou o princípio da publicidade e não tornou eficaz o comando que se pode extrair do inciso III, do art. 615, do Código de Processo Civil, porque o registro dessa informação pode ser entendido, como já alinhavado, como medida acautelatória, ainda que dotada de efetividade mínima. Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, para reformar o acórdão recorrido e determinar que constem na base de dados dos registros de distribuição cartorária, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, a existência do processo de execução e o nome do Executado. É como penso. É como voto.”

conhecimento julgada improcedente e proposta por determinada empresa contra a União.

Com o trânsito material julgado, a União promoveu execução de título judicial, certamente pleiteando o recebimento de verba honorária. Assim, na nova demanda, inverteram-se os pólos da relação jurídica processual. Pleiteou a credora que fosse averbado, à margem dos registros públicos da distribuição da seção judiciária em que se processava a demanda, a situação de devedora da então autora da demanda cognitiva.

A União teve seu pleito indeferido, sob o fundamento de que não havendo citação não seria possível a averbação da condição de devedora, sob pena de afronta ao princípio constitucional do devido processo legal. Ela recorreu ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, pedindo a reforma da decisão e invocando o art. 615, III, do CPC, mas teve negado provimento à sua pretensão recursal. Aviou então Recurso Especial.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a medida, *ainda que revestida de um mínimo de eficácia cautelar*, deveria ser deferida, vez que incumbe ao juiz velar pela adequada publicidade das informações emergentes dos processos judiciais, que, em última análise, interessam à toda à coletividade.

Correto o entendimento adotado. Proposta a execução, a condição de devedora, i.e., de parte passiva, decorre apenas e tão somente de sua indicação na petição inicial, sendo desnecessária sua integração à relação jurídica processual, para só então o juiz determinar a baixar do feito à distribuição a fim de que sejam procedidas às anotações pertinentes. Não há qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal. A publicidade das informações emergentes das execuções apenas retrata o que nelas se contém.

Ademais, a informação da condição de devedora pode prevenir que terceiros venham a adquirir dela bens em fraude à execução. Nesse aspecto, a medida, de certo modo assemelha-se à finalidade buscada com o registro do bloqueio de transferência do veículo junto ao departamento trânsito.

3.13.4.5 Indisponibilidade de bens e a execução fiscal

Uma questão polêmica envolvendo a aplicação do art. 615, III, do CPC diz respeito à possibilidade do deferimento de medidas acautelatórias urgentes visando à indisponibilidade de bens, quando a parte credora for a Fazenda Pública.

Isso porque a Lei 8.397/1992¹⁹⁵⁶ instituiu a medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo de débito tributário e não tributário e que tem por objeto a

¹⁹⁵⁶ Dispõe a Lei 8.397/1992: “Art. 1º O procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) Parágrafo único. O requerimento da medida cautelar, na hipótese dos incisos V, alínea "b", e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997). Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado; II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação; III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997); IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997); V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997): a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997) b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997); VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997); VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997); IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997). Art. 3º Para a concessão da medida cautelar fiscal é essencial: I - prova literal da constituição do crédito fiscal; II - prova documental de algum dos casos mencionados no artigo antecedente. Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação. § 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo: a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício; b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos. § 2º A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública. § 3º Decretada a medida cautelar fiscal, será comunicada imediatamente ao registro público de imóveis, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e às demais repartições que processem registros de transferência de bens, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a constrição judicial. Art. 5º A medida cautelar fiscal será requerida ao Juiz competente para a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Parágrafo único. Se a execução judicial estiver em Tribunal, será competente o relator do recurso. Art. 6º A Fazenda Pública pleiteará a medida cautelar fiscal em petição devidamente fundamentada, que indicará: I - o Juiz a quem é dirigida; II - a qualificação e o endereço, se conhecido, do requerido; III - as provas que serão produzidas; IV - o requerimento para citação. Art. 7º O Juiz concederá liminarmente a medida cautelar fiscal, dispensada a Fazenda Pública de justificação prévia e de prestação de caução. Parágrafo único. Do despacho que conceder liminarmente a medida cautelar caberá agravo de instrumento. Art. 8º O requerido será citado para, no prazo de quinze dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretenda produzir. Parágrafo único. Conta-se o prazo da juntada aos autos do mandado: a)

decretação da indisponibilidade de bens do requerido até o limite da satisfação da obrigação (art. 4º).

Alguns julgados têm indeferido o pedido de bloqueio de veículos, sob o fundamento de que a Fazenda Pública deve promover medida cautelar fiscal amparada na Lei 8.397/1992.¹⁹⁵⁷

de citação, devidamente cumprido; b) da execução da medida cautelar fiscal, quando concedida liminarmente. Art. 9º Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pela Fazenda Pública, caso em que o Juiz decidirá em dez dias. Parágrafo único. Se o requerido contestar no prazo legal, o Juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida. Art. 10. A medida cautelar fiscal decretada poderá ser substituída, a qualquer tempo, pela prestação de garantia correspondente ao valor da prestação da Fazenda Pública, na forma do art. 9º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Parágrafo único. A Fazenda Pública será ouvida necessariamente sobre o pedido de substituição, no prazo de cinco dias, presumindo-se da omissão a sua aquiescência. Art. 11. Quando a medida cautelar fiscal for concedida em procedimento preparatório, deverá a Fazenda Pública propor a execução judicial da Dívida Ativa no prazo de sessenta dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa. Art. 12. A medida cautelar fiscal conserva a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo de execução judicial da Dívida Ativa, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão em contrário, a medida cautelar fiscal conservará sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário ou não tributário. Art. 13. Cessa a eficácia da medida cautelar fiscal: I - se a Fazenda Pública não propuser a execução judicial da Dívida Ativa no prazo fixado no art. 11 desta lei; II - se não for executada dentro de trinta dias; III - se for julgada extinta a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública; IV - se o requerido promover a quitação do débito que está sendo executado. Parágrafo único. Se, por qualquer motivo, cessar a eficácia da medida, é defeso à Fazenda Pública repetir o pedido pelo mesmo fundamento. Art. 14. Os autos do procedimento cautelar fiscal serão apensados aos do processo de execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Art. 15. O indeferimento da medida cautelar fiscal não obsta a que a Fazenda Pública intente a execução judicial da Dívida Ativa, nem influi no julgamento desta, salvo se o Juiz, no procedimento cautelar fiscal, acolher alegação de pagamento, de compensação, de transação, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda, ou qualquer outra modalidade de extinção da pretensão deduzida. Art. 16. Ressalvado o disposto no art. 15, a sentença proferida na medida cautelar fiscal não faz coisa julgada, relativamente à execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Art. 17. Da sentença que decretar a medida cautelar fiscal caberá apelação, sem efeito suspensivo, salvo se o requerido oferecer garantia na forma do art. 10 desta lei. Art. 18. As disposições desta lei aplicam-se, também, ao crédito proveniente das contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal. Art. 19. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 20. Revogam-se as disposições em contrário.”

¹⁹⁵⁷ Nesse sentido: a) “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE AVERBAÇÃO DE VEÍCULO JUNTO AO DETRAN PARA PROIBIR TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIA ELEITA INADEQUADA. 1. Havendo procedimento cautelar específico apto a afastar eventual lesão a direito, qual seja, a medida cautelar fiscal prevista na Lei nº 8.397/92, é incabível o deferimento de medida cautelar inominada. 2. O ajuizamento da ação cautelar fiscal é indispensável, até para que seja respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa do executado. 3. Inaplicabilidade dos artigos 615, III, e 799, do CPC. Precedentes do STJ e desta Corte. 4. Agravo improvido.” (TRF da 2ª Região, 3ª T., Agravo de Instrumento 127739/RJ (2004.02.01.006751-7), rel. Des. Federal Juiz Paulo Barata, j. 28.06.2005, *DJU* 27.07.2005); b) “AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BENS DO EXECUTADO. VEÍCULO. INVIABILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO DETRAN PARA TORNAR INTRANSFERÍVEL VEÍCULO DO DEVEDOR E OBTER SEU ENDEREÇO. ARTIGO 615, III E 798, DO CPC. LEI Nº 6830/80. 1. O ordenamento jurídico prevê instrumento processual específico para garantir a satisfação do crédito da Fazenda Nacional, cabendo à recorrente se utilizar da via adequada (Lei nº 8.397/92). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. O endereço do executado poderá ser consultado nas bases de dados próprias da recorrente. 3. Agravo improvido.” (TRF da 2ª Região, 3ª T., Agravo no Agravo de Instrumento 91558/RJ (200202010082765), rel. Des. Federal Paulo Barata, j. 09.03.2004, *DJU* 19.03.2004, p. 166). Ainda nesse sentido: TRF da 2ª

Dissemos anteriormente que, quando houver uma medida cautelar típica, deve a parte credora promovê-la e apenas quando a situação não se encaixar nas hipóteses de medidas acautelatórias nominadas é que deverá, então, pleitear sua decretação no interior da execução.

Analisadas as hipóteses em que a medida cautelar fiscal pode ser deferida (art. 2º da Lei 8.397/1992), verifica-se que elas se aproximam em muito daquelas próprias do arresto cautelar (art. 813-821 do CPC). Ademais, pela amplitude do disposto no art. 2º, IX (prática de “outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito”) é difícil imaginar uma hipótese de indisponibilidade que não se encaixe nas disposições da Lei 8.397/1992, o que afastaria a incidência do art. 615, III, do CPC.

Entretanto, mesmo diante do contido na Lei 8.397/1992, não afastamos a possibilidade de que a Fazenda Pública pleiteie, na execução forçada, medidas acautelatórias urgentes.

A Lei 8.397/1992 foi editada para tutelar cautelarmente o crédito fiscal, tributário e não tributário. Matizado pela natureza pública, o crédito fiscal ficava extremamente desamparado, na medida em que as medidas cautelares típicas não se mostravam, sempre, adequadas a preservar bens do devedor visando à satisfação da Fazenda Pública. Enfim, foi um diploma legal que foi editado para auxiliar e não para prejudicar a tutela do crédito fiscal.

Tanto é assim que uma grande novidade instituída em prol do crédito público foi a indisponibilidade de bens do requerido, possível de ser deferida liminarmente. Essa indisponibilidade goza de grande eficácia, porque a decisão que a decreta é comunicada ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e às demais repartições que processem registros de transferência de bens (registros de imóveis e departamento de trânsito, principalmente), a fim de

que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a constrição judicial (art. 4º, § 3º, da Lei 8.397/1992).

Veja-se que a medida cautelar fiscal tem por objeto “a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação” (art. 4º, *caput*, da Lei 8.397/1992).

Caso seja credora a Fazenda Pública, em determinada execução fiscal, e seu pleito tenha por objeto o bloqueio de *determinado veículo* ou *determinado numerário* a ser levantado pelo devedor em processo em que figure como credor, a medida cautelar pleiteada não coincidirá com o objeto da ação cautelar fiscal. A medida acautelatória a ser tomada pelo juiz na execução é menos restritiva do que aquelas tomadas na ação cautelar fiscal.

Por outro lado, como já mencionado, a medida cautelar fiscal foi instituída para coadjuvar medidas satisfativas a serem desencadeadas na execução fiscal, não para dificultar a concretização dessas medidas. Remeter a Fazenda Pública à demanda cautelar fiscal, na hipótese em exame, deixaria o ente público numa situação pior do que os credores particulares.

Por fim, a Lei Complementar 118/2005 acrescentou o art. 185-A ao Código Tributário Nacional, autorizando a decretação de indisponibilidade de bens do devedor incidentalmente à execução fiscal, estabelecendo como requisito apenas a ausência de pagamento ou de nomeação de bens à penhora, após a citação, diminuindo em muito – sem aniquilar todavia – o âmbito de aplicação da medida cautelar fiscal.

Ora, se é possível a decretação da indisponibilidade de todos os bens do devedor, com comunicação da decisão ao Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, registro de imóveis, departamento de trânsito, na própria execução fiscal, porque ficaria impedida a decretação de medida cautelar fiscal que tivesse por objeto um *minus* em relação ao *plus*, ou seja, a indisponibilidade apenas de determinado bem, visando a possibilitar futura penhora? Não vemos, *data maxima venia*, qualquer impedimento nesse sentido.

A não admissão do entendimento que adotamos conflita com o princípio da menor restrição possível ao devedor, encartado no art. 620 do CPC, e

até mesmo com o princípio da proporcionalidade, ao obrigar a Fazenda Pública a promover outro processo para buscar a indisponibilidade dos bens – *todos os bens* – do requerido, quando ela mesma quer uma medida restritiva de menor intensidade.

Em conclusão, é possível, mesmo nas execuções fiscais, a decretação de medidas cautelares incidentais atípicas, especialmente àquelas que visam ao bloqueio de veículos ou à indisponibilidade de determinados bens, como já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.¹⁹⁵⁸

3.13.5 Penhora sobre faturamento da empresa e possibilidade de nomeação do seu representante legal como depositário fiel, independentemente de sua aceitação

Um dos mais interessantes e polêmicos assuntos na execução civil diz respeito à penhora sobre faturamento da empresa, mais precisamente sobre a nomeação do sócio-gerente da empresa na condição de depositário e administrador.

Esse tipo de constrição, hoje, possui previsão expressa nos arts. 655, VII, 655-A, § 3º, por força da Lei 11.382/2006, mas até pouco tempo era realizada por meio de combinação de regras da penhora de empresa (art. 677 e seguintes do CPC) e do usufruto de imóvel (art. 716 e seguintes do CPC).

Inicialmente, firmou a jurisprudência posicionamento no sentido de admitir a penhora sobre o faturamento de empresas, mas em situações excepcionais, ou seja, apenas se demonstrada a inexistência de outros bens penhoráveis ou sua

¹⁹⁵⁸ “PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADO EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO – LOCALIZAÇÃO DE BEM – VEÍCULO AUTOMOTOR – OFÍCIO AO DETRAN – AVERBAÇÃO NO PRONTUÁRIO – VEDAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA – MEDIDA ACAUTELATÓRIA – PERTINÊNCIA. - A Fazenda Pública tem a seu dispor, na cobrança da dívida ativa, a ação cautelar fiscal – instituída pela Lei n.º 8.397, de 06/01/1992, vigente com as alterações processadas pela Lei n.º 9.532, de 10/12/1997 – como medida para promover a apreensão antecipada e provisória do bem do Executado. - No caso vertente, entretanto, o que pretende a Agravante/Exeqüente é algo bem menos severo do que a indisponibilidade prevista na lei mencionada, militando, a favor do deferimento da medida, o princípio da menor gravosidade. - O credor está autorizado a requerer medidas acautelatórias e urgentes que visem garantir e preservar o seu direito, a teor do artigo 615, III, do Código de Processo Civil. - Precedentes. - Agravo de instrumento parcialmente provido, determinando a expedição de ofício ao DETRAN para que forneça o endereço do Executado constante em seu cadastro.” (TRF da 2ª Região, 2ª T., Agravo de Instrumento 119549/RJ (200302010155992), rel. Des. Federal Sérgio Feltrin Correa, j. 15.09.2004, DJU 16.11.2004, p. 273).

insuficiência, visando ao equilíbrio entre a máxima efetividade da execução e a menor onerosidade ao devedor.¹⁹⁵⁹

Posteriormente, a jurisprudência estabeleceu como requisito da penhora sobre faturamento a aceitação do sócio-gerente da empresa devedora em assumir a condição de depositário e de administrador.

Sim, pois os arts. 677, 678, parágrafo único, e o art. 719 do CPC aludem à necessidade de um administrador, que deverá, em resumo, esclarecer como efetuará os depósitos dos valores.

O art. 655-A, § 3º, do CPC, também alude à nomeação de depositário com atribuição de submeter à provação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como prestar contas mensalmente, entregando ao credor as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

Na prática, o juiz determina a penhora sobre o faturamento da empresa, determinando que o depositário, mensalmente e em juízo, deposite o percentual que fixar sobre o faturamento da empresa. Interessa-nos a dimensão constitucional dos direitos fundamentais conflitantes a partir dessa penhora.

Em regra, é praxe o juiz nomear como depositário o sócio-gerente da empresa devedora, ou, na ausência de determinação, o oficial de justiça constar do auto de penhora, que ele assumiu essa condição. Ele também assume a condição de “administrador”.

Veja que, para se chegar até essa forma de constrição a execução já tramitou durante um razoável tempo sem qualquer resultado prático efetivo em termos de constrição, pois ela supõe o prévio esgotamento de diligências por parte

¹⁹⁵⁹ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE RENDA PARCIAL DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. CPC, ART. 655, I. I. É possível a penhora sobre o faturamento diário de empresa, com a finalidade de evitar a eficácia da prestação jurisdicional frustrada quer pelo não oferecimento de bens, pela devedora, à garantia do Juízo, quer por não ter sido encontrado algum em diligência realizada pelo oficial de justiça. II. Constrição que, todavia, deve ser procedida com as cautelas necessárias a assegurar a continuidade das atividades sociais, mediante a fixação de percentual de subtração suportável pela devedora. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (STJ, 4ª T., REsp 400376/RJ (200101404577), rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 27.08.2002, DJ 18.11.2002, p. 224); b) “EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - FATURAMENTO DA EMPRESA. 1. Admite-se, excepcionalmente, possa ser penhorado o faturamento da empresa. 2. Antes, deve o julgador examinar a possibilidade de recair a penhora em outros bens. 3. A excepcionalidade da penhora sobre o faturamento exige do julgador motivação explícita. 4. Recurso especial provido.” (STJ, 2ª T., REsp 252426/SP (200000271233), rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.02.2002, DJ 13.05.2002).

do credor, ou mesmo dos oficiais de justiça, evidenciando a inexistência ou insuficiência de patrimônio penhorável.

Pois bem. Nomeado depositário, por óbvio ele se sujeita às sanções decorrentes do descumprimento do ônus correspondente, qual seja, a prisão civil, caso devidamente intimado não justifique a ausência de depósitos em juízo, pois essa conduta omissiva leva a crer que desviou o numerário, que mensalmente ficou sob sua guarda e confiança e que deveria depositar em juízo. O decreto de prisão civil encontra apoio no art. 5º, LXVII, da CF, art. 652 do CC e art. 904, parágrafo único, do CPC.

Aqui reside o problema. A jurisprudência tem sistematicamente entendido que o sócio-gerente de empresas devedoras não podem ser nomeados, contra sua vontade, depositários dessas quantias, e que, uma vez investidos nessa condição, qualquer ameaça de prisão ou sua efetivação constituem constrangimento ilegal tutelável pela via do *habeas corpus*. Invoca-se o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF).¹⁹⁶⁰

¹⁹⁶⁰ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA IMPOSSIBILIDADE. DEPOSITÁRIO. REPRESENTANTE LEGAL. NOMEAÇÃO COMPULSÓRIA. RECUSA DA NOMEAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 5º, II, DA CARTA MAGNA. PRECEDENTES. 1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que, em ação executiva fiscal, deferiu o pedido de constrição em 5% do faturamento da empresa recorrente, assim como não acatou a recusa de seu representante legal na assunção do encargo de depositário dos bens penhorados. 2. Ambas as Turmas competentes, desta Corte, não vêm admitindo a possibilidade de que a penhora recaia sobre o faturamento ou rendimento da empresa (REsp nº 163549/RS, Relator p/ acórdão Ministro Garcia Vieira, DJ de 14/09/98). 3. Nomeado, compulsoriamente e contra a sua vontade, o representante legal de empresa executada a ser depositário de bens penhorados para garantia do juízo executivo, a jurisprudência desta Corte Superior vem entendendo que é admissível a sua recusa em aceitar tal encargo. A negativa na assunção tem amparo no art 5º, II, da Carta Magna de 1988, ao estatuir que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. 4. Recurso provido.” (STJ, 1ª T., REsp 276886/SP (20000918873), rel. Min. José Delgado, j. 14.11.2000, DJ 05.02.2001); b) “PROCESSUAL. EXECUTIVO FISCAL. PENHORA. FATURAMENTO DA EMPRESA NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR ESPECIAL (CPC, ART. 677). PRISÃO CIVIL. PENHORA. GERENTE DA EMPRESA. DEPOSITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS*. I - No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos Arts. 677 e 678 do CPC. II - Se a efetivação da penhora pressupõe a nomeação de administrador, não é lícito transformar em depositário o gerente da empresa. III - Concede-se *Habeas Corpus*, para obviar ameaça de prisão de depositário constituído ilicitamente.” (STJ, 1ª T., RHC 8328/SP (199900067410), rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24.02.2000, DJ 10.04.2000, p. 67); c) “*HABEAS CORPUS* - DEPOSITÁRIO INFIEL - NOMEAÇÃO COMPULSÓRIA EM EXECUÇÃO FISCAL - PRISÃO CIVIL QUE AINDA SUBSISTE COM AMPARO CONSTITUCIONAL - ARTIGO 5º, INCISO LXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PENHORA DE 5% SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA - NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR, NOS TERMOS DO ARTIGO 719 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E NÃO DE SIMPLES DEPOSITÁRIO - INADMISSIBILIDADE DA NOMEAÇÃO COERCITIVA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRECEDENTES - ORDEM CONCEDIDA, EM CARÁTER

As decisões dos tribunais, especialmente dos tribunais superiores, têm invalidado os pronunciamentos jurisdicionais de primeiro grau de jurisdição, contendo o poder coercitivo dos juízes. Esse entendimento mantém-se firme, atualmente.¹⁹⁶¹ Trata-se de posicionamento pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que editou a respeito duas súmulas:

DEFINITIVO.” (TJSP, HC 441.270-5/6-00, Segunda Câmara de Direito Público, rel. Des. Osvaldo Magalhães, j. 09.05.2006, *JTJSP-Lex* 300/497); d) “DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE 30% DO FATURAMENTO DA EMPRESA DEVEDORA - Se o representante legal da executada não aceitou encargo do depositário, era de rigor a nomeação de administrador, na forma do artigo 677 do Código de Processo Civil - Não tendo sido tomada essa providência, ele não está sujeito à prisão, porque não há que se cogitar de depositário infiel - Habeas corpus concedido.” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, HC 139.173-5, rel. Des. Luiz Tâmbara, j. 23.11.1999, *JTJSP-Lex* 233/305); e) “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO COMPULSÓRIA DO REPRESENTANTE LEGAL DA EXECUTADA COMO DEPOSITÁRIO DA PENHORA IMPOSTA SOBRE 20% DO FATURAMENTO DA EMPRESA. Recusa anterior dos representantes legais da empresa. Indeferimento pelo Juízo de impor a qualquer deles a obrigação. Admissibilidade. Recurso não provido. (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 160.564-5, rel. Des. Rui Stoco, j. 18.04.2000, *JTJSP-Lex* 236/236). O voto-condutor no último acórdão destacou: “Inexistindo na legislação de regência preceito que comete compulsoriamente ao executado, ou seu representante legal, o dever de aceitar o encargo de depositário dos bens penhorados, não pode a parte contrária pretender que essa obrigação se faça coercitivamente apenas porque assim lhe convém, pois a lei lhe permite outras providências garantidoras”.

¹⁹⁶¹ Em abono: a) “*HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL. EXECUTIVO FISCAL. PENHORA DE FATURAMENTO DE EMPRESA. ADMINISTRADOR. DEPOSITÁRIO INFIEL. NOMEAÇÃO COMPULSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Admitida em caráter de excepcionalidade, a penhora sobre o faturamento deve observar as formalidades dos artigos 677 e 678, parágrafo único, do Código de Processo Civil, de sorte a assegurar que a medida não acarrete solução de continuidade nos serviços desenvolvidos pela empresa executada. 2. Somente com a assinatura do auto de penhora é que se aperfeiçoa o depósito judicial, não podendo o representante legal da empresa executada ser coagido a assumir o encargo de depositário, sob pena de violação de direito fundamental previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição da República.” (STJ, 2ª T., HC 26351/SP (200300006289), rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 20.06.2007, p. 226); b) “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 526 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. NOMEAÇÃO DE DEPOSITÁRIO. RECUSA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 319 DO STJ. 1. A recusa do depositário nomeado compulsoriamente é possível, com respaldo no art. 5º, II da CF/88, que consagra ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (vide REsp 276.886, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 05/02/01), máxime porque há auxiliares do Juízo capazes de exercer as tarefas equivalentes ao depositário. 2. Súmula 319 do STJ: ‘O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado.’ 3. O prequestionamento impõe que, na interposição do recurso especial, o dispositivo de Lei Federal tido por violado seja indicado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, posto ter sido ventilado no acórdão recorrido (enunciados n.º 282 e 356, das Súmulas do STF). 4. Recurso especial desprovido.” (STJ, 1ª T., REsp 728093/SP (200500311798), rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2006, *DJ* 14.12.2006, p. 258); c) “*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO FISCAL. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. NÃO-ACEITAÇÃO DO ENCARGO. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. INAPLICABILIDADE. 1. Admitida em caráter de excepcionalidade, a penhora sobre o faturamento deve observar as formalidades dos artigos 677 e 678, parágrafo único, do Código de Processo Civil, de sorte a assegurar que a medida não acarrete solução de continuidade nos serviços desenvolvidos pela empresa executada. 2. A vedação à prisão civil encartada no Pacto Internacional de San José da Costa Rica não se aplica às hipóteses de descumprimento de depósito judicial em que o depositário, por representar ‘a *longa manus* do juízo da execução, seu auxiliar e órgão do processo executório, com poderes e deveres próprios no exercício de suas atribuições’ (José Frederico Marques), está sujeito à medida coercitiva, nos termos do enunciado da Súmula n. 619/STF. 3. Nos termos da lei, somente com a assinatura do auto de penhora é que se

Súmula 304: “É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial”;

Súmula 319: “O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado”.

O Supremo Tribunal Federal registra precedente antigo nesse sentido.¹⁹⁶²

O auto de penhora deve conter a nomeação de depositário dos bens (art. 664 e art. 665, IV, do CPC). O Código de Processo Civil em nenhum momento impede a nomeação de depositário pelo próprio juiz, nem diz que a aceitação do encargo deve ser voluntária. Ela, em princípio, decorre do sistema, porque o depositário assume o encargo de bem guardar e zelar pela conservação do bem, não podendo aliená-lo, sem prévia ordem judicial, sob pena de prisão civil (arts. 148 a 150 do CPC).

Até concordamos que o depositário, em regra, deva consentir com a aceitação do encargo que lhe é atribuído, mas só concebemos a recusa quando devidamente justificada. Por exemplo, o representante legal da devedora recusa-se a ficar como depositário de determinado veículo, porque afirma e apresenta indícios mínimos que ele fora alienado há muito tempo e não se encontra mais em sua posse.

Não vislumbramos na assunção do encargo de fiel depositário uma simples faculdade, ou seja, o devedor ou seu representante legal aceita ou não *quando ele quiser*, porque a execução é técnica processual que se desenvolve independente e até mesmo contra a vontade do devedor, como decorrência lógica da

aperfeiçoa o depósito judicial, não podendo o representante legal da empresa executada ser coagido a assumir o encargo de depositário, sob pena de violação de direito fundamental previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição da República. 4. Recurso provido para conceder a ordem de *habeas corpus*.” (STJ, 2ª T., HC 16987/SP (200401708734), rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13.06.2005, DJ 13.06.2005, p. 214).

¹⁹⁶² “‘HABEAS CORPUS’. EXECUTADO. PENHORA DE BENS. DEPÓSITO EM MÃOS DO PRÓPRIO EXECUTADO: RECUSA DESTA. DEPOSITO INEXISTENTE. Não há de se considerar ser o executado depositário infiel se não assumiu ele tal ônus, e nem sequer houve determinação do juiz em tal sentido. alias, haveria necessidade de aceitação do encargo por parte do executado. ordem de ‘habeas corpus’ concedida”. (STF, 2ª T., HC 61525/GO, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 23.03.1984, DJ 15.06.1984, p. 19.790).

imperatividade da jurisdição, como tem decidido o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.¹⁹⁶³

A nomeação pelo juiz do sócio-gerente ou diretor de empresas devedoras, independentemente de seu assentimento, encontra fundamento no art. 678, *caput*, do CPC, que diz que será nomeado como administrador da penhora de empresa, “de preferência, um dos seus diretores”.

¹⁹⁶³ Nesse sentido: a) “PROCESSUAL CIVIL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA DE FATURAMENTO. ADMISSÃO EM GRAU DE EXCEPCIONALIDADE. SITUAÇÃO CONFIGURADA NOS AUTOS. ALEGAÇÃO DE NÃO-ACEITAÇÃO DO ENCARGO PELO PACIENTE, QUE NÃO TERIA ASSINADO O RESPECTIVO TERMO. NOMEAÇÃO, COMO ADMINISTRADOR, DO REPRESENTANTE LEGAL DA EXECUTADA. LEGALIDADE. NÃO-OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO TRAÇADO NO ART. 677 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSURGÊNCIA QUANTO AO PERCENTUAL PENHORADO. MATÉRIA QUE REFOGE DO ESTREITO ÂMBITO DO *WRIT*. ORDEM CONCEDIDA. 1. A penhora de parte do faturamento da empresa executada é medida que se admite em situações excepcionais, como tal considerada a dos presentes autos, nos quais se certificou sobre a ausência de bens para a garantia de dívida que alcança montante superior a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). 2. Se o paciente assinou nos autos das execuções, auto de reforço de penhora e depósito, comprometendo-se a aceitar o encargo e ‘a cumpri-lo nas formas e sob as penas da lei’, não merece amparo simples alegação de que o teria rejeitado, mormente se restou comprovado nos autos que ele efetuou, ainda que em percentual diverso àquele determinado pelo magistrado de primeiro grau, depósitos a título de penhora sobre o faturamento da empresa executada. 3. Tratando-se de penhora sobre faturamento, a designação, pelo juiz, do representante legal da executada como administrador pressupõe o encargo de depositário, até porque, sendo responsável pela gestão da empresa, ele acumula funções de administração e de guarda de bens e valores e será ele quem deverá depositar, a cada mês, o percentual referente à constrição. 4. A penhora de parte do faturamento impõe a observância do procedimento previsto no art. 677 do Código de Processo Civil, nomeando-se administrador e dele se exigindo a apresentação de plano de gestão, bem como a prestação de contas, sob pena de ser considerado depositário infiel, caso descumpra qualquer desses deveres. 5. A alegação de que a penhora sobre o faturamento foi determinada em percentual superior ao suportado pela empresa executada não pode ser apreciada em sede de *habeas corpus*, ação constitucional que visa à proteção do direito de locomoção e não à revisão do acerto das decisões judiciais tomadas no âmbito da execução. 6. Ordem concedida em parte, para afastar-se a ordem de prisão civil do paciente até que seja devidamente observado o procedimento previsto nos art. 677 e seguintes do Código de Processo Civil.” (TRF da 3ª Região, 2ª T., HC 25296/SP (200603000804010), j. 24.07.2007, DJU 03.08.2007, p. 664); b) “PROCESSUAL CIVIL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PENHORA DE FATURAMENTO. ADMISSÃO EM GRAU DE EXCEPCIONALIDADE. SITUAÇÃO CONFIGURADA NOS AUTOS. NOMEAÇÃO, COMO ADMINISTRADOR, DO REPRESENTANTE LEGAL DA EXECUTADA. RECUSA EM ACEITAR O ENCARGO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. NÃO OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO TRAÇADO NO ART. 677 DO CPC. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. Não obstante o estabelecido no Pacto de São José da Costa Rica, subsiste, em nosso ordenamento positivo, a possibilidade de decretar-se a prisão do depositário infiel. Precedentes do STF e do STJ. 2. A penhora de parte do faturamento da empresa executada é medida que se admite em situações excepcionais, como tal considerada a dos presentes autos, nos quais a devedora não demonstra qualquer interesse em colaborar com a jurisdição, não obstante frustradas duas penhoras de bens. 3. A execução forçada prescinde da aquiescência do devedor, sendo realizada coercitivamente pelo Estado-juiz. 4. A lei processual civil admite a nomeação do devedor como depositário ou administrador, encargo que não pode ser recusado sem justificativa. 5. A penhora de parte do faturamento impõe a observância do procedimento previsto no art. 677 do Código de Processo Civil, nomeando-se administrador e dele se exigindo a apresentação de plano de gestão, bem como a prestação de contas, sob pena de ser considerado depositário infiel. 6. Ordem concedida em parte, para determinar-se a observância do procedimento legal.” (TRF da 3ª Região, 2ª T., HC 17289/SP (200403000362089), rel. Des. Federal Nelton dos Santos, j. 17.08.2004, DJU 10.09.2004, p. 392).

A conseqüência prática do entendimento atual de que o representante legal da empresa deve consentir com a assunção do encargo, sem que a recusa necessite estar fundada em motivo relevante, é que, com essa atitude, simplesmente o sócio-gerente frustra – ainda mais – a já debilitada efetividade da execução civil.¹⁹⁶⁴ Com o máximo respeito, não concordamos com esse entendimento.

Não há, em regra, ninguém melhor do que o sócio-gerente da empresa devedora para assumir a condição de depositário e administrador na penhora sobre faturamento. É o sócio-gerente quem está legalmente investido dos poderes para agir pela empresa. É ele quem representa a empresa em seus negócios. Assina cheques em seu nome, efetua pagamento dos encargos trabalhistas, sociais e tributários. Assume, enfim, compromissos em nome da devedora.

Aliás, nota-se grande contradição no posicionamento em questão, porque para contrair débitos em nome da empresa, o representante legal pode atuar perfeitamente em seu nome, mas para cumprir as obrigações correspondentes não. Ou seja, ele satisfaz a obrigação, em nome da empresa, *se ele quiser*. O sistema não pode consentir com essa contradição.

O Superior Tribunal de Justiça registra antigo precedente que vai ao encontro de nossas colocações. Na ocasião, o eminente Ministro relator pontuou corretamente:

“Ainda que se admita como viável, juridicamente, a recusa do encargo por parte do administrador indicado compulsoriamente e contra sua vontade para o mister, tal conduta há de ser cabalmente justificada, sob pena de se cancelar atentados contra a ordem do processo executivo e a dignidade da justiça”.¹⁹⁶⁵

¹⁹⁶⁴ Aceitando a recusa tácita do representante legal da devedora à assunção do encargo de depositário fiel, já decidiu o TJSP: “EXECUÇÃO FISCAL - Penhora sobre faturamento - Hipótese em que o representante legal da microempresa, apesar de intimado, deixa de apresentar a forma de administração e esquema de pagamento - Recusa tácita do encargo por pessoa do devedor, que não está obrigado a aceitá-lo contra sua vontade - Determinação de nomeação de terceiro mantida - Recurso improvido. (TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 409.478-5/0-00, rel. Des. Rubens Cury, j. 28.05.2005, JTJSP-Lex 293/333).

¹⁹⁶⁵ “HABEAS CORPUS PREVENTIVO. EXECUTIVO FISCAL. PENHORA DO FATURAMENTO DA EMPRESA. ADMINISTRADOR. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. 1. A penhora sobre o faturamento da empresa tem sido admitida, em caráter excepcional, desde que, fixada proporcionalmente, não inviabilize a atividade econômica do empreendimento comercial. 2. A nomeação do sócio-gerente da empresa para exercer o encargo de depositário dos valores penhorados sobre o seu faturamento, além de garantir solução de continuidade na administração dos negócios, está alinhada com

Mas esse não é o entendimento atual, que acolhe a simples recusa do representante legal da empresa como impedimento à penhora sobre o faturamento.

Por outro lado, os julgados têm conferido uma importância demasiada à necessidade de que o depositário apresente “plano de administração”, sem o qual nada poderá ser exigido.¹⁹⁶⁶

Incorre-se, aqui, no mesmo problema: basta que o depositário se omita para que fique inviabilizada sua responsabilização. Ou seja, é o depositário que acaba controlando se a medida judicial vai ou não se implementar.

É difícil imaginar no que a ausência de citado plano poderia prejudicar a implementação da medida. O percentual já estará fixado. O dia do mês em que deverão ocorrer os depósitos em juízo, também. A obrigação do depositário é clara. O plano não constitui forma de impugnação ao teor da decisão, cabendo à empresa interpor agravo de instrumento e o sócio, se for o caso, *habeas corpus*, daí, então, a impossibilidade de se atribuir ao mencionado plano de administração a importância que atualmente a jurisprudência lhe tem conferido.

Notamos que a ausência de deliberação expressa do juiz acerca dessa forma de administração, com expressa intimação do depositário, tem provocado a concessão sistemática de ordens de *habeas corpus*, impedindo a efetivação da prisão.

as disposições da Lei nº 8.866/94. 3. Inexiste incompatibilidade no exercício conjunto das atribuições de sócio administrador do empreendimento e de depositário dos valores penhorados. 4. Ainda que se admita como viável, juridicamente, a recusa do encargo por parte do administrador indicado compulsoriamente e contra sua vontade para o mister, tal conduta há de ser cabalmente justificada, sob pena de se cancelar atentados contra a ordem do processo executivo e a dignidade da justiça. 5. Petição inicial indeferida liminarmente.” (STJ, 2ª T., HC 28941/SP (200301073902), rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.06.2003, DJ 04.08.2003, p. 247).

¹⁹⁶⁶ “*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. REQUISITOS. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. 1. Sendo a executada empresa concessionária de serviço público, a penhora de seu rendimento deverá observar as formalidades do art. 678, parágrafo único, do Código de Processo Civil, cuja razão de ser diz com a necessidade de se garantir que a constrição não acarrete solução de continuidade nos serviços ali desenvolvidos. 2. A elaboração de um plano de administração constitui verdadeiro pressuposto legal da penhora sobre o faturamento, de modo que somente depois de aprovado dito plano pelo juiz é que tem lugar a implementação da medida constritiva. 3. *Habeas corpus* concedido.” (STJ, 2ª T., HC 34138/SP (200400302936), rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.05.2004, DJ 09.08.2004, p. 197).

Assim, para se evitar qualquer alegação de omissão quanto ao descumprimento de formalidade essencial, concomitantemente à intimação do representante legal acerca da penhora sobre o faturamento da empresa e de suas obrigações correspondentes a partir da intimação (depósito mensal em juízo em percentual que o magistrado fixar), deve o juiz determinar a apresentação de plano de administração. A simples omissão do representante legal no que diz respeito à apresentação desse plano, não poderá, por óbvio, impedir a concretização da medida executiva.

Não pretendemos com nosso posicionamento visualizar a penhora sobre faturamento como instrumento de coação, mas também não aceitamos que o sócio-gerente da devedora oponha-se à efetividade da execução por uma simples recusa.

Entendemos que a recusa pode existir, mas deve ser motivada. Por exemplo, pode o sócio-gerente alegar que não permanece na sede da empresa a maior parte do tempo, porque viaja constantemente para atender às filiais, delegando essa atividade a determinado empregado ou contador, apresentando indícios de prova nesse sentido, ou então que se encontra gravemente enfermo etc.

Todavia, a simples recusa traz subjacente uma mensagem muito clara por parte da empresa devedora, devidamente representada por seu sócio-gerente, ou seja, de que ela continuará atuando contra o sistema, perpetuando a insatisfação do credor. O Poder Judiciário não pode concordar com essa postura.

Dos julgados que tratam do assunto e se orientam em sentido contrário àquele aqui defendido, não há evidências de que tenha havido recusa justificada pelo representante legal da devedora. Essa constatação leva à conclusão de que basta a alegação de ofensa ao direito fundamental da liberdade para que automaticamente seja reformada a decisão que decretou a prisão civil do sócio-gerente da devedora ou sinalizou no sentido de decretá-la.

Ademais, os julgados têm se utilizado do método dedutivo clássico de julgar, pois no processo decisório não são levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto, especialmente se a recusa do sócio-gerente é

motivada ou não. Subsumida a hipótese à norma, a síntese conclusiva gera um julgado idêntico para todos aqueles que tratam dessa questão.

Mas nem todas as hipóteses litigiosas são iguais. A situação conflituosa merece ser examinada à luz das circunstâncias do caso concreto, juntamente com os princípios contrastantes (máxima efetividade da execução e da menor onerosidade possível) e os direitos fundamentais colidentes (acesso à justiça, razoável duração do processo, direito fundamental à efetividade da execução, de um lado, e a liberdade de outro).

Já observamos que hipóteses como essas, que envolvem análise de conceitos vagos (art. 620 do CPC – “modo menos gravoso” – art. 612 do CPC – realização da execução “no interesse do credor” -, art. 5º, LXXVIII, da CF – “razoável duração do processo” etc), impedem que sejam proferidas decisões idênticas para casos conotados por circunstâncias diferentes e que não podem ser desprezadas. É imprescindível que, nessas hipóteses, seja analisada se a recusa é ou não justificada.

Portanto, o direito fundamental à liberdade do representante legal de empresas devedoras, apoiado no frágil argumento de que não pode ser colocado em xeque porque a assunção do encargo de depositário fiel é uma mera faculdade, não prevalece sobre o direito ao acesso à justiça, à razoável duração do processo e sobre o direito fundamental à efetividade da execução civil do credor, que são direitos fundamentais de idêntica dignidade e magnitude constitucional.

Dando adequado rendimento ao princípio da máxima efetividade da execução, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou ordem de *habeas corpus*, para paciente que, embora não constasse dos quadros da sociedade executada, trabalhava na empresa executada, guardando ao que tudo indica laços de parentesco com os sócios, e que não comprovou ter recusado, na ocasião da lavratura do auto de penhora, o encargo de depositário fiel dos valores a serem depositados mensalmente em juízo.¹⁹⁶⁷

¹⁹⁶⁷ “*HABEAS CORPUS* - DEPOSITÁRIO INFIEL DE FATURAMENTO DE EMPRESA - PRETENDIDA REVOGAÇÃO DE SUA PRISÃO - Alegação de não se tratar o paciente de pessoa com acesso à administração da empresa-executada, resultando não poder responder pela parcela do faturamento objeto da penhora, que afirma ser nula - Alegações repelidas - Paciente que, malgrado não integre a sociedade,

A medida executiva em análise abrange, a um só tempo, o exercício pelo juiz de poderes decisórios, coercitivos, sancionatórios e instrutórios.

3.13.6 Invasão da residência do devedor como medida necessária à descrição dos bens que a guarnecem, a fim de possibilitar eventual penhora: inexistência de ofensa a direito fundamental do devedor

Vejamos agora outra situação envolvendo direitos fundamentais colidentes na execução forçada.

Não encontrados bens penhoráveis do devedor, o credor pleiteia, com muita frequência, que o oficial de justiça cumpra o disposto no art. 659, § 3º, do CPC, ou seja, que, de posse do mandado executivo, descreva os bens que guarnecem a residência do devedor.

O cumprimento dessa medida, uma vez deferida, costuma ser cercado de muita dificuldade de implementação e de vários incidentes, pois em regra o devedor não permite o ingresso do oficial de justiça em sua residência e impugna a decisão judicial, alegando desrespeito ao direito fundamental previsto no art. 5º, XI (inviolabilidade do domicílio).

Uma vez certificada a inexistência de bens penhoráveis pelo oficial de justiça, ou comprovada sua ausência por certidões negativas apresentadas pelo credor, a oposição por parte do devedor ao cumprimento do disposto no art. 659, § 3º, do CPC, coloca em xeque o direito fundamental do credor ao acesso à justiça, à razoável duração do processo e o direito fundamental à efetividade da execução.

O direito fundamental à inviolabilidade domiciliar não pode frustrar o direito fundamental do credor à uma tutela executiva adequada, tempestiva e efetiva.

aceitou placidamente o encargo que lhe foi cominado pelo meirinho, não existindo dúvida quanto à existência de laços de parentesco muito próximos para com seus integrantes, a indicar sua qualidade de administrador de fato - Ordem denegada. (TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, HC 160.572-5, rel. Des. Coimbra Schmidt, j. 08.05.2000, *JTJSP-Lex* 234/310)

Só haveria violação ao direito fundamental do devedor em questão se o credor pleiteasse a medida sem antes demonstrar a inexistência ou insuficiência de bens penhoráveis.

O princípio da proporcionalidade auxiliará o magistrado no balanceamento entre os direitos fundamentais colidentes. A medida só se mostrará proporcional, com relativização do direito à inviolabilidade domiciliar em prol do direito ao acesso efetivo à justiça do credor, se comprovada a inexistência de outros bens.

O posicionamento de que o direito à inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental absoluto e impossível de ser relativizado permite ao devedor que, através de simples ato de vontade, frustre os objetivos da jurisdição. Concentra, enfim, na vontade do devedor, e não nas circunstâncias do caso concreto, a implementação da medida executiva.

Ora, os juízes, na execução, não dependem do consentimento dos devedores para concretização dos seus poderes. Um dos traços mais marcantes da jurisdição é sua imperatividade.

Por vezes, alega-se que a diligência resultaria em dissabores ou constrangimentos desnecessários ao devedor. Esse argumento, *data maxima venia*, igualmente não convence. *O objetivo da diligência não é causar constrangimentos ao devedor, mas sim possibilitar eventual penhora.* Sem saber quais bens o devedor possui é impossível se implementar a penhora.

Quanto a eventuais dissabores esses são naturalmente decorrentes da condição de parte devedora, e seguramente não são maiores do que aqueles experimentados pelo credor que foi obrigado a contratar advogado, pagar custas e despesas processuais para ajuizar sua demanda, arcar com custas de certidões junto aos cartórios imobiliários, departamentos de trânsito, juntas comerciais etc.

A diligência resumir-se-á na descrição dos bens que guardam a residência do devedor. Por enquanto, nenhuma medida constritiva será realizada, pois pode ser que da descrição resulte evidente que todos os bens são absolutamente impenhoráveis, especialmente por se encontrarem ao abrigo das disposições da Lei 8.009/1990.

Logo, é perfeitamente possível, uma vez comprovada a inexistência ou insuficiência de bens penhoráveis, que os juízes determinem, de ofício ou a requerimento da parte, que os oficiais de justiça descrevam os bens que guarnecem a residência dos devedores.¹⁹⁶⁸ Atuam, num primeiro momento, poderes decisórios e ordinatórios. Sendo necessária penhora, entram em cena os poderes instrutórios.

A resistência do devedor ao cumprimento da medida obrigará o juiz a determinar ordem de arrombamento de sua residência ou estabelecimento comercial. O magistrado fará, aqui, uso de poderes coercitivos e sancionatórios.

Não caracterizada a fraude à execução e havendo indícios veementes de que os bens que se encontram em estabelecimento locado pelo devedor, já não

¹⁹⁶⁸ Nesse sentido: a) “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA. OFICIAL DE JUSTIÇA. ARROLAMENTO DOS BENS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DO DEVEDOR. ART. 659, § 3º, DO CPC. POSSIBILIDADE. 1. O ato de indeferimento da descrição de bens afigura-se desarrazoado, uma vez que impede o exaurimento das vias de cobrança pelo credor e, concomitantemente, tolhe comportamento que não implica gravame excessivo ao executado, ressaltando-se o fato de que a relação dos bens será submetida à apreciação do juiz da execução, que observará, a seu turno, a possibilidade ou não de penhora. 2. No mais, a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal, somente autoriza ao oficial de justiça, agindo em nome do Estado, adentrar no domicílio do devedor, tendo em vista que o interesse do exequente em esgotar as possibilidades de cobrança do seu crédito não encontra óbice em eventual constrangimento do devedor.” (TRF da 4ª Região, 1ª Turma Suplementar, Agravo de Instrumento 200404010315372/SC, rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, *DJU* 17.08.2005, p. 656); b) “EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. DESCRIÇÃO DOS BENS DA RESIDÊNCIA DO DEVEDOR. EVENTUAL CONSTRANGIMENTO QUE CEDE ANTE O DIREITO DO FISCO. 1. O eventual constrangimento que possa causar a determinação de descrição dos bens que guarnecem a residência do executado deve ceder ante o interesse maior do Fisco no sentido de tentar cobrar o crédito tributário. 2. Agravo provido.” (TRF da 4ª Região, 1ª T., Agravo de Instrumento 9504421539/RS, j. 14.12.1995, *DJ* 17.04.1996, p. 25.002); c) “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DESCRIÇÃO DOS BENS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DO DEVEDOR. 1. O Oficial de Justiça, não encontrando bens suscetíveis de penhora, lavrará certidão descrevendo os bens que guarnecem a residência do devedor, conforme o teor do artigo 659, § 3º, do CPC e precedentes desta Turma. 2. A descrição dos bens localizados na moradia do executado atende ao princípio da satisfação do credor e não viola o princípio da menor onerosidade. 3. Agravo de instrumento provido.” (TRF da 4ª Região, 1ª T., Agravo de Instrumento 200404010284077/PR, rel. Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, j. 06.04.2005, *DJU* 20.04.2005, p. 775); d) “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. DILIGÊNCIAS DO OFICIAL DE JUSTIÇA. DESCRIÇÃO DOS BENS QUE GUARNECEM O ESTABELECIMENTO DO DEVEDOR. 1. O oficial de justiça deve descrever, na sua certidão, os bens que guarnecem a residência ou o estabelecimento do devedor, a fim de que o juiz possa verificar se eles são ou não passíveis de penhora (art. 659, § 3º, do CPC). 2. Dá-se provimento ao agravo de instrumento.” (TRF da 1ª Região, Agravo de Instrumento 200301000115162/RO, rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, j. 04.08.2003, *DJ* 25.08.2003, p. 132); e) “PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE O OFICIAL DE JUSTIÇA DESCREVER NA CERTIDÃO OS BENS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DA AGRAVADA. EXIGÊNCIA LEGAL, NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O ART. 659, DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO A QUE SE DA PROVIMENTO.” (TRF da 3ª Região, Agravo de Instrumento 90030419981/SP, rel. Des. Federal Souza Pires, j. 02.04.1991, *DOE* 10.06.1992, p. 122).

mais lhe pertencem, não há qualquer sentido em se deferir ordem de arrombamento, como corretamente decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal.¹⁹⁶⁹

Inexistindo certidão do oficial de justiça, que comprove os atos impeditivos à realização da penhora, não pode o juiz, desde logo, determinar o cumprimento da medida, com ordem de arrombamento.¹⁹⁷⁰

Registre-se que pronunciamentos jurisdicionais lacônicos que indeferem pedidos de arrombamento realizados por credores “por falta de amparo legal”, quando devidamente caracterizada situação em que essa medida torna-se imprescindível, são nulos de pleno direito, como já decidiu o 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.¹⁹⁷¹

¹⁹⁶⁹ “EXECUÇÃO. ESTABELECIMENTO DEVOLVIDO AO LOCADOR COM OS BENS MÓVEIS CONTIDOS EM SEU INTERIOR PARA PAGAMENTO DE ALUGUERES ATRASADOS. PEDIDO DE ARROMBAMENTO DA LOJA PARA POSSIBILITAR A PENHORA DOS BENS E GARANTIR A EXECUÇÃO. INDEFERIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INSISTINDO NO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE ARROMBAMENTO. ALEGAÇÃO DE QUE O OFERECIMENTO DOS BENS EM PAGAMENTO DE ALUGUERES CONFIGURA FRAUDE DE EXECUÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Se o executado devolveu a loja onde mantinha o seu negócio ao locador, inclusive com os móveis contidos em seu interior, para o pagamento de alugueres atrasados, segundo foi certificado pelo senhor Oficial de Justiça, não procede o pedido do exequente no sentido de que a loja, que se encontra fechada, seja arrombada por ordem judicial para que os referidos bens, que ainda se encontram em seu interior, sejam penhorados para garantir a execução em curso. Se os bens foram oferecidos em dação em pagamento, não pertencem mais ao executado. 2. Não basta apenas a alegação de que o oferecimento dos bens em pagamento de alugueres atrasados configura fraude à execução, a teor do art. 593, III, do Código de Processo Civil, razão pela qual a penhora de tais bens seria necessária para garantir a execução. Com efeito, diz o inciso II do art. 593 que ‘considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.’ Isso tem que ficar provado no juízo da execução. A simples alegação sobre a ocorrência de fraude de execução não é, pois, suficiente para autorizar a penhora de tais bens. 3. Recurso desprovido. Mantida a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de arrombamento da loja para que fossem penhorados os bens que se encontram em seu interior.” (TJDFT, 1ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 20040020086463 (221240), rel. Des. Roberval Casemiro Belinati. j. 06.06.2005, *DJU* 25.08.2005).

¹⁹⁷⁰ “PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - PENHORA INSUFICIENTE - POSSIBILIDADE DE REFORÇO - FIEL DEPOSITÁRIO - NOMEAÇÃO - ORDEM DE ARROMBAMENTO - MOMENTO INOPORTUNO. 1. Revelando-se insuficiente a penhora, defere-se sua ampliação. 2. Hipótese em que, no curso da execução, as exequentes apresentaram memória de cálculo dos valores que se venceram no curso da lide, ensejando o reforço da penhora, eis que o depósito inicialmente efetuado pelo devedor se mostra insuficiente para garantia do Juízo. 3. Não se verifica qualquer óbice em incumbir o executado do encargo de depositário dos bens penhorados, procedimento normal em casos tais, observadas as formalidades legais. 4. Inexiste a necessidade de deferimento do arrombamento, eis que sequer obstada a penhora dos bens pelo devedor, como prevê o art. 660 do CPC. 5. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.” (TJDFT, 3ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 20060020060653 (250517), rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa. j. 26.07.2006, *DJU* 17.08.2006).

¹⁹⁷¹ “EXECUÇÃO - Penhora - Despacho - Nulidade - Pedido de arrombamento indeferido - Fundamentação - Ausência - Situação do artigo 660 do Código de Processo Civil - Caracterização - Previsão legal - Existência - Reconhecimento. Penhora. Obstáculo atribuído ao devedor (fechamento de porta) para realização da constrição. Pedido de arrombamento indeferido. Despacho carente de fundamentação. Expressa previsão legal da providência solicitada pela parte, desde que caracterizada situação do artigo

3.13.7 O dever do executado indicar quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora, sob pena de prática de ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 600, IV, do CPC)

A Lei 11.382/2006, em boa hora, aprimorou o atual sistema e explicitou ser dever do executado, uma vez intimado pessoalmente ou na pessoa do seu advogado, e no prazo de 5 (cinco) dias, ou outro indicado pelo juiz, indicar quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores (art. 600, IV; 652, §§ 3º e 4 e art. 656, § 1º, do CPC).¹⁹⁷² Sua omissão representará ato atentatório à dignidade da Justiça.

A grande vantagem da Lei 11.382/2006 é que ela aperfeiçoou em muito o sistema anterior. Com efeito, o art. 600, IV, do CPC (redação anterior à Reforma de 2006), dispunha que se considerava atentatório à dignidade da Justiça o ato do devedor que não indicava ao juiz onde se encontravam os bens sujeitos à execução. Entretanto, o legislador de 1973 não estabeleceu a partir de quando deveria o executado cumprir essa conduta. Com a simples citação e no prazo para nomeação de bens à penhora? Era preciso que o executado fosse intimado expressamente para fazê-lo? Essa intimação deveria ser pessoal ou poderia se dar na pessoa do seu advogado?

A própria qualificação jurídica de dever, como se nota, ficava muito comprometida, porque o Código não respondia satisfatoriamente a essas indagações, tornando de difícil aplicação a norma em questão.

660 do Código de Processo Civil. Necessidade de fundamentada apreciação do pedido. Reconhecimento, de ofício, de nulidade do despacho.” (2º TACSP, 8ª Câmara Cível, rel. Juiz Kiotsi Chicuta, j. 06.02.2003, *JTACSP-Lex* 200/403).

¹⁹⁷² “Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: (...) IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.” “Art. 652. (...)§ 3º. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exeqüente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora. § 4º A intimação do executado far-se-á na pessoa de seu advogado; não o tendo, será intimado pessoalmente.” “Art. 656. (...)§ 1º. É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).”

O Código de 1973 ainda prevê uma curiosa medida no art. 599, II, através da qual o juiz pode “advertir” ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da Justiça. Trata-se de uma espécie de “conselho” para que o devedor não embarace a execução civil no cumprimento de sua única finalidade (satisfação). Essa disposição praticamente perde razão de ser com a vigência da Lei 11.382/2006.

Um sistema tão benevolente assim com devedores que dirigem sua atividade não apenas contra o interesse da parte credora, mas principalmente contra o próprio interesse do Estado-juiz em satisfazer para tutelar, merecia, sem dúvida alguma, alteração.

Tanto é assim, que raríssimos são os exemplos colhidos na jurisprudência, via de regra considerando descaracterizada a situação pela omissão do devedor e exigindo conduta comissiva no sentido de esconder ou desviar bens para frustrar a execução.¹⁹⁷³

Caso o executado se mostre recalcitrante em cumprir sua conduta de indicar ao Juízo bens passíveis de constrição, será possível ao juiz aplicar contra ele multa, na razão de até 20% (vinte por cento) sobre o débito com base no art. 601, do CPC, por ato atentatório à dignidade da Justiça, que reverterá em proveito do credor, e será exigível na própria execução.

Prevalecia na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a simples omissão do devedor, em indicar bens à penhora, não autorizava a incidência do disposto no art. 600, IV, do CPC. Argumentava-se que, se o devedor deixava transcorrer o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para nomear bens, a única consequência jurídica era a perda do direito à indicação, que passava ao credor. Para a configuração da conduta sancionada seria necessário prova (declarações de

¹⁹⁷³ Nesse sentido: “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEVEDOR QUE NÃO INDICA BENS A PENHORA. INEXISTÊNCIA DE ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. A circunstância de o executado não indicar, em execução fiscal, bens passíveis de penhora, acarreta, tão-somente, a perda do benefício da indicação, sem que esteja configurada a prática de ato atentatório à dignidade da justiça. Estabelece o artigo 659 do CPC que ‘se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o Oficial de Justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios’. ‘O executado não está obrigado a relacionar seus bens passíveis de penhora, sob pena de sofrer a multa do art. 601 do CPC’ (4ª Turma, REsp. 153.737/MG, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ 30/03/98). Recurso especial improvido.” (STJ, 2ª T., REsp. 511445/SP (2003/0004398-0), rel. Min. Franciulli Netto. j. 10.08.2004, DJ 08.11.2004).

imposto de renda, certidões imobiliárias etc) de que o devedor, possuindo bens penhoráveis, deixara de indicá-los.¹⁹⁷⁴

Segundo dispõe o art. 339, do CPC, *ninguém* se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Ao juiz compete velar pela rápida solução dos litígios (art. 125, II, do CPC). Normas do processo de conhecimento aplicam-se à execução civil com as adaptações necessárias (art. 598, do CPC).

Se ao réu, no processo de conhecimento, é vedado usar do processo para conseguir objetivo ilegal e opor resistência injustificada ao seu andamento (art. 17, III e IV, do CPC), não vemos como possa o executado adotar comportamento semelhante na execução, investindo-se no “direito” de simplesmente omitir a existência de bens penhoráveis.

Com o devido respeito às opiniões em contrário, entendemos, mesmo no sistema anterior às alterações introduzidas pela Lei 11.382/2006 que, possuindo o devedor patrimônio penhorável e deixando de indicá-lo ao Juízo, logo que citado, estaria configurada a hipótese do art. 600, IV, do CPC.

A prova de que possuía patrimônio penhorável e o omitiu, poderia vir depois, por certidão do Oficial de Justiça, por documentos juntados pelo credor (certidões imobiliárias e de departamento de trânsito), ou por requisições judiciais (declarações de imposto de renda ou ofícios dirigidos a instituições financeiras). Essa era uma maneira de dar rendimento à norma contornando falhas do sistema.

¹⁹⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, p. 312-313: “O texto do inciso IV (do art. 600, do CPC) não permite que se confunda essa omissão do devedor com a falta de indicação de bens à penhora. Se o executado, apesar de ter bens penhoráveis, deixa transcorrer em branco o prazo de vinte e quatro horas de que dispõe para nomeá-los (CPC, art. 652), a consequência será a preclusão da faculdade de proceder a indicação (que passa ao credor – CPC, art. 656), e não, necessariamente, um ato atentatório à dignidade da justiça. Para que se configure a situação prevista no dispositivo é indispensável a concorrência dos seguintes pressupostos: (a) a não-localização dos bens sujeitos à execução; (b) a demonstração de que o devedor sabe onde eles se encontram; (c) a negativa do devedor em fazer a indicação de onde ou com quem se encontram. (...). Já quando se trata de execução por quantia certa, a configuração do atentado à dignidade da justiça não é tão simples. Somente será possível exigir que o devedor indique ao juiz onde se encontram os bens penhoráveis, se, antes, ficar demonstrado que ele possui tais bens, ou que os possuiu e os alienou no curso do processo. (...). O que a lei busca penalizar é o devedor recalcitrante, aquele que, sabidamente detentor de patrimônio penhorável, se nega a submetê-lo à constrição. A dificuldade de comprovar a existência de bens penhoráveis faz com que seja ineficiente, para não dizer letra morta, a norma do art. 600, IV, ficando o juiz desprovido de meios expeditos e eficientes para desincumbir-se da prestação adequada da tutela executiva a que o credor tem direito. Aqui, reside, quase sempre, o ponto crítico do processo de execução, do qual se aproveitam os maus pagadores, pondo em xeque a autoridade e a dignidade da justiça, com as quais pouco se importam”.

Com a alteração, nenhuma dúvida remanesce. Em nosso entender, o juiz pode, no próprio despacho inicial que determina a citação do devedor, também ordenar sua intimação para que, no mesmo prazo que possui para pagar, indique ao juízo onde se encontram bens sujeitos à penhora, caso os possua, sob pena de multa por conduta atentatória à dignidade da Justiça (art. 600, IV, c.c art. 601, do CPC).

Registre-se que, apesar de o art. 600, IV, do CPC, aludir ao prazo de 5 (cinco) dias, o art. 656, § 1º, do CPC, estabelece que o juiz pode fixar qualquer prazo para que o devedor indique onde estão seus bens.

A determinação judicial em questão encerra exercício pelo juiz de poderes coercitivos, sancionatórios, decisórios e instrutórios.

3.13.8 Averbação nos órgãos de registro de bens sujeitos à penhora, pelo próprio credor, acerca da existência da demanda executiva como medida preparatória de futura constrição e hábil à caracterização da fraude à execução (art. 615-A do CPC)

A Lei 11.382/2006 contém eficaz medida para evitar a dilapidação patrimonial do devedor entre o período que medeia a propositura da demanda executiva e sua efetiva citação. Até hoje, prevaleceu na jurisprudência o entendimento de que a fraude à execução só se caracteriza quando, citado o devedor (ou réu na ação de conhecimento), em demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, este aliena ou onera bens, impedindo a efetivação da penhora (art. 593, II, do CPC).¹⁹⁷⁵

¹⁹⁷⁵ Nesse sentido: a) “PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. BASES FÁTICAS DIVERSAS. NÃO CONHECIMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BENS ANTES DA CITAÇÃO VÁLIDA DO DEVEDOR. VIOLAÇÃO DO ART. 185 DO CTN. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Escorreito o decisório que rejeita os embargos de declaração quando não há nenhum vício no acórdão embargado. 2. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas. 3. Não há fraude à execução quando a alienação do imóvel ocorre antes da citação válida do executado alienante. Precedentes. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.” (STJ, 2ª T., REsp. nº 245364/RS (2000/0003784-2), Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.12.2005, unânime, DJ 01.02.2006). b) “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM MÓVEL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA CITAÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. Consoante reiterada jurisprudência desta eg. Corte, não configura

O art. 615-A, do CPC, estabelece que o exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias, contados da averbação (§ 1º). Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata esse artigo, relativas àqueles que não tenham sido penhorados (§ 2º) Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593) - § 3º. O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18, do CPC, processando-se o incidente em autos apartados (§ 4º). Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento desse artigo (§ 5º).

No caso, estamos frente a uma medida que independe de qualquer solicitação ao juiz. O próprio credor, munido de certidão com os dados da demanda executiva ajuizada, realiza sua averbação nos registros imobiliários, de trânsito e congêneres. Essa medida fixa, no tempo, quando estaria caracterizada a fraude à execução: agora a partir da averbação e não mais a partir da citação, como vinha entendendo a jurisprudência.

Trata-se de solução para o período de tempo (nem sempre curto) que existe entre o ajuizamento da ação e a efetiva citação do devedor, que não raras vezes, ciente da distribuição por simples consulta aos cartórios e varas, ou mesmo pela Internet, se oculta e embaraça sua integração ao processo.

Volta-se, aqui, ao entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o mero ajuizamento da demanda seria suficiente para caracterizar a fraude à execução.¹⁹⁷⁶ Todavia, agrega-lhe a exigência de que terceiros sejam cientificados e

a fraude à execução a venda do bem antes de efetivada a citação do executado nos autos do executivo fiscal. Precedentes. Agravo regimental improvido.” (STJ, 2ª T.- Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 489891/MG (2002/0159698-4), Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. j. 06.09.2005, unânime, DJ 19.12.2005).

¹⁹⁷⁶ Esse sempre foi o entendimento de: OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fraude à execução*, p. 75-79, com vigorosa fundamentação e contrariando o entendimento dominante que considera a citação como marco inicial da fraude à execução e não o ajuizamento da demanda executiva. Ressalta esse autor a grande porta que se abre para medidas escusas dos devedores, ao se adotar esse posicionamento majoritário.

alertados da existência de feito pendente contra o devedor, mediante averbação nos registros públicos de bens. Isso porque tem predominado na jurisprudência posição de que não há que se falar em fraude à execução, se a constrição não estava averbada à margem dos registros públicos dos bens penhorados, hipótese em que os adquirentes são havidos como terceiros de boa-fé.¹⁹⁷⁷

Confira-se (Idem, p. 76): “Não obstante o entendimento majoritário esposado pela doutrina e tribunais em favor da ocorrência da citação, na ação proposta contra o devedor, há que se reconhecer que tal posição deixa um tanto a desejar, em nossos dias, dando plenas condições ao astuto devedor de frustrar a execução, conseguindo burlar a sua citação ao tomar conhecimento da ação proposta, dispondo de seus bens patrimoniais ou onerando-os de demasia, em evidente detrimento dos direitos do credor. Ninguém pode ignorar as facilidades de que dispõe o devedor para tomar ciência da ação que contra si foi proposta, bem como os modos de que este pode utilizar-se no sentido de evitar a citação por algum tempo necessário e suficiente para que pratique todos os atos que se fizerem indispensáveis no sentido de desviar seus bens patrimoniais que estavam destinados a garantir a execução. E assim seria muito cômodo para quem fosse apreciar um caso concreto em que ocorre a hipótese aventada e fizesse coro com a corrente majoritária, afirmando que tal caso não trata de fraude à execução e sim de fraude contra credores. Apesar de minoritária a corrente que perfilha o entendimento da ocorrência da fraude à execução, a partir do momento da distribuição da ação, parece ser mais lógico e sensato esse entendimento, pois, a partir do momento em que se firma a posição no sentido de se exigir a citação, abrem-se as portas da Justiça para a proteção dos devedores espertalhões, fato hoje por demais corriqueiro e facilmente constatado pelo grande número de processos de execução, ou de conhecimento seguido de execução, paralisados em cartórios por falta de bens do devedor, que seriam penhorados e expropriados pela via judicial.” Esse autor relaciona hipóteses em que seria admissível a configuração da fraude à execução, sem prévia citação, entre elas o arresto (art. 653, do CPC) ou mesmo o protesto judicial contra alienação de bens (art. 867 e ss. do CPC).

¹⁹⁷⁷ Nesse sentido: a) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. VIOLAÇÃO À NORMA DE REGIMENTO INTERNO DE TRIBUNAL. SÚMULA Nº 399 DO STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA SOBRE IMÓVEL. CONTRATO DE PERMUTA NÃO REGISTRADO EM CARTÓRIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 84 DO STJ. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. É cediço na Corte que o Recurso Especial não é o meio hábil a aferir violação de norma contida em Regimento Interno de Tribunal, porquanto tal diploma não se enquadra no conceito de norma federal, arrastando a incidência da Súmula nº 399 do STF: ‘Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de Tribunal’. Precedentes: REsp 542.334/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 23.05.2005; REsp 673.970/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 14.02.2005. 2. A aferição acerca da necessidade ou não de produção de prova pericial impõe o reexame do conjunto fático-probatório exposto nos autos, o que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça, face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ, porquanto é vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora. Precedentes: REsp 670.852/PR, desta relatoria, DJ de 03.03.2005; REsp 445.340/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 17.02.2003. 3. Assentou-se a jurisprudência no sentido de que incorre fraude à execução quando a alienação do bem opera-se antes de ajuizada a execução fiscal e, *a fortiori*, precedentemente à penhora. (Precedentes: REsp 293.997/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 18.10.2004; AgRg AG 532.177/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ 31.05.2004). 4. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução. 5. Assentando o acórdão que a responsabilidade de terceiro somente poderia advir ou de fraude de execução ou de fraude contra credores, a primeira a exigir prova de alienação ilícita *in re ipsa* e a segunda a reclamar ação pauliana com a prova do *consilium fraudis*, a análise dessa questão referente à fraude é interdita nesta eg. Corte, ante a inarredável incidência da Súmula 07 (Precedentes: AGA 563346/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.08.2004; REsp 283.710/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ de 03.09.2001; REsp 163.742/SE, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ 09.08.99). 6. Deveras, à luz do art. 530 do Código Civil de 1916, sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato *inter vivos*, onerosos ou gratuitos, posto

Na Reforma operada pela Lei 10.444/2002, que deu nova redação ao art. 659, § 4º, do CPC, fora incorporada ao CPC essa tendência jurisprudencial, ao se estabelecer que cabe ao credor, sem prejuízo da imediata intimação do devedor (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro (na realidade averbação, cuja terminologia foi reparada pela nova redação da norma em questão realizada pela Lei 11.382/2006) no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão do inteiro teor do ato e

que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária. 7. Todavia, a jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro". 8. "O CTN e o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A preexistência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus 'erga omnes', efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do 'consilium fraudis' não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos repersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante" (EREsp nº 31321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16.11.1999). 9. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora. Sobre o tema, sustentamos: "Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial, por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução, razão pela qual somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma execução criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca *ratio legis* que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. 'É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora'. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus" (Curso de Direito Processual Civil, Luiz Fux, 2ª ed., pp. 1298/1299). 10. *In casu*, o juízo monocrático reconheceu, com base no contrato de permuta, contas de telefone, energia elétrica, e outros documentos acostados aos autos, que o embargante exercia a posse do referido imóvel, o que impunha a exclusão da penhora. 11. Agravo Regimental desprovido." (STJ, 1ª T., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 641363/RS (2004/0161971-0), Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.12.2005, unânime, DJ 13.02.2006). b) "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. NECESSIDADE DE CITAÇÃO ANTES DA ALIENAÇÃO DO BEM. PENHORA NÃO ANOTADA NO DETRAN. BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. 1. A alienação de bens após o ajuizamento de ação fiscal não configura fraude à execução enquanto o devedor não tiver sido citado. Outrossim, mesmo que tivesse havido citação prévia à alienação do bem seria necessário que o credor, ora recorrente, provasse a ciência do adquirente acerca da execução fiscal proposta contra o alienante para que se configurasse a fraude. Tal conclusão, contudo, não pode ser aplicada já que o Tribunal *a quo* fixou a premissa fática que o adquirente encontrava-se de boa-fé. 2. Estando o adquirente de boa-fé, somente ocorrerá a presunção absoluta do *consilium fraudis* nos casos de venda de bem penhorado ou arrestado, se o ato constitutivo estiver registrado no CRI ou anotado no DETRAN, hipótese inexistente no caso dos autos. 3. Recurso especial improvido." (STJ, 2ª T., REsp. nº 665451/CE (2004/0079065-1), Rel. Min. Castro Meira, j. 18.10.2005, unânime, DJ 07.11.2005).

independentemente de mandado judicial. Não se trata de ato constitutivo da penhora, mas apenas de medida que gera presunção de conhecimento *erga omnes* da constrição. A partir da averbação, a alienação ou oneração de bens caracteriza fraude à execução, presentes os demais requisitos legais.

Registre-se que, tratando-se de crédito fiscal, o sistema já prevê medidas que visam a acautelar os interesses da Fazenda Pública, antes mesmo do ajuizamento da execução fiscal. O art. 185, do CTN (redação conferida pela Lei Complementar 118/2005), preceitua que se presume fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa, mas o disposto nesse artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. A fraude à execução, assim, tratando-se de crédito fiscal, tem como marco a inscrição do débito em dívida ativa.

A Lei 9.532/1997, que altera a legislação tributária federal, em seu art. 64, estabelece que a autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido e a soma de créditos for de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). O arrolamento será averbado nos registros públicos dos bens pertencentes ao sujeito passivo.

Essa medida pode anteceder à própria constituição definitiva do crédito tributário. Não impede a alienação ou oneração dos bens, mas obriga o devedor a informar o fato à autoridade fazendária. O descumprimento da obrigação autoriza a Fazenda Nacional a promover medida cautelar fiscal. Na jurisprudência colhe-se precedente do Superior Tribunal de Justiça que atesta a absoluta regularidade do procedimento de arrolamento, que visa a acautelar o interesse público contra possível dilapidação patrimonial do devedor.¹⁹⁷⁸

¹⁹⁷⁸ “TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS DO CONTRIBUINTE EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. ARTIGO 64, DA LEI 9.532/97. INEXISTÊNCIA DE GRAVAME

A alteração merece elogios, porque, sem quebrar o entendimento já incorporado ao Código, no sentido de ser indispensável a averbação da constrição junto aos órgãos públicos onde se encontram registrados os bens do devedor, para caracterização da fraude à execução, antecipa sua ocorrência se e quando constatado que a alienação ou oneração ocorreu após a averbação do ajuizamento da execução.

A medida em análise servirá posteriormente ao juiz no exercício de poderes decisórios e instrutórios, uma vez caracterizada a fraude à execução.

OU RESTRIÇÃO AO USO, ALIENAÇÃO OU ONERAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SUJEITO PASSIVO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEGALIDADE DA MEDIDA ACAUTELATÓRIA. 1. O arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo da obrigação tributária pode ocorrer: 1) por iniciativa do contribuinte, para fins de seguimento do recurso voluntário interposto contra decisão proferida nos processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários da União (Decreto nº 70.235/72) ou, em se tratando de Programa de Recuperação Fiscal - Refis, para viabilizar a homologação da opção nos termos da Lei nº 9.964/00; e 2) por iniciativa da autoridade fiscal competente, para acompanhamento do patrimônio passível de ser indicado como garantia de crédito tributário em medida cautelar fiscal. 2. O arrolamento de bens de iniciativa da Administração Tributária encontra-se regulado pela Lei 9.532/97, na qual foi convertida a Medida Provisória nº 1.602, de 14 de novembro de 1997, podendo ocorrer sempre que a soma dos créditos tributários exceder 30% (trinta por cento) do patrimônio do contribuinte e, simultaneamente, for superior a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). A finalidade da referida medida acautelatória é conferir maior garantia aos créditos tributários da União, assegurando a futura excussão de bens e direitos do sujeito passivo suficientes à satisfação do débito fiscal. 3. Efetivado o arrolamento fiscal, deve o mesmo ser formalizado no registro imobiliário, ou em outros órgãos competentes para controle ou registro, ficando o contribuinte, a partir da data da notificação do ato de arrolamento, obrigado a comunicar à unidade do órgão fazendário a transferência, alienação ou oneração dos bens ou direitos arrolados. O descumprimento da referida formalidade autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o contribuinte. 4. Depreende-se, assim, que o arrolamento fiscal não implica em qualquer gravame ou restrição ao uso, alienação ou oneração dos bens e direitos do contribuinte, mas apenas, por meio de registro nos órgãos competentes, resguarda a Fazenda contra interesses de terceiros, assegurando a satisfação de seus créditos. 5. Ademais, a extinção do crédito tributário ou a nulidade ou retificação do lançamento que implique redução do débito tributário para montante que não justifique o arrolamento, imputa à autoridade administrativa o dever de comunicar o fato aos órgãos, entidades ou cartórios para que sejam cancelados os registros pertinentes. 6. Tribunal de origem que entendeu desarrazoado o arrolamento de bens procedido pela Fazenda Pública, enquanto pendente de recurso o processo administrativo tendente a apurar o valor do crédito tributário, uma vez que não haveria crédito definitivamente constituído. 7. A medida cautelar fiscal, ensejadora de indisponibilidade do patrimônio do contribuinte, pode ser intentada mesmo antes da constituição do crédito tributário, nos termos do artigo 2º, inciso V, 'b', e inciso VII, da Lei nº 8.397/92 (com a redação dada pela Lei nº 9.532/97), o que implica em raciocínio analógico no sentido de que o arrolamento fiscal também prescinde de crédito previamente constituído, uma vez que não acarreta em efetiva restrição ao uso, alienação ou oneração dos bens e direitos do sujeito passivo da obrigação tributária, revelando caráter *ad probationem*, e por isso autoriza o manejo da ação cabível contra os cartórios que se negarem a realizar o registro de transferência dos bens alienados. 8. Recurso especial provido." (STJ, 1ª T., REsp. 689472 (200401331037/SP), rel. Luiz Fux, DJ 13.11.2006, p. 227).

3.13.9 Novas feições da expropriação a partir das alterações introduzidas pela Lei 11.382/2006

Segundo o art. 647, do CPC, a expropriação consiste: I – na adjudicação em favor do exequente; II – na alienação por iniciativa particular; III – na alienação em hasta pública; IV – no usufruto de bem móvel ou imóvel.

O modelo proposto visa a contornar as notórias dificuldades de se conseguir êxito nas expropriações realizadas em hasta ou leilão público. Procedimento cercado de muitas formalidades, a alienação de bens do devedor não tem conseguido atingir os fins a que se destina.

Assim, no novo sistema (art. 685-A),¹⁹⁷⁹ em primeiro lugar poderá o credor adjudicar os bens do devedor, *desde que seja oferecido preço não inferior ao da avaliação*. Se o crédito do exequente for inferior ao valor do bem, deve depositar a diferença. Caso contrário, a execução prossegue pelo saldo. A adjudicação, até agora reservada apenas para momento posterior à praça ou leilão negativos (antigo art. 714 do CPC), antecipa-se à alienação judicial (arrematação).

Idêntico direito poderá ser exercido pelo credor com garantia real, credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, e, ainda, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado (art. 685-A, § 2º, do CPC). Aqui, uma novidade: extingue-se a remição do bem (antigos arts. 787-790 do CPC, que foram revogados) substituindo-a pela adjudicação.

A adjudicação considerar-se-á perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo

¹⁹⁷⁹ “Art. 685-A. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. § 1º Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. § 2º Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado. § 3º Havendo mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; em igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, descendente ou ascendente, nessa ordem. § 4º No caso de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios. § 5º Decididas eventuais questões, o juiz mandará lavrar o auto de adjudicação.” “Art. 685-B. A adjudicação considera-se perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel. Parágrafo único. A carta de adjudicação conterá a descrição do imóvel, com remissão a sua matrícula e registros, a cópia do auto de adjudicação e a prova de quitação do imposto de transmissão.”

executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ou adjudicante, se bem móvel (art. 685-B, *caput*, do CPC).

Não se interessando o credor pela adjudicação dos bens penhorados, poderá então solicitar a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, hipótese em que o juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento, garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem. A alienação será formalizada por termo nos autos (art. 685-C do CPC).¹⁹⁸⁰

A grande margem de liberdade de negociação conferida pelo art. 685-C do CPC, sem dúvida alguma otimizará a alienação dos bens penhorados, na medida em que possibilitará ao próprio credor procurar interessados em sua aquisição, ou mesmo a transferência dessa tarefa a gabaritado profissional (corretor), o qual, dotado dos meios de divulgação a seu alcance (Internet, anúncio em jornais etc), terá melhores condições de angariar propostas de aquisição.

O sistema até agora vigente de divulgação (editais), com atribuição das funções de leiloeiro em regra aos próprios oficiais de justiça, há muito não rendia os resultados esperados. Até hoje, eram cumpridas inúmeras formalidades para tutelar os interesses do devedor, mas na prática os resultados alcançados eram frustrantes.

Alguns tribunais ousaram adotar semelhante medida, por meio de Provimentos. Todavia, o procedimento estava sujeito a questionamento por parte dos devedores, diante da falta de respaldo legal.

¹⁹⁸⁰ “Art. 685-C. Não ocorrente adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá solicitar sua alienação por iniciativa dele exequente ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária. § 1º O juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem. § 2º A alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exequente, pelo adquirente e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário, ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente. § 3º Os Tribunais poderão expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação prevista neste artigo, inclusive com o concurso de meios eletrônicos, e dispondo sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos de 5 (cinco) anos.”

Como última opção, infrutífera ou não requerida pelo credor a alienação por iniciativa particular ou por corretor, será então o bem levado à hasta pública.

Aqui também residem algumas novidades. O juiz poderá recorrer a meios eletrônicos de divulgação do bem que será expropriado (art. 687, § 2º, do CPC). O devedor terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo (art. 687, § 5º, do CPC).

Mais uma vez reforça-se a atribuição de grande responsabilidade ao advogado na tutela dos interesses dos seus clientes. Atualmente, o sistema já atribui a esse profissional, a responsabilidade de repassar comunicações ao devedor, como ocorre na situação do prazo para pagamento voluntário do valor fixado em sentença condenatória, sob pena de multa, e, agora, também na ciência do dia, hora e local da praça ou leilão.

O procedimento da arrematação mediante hasta pública poderá ser substituído, a requerimento do credor, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado, cabendo ao Conselho da Justiça Federal, relativamente à Justiça Federal, e aos Tribunais de Justiça regular essa modalidade de alienação (art. 689-A do CPC).

A intimação do credor com penhora sobre o mesmo bem passa a ser obrigatória (art. 698 do CPC), medida que visa a assegurar seu direito de preferência (arts. 612 e 613 do CPC). Registre-se não ser possível a credor com penhora posterior pretender adjudicar lançando com o próprio crédito, porque essa atitude inutiliza o direito de preferência garantido pelos arts. 612 e 613 do CPC. A execução não estará sendo movida a seu único e exclusivo benefício (art. 709 I, do CPC). Até agora, não se exigia a prévia intimação de credores com penhora anterior sobre o mesmo bem.

Preceitua o art. 694, *caput*, do CPC, que assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação

considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, *ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado*. Trata-se, mais uma vez de incorporação ao sistema de entendimento jurisprudencial já pacificado, qual seja, de que terceiros de boa-fé não podem ser prejudicados pelo ato de aquisição em hasta pública, se posteriormente os embargos do devedor são acolhidos.¹⁹⁸¹

O art. 693, do CPC, diz que o auto de arrematação será lavrado de imediato. Realmente, não havia mais razão para aguardar-se o prazo de 24 (vinte e quatro) horas (antigo art. 693, do CPC), pois foram revogados os arts. 787-790, do CPC, que cuidavam da remição do bem. Os familiares do devedor, como já mencionado, poderão adjudicar o bem, pelo valor da avaliação, antecedentemente à hasta pública.

O art. 690-A, parágrafo único, do CPC, prevê a possibilidade de o próprio credor arrematar, repetindo a regra constante do antigo art. 690, § 2º, do CPC.

O grande avanço da Lei 11.382/2006 reside no fato de que, como a adjudicação (pelo valor da avaliação dos bens) antecede a alienação em hasta pública, o credor só será admitido como arrematante se e quando existirem outros licitantes. Isso porque, atualmente, tem-se admitido que credores arrematem bem de devedores, quando só eles comparecem à hasta pública, desrespeitando a regra expressa do revogado art. 714, do CPC. A adjudicação pressupõe a *ausência de interessados* e a manifestação do credor em ficar com o bem.

¹⁹⁸¹ Sinalizou nesse sentido o STJ ao decidir: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUTIVO FISCAL. EMBARGOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO ENQUANTO PENDENTE DE APRECIÇÃO RECURSO DE APELAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO. PRECEDENTES. (...). 4. Pendente apelação contra a sentença que julga improcedentes, ou parcialmente procedentes, embargos do devedor, a execução não é definitiva, mas provisória, não podendo chegar, portanto, a atos que importem alienação. A alienação de bens penhorados antes do julgamento da apelação proposta poderá acarretar dano de difícil reparação, *uma vez que, caso provido o recurso, não poderá obter de volta os bens alienados, tendo em vista os direitos assegurados ao adquirente de boa-fé*. 5. Este entendimento predominou, de modo unânime na 1ª Turma, conforme atestam os REsp nº 371649/RS, AgREsp nº 277852/SP, REsp nº 243245/SP, REsp nº 172320/RS, REsp nº 440823/RS e REsp nº 417924/SP. 6. Houve, porém, modificação de entendimento da jurisprudência do STJ, conforme julgados da 1ª, 2ª e 6ª Turmas, a saber: AgREsp 619828/RS; AGA 544193/RJ; REsp 245004/RS; REsp 468113/SP; REsp 593401/SP; REsp 514280/RJ e REsp 515273/RS. 7. Ressalva de ponto de vista do Relator, em homenagem à segurança jurídica, aderindo ao novo posicionamento do STJ. 8. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial. (STJ, 1ª T., AGRESP 637213 (200400007837/MG), Rel. Min. José Delgado, DJ 20.09.2004, p. 207). (Destques nossos).

A Lei 11.382/2006, distanciando no tempo os institutos, certamente levará à revisão da jurisprudência que admite expropriação nesses termos e que é majoritária.¹⁹⁸²

3.14 Os poderes do juiz na fase satisfativa da execução civil

Também na fase satisfativa o juiz exerce importantes poderes jurisdicionais.

Cabe ao juiz determinar a entrega de dinheiro ao credor (art. 708, I, do CPC).

Entretanto, isso ocorre apenas se a execução estiver sendo movida só a benefício do credor singular, a quem, por força da penhora, cabe o direito de preferência sobre os bens penhorados e alienados (art. 709, I, do CPC).

Assim, havendo concurso de credores, caberá ao juiz distribuir o produto da arrematação consoante a ordem das respectivas prelações. Não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora (art. 711 do CPC).

Por outro lado, utilizando-se de uma “direção material” da execução, alguns juízes federais, em execuções individuais de sentença coletiva, que condenou a União à restituição de valores pagos a título de empréstimo compulsório sobre combustíveis, antes de determinar a expedição de alvará em favor do credor determinavam prévia pesquisa nos sistemas informatizados a fim de verificar se aquele credor não promovera anterior execução e se já não havia sido satisfeito em razão do mesmo crédito.

¹⁹⁸² “EXECUÇÃO. ARREMATACÃO. 2ª PRAÇA. PARTICIPAÇÃO DO CREDOR COMO ARREMATANTE. PREÇO INFERIOR AO DA AVALIAÇÃO. PRECEDENTES DA CORTE. 1. Ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte entendem possível ao credor participar do leilão, ainda que sem concorrência, e arrematar o bem por preço inferior ao da avaliação, nos termos do art. 690, § 2º, do Código de Processo Civil, não configurado no acórdão preço vil. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª T., REsp 655471 (200400503510), rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 01.02.2006, p. 536).

Com essa salutar medida, grande quantia de dinheiro público foi preservada, evitando-se pagamentos em duplicidade.

Como se nota, o juiz pode, para preservação da própria dignidade de sua função, determinar medidas, ainda que de ofício, na fase satisfativa da execução forçada.

ANOTAÇÕES DE NATUREZA CONCLUSIVA (REFERENTES ÀS DIVERSAS ETAPAS DE QUE SE COMPÕE ESSA TESE)

1. Os poderes do juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente constituem tema que talvez ainda hoje não tenha merecido, com o devido respeito, um estudo sistematizado e mais aprofundado. Esta tese não teve a intenção de construir verdades absolutas a respeito do assunto. Todavia, também não deixamos de nos manifestar, de maneira crítica, acerca das diversas questões que gravitam em torno do tema central.

2. Nossas conclusões a respeito dos vários assuntos diretamente conectados ao objeto desta tese foram destacadas ao longo de cada tópico deste trabalho. Elas constituem impressões pessoais do autor, cuja intenção não é outra senão a de, humildemente e por meio de sugestões, tentar contribuir para uma melhor compreensão do complexo exercício dos poderes pelo juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente, sob o enfoque do atual estágio de evolução do Direito Processual Civil, cujos estudos voltam-se, sempre, para a máxima efetividade das técnicas processuais.

3. Desta forma, optamos por alistar, ao cabo desta tese, nossas conclusões construídas durante todo seu desenvolvimento:

4. A execução civil, enquanto técnica processual destinada à satisfação do direito da parte credora ainda hoje passa por notória “crise”, que pode ser atribuída à deficiência técnica do instrumento de efetivação do direito material e à maneira pela qual os juízes operam esse mesmo instrumento. Em nossa opinião, a segunda causa é mais nociva do que a primeira, embora ambas causem *insatisfação* à parte credora. A mentalidade dos operadores do direito, ainda muito apegada aos valores do Direito liberal clássico, infelizmente, tem impedido uma tomada de postura mais arrojada perante a execução por quantia certa contra devedor solvente. Essa postura permitiria contornar eventuais deficiências técnicas do processo com base no princípio da máxima efetividade dos pronunciamentos jurisdicionais.

5. Essa máxima efetividade é um dos valores mais importantes que têm norteado as sucessivas Reformas do Código de Processo Civil, especialmente voltadas ao processo de conhecimento. Como não existe o menor sentido em se entender que o processo de conhecimento deve ser mais efetivo do que a execução civil, é perfeitamente aceitável que se manejem as medidas executivas a partir dessa mesmíssima angulação. Nos pontos de estrangulamento em que a execução se mostrar inefetiva, pode o juiz exercer os poderes que a jurisdição o investe orientado e “guiado” pela máxima efetividade, comum a qualquer espécie de processo e de função jurisdicional. Enfim, a execução civil, para vencer suas deficiências depende menos de alterações legislativas e mais de alteração de mentalidade e de postura por parte do juiz.

6. A noção de que os poderes significam para o juiz deveres e a consciência de que esses poderes-deveres não advêm das regras jurídicas, mas sim de normas constitucionais, enfim, que o juiz não se encontra preso aos estritos quadrantes da legislação infraconstitucional, garantiria, sem dúvida alguma, que muitos obstáculos criados por devedores ao longo do procedimento *in executivis* fossem removidos, reconduzindo a execução civil aos caminhos traçados pelo sistema.

7. O acesso à justiça não pode mais ser visualizado como uma promessa retórica e desprovida de conteúdo prático. Ele deve ser adequado, tempestivo e efetivo. Se a norma constitucional (art. 5º, XXXV, da CF) garante àquele que aciona a jurisdição um acesso qualificado, isso traduz para o magistrado dever de concretizá-lo, através de seus pronunciamentos. A eficácia de um sistema jurídico mede-se pela eficiência do instrumento de efetivação do direito material. Esse dever se reforça com a explicitação pela Emenda Constitucional 45/2004, do princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF). Enfim, o processo não é um instrumento de respostas formais, retóricas e desprovidas de resultados práticos, e a execução civil não foge a essa sistemática.

8. O juiz tem o poder-dever de realizar imperativamente os comandos contidos nas regras processuais, visando a atingir a sobreposição de resultados entre o que garantem as normas de direito material (tutela material) e o

que o Estado-juiz entrega a parte, através das técnicas processuais (tutela jurisdicional). Esse poder-dever trata-se de parcela de soberania estatal, que é delegada ao juiz.

9. O órgão jurisdicional é inerte. Cumpre ser acionado e estimulado para que possa colocar em movimento a máquina judiciária. O direito público, subjetivo, autônomo e abstrato a um pronunciamento jurisdicional denomina-se direito de ação. No plano constitucional é um direito incondicionado. No plano processual está sujeito a determinados requisitos estabelecidos pela ordem jurídica, denominados condições da ação, e que são: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes. A ausência das condições da ação causa a inexistência do direito de ação e do processo instaurado a partir dela.

10. O exercício do direito de ação instaura o processo, que é uma relação jurídica que une, por vínculo de direito público, autor, juiz e réu. Essa relação jurídica tem finalidade bem definida na ordem jurídica. Na execução civil sua finalidade é satisfazer o direito do credor. Para atingir essa finalidade praticam-se atos. Enfocada a relação jurídica pelo aspecto exterior, ou seja, a partir do fluxo de atos processuais, fala-se em procedimento. Enfocada sob a angulação de sua finalidade, fala-se em processo. Processo e procedimento são noções contextuais.

11. O processo para que se repute existente e se desenvolva validamente sujeita-se a determinados pressupostos, ditos pressupostos processuais. São pressupostos processuais positivos de existência: a) jurisdição; b) petição inicial; c) capacidade postulatória e d) citação. São pressupostos processuais positivos de validade: a) petição inicial apta; b) competência absoluta do juízo; c) ausência de impedimento do juiz; d) capacidade processual e legitimidade para o processo; e) citação válida. São pressupostos processuais negativos: a) coisa julgada; b) litispendência; c) perempção; d) cláusula compromissória. A ausência dos pressupostos processuais de existência causa a inexistência do processo, de tal sorte que nenhum efeito jurídico decorre a partir de sua instauração. A ausência dos pressupostos processuais positivos de validade ou a presença dos pressupostos processuais negativos causa a nulidade do processo.

12. Lide, pretensão, fundo do litígio ou objeto litigioso são expressões sinônimas. Traduzem o pedido formulado pela parte ao Estado-juiz. Esse pedido enfocado como provimento jurisdicional solicitado contém a função jurisdicional a ser realizada através do processo (função cognitiva, função executiva ou função cautelar). Visualizado como resultado a ser obtido a partir da atuação estatal, ele traduz o bem da vida buscado pelo autor. A lide baliza a atividade jurisdicional que não pode ser outorgada a quem, além ou fora do que foi pedido. Cumpre ao juiz buscar a máxima efetividade do processo a fim de que, seguindo os postulados chiovendianos, entregue à parte aquilo e exatamente aquilo que ela tem o direito de obter, e a fim de que o processo não reverta em dano àquele que tem razão. Objeto do processo é expressão mais ampla do que objeto do litígio, porque abrange além da lide as alegações do réu.

13. Defesa ou exceção é o direito do réu contraposto ao direito de ação. É o direito de se opor à pretensão do autor. A forma de defesa é traçada pelo sistema. Esse instituto fundamental de Direito Processual Civil garante a paridade de armas na relação jurídica processual. Insere-se na dialética do processo. Trata-se de direito fundamental garantido constitucionalmente.

14. Tutela significa proteção, realização, amparo ao direito subjetivo. As normas de direito material garantem tutela material à parte lesada: o direito de receber a quantia emprestada, por exemplo. Quando a parte não obtém espontaneamente a realização do seu direito subjetivo lesado, ela aciona a jurisdição. Através do processo o juiz outorga respostas técnicas que se voltam a entregar à parte autora aquilo e exatamente aquilo que ela tem o direito de obter. Uma vez atingido esse resultado o Estado-juiz realizou tutela jurisdicional. Se o instrumento processual é falho, seja pela imperfeição de suas regras, seja pela deficiência no seu manejo pelo juiz, o Estado-juiz estará exercendo jurisdição, em resposta ao direito de ação, através do processo, e garantindo o direito de defesa, mas não terá concretizado tutela jurisdicional. Logo, é obrigação do juiz fazer com que do exercício dos poderes que o sistema o investe sejam outorgados provimentos jurisdicionais que se traduzam em resultados concretos, efetivos, palpáveis àquele que sofreu em sua esfera jurídica lesão ou ameaça de lesão a direito. Na execução a

tutela jurisdicional existirá, se e quando o Estado-juiz conseguir entregar ao credor a quantia, que ele tem o direito de receber.

15. O Direito Processual Civil ganhou sua autonomia, em 1868, a partir da obra de Oskar von Bülow “Estudo sobre as exceções dilatórias e os pressupostos processuais”, que pontuou a absoluta independência e diferença entre a relação jurídica material objeto do processo e esta enquanto relação jurídica que a envolve, cujos pressupostos o diferenciam daquela outra. A partir da conquista da autonomia da Ciência Processual seguiram-se incessantes trabalhos doutrinários, especialmente na Europa, que tinham por fim demonstrar a absoluta independência e diferença entre o direito material e o direito processual. Nesse sentido, foram escritos grandes tratados por juristas que ficaram conhecidos mundialmente. Os institutos de Direito Processual Civil foram estruturados a partir desse distanciamento.

16. O nascimento da Ciência Processual está contextualizado ao desenvolvimento do Estado liberal, a partir dos movimentos liberais burgueses do século XVII e XVIII, especialmente pela Revolução Inglesa (1689), Revolução Francesa (1779) e pela Independência das Treze Colônias Americanas (1776). Esses movimentos marcaram a ascensão ao poder político da classe burguesa, que já era detentora do poder econômico.

17. A partir de idéias sobre a tutela dos valores mais importantes do ser humano, especialmente a vida, a liberdade, a propriedade, o Estado liberal marcou sua existência por ser um Estado absentéista, i.e., que não intervinha nas relações sociais sob o receio da prática do arbítrio (que matizou a atuação do Estado absolutista). O Estado liberal garantia a segurança jurídica através de normas, que ditavam normas de conduta aos cidadãos.

18. Ao Poder Judiciário cabia aplicar as normas jurídicas. Sua atuação – diante da nociva aproximação da magistratura ao soberano no Estado absolutista – também era marcada pela falta de maior liberdade no processo decisório. Os juízes eram vistos como “seres inanimados” ou como “a boca da lei”. Os juízes eram “escravos da lei”. O fenômeno decisório era focado como uma equação algébrica na qual eram inseridos a norma jurídica (premissa maior), os

fatos (premissa menor) chegando-se ao final à síntese dessa equação, no sentido de verificar se os fatos encaixavam-se nos quadrantes da norma (conclusão). O juiz não podia interpretar a lei. Não podia jamais deixar de aplicá-la. Não podia, igualmente, decidir contra seus comandos. Sob esses postulados, o Direito liberal construiu seus dogmas, que funcionavam como condição de proteção e de reafirmação dos valores do Estado liberal. O princípio da legalidade é o maior deles. A crença de que o juiz devia absoluta subserviência à lei e não podia atuar fora dos seus quadrantes gerava (uma falsa) sensação de segurança jurídica.

19. Apesar de serem, em tese, perfeitamente justificáveis essas idéias quando do nascimento do Estado liberal e do próprio nascimento da Ciência Processual Civil, infelizmente elas ainda hoje são aceitas. No que toca ao exercício do poder jurisdicional, o manejo do processo a partir de concepções liberais redundava em pronunciamentos despreocupados com os resultados efetivos que serão gerados a partir deles, além do que representa tímida operação das técnicas processuais, sob o receio de o juiz estar sendo “parcial”.

20. Essa postura e essas concepções não mais se justificam e não são aceitas, com o devido respeito, neste trabalho. O Estado atual concebe-se como sendo um Estado Constitucional Democrático e de Direito. Funda-se sim no respeito ao indivíduo, mas evoluiu de um Estado que pautava sua postura pela inação para um Estado que é devedor de prestações nas mais diversas searas (saúde, educação, economia, habitação, previdência e assistência social etc). Enfim, hoje o Estado deve agir, mas o faz de maneira equilibrada e sem desrespeitar os direitos fundamentais dos seus cidadãos.

21. O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, deve ter sua atuação pautada justamente por essas idéias. Logo, o juiz deve exercer seus poderes procurando extrair a máxima eficácia possível a partir deles, não se contentando apenas com o estímulo das partes, principalmente porque essas são sujeitos interessados no desfecho favorável da relação jurídica processual. Na execução forçada, deve o juiz a todo instante manter o fluxo dos atos executivos norteados pela necessidade de adequadamente tutelar o direito do credor. Pode, portanto, agir de ofício, substituir medidas executivas pleiteadas pelo credor por

outras que se mostrem mais adequadas, deferir medidas cautelares incidentais de ofício, dar maior rendimento às técnicas executivas previstas em normas inefetivas etc. O juiz também na execução civil não é escravo de nada, nem de ninguém. É agente do Estado e está vinculado apenas às finalidades pautadas pelo sistema jurídico.

22. Três são as espécies de tutela jurisdicional: tutela declaratória, tutela constitutiva e tutela executiva. Executar é realizar, concretizar, efetivar, leva a efeito um projeto, implementar um plano ou conduta. A tutela jurisdicional executiva realiza-se através de atos materiais e sobre a esfera jurídica do devedor satisfazendo o direito do credor. Já as tutelas jurisdicionais declaratória e constitutiva realizam-se pelo mero trânsito em julgado do pronunciamento jurisdicional, eliminando incerteza ou alterando em algum ponto a relação jurídica material existente entre as partes.

23. A tutela jurisdicional executiva efetiva-se atualmente em nosso sistema jurídico por meio da ação de execução de título extrajudicial e pelo cumprimento de sentença, como segunda etapa de processo que a doutrina classifica como “sincrético”, ou seja, um único processo dividido em duas fases sucessivas, fase cognitiva e fase executiva, ambas voltadas à realização do direito material do credor.

24. Até a edição da Lei 11.232/2005 a implementação das medidas executivas fazia-se através de nova ação, após a prolação de sentença condenatória. O sistema mantinha a *summa divisio* entre ações e processos de conhecimento e de execução, “encarcerando” as funções cognitiva e executiva em segmentos estanques e incomunicáveis. As raízes romanísticas de nosso ordenamento explicam essa rígida estrutura, o que redundou num sistema demasiadamente preocupado com a tutela do devedor e com o valor segurança jurídica, em detrimento da tutela do credor e do valor efetividade. Ao segmentar atividades cognitivas e executivas em dois processos estanques e incomunicáveis, nosso sistema jurídico marcava-se pela lentidão e ineficiência na outorga da tutela jurisdicional executiva.

25. A consciência de que era necessário abandonar dogmas ultrapassados, que não se justificavam em nossos dias e que estavam a prejudicar

aquele que deveria ser tutelado pelo sistema e não prejudicado por ele, provocou sucessivas alterações em nosso Código de Processo Civil. As primeiras e grandes “fissuras” no sistema foram provocadas principalmente pela generalização da antecipação de tutela (arts. 273 e 461 e 461-A, do CPC), a partir da Lei 8.952/1994, aprimorada pela Lei 10.444/2002. Essas legislações permitiram a realização de atos executivos dentro do processo de conhecimento, quebrando o dogma de que as medidas executivas faziam-se sempre em processo diverso daquele em que proferido os pronunciamentos condenatórios (princípio da autonomia da execução).

26. A partir da Lei 11.232/2005 essa tendência foi estendida também à execução das obrigações de pagar quantia certa, abolindo, salvo raríssimas exceções, a ação e o processo de execução autônomos. A execução agora realiza-se como uma segunda fase ou etapa de um único processo.

27. As ações condenatórias, as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais, podem ser enfocadas como ações que instrumentalizam a realização da tutela jurisdicional executiva.

28. Os meios executórios coercitivos e sub-rogatórios constituem manifestação de tutela jurisdicional executiva igualmente eficazes e voltados à satisfação, que podem e devem muitas vezes ser combinados a fim de que sejam atingidos os resultados ambicionados pela jurisdição.

29. É indispensável que sejam adequadamente entendidas as principais características funcionais e estruturais da execução civil, especialmente da execução civil por quantia certa contra devedor solvente, que a diferenciam das demais espécies de ações, processos e de tutela jurisdicional. Isso porque existem notáveis diferenças entre as atividades jurisdicionais cognitivas e executivas. Quando bem compreendidas constituem fator de aproximação entre elas, sob a angulação do cumprimento das finalidades da jurisdição. Mas o baralhamento das características funcionais e estruturais da execução forçada e das demandas cognitivas empece o adequado manejo da execução enquanto forma diferenciada de tutela.

30. Através da execução civil, como ação executiva ou fase executiva em processo sincrético, volta-se à realização de uma das funções

jurisdicionais do Estado, ou seja, da execução. Essa atividade a ser desempenhada pelo órgão jurisdicional visa a transformar a realidade fática por meio de atos materiais que atuarão diretamente sobre a esfera jurídica do devedor, independentemente e até mesmo contra sua vontade, a fim de que seja satisfeito o direito do credor. As partes, na execução civil, encontram-se em especial posição, na medida em que o credor tem o direito de ver efetivados todos os meios executivos necessários à plena satisfação do seu crédito. Já o devedor apenas suporta a investida estatal. O devedor sofre a execução. A execução tem sua dinâmica voltada a “desfecho único”, ou seja, à satisfação do credor.

31. As operações práticas na execução iniciam-se independentemente da investigação da *causa debendi*, porque à execução basta o título executivo.

32. O título executivo é a condição necessária e também suficiente à execução forçada. É o núcleo de energia (eficácia executiva) que fomenta toda e qualquer execução. Sua natureza jurídica é a um só tempo de ato jurídico ou fato jurídico e de documento. Sua função não é a de provar o crédito, porque a eficácia executiva decorre apenas de sua apresentação ao órgão jurisdicional. O crédito é motivo indireto e remoto da execução. O fundamento direto e imediato é o título. Emerge daí a *autonomia da execução*. O órgão jurisdicional não só fica dispensado como também fica impedido de investigar a existência da relação jurídica subjacente. Dessa especial circunstância advém a *abstração do título executivo*. Por outro lado, todos os títulos executivos atualmente em nosso sistema jurídico assumem a forma documental. Só é título executivo aquele assim estabelecido em lei (*princípio da tipicidade dos títulos executivos*). Não existe execução que não esteja baseada em título executivo (*princípio da nulla executivo sine titulo*).

33. Os títulos executivos podem ser judiciais ou extrajudiciais, conforme, respectivamente, sua constituição ocorra em processo judicial ou possua eficácia executiva parificada a da sentença condenatória (sentença arbitral *e.g.*), ou então decorra do livre acordo de vontades ou de manifestação unilateral do credor (dívida ativa *e.g.*).

34. O conteúdo do título identifica as partes, a natureza da prestação e os limites da pretensão. São atributos da obrigação retratada no título executivo: a certeza, a liquidez e a exigibilidade.

35. Para que o credor tenha acesso à execução forçada deve apresentar ao órgão jurisdicional título executivo, sem o que é carecedor de ação por falta de interesse de agir. O título possui requisitos formais, estabelecidos em lei. Também possui requisitos substanciais, que dizem respeito ao possível direito retratado no título. São requisitos substanciais a liquidez e a certeza. Atendidos os requisitos formais e substanciais torna-se adequada a via executiva (interesse-adequação). Já a exigibilidade evidencia a necessidade de atuação da jurisdição (interesse-necessidade).

36. Existe cognição na execução, ainda que de maneira atenuada, o que ocorre quando o juiz decide toda a sorte de questões processuais (alegações de falta das condições da ação, nulidade da penhora diante de possível impenhorabilidade de bens, quebra dos sigilos bancário e fiscal, bloqueio de bens etc).

37. O inadimplemento não é requisito para se instaurar a execução. Diz respeito à causa de pedir e à extinção da obrigação. Verificado o adimplemento prévio à propositura da execução, a relação jurídica material encontra-se extinta, devendo o juiz declarar a extinção da execução pelo pagamento.

38. A execução possui lide, mas noutro sentido do que aquele próprio do processo de conhecimento. Lide na execução significa pedido de satisfação. Diante da autonomia da execução e da eficácia abstrata do título que autorizam o órgão jurisdicional a desencadear atos executivos a partir da mera apresentação do título, quando a obrigação for satisfeita cumpre ao juiz apenas atestar a satisfação do possível direito do credor tal qual retratado no título executivo, sem adentrar no âmbito da possível existência ou inexistência da obrigação. É por esta razão que a sentença na execução, em regra, não dá ensejo à formação de coisa julgada material. Excepcionalmente, isso pode ocorrer por força do próprio sistema jurídico, como ocorre nas situações de remissão da dívida, ou então pela renúncia ao direito material realizada pelo credor, comprovação de

quitação da dívida pelo devedor antes da instauração da execução, ou então quando o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição.

39. Diversas são as qualificações que a execução civil pode assumir. É relevante examiná-las para adequadamente operá-la.

40. A execução é direta quando medidas sub-rogatórias da vontade do devedor atuam diretamente sobre os bens deste. A execução é indireta quando medidas executivas atuam sobre a vontade do devedor, coagindo-o legitimamente a desenvolver a conduta a que estava obrigado.

41. Execução forçada tem o sentido de efetiva agressão à esfera jurídica do devedor, seja sobre seu patrimônio (penhora seguida de expropriação), seja sobre sua conduta (multa) e até mesmo sobre sua liberdade (prisão).

42. Execução específica é aquela que tende a entregar à parte o objeto da obrigação inadimplida. Segundo autorizada doutrina diz respeito às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. Execução genérica é a execução por expropriação, cuja obrigação tenha por objeto a entrega de quantia. A execução por quantia certa contra devedor solvente também deve ser enfocada como execução específica, porque o interesse do credor é obter satisfação recebendo dinheiro. Todos os esforços do órgão jurisdicional devem ser direcionados nesse sentido. Portanto, não só as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, como também a execução por quantia certa, são específicas no sentido de que devem ser voltar a entregar à parte credora tudo aquilo e exatamente aquilo que ela tem o direito de obter.

43. A execução é frutífera quando da atuação da jurisdição advêm resultados efetivos em favor do credor. Na execução infrutífera por diversos motivos o credor permanece insatisfeito, o que pode se dar pela falta de bens penhoráveis ou pela existência de bens impenhoráveis. Não se pode conceber, todavia, que a execução torne-se infrutífera pela deficiente atuação do órgão jurisdicional, especialmente pela supervalorização dos direitos fundamentais do devedor.

44. A execução qualifica-se como definitiva ou provisória conforme a estabilidade do título executivo. É definitiva a execução da sentença transitada em

julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo (art. 475-I, § 1º, do CPC). É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 587 do CPC). A execução provisória processa-se do mesmo modo que a definitiva e admite atos que importam alienação de domínio, regendo-se pelas regras previstas no art. 475-O do CPC.

45. As execuções dizem-se “especiais” quando reguladas por normas que, por razões de política legislativa, estabelecem regras específicas de procedimento, aplicando-se aquelas do Código de Processo Civil no que forem compatíveis com as primeiras.

46. Na execução por quantia certa contra devedor solvente há bens suficientes para satisfazer o credor ou a mera potencialidade de que essa situação exista, ao passo que na execução por quantia certa contra devedor insolvente não existem bens suficientes à satisfação de todos os credores, instalando-se o concurso universal, nos termos do art. 748 e seguintes do CPC.

47. O juiz na execução civil e no desempenho da atividade jurisdicional executiva vale-se não só de regras jurídicas, mas igualmente de princípios jurídicos. Ambos são espécies de normas jurídicas, mas os princípios jurídicos não precisam estar positivados para que sejam reconhecidos como existentes, válidos e eficazes. São normas dotadas de maior grau de abstração. Atuam sempre num sistema de complementação e de restrição recíproco. Constituem mandados de otimização. São suscetíveis de ponderação. Podem ser relativizados em atenção às circunstâncias do caso concreto. Já as regras são normas dotadas de menor grau de abstração. Constituem comandos imperativos de conduta e, ou se aplicam ou não se aplicam à situação litigiosa. Não podem ser desconsideradas pelo órgão jurisdicional. Os princípios garantem maior liberdade ao juiz no exercício dos seus poderes jurisdicionais. Contemporaneamente, cresce a consciência de que o exercício dos poderes jurisdicionais não está contido nos estritos quadrantes das regras jurídicas. O “repertório” de que se vale o juiz no desempenho de sua função é mais extenso: regras jurídicas, princípios jurídicos,

doutrina e jurisprudência. Excepcionalmente, em situações-limite, em atenção às peculiaridades do caso litigioso, e valendo-se dos princípios jurídicos, é possível ao juiz afastar a aplicação de determinada regra jurídica, que se mostre inoperante e ineficaz a atingir os objetivos ambicionados pelo sistema.

48. Os princípios fundamentais da execução civil servem como verdadeiros guias ao juiz no exercício dos poderes jurisdicionais.

49. Sem título o órgão jurisdicional não pode desencadear as operações materiais sobre a esfera jurídica do devedor. É o que decorre do princípio do título ou da *nulla executio sine titulo*. Não há exceção a esse princípio, em nosso sistema jurídico. Esse posicionamento, todavia, não é pacífico.

50. Segundo o princípio da autonomia da execução, toda a atividade executiva deve se desenvolver em processo executivo, autônomo e diverso do processo de conhecimento. Todavia, atualmente, essa *summa divisio* foi vergada por meio de sucessivas Reformas do Código de Processo Civil, sendo que, atualmente, relativizou-se esse princípio em prol de outro, qual seja o do sincretismo entre cognição e execução, de tal sorte que é perfeitamente possível a existência de atos executivos nos processos cognitivos, e atos cognitivos em demandas executivas, sem que isso desnature a essência das funções jurisdicionais cognitiva e executiva.

51. A execução processa-se no interesse do credor. Sua estrutura direcionada a desfecho único obriga o órgão jurisdicional a extrair o maior resultado, utilidade ou efetividade possível da execução. Esse é o comando emergente do princípio do resultado ou da máxima efetividade da execução. Na faina de atingir a máxima efetividade não pode, todavia, o órgão jurisdicional desprezar direitos fundamentais do devedor. Ademais, a execução deve sempre ser proporcional no sentido de satisfazer o direito do credor sem onerar demasiadamente a esfera jurídica do devedor. Nesse sentido, fala-se em princípio da menor onerosidade ao devedor.

52. A execução processa-se sobre bens e não sobre a pessoa do devedor. O devedor, para o cumprimento de suas obrigações, responde com os seus bens presentes e futuros. É o que enuncia o princípio da realidade ou de

responsabilidade patrimonial. Esse princípio comporta temperamentos. O depositário infiel, por exemplo, pode ter sua prisão civil decretada.

53. A execução deve ser específica no sentido de entregar ao credor aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, consoante determina o princípio da especificidade da execução.

54. As medidas executivas encontram-se previstas em lei, consoante princípio da tipicidade das medidas executivas. A previsão expressa das medidas executivas garante segurança jurídica ao devedor porque baliza a atuação do órgão jurisdicional aos quadrantes das regras jurídicas. Todavia, no exercício da função jurisdicional executiva o juiz também tem certa dose de liberdade, falando-se então em princípio da atipicidade das medidas executivas. O juiz, nessa hipótese, não se desvincula totalmente do conteúdo das regras, mas possui grande margem de independência na escolha ou na efetivação da medida executiva que se mostrar mais operativa e eficaz. Enfim, combina regras e princípios para adequadamente tutelar. Na execução por quantia certa, também se encontra manifestação do princípio da atipicidade das medidas executivas, como ocorre quando o juiz determina “medidas acautelatórias urgentes” (art. 615, III, do CPC), quando fixa o percentual da penhora sobre faturamento da empresa, ou quadro analisa a necessidade de quebra dos sigilos bancário e fiscal etc.

55. Os poderes do juiz têm origem na Constituição Federal. Dela o magistrado recebe, por delegação, parcela de soberania estatal. Como representante do Estado, o juiz age munido dessa parcela de soberania, cujo titular originário é o povo. Quando se estudam quais são as possíveis manifestações do juiz no desempenho de sua atividade jurisdicional, examinam-se os poderes do juiz, para melhor compreender e operacionalizar o sistema.

56. O juiz é o sujeito principal da relação jurídica processual. É o representante do Estado no processo. Sujeito imparcial e equidistante das partes, uma vez acionada a jurisdição pelo demandante, constitui sua obrigação, imposta pelo sistema, a de fazer com que o instrumento de efetivação do direito material realize, efetivamente, os objetivos e as finalidades da jurisdição.

57. O juiz para exercer legitimamente os poderes jurisdicionais precisa estar investido de jurisdição, ou seja, ter capacidade geral, bem assim como órgão jurisdicional deve possuir competência (medida de jurisdição) para desempenhar sua atividade (capacidade especial objetiva). Por fim, não pode estar impedido ou ser suspeito (capacidade especial subjetiva).

58. Os poderes jurisdicionais possuem matriz constitucional. Logo, qualquer obstáculo que impeça o instrumento processual de cumprir sua finalidade deve ser prontamente afastado pelo magistrado, que nesse passo não fica, de forma alguma, vinculado apenas e tão somente ao conteúdo das regras jurídicas. Não são estas que conferem aos juízes os poderes que possuem, mas sim a Constituição Federal, à qual essas regras devem se conformar. Portanto, pode perfeitamente o juiz deixar de aplicar determinada regra jurídica em situação na qual ela se mostre inoperante e ineficaz.

59. O juiz exerce seus poderes com independência política e jurídica. Os demais Poderes do Estado (Legislativo e Executivo) não podem interferir, de forma direta ou indireta, na concretização dos poderes jurisdicionais. Por outro lado, o juiz não se encontra vinculado a uma pauta de orientações preestabelecidas, advindas do próprio Poder Judiciário, no sentido de como deve exercer a função jurisdicional. O juiz possui, enfim, ampla liberdade no exercício dos poderes jurisdicionais, o que, por óbvio, não o autoriza a desbordar para o campo da arbitrariedade. Sua vinculação é ao sistema e aos fins ditados por ele.

60. Os poderes jurisdicionais significam para o juiz deveres. Sendo pública a função por ele desempenhada e tendo os poderes jurisdicionais matriz constitucional, eles constituem imposição dirigida ao magistrado para que, efetiva e adequadamente, atinja os objetivos visados pela jurisdição. Portanto, os poderes do juiz não são faculdades, de tal sorte que devem sempre ser exercidos, noção esta da maior importância, porque ainda hoje assiste-se a tímida atuação jurisdicional, vinculada aos postulados liberais clássicos, e que enfoca os poderes jurisdicionais como meras faculdades, que os juízes podem ou não exercer. Se o sistema obriga o juiz a atuar e a extrair resultados efetivos, através dos poderes que o Estado o

investe, isso traduz na execução civil o dever de que o órgão jurisdicional direcione-a sempre na busca de resultados práticos para satisfazer o credor.

61. Para garantir o adequado uso dos poderes jurisdicionais a Constituição Federal, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o Código de Processo Civil, e normas administrativas estabelecidas pelas Corregedorias dos tribunais impõem deveres a serem respeitados pelo juiz, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e até mesmo penal.

62. A dogmática jurídica serviu ao chamado positivismo jurídico como forma de estudo e de operacionalização do sistema. É contemporânea ao desenvolvimento do Estado liberal. A dogmática jurídica isola seu objeto de estudo (o Direito), sem considerar aspectos outros que não aqueles puramente jurídicos. Preocupa-se com as normas jurídicas organicamente consideradas. Enfim, aparta o Direito da realidade social, criando uma realidade artificial e dissociada da vida das pessoas. Detém-se com a construção de conceitos, cada vez mais precisos e mais distanciados da vida social. O método subsuntivo clássico de encaixe dos fatos às normas jurídicas constitui o modelo “perfeito” de julgamento para o dogmatismo. Para tanto, devem ser desconsideradas circunstâncias particulares do caso concreto que não se encaixilhem nos estritos quadrantes das normas jurídicas.

63. O juiz contemporâneo, ainda hoje exerce seus poderes jurisdicionais pautado pelas concepções dogmáticas do Direito, o que de certa forma se explica diante da total submissão dos cursos de bacharelado em Direito a esse método de ensino, além da forma de recrutamento dos magistrados e do teor dos cursos de aperfeiçoamento que lhes são ministrados, todos apoiados nos postulados dogmáticos.

64. Todavia, cresce, atualmente, a consciência de que a dogmática jurídica, não obstante possua grande importância, principalmente na conquista da autonomia da Ciência Processual, merece ser compreendida dentro dos valores atuais de nossa sociedade e do próprio estágio em que se encontra o Direito Processual Civil em nosso País.

65. Enfim, é impossível que o juiz exerça seus poderes e cumpra adequadamente os objetivos traçados pelo sistema se se mantiver preso a

concepções dogmáticas puras, porque o Direito serve à sociedade, e não o contrário. É impossível divorciá-lo das vicissitudes sociais e das necessidades de tutela que eclodem da complexidade das relações jurídicas, que não podem ser enfeixadas em normas estáticas, nem tampouco decididas como se não possuíssem diferenças entre si e que a dogmática clássica sempre buscou neutralizar.

66. Na execução forçada, ainda que seu procedimento seja disciplinado por regras bastante rígidas, é perfeitamente possível que o juiz exerça seus poderes dentro dessa contemporânea concepção de que não se encontra vinculado estritamente às regras jurídicas. Circunstâncias particulares envolvendo o ato construtivo, o eventual descumprimento dos deveres de guarda e conservação pelo o depositário, o cumprimento das ordens judiciais etc., devem ser levadas em consideração pelo magistrado dentro dessa visão aberta de sistema jurídico.

67. A fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais constitui fonte de segurança jurídica às partes e à sociedade contra o eventual arbítrio no exercício dos poderes jurisdicionais. O magistrado deve justificar o porquê de suas decisões. Na execução civil, a invasão da esfera jurídica (patrimonial ou pessoal) do devedor deve sempre estar justificada, garantindo às partes o direito de impugnar as decisões e demonstrar eventuais equívocos ou desvios cometidos, e garantindo à sociedade a segurança de que o órgão jurisdicional exerce seus poderes com autoridade, jamais com arbitrariedade.

68. A tópica como técnica de pensamento por meio de sucessiva problematização e a partir dos “lugares comuns”, auxilia o juiz contemporâneo a encontrar a melhor decisão para os casos concretos diante da necessidade de valorar, interpretar e decidir com base em normas que contenham conceitos juridicamente indeterminados.

69. Se o Estado liberal garantia aos jurisdicionados segurança jurídica pelo respeito absoluto ao princípio da legalidade, o Estado Constitucional Democrático e de Direito obtém segurança jurídica não só pela edição de normas gerais de conduta, mas também depositando e concentrando nas mãos do juiz amplíssimos poderes, o que faz através de normas que contenham palavras de conteúdos vagos ou indeterminados.

70. Essa técnica garante maior plasticidade ao fenômeno decisório, porque permite que o juiz analise todas as circunstâncias do caso concreto para chegar à conclusão se ele se amolda ou não à norma jurídica e ao sentido atual que a sociedade confere aos seus preceitos.

71. Na execução por quantia certa encontram-se, ainda que em reduzido número, normas que possuem palavras de conteúdo vago (art. 475-M, *caput*, 615, III, 692, parágrafo único, art. 600, II e III, 739-A, § 1º do CPC). Entretanto, nem por isso, o juiz na execução forçada fica impedido de decidir o caso à luz de particulares circunstâncias que o individualizam e exigem uma decisão diferenciada, impossível se ser reconduzida, como outrora, a um esquema silogístico-dedutivo.

72. Para o pleno exercício dos poderes jurisdicionais é necessário que sejam relativizados os dogmas construídos a partir da autonomia do Direito Processual Civil, e cuja função era garantir suficiência a esse ramo do Direito. Na execução civil, por exemplo, o juiz não fica totalmente vinculado à medida executiva pleiteada pela parte. Fica vinculado, sim, ao pedido imediato (satisfação), mas pode, perfeitamente, substituir uma medida executiva por outra que se mostre mais operativa e eficaz para realizar os objetivos do sistema, satisfazendo eficazmente o direito do credor, sem sacrificar desproporcionalmente a esfera jurídica do devedor. Por outro lado, os chamados direitos fundamentais do devedor não podem mais, sob pena de gravíssimo comprometimento da eficácia da execução, ser enfocados como dogmas absolutos. Essa concepção dos direitos fundamentais só encontra justificativa nos postulados liberais clássicos, mas não encontra ressonância nos contornos do atual Estado Constitucional Democrático e de Direito.

73. Os direitos fundamentais constituem valores importantíssimos do homem para determinada sociedade. Encontram-se previstos na Constituição Federal, que constitui sua fonte imediata ou mediata. Pode-se dizer que funcionam como “guias” aos órgãos jurisdicionais, porque estes devem, a partir de seus pronunciamentos concretizar os direitos fundamentais encartados na Constituição Federal.

74. Inicialmente enfocados num sentido negativo, os direitos fundamentais impediam a atuação estatal contra o homem. Posteriormente, ganharam a feição inversa, ou seja, a de que o Estado devia atuar em prol do homem, em determinadas situações, falando-se então em prestações estatais. Numa terceira dimensão, os direitos fundamentais passaram a ser vistos como pertencentes a um número indeterminado de pessoas.

75. Os direitos fundamentais plasmam-se em normas jurídicas, que assumem a condição de princípios jurídicos contidos na Constituição Federal ou dela sejam diretamente emergentes, a partir do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º, da CF).

76. Essa condição (previsão em norma constitucional com feições de princípios jurídicos) garante que os direitos fundamentais atuem em constante tensão e em um sistema de complementação e de restrição recíproco. Nesse aspecto, os direitos fundamentais não são normas absolutas. Podem ser relativizados, em atenção às circunstâncias do caso concreto.

77. Na execução civil, o juiz deve exercitar seus poderes jurisdicionais a partir do enfoque dos direitos fundamentais de ambas as partes, e não apenas do devedor. Essa forma de decidir garantirá equilíbrio e ponderação aos pronunciamentos jurisdicionais, porque, sem deixar de levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, não impedirá a atuação dos meios executivos tão-somente porque esses podem se chocar com direitos fundamentais do devedor. Existem também direitos fundamentais do credor, como o direito fundamental ao acesso à justiça e o direito fundamental à razoável duração do processo.

78. Se outrora os direitos fundamentais continham a atuação estatal – inclusive a atividade jurisdicional (primeira dimensão dos direitos fundamentais) – hoje eles funcionam como deveres de prestação do Estado em relação àqueles que acionam a Jurisdição. Se a execução forçada deve entregar ao credor o que ele tem o direito de receber, esse resultado não pode mais ser atingido com tímida atuação jurisdicional balizada de maneira absoluta pelos direitos fundamentais do devedor. Os direitos fundamentais do credor possuem, também eles, idêntica densidade, importância e eficácia, que não podem ser esquecidas pelo órgão jurisdicional.

79. Considerando que a execução deve ser efetiva, e que os poderes jurisdicionais ancoram-se em normas constitucionais que encerram direitos fundamentais do credor, é possível concluir-se pela existência do direito fundamental à efetividade da execução civil, como direito fundamental implícito ou decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF. A existência desse princípio garante ao juiz na execução civil grande autoridade na prolação de seus pronunciamentos.

80. Não existe separação absoluta entre poderes jurisdicionais e poderes administrativos. Quando o juiz exerce os chamados poderes de polícia, especialmente, quando na execução determina o cumprimento de suas decisões sob reforço policial ou determina o arrombamento de portas etc., ele não o faz sob um enfoque administrativo, mas sim plenamente jurisdicional. Visa a garantir a autoridade de seus pronunciamentos.

81. É possível classificar os poderes do juiz a partir da atividade preponderante exercida em cada fase do processo. A execução pode ser dividida em três fases: fase postulatória, fase instrutória e fase satisfativa. Na primeira predominam atos de impulso e de movimentação da relação jurídica processual. Fala-se então que o juiz exerce, com preponderância nesta fase, poderes ordinatórios. Na segunda, sobrelevam atos voltados a constranger patrimônio do devedor, bem como destinados à sua expropriação visando ao pagamento do credor. Aqui o juiz exerce poderes instrutórios. Instruir é preparar o instrumento de efetivação do direito material para cumprir a finalidade traçada pelo sistema. O juiz também exerce atividade instrutória na execução forçada. Na última fase, prevalecem atos de efetiva satisfação, através da entrega efetiva ao credor do bem da vida por ele buscado (dinheiro). Nesta última fase, o juiz exerce poderes satisfativos.

82. Entretanto, esses poderes podem também ser exercidos fora de sua fase “própria”, digamos assim, de tal sorte que podemos, por exemplo, ter o exercício de poderes ordinatórios, na fase instrutória e na fase satisfativa, bem como poderes satisfativos em plena fase postulatória etc.

83. Dentro dessas categorias de poderes do juiz é possível extrairmos outros poderes, diante da maior especialização da atividade jurisdicional realizada a partir deles. Assim, decorrem dessas categorias gerais outros poderes mais específicos, como os poderes decisórios, poderes saneatórios, poderes coercitivos e poderes sancionatórios.

84. Existem igualmente outros poderes exercidos pelo juiz na execução forçada, que não podem ser concebidos como mera decorrência ou maior especialização dos poderes genéricos ligados às fases em que a execução pode ser dividida, mas que são igualmente importantes ao exercício da jurisdição. Trata-se dos poderes acautelatórios e conciliatórios.

85. Numa tentativa de classificação e sistematização podemos dizer que o juiz exerce, na execução civil, os seguintes poderes: poderes ordinatórios, poderes instrutórios, poderes satisfativos, poderes decisórios, poderes saneatórios, poderes coercitivos, poderes sancionatórios, poderes acautelatórios e poderes conciliatórios.

86. Os poderes ordinatórios garantem o normal fluxo de atos executivos. Embora não redundem em penhora e atos de satisfação, eles se orientam teleologicamente nessa direção.

87. Os poderes instrutórios possibilitarão ao juiz enlaçar na execução patrimônio penhorável expropriando-o.

88. Os poderes satisfativos autorizam que o juiz decida sobre concurso de credores, a partir da ordem de prelação ou de acordo direito de preferência estabelecido em normas específicas contidas no sistema. Dizem, respeito, enfim, a entrega do dinheiro ao credor.

89. Através dos poderes decisórios os magistrados resolvem toda sorte de questões que as partes lhe levam ou que coloca a si mesmo. A prolação de sentença insere-se entre os poderes decisórios, embora na execução seu conteúdo decisório seja praticamente nulo, porque a sentença, em regra, limita-se a atestar a satisfação do credor.

90. Exercitando poderes saneatórios o magistrado garante o respeito às formas processuais, impedindo a realização de atos viciados, ou determinando a

invalidação destes. Ganham importância, nesse aspecto, os vícios dos atos processuais: a inexistência, a nulidade (absoluta e relativa), a ineficácia e a mera irregularidade.

91. O uso dos poderes coercitivos estimula o devedor a colaborar com a atuação jurisdicional, a fim de que cumpra determinada conduta, sob pena de imposição de sanção. A multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC tem essa finalidade. A ameaça à imposição de multa por litigância de má-fé (arts. 17 e 18, do CPC) ou por ato atentatório à dignidade da justiça (arts. 600 e 601 do CPC), igualmente. Atualmente, o juiz pode determinar a intimação do devedor para que indique quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora (art. 600, IV, do CPC), sob pena da imposição de multa por ato atentatório à dignidade da justiça. Manifestação ainda desse poder é a ameaça de arrombamento (arts. 660 e 661 do CPC), ou, na penhora sobre faturamento, a ameaça de afastamento do representante legal da empresa, nos termos do art. 74 da Lei 8.884/1994, aplicável analogicamente à espécie. Os poderes coercitivos podem atuar ainda sob a ameaça de restrição da liberdade do devedor, quando for quebrado o dever guarda e conservação dos bens que lhe foram confiados em depósito (art. 5º, LXVII, da CF, art. 652 do CC, art. 148 e 904, parágrafo único, do CPC).

92. O juiz na execução civil não tem o poder de decretar a prisão civil do devedor em razão do descumprimento de determinada decisão. O art. 5º, LXVII, da CF ao vedar a prisão civil por dívida deve ser entendido como norma impeditiva de prisão civil em decorrência do descumprimento de qualquer obrigação, civil, pecuniária ou não, decorrente de ordem judicial ou não. Não pode, igualmente, o juiz na execução forçada decretar a prisão penal do devedor em razão do descumprimento de suas ordens, porque ele não ostenta competência absoluta para essa medida. Esse poder ele não tem. Não fica, entretanto, impedido o juiz cível de determinar o cumprimento de suas ordens, “sob pena da prática de crimes”, porque nessa hipótese a prisão, se houver, será realizada por oficiais de justiça ou policiais incumbidos de acompanhar a diligência, não como medida executiva, mas como prisão penal por crime de desobediência ou resistência.

93. Não sendo eficazes os poderes coercitivos, entram em cena os poderes sancionatórios do juiz. A sanção vai desde a imposição de multas (pelo não pagamento da quantia fixada em sentença, no cumprimento de sentença, por litigância de má-fé, ou pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça) até a prisão civil do depositário infiel. A prisão penal é medida sancionatória, mas não entra na esfera de poder do juiz na execução forçada.

94. Os poderes acautelatórios garantem o resultado útil da execução. Aqui o juiz possui largos poderes, podendo, ou melhor, devendo inclusive adotá-los de ofício e com grande liberdade quando se tratar de medida cautelar inominada (arts. 797 e 798 do CPC). No exercício dos poderes acautelatórios cumpre ao juiz observar os fundamentos e os requisitos para o deferimento das medidas cautelares. São manifestações do exercício de poderes acautelatórios na execução civil: o arresto, ato serial da execução (art. 653 do CPC), a exigência de seguro para que o devedor possa se utilizar de veículos penhorados (art. 679 do CPC, aplicável por analogia), o bloqueio de ativos financeiros (art. 655-A do CPC), a alienação antecipada de bens penhorados (art. 669 do CPC), bem como o deferimento de “medidas acautelórias urgentes”, com base no art. 615, III, do CPC.

95. Deve o magistrado fazer uso de poderes conciliatórios, também na execução civil, naqueles casos em que for plausível a possibilidade de acordo. O disposto no art. 125, IV, do CPC aplica-se perfeitamente à execução. A autocomposição, em sua subespécie transação, como forma alternativa de solução dos conflitos e operada pela técnica da conciliação, tem garantido na prática excelentes resultados. Nesse aspecto, o juiz contemporâneo deve preocupar-se com a pacificação social, que também é atingida pela composição amigável.

96. A conciliação tem grandes vantagens sob os pronunciamentos jurisdicionais impositivos, na medida em que o juiz ao se aproximar das partes, tendo contato direto com elas, ouvindo-as quanto às suas angústias (em regra neutralizadas pelas peças jurídicas de seus advogados), e fazendo que cheguem a um acordo, o órgão jurisdicional atinge a chamada “justiça coexistencial” e elimina os “resíduos dos litígios”. Desses aspectos do litígio o processo civil clássico não se ocupa, porque, em regra, “não se encontram retratados na lide”.

97. Não representa genuína manifestação de poderes conciliatórios a indagação às partes pura e simples sobre a possibilidade de acordo. Deve o juiz participar ativamente da tratativa, demonstrando as vantagens da transação, as conseqüências jurídicas em caso negativo, sem que isso retire, de forma alguma, sua imparcialidade na direção do processo.

98. Na fase postulatória da execução civil, podemos vislumbrar largo exercício de poderes jurisdicionais, tanto na ação de execução de título extrajudicial quanto no cumprimento de sentença.

99. Na ação de execução de título extrajudicial fundado em contrato de adesão, que contenha cláusula de eleição de foro, pode o juiz declarar a nulidade de mencionada cláusula, reconhecendo de ofício sua incompetência relativa, nos termos do art. 112, parágrafo único, do CPC, com a redação determinada pela Lei 11.280/2006. Trata-se de exceção à regra de que o juiz não pode, de ofício, declarar a incompetência relativa. A norma aplica-se a todos os contratos de adesão, e não apenas àqueles que digam respeito às relações de consumo. Todavia, a exemplo do entendimento jurisprudencial já sedimentado a respeito da matéria, três são os requisitos cumulativos para que o juiz se utilize dessa regra: i) a existência de contrato de adesão, ligado especialmente à relação de consumo, mas não apenas a ela, com cláusula de eleição de foro; ii) que uma das parte seja hipossuficiente; iii) que esta parte tenha dificultado o acesso ao Poder Judiciário.

100. No controle de admissibilidade da execução forçada cumpre ao juiz observar se a ação de execução de título extrajudicial está instruída com título executivo, devendo determinar a emenda da petição inicial em caso contrário (art. 616 do CPC). Excepcionalmente, admite-se a juntada de cópia do título executivo. Não constituindo o documento título executivo cumpre ao juiz declarar a carência de ação por falta de interesse de agir. A partir da vigência da Lei 11.232/2005, não é mais possível a cumulação de ação de execução de título extrajudicial com execução de título judicial (cumprimento de sentença), diante da diversidade de procedimentos (art. 573 do CPC).

101. Nem sempre é possível a emenda da petição inicial executiva. Não é possível a conversão de ação de execução em ação de conhecimento e vice-

versa, porque não é possível converter-se um processo próprio em outro impróprio. O sistema só autoriza converter um procedimento impróprio em outro próprio, mas desde que a espécie de processo e a função que ela veicula sejam as mesmas. Por idêntica razão, não é possível converter-se ação de execução em ação monitória e vice-versa.

102. A Lei 11.382/2006 recolocou em harmonia o sistema processual civil. O sistema já havia sido aprimorado pelas alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005, no cumprimento de sentença. Entre a ação de execução de título extrajudicial e a execução de título judicial (cumprimento de sentença) existe verdadeiro sistema de “vasos comunicantes” (art. 475-R do CPC).

103. De acordo com as alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005, na execução de título judicial, não existe mais ação de execução, mas sim mera fase subsequente no mesmo processo (processo sincrético), inaugurada mediante simples requerimento do credor. Logo, inexistente nova citação do devedor, mas desde logo passam-se aos autos executivos com a realização da penhora e intimação do devedor para, querendo, opor impugnação (art. 475-J e art. 475-L do CPC). A sentença deixa de ser pronunciamento que põe fim ao processo, e passa a ser considerada como pronunciamento que possui por conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC.

104. A sentença condenatória, de acordo com o art. 475-J, *caput*, do CPC é mediamente executiva com relação à execução por expropriação, vez que depende de requerimento do credor para ser iniciada, e imediatamente executiva com relação à multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito, caso o devedor não satisfaça sua obrigação, no prazo de 15 dias.

105. As sentenças declaratórias puras não possuem eficácia executiva, a não ser no que diz respeito à verba honorária. A sentença que reconheça a existência de obrigação de pagar quantia, se não contiver comando condenatório, não assumirá a condição de título executivo judicial. Nesse passo, não houve alteração substancial do sistema, de acordo com o contido no art. 475-N, I, do CPC.

106. No cumprimento de sentença não há fixação de nova verba honorária e o pagamento de novas custas, a não ser que se trate de execução individual de sentença coletiva. Isso porque a execução individual não será processada nos próprios autos da demanda coletiva, mas sim em processo autônomo. Por outro lado, o demandado não pode depositar, na ação coletiva, quantia certa, vez que sequer sabe quem são os atingidos por seu ato ilícito, que só aparecem posteriormente através de liquidações e execuções individuais.

107. A multa prevista no art. 475-J, *caput*, do CPC tem natureza coercitiva e sancionatória, dizendo respeito aos poderes coercitivos e sancionatórios do órgão jurisdicional. Incide a partir do momento em que a sentença condenatória se torne exequível pelo trânsito material em julgado ou pela interposição de recurso desprovido de efeito suspensivo, sendo desnecessária a prévia intimação do devedor para a incidência da multa, seja pessoalmente, seja por intermédio do seu advogado.

108. Não existem outras condicionantes à incidência da multa a não ser a ausência de pagamento, no prazo legal. Logo, falta de condições financeiras ou impossibilidade de venda imediata de bens não constituem motivo para que o órgão jurisdicional isente o devedor do seu pagamento. Esse poder ele não possui.

109. A multa incide na execução individual de sentença coletiva, na execução provisória, nas decisões interlocutórias com força executiva e nos acordos judiciais descumpridos. Quanto a estes últimos havendo novo acordo, não há incidência, pena de *bis in idem*, a não ser que exista novação. Também incide nas sentenças condenatórias proferidas nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais. Quanto àquelas proferidas nos Juizados Especiais Cíveis Federais não incidem contra a União e suas autarquias, porque elas não podem satisfazer voluntariamente a obrigação. No que diz respeito às fundações públicas, que prestem serviços essenciais à população, também não tem cabimento a aplicação da multa, porque seus bens são impenhoráveis. As empresas públicas federais sujeitam-se à multa, à exceção da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, diante da impenhorabilidade de seus bens. Na execução de sentença arbitral, para incidência da multa deve haver prévia citação e intimação do devedor para pagar o débito.

110. A fase executiva, no cumprimento de sentença, inaugura-se mediante simples requerimento, que não se trata de petição inicial. Esse requerimento deve vir instruído com memória discriminada e atualizada do débito, sendo este documento essencial ao início da fase executiva. O controle do juiz sobre a memória de cálculo deve ser rigoroso, por meio de poderes decisórios e saneatórios, porque valores que não encontram ressonância no título significam execução inexistente (art. 618, I, do CPC). Nesse sentido, o sistema jurídico investe o magistrado de grandes poderes, podendo ele glosar, de ofício, os excessos verificados ou se valer de auxílio da contadoria para confrontar a pretensão do credor com o comando do título judicial.

111. A competência para execução da sentença condenatória atualmente é relativa e concorrente. Pode o credor promover execução ou no juízo da condenação ou no local em que o devedor possui domicílio ou ainda onde se encontram seus bens, nos termos do art. 475-P, parágrafo único, do CPC. Não pode o juiz exigir provas do credor quanto ao domicílio do devedor ou a existência de bens para deferir o declínio de competência. Razões de ordem pragmática apontam no sentido da impossibilidade de alteração da competência, com base nessa regra, em caso de execução provisória da sentença, vez que ter-se-á possibilidade de decisões submetidas concomitante à análise de tribunais diferentes, no que concerne à fase cognitiva e executiva.

112. As alterações da Lei 11.232/2005 vigem a partir de 24.06.2006 para as execuções iniciadas a partir dessa data. Para as execuções ajuizadas até 23.06.2006 valem as regras anteriores do Livro II do CPC, inclusive no que concerne aos embargos.

113. Cumpre ao juiz exercer o controle de todas as espécies de processo valendo-se do que se convencionou chamar de “direção material do processo”. Isso quer dizer que o juiz não pode, salvo raríssimas exceções legais, iniciar demandas de ofício. Todavia, uma vez acionada a jurisdição, é dever funcional do juiz exercer seus poderes no sentido realizar integralmente a função jurisdicional que o sistema prevê para cada espécie de processo. Nesse sentido é que deve ser contemporaneamente entendido o princípio dispositivo. Portanto, está, com

o devido respeito, equivocado o posicionamento que enfoca a atuação jurisdicional como vinculada totalmente ao estímulo das partes interessadas, porque isso colocaria nas mãos das partes função e poder que pertencem ao Estado-juiz.

114. No processo de conhecimento, respeitável doutrina advoga a tese de que o juiz é dotado de grandes poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas de ofício, sempre que forem necessárias ao esclarecimento da verdade. Assim agindo, o juiz não beneficia qualquer das partes, pois não sabe de antemão a quem “beneficiarão” ou “prejudicarão”. Seu compromisso é com a justiça e com os fins do sistema. Logo, não há a menor possibilidade de ser taxada essa iniciativa de parcial. Mesmo o processo civil deve preocupar-se com a busca da verdade real. Essa postura ativista não se vinculada à natureza do direito controvertido. As regras de distribuição do ônus da prova só são utilizadas quando, ao cabo do procedimento, e mesmo tomando todas as medidas necessárias ao esclarecimento da verdade, o juiz ainda se encontre em dúvida sobre as alegações das partes.

115. É perfeitamente possível aplicar esse posicionamento à execução civil, com as adaptações necessárias à sua estrutura e à sua funcionalidade. A execução civil tem por função alterar a realidade com medidas e operações práticas que revertam em favor do credor atos de satisfação do seu direito retratado no título executivo. Se o juiz deve dirigir a execução orientado à plena realização dessa espécie de função jurisdicional, ele tem a obrigação de determinar todas as medidas necessárias para enlaçar na teia executiva patrimônio necessário à satisfação do credor. Portanto, pode perfeitamente de ofício determinar penhora e bloqueio de bens. Essa postura não desrespeita o princípio da imparcialidade do juiz, porque ao assim agir ele apenas está cumprindo o dever que lhe impõe o sistema.

116. Durante todo o curso da execução civil constantemente chocam-se direitos fundamentais do credor e direitos fundamentais do devedor. Cumpre ao juiz balancear os direitos fundamentais em jogo de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Assim, é possível que o juiz quebre os sigilos fiscal e bancário do devedor, uma vez comprovado pelo credor o prévio esgotamento de

diligências extrajudiciais, entendimento que prevalece até hoje mesmo diante do contido no art. 185-A do CTN e art. 655-A do CPC. Também é possível ao juiz determinar que o oficial de justiça entre na residência do devedor visando a descrever os bens que a guardam, quando não localizados bens penhoráveis (art. 659, § 3º, do CPC), ainda que se valendo de ordem de arrombamento, em caso de resistência. O devedor não tem direito absoluto à inviolabilidade do seu domicílio.

117. O exercício de poderes acautelatórios pelo juiz na fase instrutória garante o restado útil da função executiva e nesse aspecto de grande utilidade é o contido no art. 615, III, do CPC, que autoriza o juiz a determinar a realização de medidas acautelatórias urgentes. Essas medidas podem e devem ser tomadas de ofício pelo juiz. Assim, pode determinar o bloqueio de numerários em execução movida pelo devedor, bloqueio de veículos no departamento de trânsito, a remoção de bens etc.

118. Na penhora sobre faturamento da empresa não tem o representante legal desta a faculdade de aceitar ou não o encargo de fiel depositário dos valores a serem depositados mensalmente em juízo. Pode recusar o encargo, mas essa recusa deve estar fundada em motivo legítimo, como doença, ou qualquer outro impedimento relevante. O mesmo representante legal que assumiu e contraiu o débito pela empresa não pode querer se opor à efetividade da execução por simples recusa, porque a execução processa-se independentemente e até mesmo contra a vontade do devedor. Portanto, pode o juiz nomear de ofício o representante legal da empresa devedora para assumir a condição de fiel depositário dos valores a serem depositados em juízo, sob as penas da lei, inclusive prisão se configurada a infidelidade. Cumpre ao juiz dar menos importância ao chamado “plano de administração” e à falta de sua apresentação pelo depositário, quando a decisão que determina a penhora sobre faturamento contém todas as diretrizes para o implemento da constrição.

119. O juiz pode inclusive de ofício determinar a intimação do devedor para, no prazo que fixar, indicar onde estão e quais são os bens sujeitos à penhora, sob pena de contra ele ser aplicada multa por ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos dos arts. 600, IV, 652, §§ 3º e 4º, 656, § 1º, do CPC. Vale-se o

juiz dos seus poderes coercitivos e sancionatórios. Aprimorou a Lei 11.382/2006 a redação anterior do art. 600, IV, do CPC que suscitava enormes dúvidas e, na prática, inviabilizada a utilização da medida coercitiva.

120. Com base no art. 615-A do CPC pode o próprio credor, valendo-se de certidão comprobatória do ajuizamento da execução averbar sua existência junto ao registro de imóveis, departamento de trânsito ou registro de outros bens sujeitos à penhora. Com essa medida antecipa-se no tempo o marco inicial da ocorrência da fraude à execução, que até agora ocorria com citação do devedor seguida de alienação ou oneração de bens e concomitante insolvência. Volta-se a entendimento doutrinário e jurisprudencial que entendia configurada a fraude à execução com o simples ajuizamento da execução, mas agrega-lhe a necessidade de dar ampla publicidade à pendência da demanda executiva, evitando-se a alegação de boa-fé por terceiros adquirentes.

121. Visando a conferir maior eficácia ao procedimento expropriatório foram introduzidas significativas alterações pela Lei 11.382/2006. A adjudicação que outrora era reservada para após a praça ou leilão sem licitantes (art. 714 do CPC, ora revogado) antecipa-se à alienação judicial (art. 685-A do CPC). Ou seja, antes de determinar a alienação judicial o credor pode adjudicar os bens penhorados. A grande vantagem da alteração é que ela finaliza, de vez, a polêmica até então existente quando à possibilidade de o credor arrematar, em segunda praça, por preço inferior ao da avaliação, e que era infelizmente admitida pela jurisprudência em manifesto confronto com a regra processual. Hoje a adjudicação deve ser realizada pelo valor da avaliação e antes da alienação judicial. Pode o credor arrematar (art. 690-A, parágrafo único, do CPC), por preço inferior ao da avaliação, mas desde que existam outros licitantes.

122. Caso o credor não se interesse pela adjudicação dos bens penhorados, poderá solicitar a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, hipótese em que o juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento, garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem (art. 685-C do CPC). Vencem-se as deficiências do sistema

até então vigente, que confiava a divulgação da expropriação apenas à publicação de editais.

123. A expropriação é deixada atualmente como última opção, caso infrutíferos os meios anteriormente mencionados. O juiz poderá recorrer a meios eletrônicos de divulgação do bem que será expropriado (art. 687, § 2º, do CPC). O devedor terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo (art. 687, § 5º, do CPC). Reforça-se, uma vez mais, a atribuição de grande responsabilidade ao advogado na tutela dos interesses dos seus clientes.

124. O procedimento da arrematação mediante hasta pública poderá ser substituído a requerimento do credor por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado, cabendo ao Conselho da Justiça Federal, relativamente à Justiça Federal, e aos Tribunais de Justiça regular essa modalidade de alienação (art. 689-A do CPC).

125. A intimação do credor com penhora sobre o mesmo bem passa a ser obrigatória (art. 698 do CPC), medida que visa a assegurar seu direito de preferência (arts. 612 e 613 do CPC).

126. Também na fase satisfativa o juiz exerce importantes poderes jurisdicionais, cabendo a ele determinar a entrega de dinheiro ao credor (art. 708, I, do CPC), apenas se a execução estiver sendo movida só em seu benefício (art. 709, I, do CPC). Havendo concurso de credores caberá ao juiz distribuir o produto da arrematação consoante a ordem das respectivas prelações ou direito de preferência.

BIBLIOGRAFIA

- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- ABELHA, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. 2. ed. México: UNAM, 1970.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tipografia Baptista de Souza, 1918.
- ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução de nossos dias. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, jan.-mar. 2000.
- _____. *Argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. I.
- _____. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v. I e II.
- _____. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, jan.-mar. 1976.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1 e 2.
- _____. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 108, out.-dez. 2002.
- _____. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1.
- _____. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- ALVIM, Eduardo Arruda. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Mandado de segurança no direito tributário*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, jul.-set. 1985:
- _____. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ANDOLINA, Italo. *“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milão: Giuffrè, 1983.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. II.
- _____. Medidas cautelares inominadas. *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 57, jan.-mar. 1988.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza: ex art. 700 C.P.C.* 2. ed. Padova: CEDAM, 1985.
- ARMELIN, Donaldo. A nova disciplina da liquidação de sentença. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 23, jun.- 1985.
- _____. *Embargos de terceiro*. Tese de doutorado (inérita). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1981.
- _____. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- _____. O processo de execução e a reforma do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, jan.-mar. 1992.
- _____. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 137, jul.- 2006.
- ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2. ed. Tradução: Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1969.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. VI.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 9.
- _____. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Cumulação de ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- _____. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Dogmática jurídica e ensino do Direito. *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 49, jul.- 1990.
- BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. I.
- _____. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Atualizada por: Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARIONI, Rodrigo. A competência na fase do cumprimento da sentença. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. Cumprimento da sentença: primeiras impressões sobre a alteração da execução de títulos judiciais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Aurélio Wander. Introdução. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.
- BAUMÖL, Débora Inês Kram. *A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, jul.- set. 1982.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONSIGNORI, Angelo. *L'esecuzione forzata*. 3. ed. Turim: G. Giappichelli, 1996.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Mandado de segurança: comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. O art. 604 do Código de Processo Civil comporta objeção de pré-executividade? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.
- BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1973, v. I
- _____. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Tradução: Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: El Foro, 1996.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare (perfilo sistematico)*. Turim: UTET, 1963.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “princípioalização” da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 98, abr.-jun. 2000.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 1998.

- CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 23, nov.-1981.
- _____. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: CEDAM, n. 3, abr.-jun. 1982.
- _____. *Giustizia e società*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.
- _____. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1972.
- _____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 74, abr.-jun. 1994.
- _____. e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. Cumprimento da sentença conforme a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 142, dez.- 2006.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, abr.-jun. 1976.
- _____. *Audiência de instrução e julgamento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- _____. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. Do “cumprimento da sentença” conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Jurisdição e competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1971.
- _____. *Estudios de derecho procesal*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.
- _____. *La prueba civil*. 2 ed. Tradução: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- _____. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução: Nicelo Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Uteha: Buenos Aires, 1944, v. I, II, III e IV.
- _____. *Teoria geral do direito*. Tradução: A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942.
- CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio e TARUFFO, Michele. *Commentario breve al codice di procedura civile e alle disposizioni sul processo societario*. 5. ed. Padova: CEDAM, 2006.
- CARRÍO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CARVALHO, Fabiano. Liquidação de sentença: determinação do valor por cálculo aritmético, de acordo com a Lei 11.232/2005. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. VIII.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, 2 e 3.
- _____. *La acción en el sistema de los derechos*. Tradução: Santiago Sentís Melendo, Temis: Bogotá, 1986.
- _____. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Nápoles: Nicola Jovene, 1928.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua: CEDAM, n. 2, abr.-jun. 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 37, jul.- 1986.
- CORREIA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. Rio de Janeiro: Sedegra, s/d.
- CORREIA, André de Luizi. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas, medidas preparatórias, medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1958.
- COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Turim: UTED, 1955.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil: la constitución y el proceso civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979, t. I.
- _____. *Estudios de derecho procesal civil: la constitución y el proceso civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979, t. I.
- _____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. B de F Ltda: Montevideo, 2005.
- _____. *Introducción al estudio del proceso civil*. 2. ed. Reimpressão. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- CRISCUOLI, Giovanni. *La discrezionalità regolamentare del giudice civile*. Pádua: CEDAM, 2000.
- CUNHA, Graziela Santos e FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 135, mai.- 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, jul.-set. 1987.
- DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário: art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, out.-dez, 1985.

- DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: CEDAM, n. 3, jul.- set. 1984.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. A lei das Pequenas Causas e a renovação do Processo Civil. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. As três figuras da liquidação de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. I e II.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. II
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV.
- _____. *Litisconsórcio*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. O processo civil na Reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm e BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. O processo no juizado das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança individual e coletivo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; BUENO, Cassio Scarpinella e ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução: Marta Guastavino, 1ª ed., 2ª reimpressão. Barcelona: Ariel, 1995.

- ECHANDÍA, Devis. *Teoria general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação, direito de demandar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O juiz e o poder. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 31, jul.- 1984.
- FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Estado de direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FILARDI, Hugo. Cumprimento da sentença: comentários sobre a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 149, jul.- 2007.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. *Lições de direito penal: parte especial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2.
- FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Pádua: CEDAM, 1940.
- FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GERAIGE NETO, Zaide. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, XXXV, da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução: Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.
- _____. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: EJEJA, 1961, v. I.
- GOMES, Orlando. *Direito das obrigações*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

- ____. Liquidação e interpretação de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ____. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ____. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- ____. Projeto de lei sobre a mediação e outros meios de pacificação. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.
- ____; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4. ed. Madri: Civitas, 1998, t. I.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ____. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ____. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995
- ____. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. A aplicabilidade do *caput* do art. 475-J do CPC no sistema dos Juizados Especiais Cíveis. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 145, mar.- 2007.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOFFMAN, Paulo. Primeiras dúvidas de ordem prática na aplicação da Lei 11.232/05. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Eletrônico Século XXI – CD ROM*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, s/d.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 5. ed. Tradução: João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- ____. *A evolução do direito*. Lisboa: José Bastos & Cia., s.d.
- JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: 1999.
- ____. Execução de título extrajudicial estrangeiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, p. 134, out.-dez. 1996.
- ____; DIDIER JÚNIOR, Fredie e ABELHA, Marcelo. 2. ed. *A nova reforma processual: as mudanças introduzidas na legislação processual pelas Leis 10.317, 10.352, 10.358, de dezembro de 2001 e pela Lei 10.444, de maio 2002*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Armado, 1976.

- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, 1970.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. VIII, t. I.
- _____. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.
- _____. O juiz e a justiça no Brasil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 53, nov.- 1991.
- LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2. ed. Tradução: M. Rodríguez Molinero. Editorial Ariel: Barcelona, 2001.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: CEDAM, v. VII, parte I, 1952.
- _____. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, jan.-mar. 1983.
- _____. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução de textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 2002.
- _____. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. *Estudos sobre o processo civil brasileiro: com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.
- _____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Estudos sobre o processo civil brasileiro: com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.
- _____. *Processo de execução*. 4. ed., com notas de atualização do Prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. VI.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul.-set. 1984.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória: art. 486 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MALACHINI, Edson Ribas. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 10.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. 17 ed. G. Giappichelli: Turim, 2005, v. I e IV.
- _____. *L'azione esecutiva (contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo)*. Milão: Giuffrè, 1955.
- MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 3.
- MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000, v. I, II, III, IV e V.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. IV.
- MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.
- MATIDIERO, Daniel. *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MAZZEI, Rodrigo e ZENETI JÚNIOR, Hermes. Ação monitoria: primeiras impressões após a Lei n. 11.232/2005. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MEDINA, José Miguel Garcia. A sentença declaratória como título executivo – considerações sobre o art. 475-N, inc. I do CPC. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- ____. *Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ____; WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para cumprimento da sentença no prazo do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, jun.- 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MIRANDA, Gilson Delgado e PIZZOL, Patrícia Miranda. Novos rumos da execução por quantia certa contra devedor solvente: o cumprimento de sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, t. 1.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. I e II.
- ____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. IX, X, XII.
- ____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I.
- ____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, t. VI.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Execução de títulos judiciais que reconhecem obrigação de pagar quantia. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 151, set.- 2007.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. 2. ed. 2. tiragem. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- ____. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, jan.- mar. 1985.
- ____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ____. A nova definição de sentença. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, jun.- 2006.
- ____. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ____. Notas sobre a extinção da execução (o art. 794 do Código de Processo Civil em confronto com suas fontes históricas). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71, jul.-set. 1993.
- ____. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul.- set. 1984.
- ____. O problema da “divisão de trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, jan.- mar. 1986.
- ____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual civil: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

- ____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ____. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. *Temas de direito processual civil: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ____. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, jul.-set. 1983.
- NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NEIVA, José Antonio Lisboa. Algumas questões envolvendo a Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 139, set.- 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e 1995*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- ____. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- ____. Considerações práticas sobre o processo cautelar. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 53, 1989.
- ____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ____. e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Início do cumprimento da sentença. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2006, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ____. Reconhecimento de ofício de incompetência relativa. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- NOTARIANO JÚNIOR, Antonio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ____. e BRUSCHI, Gilberto Gomes. Os prazos processuais e o cumprimento da sentença. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- OLIVEIRA NETO, Olavo. Novas perspectivas da execução civil – cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio e NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- _____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 137, jul.- 2006.
- _____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 33, mar.-1985.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fraude à execução: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PACHECO, José da Silva. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 1.
- PALACIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 18. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. III.
- PAVAN, Dorival Renato. Procedimento e forma para intimação do devedor para cumprimento voluntário da sentença: art. 475-J da Lei 11.232/2005. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 139, set.- 2006.
- PELUSO, Antônio César. Condomínio e execução. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11/12, jul.-dez, 1978.
- PINTO, Nelson Luiz. Considerações preliminares ao estudo do processo cautelar. In: ALVIM, Arruda e PINTO, Nelson Luiz. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3 ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999.
- _____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1979.
- POZZA, Pedro Luiz. *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milão: Giuffrè, 1935.
- PUGLIESE, Giovanni. Introduccion. In: WINDSCHEID, Bernhard y MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução: Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Tradução: Mariano Ovejero. Buenos Aires: El Foro, 2003.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução: Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Temis-Depalma: Bogota-Buenos Aires, 1969, v. I e IV.
- ROCHA, José de Moura. Há “poder de polícia” no art. 445 do Código de Processo Civil? *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, abr.- jun. 1977.

- RODRIGUES, João Gaspar. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro: a formação dos magistrados no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- RODRIGUES, Júlio César Souza. *Medidas acautelatórias no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução: Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, t. I e II.
- ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista del derecho: critica del dualismo en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999, v. 1 e 2.
- SACCO NETO, Fernando. Reflexões sobre as novas redações dos artigos 162, 269 e 463 do CPC. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz: no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. A multa do art. 475-J e o devedor sem patrimônio ou sem dinheiro disponível. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 148, jun.- 2007.
- _____. Primeiras observações sobre o novo art. 475-J do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 139, set.- 2006.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Ação monitoria: sistema brasileiro (evolução doutrinária e jurisprudencial)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. *As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.
- SANTOS, Evaristo Aragão. Breves notas sobre o “novo” regime de cumprimento de sentença. In: HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, t. 1.
- _____. Execução. Anulação de Praça. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, jan.-mar. 1980.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 3.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1
- _____. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7. ed. Tradução: Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 1 e 2.
- SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Tradução: Pietro Castro e Víctor Fairén Guillén. Barcelona: Bosch, 1950.
- SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução: Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968.
- SHIMURA, Sérgio. A execução da sentença na reforma de 2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Arresto cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. Cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio e NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil: novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005.
- _____. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.
- SICHES, Luis Recasens. *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentos de la filosofía del derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1952.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Da jurisdição executiva e dos pressupostos da execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. *As ações cautelares e o novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2.
- _____. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, v. III.
- _____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 801.
- _____. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SOBRINHO, Elicio de Cresci. O juiz criador do direito e a interpretação razoável. *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 50, nov.- 1990.

- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Poderes do juiz no processo democrático. *Revista da Ajuris – Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 61, jul.- 1994.
- _____. Poderes éticos do juiz. *Revista da Ajuris – Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 36, mar.- 1986.
- SOUZA, Gerson Amaro de. Mérito no processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 110, abr.-jun. 2003.
- SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º, da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. A determinação do valor do crédito por simples cálculo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Prisão civil e penal e “execução indireta”. A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entregar coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2002.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 72, mar.- 1998.
- _____. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. O juiz em face do Código de Processo Civil. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Ajuris, v. 12, mar.- 1978.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 4. tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1974.
- _____. *Iniciação na ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

- ____. As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3, de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ____. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I.
- ____. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. II.
- ____. Onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, jun.- 2006.
- ____. Princípios gerais do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, jul.- set. 1981.
- ____. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 24. ed. São Paulo: Leud, 2007.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ____. *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- VACCARELLA, Romano. *Titulo esecutivo, precetto, opposizioni*. 2. ed. Turim: UTET, 1993.
- VARELA, Casimiro A. *Fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999.
- VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- VILLAR, Willard de Castro. *Medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- ____. *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- WACH, Adolf. *La pretension de declaracion: un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho*. Tradução: Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962.
- ____. *Manual del derecho procesal civil*. Tradução: Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977, v. I.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. A Lei 11.232/2005, o direito intertemporal e a execução coletiva. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 145, mar.- 2007.
- ____. Anotações sobre a liquidação de sentença depois da reforma do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina: atualidades sobre liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ____. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- ___; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.
- ___ e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ___; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação à obra *Processo de execução e assuntos afins*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ___ . *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ___ . Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ___ . Fungibilidade dos “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 4, 2001.
- ___ . Impossibilidade da decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação *in natura*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 112, out.-dez. 2003.
- ___ . *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- ___ . *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ___ . *Nulidades da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- ___ . *Os Agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ___ . Questão de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ___ e ALVIM, Arruda. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 142, dez.- 2006.
- ___ e MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- ___ . *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- ___ . Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

- ____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1947, v. I, II e III.
- ZAVASCKI, Francisco Prehn. Considerações sobre o termo *a quo* para cumprimento espontâneo das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 140, out.- 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 8.
- ____. *Processo de execução: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)