

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

SUMÁRIO: 1.1 Constituição e processo – 1.2 A efetividade do processo
– 1.3 Tutela jurisdicional.

1.1 Constituição e processo

No moderno Estado de Direito, é comum encontrar, nos textos constitucionais, uma destacada atenção dispensada ao cidadão, quer considerado individual ou coletivamente, verificando-se, assim, a previsão de um elevado número de normas assegurando-lhe direitos e garantias fundamentais.

Entre esses direitos e garantias fundamentais, encontram-se, também previstas, normas de direito processual, as quais representam um reforço ou complemento a esse amplo sistema de direitos e garantias assegurados ao cidadão.¹

Aliás, essa tendência contemporânea de positivação de normas processuais nos textos de natureza constitucional, assegurando uma efetiva e adequada proteção judicial dos direitos fundamentais, é marco de relevo do atual estágio do estudo do direito processual.²

Diante dessa constante inserção de regras processuais ou de garantia do processo nos textos constitucionais, o processualista moderno passou a tomar consciência de que o processo representa um “microcosmos democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade,

⁽¹⁾ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, p. 2.

⁽²⁾ Embora a tomada de consciência legal da dimensão constitucional do processo seja recente, a doutrina há muito tem se dedicado ao estudo da relação Constituição-processo. Citando vasta referência doutrinária, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 24, nota 1.

igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”.³

Tem-se que, num Estado de Direito democrático, o povo é a única fonte de poder, deste devendo participar, para que esse poder seja a efetiva expressão da vontade popular.⁴ É comum identificar, como forma de participação do cidadão na democracia, o voto, a iniciativa popular, o referendo e o plebiscito. Não se percebe, entretanto, que também o *processo* é expressão dessa participação.

A Constituição, como regra maior, orienta e dita normas calçadas nas opções políticas do constituinte que incorporou princípios de uma justiça social e pluralista.⁵

Assim, sendo o processo uma forma de participação do indivíduo na tomada de decisões do Estado, está ele a serviço da ordem constitucional, servindo como instrumento do cidadão e, como tal, irradiando os preceitos e princípios constitucionais.⁶ Em outras palavras, as normas constitucionais traçam as linhas mestras da teoria do processo.

Logo, não parece difícil constatar que, caracterizada a estreita correspondência que guarda o processo e a ordem constitucional, aquele sofre as mutações que esta por ventura venha a sofrer.

(3) Idem, *ibidem*, p. 25.

(4) A respeito do tema, vide, entre outros, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 114 e ss., e Paulo Bonavides, *A constituição aberta*, p. 13 e ss.

(5) José Afonso da Silva explica que uma sociedade pluralista é aquela que respeita a pessoa humana e sua liberdade, porém não esquecendo que ela (a sociedade) é formada por uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos; portanto, possuem interesses contraditórios e antinômicos. Logo, o pluralismo exige a busca de um equilíbrio entre essas múltiplas tensões, capaz de administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 129-130).

(6) Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 30. Essa constatação já tinha sido assinalada por Eduardo J. Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, p. 19. No mesmo sentido, a observação de Luiz Guilherme Marinoni: “Na verdade, a teoria do processo é marcada pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. A teoria do processo tem como seu instituto fundamental a jurisdição; a jurisdição e os demais institutos fundamentais do processo retiram a sua cor da noção de Estado. Daí a importância da teoria geral do Estado para o correto desenho dos institutos processuais” (*Novas linhas do processo civil*, p. 21).

Aí se justifica o fato de a relação entre Constituição e processo importar, modernamente, na constatação da existência de um *modelo constitucional do processo civil*.⁷ Um esquema geral do processo que, mesmo dentro da complexidade a ele inerente, permite uma visualização e exposição unitária para o intérprete.

A doutrina já identificou, a partir da análise comparativa de diversas legislações constitucionais, que um *modelo internacional* inclui, entre seus componentes textuais, dois tipos de previsões: *constantes* e *variáveis*. Os componentes tidos como *constantes* são os elementos garantidos sempre ou quase sempre, presentes com um enunciado praticamente idêntico; nos *variáveis*, os elementos não são sempre verificáveis na mesma forma, ou, portanto, sujeitos a modificações morfológicas, se não absolutamente desprovidos, por vezes, de uma formulação autônoma.⁸

De modo geral, percebeu-se que os elementos constitutivos desse modelo unitário e comum de um *processo constitucionalmente garantido* têm ligação direta com a evolução histórica do sistema de direitos humanos, de forma que, no modelo comum, coexistem, a um mesmo tempo, normas de direito substancial e processual, na medida em que o êxito – do modelo – funde-se na síntese coerente desses dois elementos.⁹

Nesse contexto, no Brasil, a Constituição de 1988 marcou de forma relevante o moderno direito processual civil pátrio.¹⁰ Exemplo disso são

(7) Na doutrina italiana, podemos encontrar essa tentativa já na obra de Renzo Provinciali, *Norme di diritto processuale nella costituzione*, Giuffrè, 1959, e mais especificamente na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, G. Giappichelli, 1997, e nos textos: Il modello costituzionale del processo civile, de Italo Andolina, e I modelli di garanzia costituzionale del processo, de Luigi Paolo Comoglio. Tal perspectiva também já fora percebida por Adolfo Gelsi Bidart, *Incidenca constitucional sobre el proceso*, *RevPro*, n. 30, abr.-jun. 1983, p. 198 e ss.

(8) Luigi Paolo Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, p. 317.

(9) José Joaquim Calmon de Passos, em recente ensaio, pontifica que “não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito e o processo do seu enunciar fazem um” (*Instrumentalidade do processo e devido processo legal*, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 18, set.-dez. 2000, p. 729).

(10) Com efeito, o direito constitucional anterior deu maior ênfase ao processo penal, restringindo-se, quanto ao processo civil, a explicitar o princípio da inafastabilidade (art. 153, § 4.º). Certamente, o legislador constituinte de 1988

as previsões contidas no art. 5.º desse diploma, no qual foi expressamente consagrado o princípio da inafastabilidade do controle judicial (inciso XXXV) – agora estendida à simples ameaça a direito individual ou coletivo; o princípio do devido processo legal (inciso LIV); o princípio do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV); o princípio do juiz natural (incisos XXXVII e LIII); o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas (inciso LVI); o princípio da publicidade dos atos processuais (inciso LX); o princípio da assistência dos necessitados (inciso LXXIV).¹¹ Acrescente-se a estes, ainda, o importante princípio da obrigatoriedade da motivação de todas as decisões judiciais (art. 93, inciso IX).¹²

É inegável, portanto, que o direito processual civil, *armado* com todo esse *arsenal de garantias*, passou a ter papel fundamental para a realização e manutenção da vida democrática.¹³

1.2 A efetividade do processo

É intuitivo que o drama maior da realização do Direito, qualquer que seja seu ramo, é sempre vivido no processo, para o qual o sistema jurídico democrático programou a função relevantíssima de debater e pacificar os conflitos de interesse. Convivendo, por isso, em estreita intimidade com o Direito Constitucional, as normas processuais atingem elevadíssimo destaque no Estado Democrático de Direito, já que, na grande maioria dos casos, a efetividade dos princípios e

garantias fundamentais não pode ser alcançada a não ser em via do processo.¹⁴

Sendo a missão do processo a solução dos conflitos sociais, proporcionando paz e harmonia aos indivíduos, deve estar aparelhado com normas capazes para não somente se limitar aos âmbitos das simples declarações, mas também traduzir providências práticas que, de forma efetiva para cada caso concreto, possibilitem a satisfação do direito.

Isso significa que a efetividade do processo depende, fundamentalmente, da existência de meios adequados para resolver os inúmeros problemas surgidos no plano material.¹⁵

O conceito de efetividade, portanto, “implica uma consideração de meios e fins, podendo ter-se por efetivo aquele processo que atinge as finalidades a que se destina, considerando o conjunto de objetivos implícitos no direito material e a totalidade da repercussão da atividade jurisdicional sobre dada situação de fato”.¹⁶

⁽¹⁴⁾ Humberto Theodoro Júnior, *Execução – direito processual ao vivo*, v. 5, p. 75.

⁽¹⁵⁾ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 11. O mesmo autor ainda pondera que a relativização do binômio, direito-processo, como meio de acesso à ordem jurídica justa, induz a percepção de que os aspectos processuais fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. Isto é, as questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula (*Direito e processo*, p. 12-13). Ou, como assinala Luiz Guilherme Marinoni: “Para que o processo possa, realmente, tutelar os direitos é necessário que a ação seja pensada na perspectiva de direito material. Se o processo objetiva tornar efetivo o direito material, o resultado da ação processual deve corresponder exatamente àquilo que se verificaria se a ação de direito material (= o agir) pudesse ser realizada” (*Novas linhas do processo civil*, p. 206). No mesmo sentido, Andrea Proto Pisani, *Diritto processuale civile*, p. 34 e ss. Essa perspectiva que se tem do processo exige aceitar e compreender a existência da chamada *ação de direito material*, conceito este desenvolvido por Pontes de Miranda (*Tratado das ações*, t. 1, p. 104) e por Ovídio A. Baptista da Silva (*Curso de processo civil*, v. 1, p. 59 e ss., e *Ação de imissão de posse*, p. 35 e ss.). Enrique Vescovi assinala “que la actividad procesal se dirige a imponer el derecho objetivo” com “la finalidad última de la realización del derecho (sería admisible afirmar que la actuación de la ley) para, en definitiva, asegurar la paz social y la justicia” (*Teoría general del proceso*, p. 91).

⁽¹⁶⁾ Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial em matéria ambiental*, p. 42.

⁽¹¹⁾ Quanto aos referidos princípios, v. Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, RT.

⁽¹²⁾ Além da obra já citada na nota anterior, em sede monográfica, v. José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no processo civil*, Saraiva, e Sérgio Nojima, *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, RT.

⁽¹³⁾ Lieberman já ensinava que o caminho do processo iria se transformar, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade (“Questa è la strada che dovrà permettere di riconoscere nel processo non solo uno strumento di giustizia, ma anche uno strumento o – se si preferisce – una garanzia di libertà”, *Diritto costituzionale e processo civile, Problemi del processo civile*, p. 151).

Por isso, do ponto de vista funcional, a característica mais saliente do *modelo internacional* antes referido é a plena harmonia ou a correlação indissolúvel entre o reconhecimento substancial de um direito ou interesse juridicamente protegido e a possibilidade de estes receberem a mais completa tutela no processo, através de uma adequada gama de meios de atuações e realizações jurisdicionais, representada por uma pluralidade de expressões diversas.¹⁷

Essa exigência traduz-se, na verdade, em um dos temas mais discutidos nos tempos modernos, considerando a problemática do acesso à justiça: a instrumentalidade do processo. Instrumentalidade esta que, no escólio da mais abalizada doutrina,¹⁸ representa algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.

O acesso, portanto, é à *ordem jurídica justa*,¹⁹ ou seja, "acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direi-

tos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos".²⁰

Portém, ao que parece, o *acesso à justiça* não atingiu a efetividade que dele se espera, a qual é, ainda, conceito vago e utópico, pois não há no processo completa *igualdade de armas* entre as partes antagônicas, não atingindo — ele, processo —, integralmente, as finalidades a que se destina.

Logo, é preciso, antes de mais nada, "saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida".²¹

Em suma, acesso à justiça quer (deve) também significar *efetividade do processo*.²²⁻²³

discriminaciones, altos costos) *bloquean la visión democrática de la justicia* (criterio que igualmente vale para la educación, la salud, la vivienda, etc.)" (El proceso justo, p. 490-491).

(20) Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, p. 28. Interessante também as observações de Luigi Paolo Comoglio, *Garanzie costituzionali e "giusto processo"*, *RePro*, n. 90, abr.-jun. 1998, p. 95-150.

(21) Mauro Cappellotti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, trad. de Ellen Gracie Northfleet, p. 15.

(22) Na visão de Donald Armelin, o acesso à justiça implica o "exame da efetividade do processo, considerada esta não apenas como uma adequação dos meios aos fins a este reconhecidos, como também sob forma de otimização de seus resultados, o que se torna indispensável em face de sua natureza instrumental. Igualmente, importa a outorga a todos os interessados, indistintamente e sem restrições resultantes, ainda que indiretamente, de condições sócio-econômicas e culturais, desse meio indispensável à prestação da tutela jurisdicional. Ou seja, basicamente, o acesso à justiça pode ser traduzido como uma questão que passa, inexoravelmente, por dois problemas subjacentes: a efetividade do processo e a sua socialização" (O acesso à justiça, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 31, jun. 1989, p. 172).

(23) Assinala Cândido Rangel Dinamarco que a efetividade do processo "significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade" (*A instrumentalidade do processo*,

(17) Luigi Paolo Comoglio, I modelli di garanzia costituzionale del processo, p. 300 e 371. Ou, nas palavras de Ovidio A. Baptista da Silva: "Se o Direito Processual Civil quiser cumprir sua função instrumental, a primeira regra que deve seguir é manter-se fiel ao direito material que lhe cabe tomar efetivo e realizado" (*O processo civil e sua recente reforma*, p. 413). Aliás, essa constatação já tinha sido feita por Walther J. Habscheid, quando do relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual (Bélgica, 1977), cujo teor encontra-se no texto As bases do direito processual civil, tradução de J. M. Arruda Alvim Netto (*RePro*, n. 11-12, jul.-dez. 1978, p. 117-145). Note-se, com isso, que não se está negando a autonomia do direito processual, como uma parcela da doutrina parece não entender ou se recusa a entender ('v', por exemplo, Thereza Alvim, A tutela específica no art. 461, do Código de Processo Civil, *RePro*, n. 80, out.-dez. 1995, p. 103).

(18) Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 304.

(19) Feliz expressão cunhada por Kazuo Watanabe, Acesso à justiça e a sociedade moderna, p. 128. Ao tema, bem leciona Augusto Mario Morello: "La tendencia hacia el *proceso justo* significa un enérgico y sostenido emprendimiento económico-social (de desarrollo) del país todo a fin de destruir barreras y reducir obstáculos que respecto del interior del proceso judicial (o arbitral) mismo, o en razón de múltiples causas exógenas al motivo em sí pero de inculcable fuerza negativa (desconocimiento de los derechos, pobreza,

1.3 Tutela jurisdicional

A efetividade do processo traduz-se, também, pela expressão de um *processo de resultados*,²⁴ o que faz voltar os olhos, então, para a tutela jurisdicional, que é o ponto final do *iter* desenvolvido pelo processo.

p. 271). Ao tema, ainda, não se pode deixar de referir o célebre estudo realizado por José Carlos Barbosa Moreira: Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, no qual o consagrado jurista apresentou um *programa básico* de uma campanha em prol da efetividade (*Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, p. 203-220, republicado em *Temas de direito processual civil*, 5.ª série, p. 27-42). Todavia, o mesmo renomado autor, em estudo mais recente, procura advertir para alguns riscos a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo. Basicamente são: a) a tentativa de alçar a efetividade como valor absoluto; b) o rompimento com o equilíbrio do sistema, hipotrofiando uma peça em detrimento das restantes (quanto a estas duas, grosso modo, seria “como se o fim justificasse os meios”); c) renegar a técnica, em especial por renegar o passado; ou em outras palavras: as reformas acarretarem deficiências técnicas na formulação e na aplicação da norma, por não se aproveitarem as descobertas antes alcançadas. O último risco, na visão do autor, é o mais preocupante. Acima de tudo, denuncia o autor “a falsa idéia da oposição entre o empenho de efetividade e a convivência com a boa técnica”. Realmente, então, que é tempo de *revisitar* os tradicionais institutos do direito processual, à luz das recentes conquistas, porém desconfiando quando a boa técnica parecer eliminar ou reduzir a efetividade do processo; pois nestas ocasiões estará se confundindo os limites da boa técnica e o da própria capacidade de dominá-la e explorá-la (Efetividade do processo e técnica processual, *Temas de direito processual – 6.ª série*, p. 17-29). Sobre o assunto, também fazendo alertas, v. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Efetividade e processo de conhecimento, *RevPro*, n. 96, out.-dez. 1999, p. 59-69. Ainda sobre efetividade, v. Sálvio de Figueiredo Teixeira, A efetividade do processo e a reforma processual, *RevPro*, n. 78, abr.-jun. 1995, p. 85-96; e, Roberto Rosas, Efetividade e instrumentalidade. Estruturação processual: caminhos de uma reforma, *RevPro*, n. 85, jan.-mar. 1997, p. 212-221.

²⁴ Cândido Rangel Dinamarco assimila: “A ciência processual deste fim de milênio propugna por um *processo civil de resultados*. A terceira das conhecidas ondas renovatórias, de que fala a doutrina moderna, tende a produzir seus efetivos resultados práticos, especialmente com a Reforma do Código de Processo Civil brasileiro, repensando e redesenhando os tradicionais conceitos de direito processual, suas estruturas e institutos, à luz das ideologias tidas por legítimas e em face da consciência da eficácia do sistema. Como vem sendo dito, cumpre agora *revisitar* as velhas técnicas e moldá-las segundo as premissas

Todavia, a idéia de que a tutela jurisdicional se resume ao provimento final (sentença), é equivocada. Na verdade, os meios predispostos ao atingimento desse resultado também constituem o conceito de tutela jurisdicional.²⁵

A noção de uma tutela jurisdicional descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo.

Para Rogério Aguiar Munhoz Soares, “tutelar é conferir proteção. A tutela jurisdicional é prestada por meio do processo. Do ponto de vista de quem postula, é o resultado de um provimento favorável. Se este atende exatamente à necessidade da parte e lhe é ofertado em tempo útil, diz-se que a tutela jurisdicional foi plena. Do ponto de vista do demandado e do ordenamento como um todo, há que se aferir a observância do devido processo legal e das garantias constitucionais do processo e regras processuais decorrentes”. Conclui, então, que “a concepção da tutela jurisdicional como um resultado (proteção) que existe durante o processo, mas que emerge principalmente ao seu final, é, do ponto de vista de quem pede em juízo, a realização plena da categoria da ação de direito material”.²⁶

Se se adotasse *in totum* essa lição, poder-se-ia afirmar que, se a decisão final é terminativa (sem análise do mérito), esse resultado não

sas teleológicas que passaram a dominar, ou seja: torná-las com a consciência de que o processo não é fim em si mesmo, nem mero instrumento técnico, nem ligado com exclusividade à ordem jurídico-material e obsessivamente voltado à preservação da letra da lei” (Os gêneros de processo e o objeto da causa, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 2, maio-ago. 1996, p. 323).

²⁵ Conforme Flávio Luiz Varshell, “a locução *tutela jurisdicional* pode ser abrangente não apenas do provimento final ou do *resultado* do processo – seja ele encarrado sob o ângulo do vencedor, seja encarrado sob o ângulo do vencido –, mas também dos meios predispostos ao atingimento daquele provimento ou resultado” (*Tutela jurisdicional*, p. 37). Esse conceito de tutela jurisdicional é criticado por Rogério Aguiar Munhoz Soares, segundo o qual é “inconveniente formular conceito tão amplo de tutela jurisdicional, para quase confundir-lo com o princípio do devido processo legal e seus desdobramentos” (*Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 122-123).

²⁶ *Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 123. Frise-se, como já se fez em outra oportunidade (O contrato de abertura de crédito em conta corrente – cheque especial – como objeto do procedimento monitorio, *RevPro*, n. 100, out.-dez. 2000, p. 253-254), o réu também recebe *tutela* por meio do processo (v. 3.1).

seria propriamente prestação de *tutela*, mas, sim, apenas *resposta* do órgão jurisdicional ao direito de ação processual exercitado.²⁷ No entanto, no curso do processo, enquanto ainda não se sabe quem tem o direito à tutela jurisdicional (relacionada com o direito material) e quem não o tem, ou mesmo se será apreciado o direito pelo órgão julgador, “ambos os litigantes são em igual medida *tutelados* mediante o sistema de limitações ao poder exercido pelo juiz. A garantia constitucional do *due process of law* é em si mesma um sistema de tutela aos litigantes enquanto tais e para que o processo possa oferecer-lhes o efetivo acesso à ordem jurídica justa.”²⁸

Seja como for, a tutela jurisdicional deve tutelar os direitos ou as pessoas²⁹ de forma adequada, efetiva e ao seu devido tempo.³⁰

(27) Em sentido diverso, assinala Luiz Guilherme Marinoni: “Quem parte da premissa de que só tem direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem razão perante o direito material não consegue dar a amplitude necessária ao princípio da inafastabilidade, que garante a todos, estejam ou não amparados no plano do direito material, a adequada tutela jurisdicional” (*Novas linhas do processo civil*, p. 214). Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, se posiciona no sentido de que, extinto o processo de forma anômala (sem análise de mérito), haverá *tutela* em favor do réu, mesmo que de menor intensidade. Seria menos intensa essa forma de tutela, pois o réu tem, com a extinção do feito, situação mais favorável em relação a que até então tinha, uma vez que está livre da sujeição imposta pelo autor por meio da ação, mas poderá, a qualquer tempo, novamente estar sujeito a sofrer e responder a outra idêntica demanda a ser proposta pelo adversário (Tutela jurisdicional, n. 12, p. 74-75). Este entendimento se sustenta sob o prisma de que o que se tutela é a pessoa.

(28) Cândido Rangel Dinamarco, Tutela jurisdicional, n. 6, p. 65. Essa *proteção* que se dá a ambos os litigantes no processo é, segundo o mesmo autor, também uma *tutela*, embora de menor intensidade porque *instrumental*. Perceba-se, contudo, que quando o pedido é rechaçado pelo órgão jurisdicional, a tutela é prestada em benefício do réu. Não se vê aí, hipótese de grau menos intenso de prestação de tutela, pois o réu estará imunizado por meio da coisa julgada.

(29) Cândido Rangel Dinamarco defende, com o brilhantismo que lhe é peculiar, que a tutela jurisdicional “não é uma tutela *a direitos*, mas a *pessoas*” (*Tutela jurisdicional*, n. 11, p. 71-73). Como a posição é moderna, mantêm-se a referência a ambos.

(30) A relação existente entre o tempo e o processo passou a ser temática que não fugiu dos profundos estudos doutrinários. Entre nós, indispensável a leitura da obra de José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e processo*, RT, 1997; como também o artigo de Luiz Guilherme Marinoni, Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição, em coletânea coordenada pelo primei-

Justamente pelo fato de a tutela jurisdicional ter de propiciar as características acima, verificou-se que suas modalidades tradicionalmente presentes em nosso sistema se revelavam incapazes de garantir a efetividade dela esperada.

Mostrou-se indispensável a adequação dos meios de obtenção de tutela jurisdicional às várias situações jurídicas possíveis, surgindo, assim, a noção da *tutela jurisdicional diferenciada*.³¹

Além disso, a superação da classificação tradicional é o resultado natural da evolução da ciência processual e, nesta perspectiva, da retomada do conceito de *tutela dos direitos*.³²

Dai uma parcela da doutrina atual tentar estabelecer uma classificação de tutelas jurisdicionais, não a partir de critérios exclusivamente processuais, mas sim considerando a relação do processo com o direito material.³³

ro autor antes referido: *Garantias constitucionais do processo civil*, RT, 1999. Há, ainda, a importante obra de Cristina Riba Trepát, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, J. M. Bosch Editor, 1997; e os textos de Adolfo Gelsi Bidart: El tiempo y el proceso, *RePro*, n. 23, jul.-set. 1981, p. 100-121, e, Del tiempo procesal y su manejo, *RePro*, n. 93, jan.-mar. 1999, p. 191-196. Exigir uma prestação jurisdicional ao seu devido tempo é evitar danos advindos com a demora do processo, que Italo Andolina denominou como sendo *dano marginal* (“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 17).

(31) A respeito, entre outros, ver a recente obra de Rogério Aguiar Munhoz Soares, *Tutela jurisdicional diferenciada*; além dos ensaios de Andrea Proto Pisani, Sulla tutela giurisdizionale differenziata, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4, 1979, p. 536-591; Donald Armelin, Tutela jurisdicional diferenciada, em *O processo civil contemporâneo*, coletânea coord. por Luiz Guilherme Marinoni, p. 103-115, e em *RePro*, n. 65, jan.-mar. 1992, p. 45-55; Adolfo Gelsi Bidart, Tutela procesal “diferenciada”, *RePro*, n. 44, out.-dez. 1986, p. 100-105; Augusto Mario Morello, Las nuevas exigencias de tutela, *RePro*, n. 31, jul.-set. 1983, p. 210-220; Carlos Silveira Noronha, Apontamentos históricos da tutela diferenciada, p. 57-75; Ricardo Henriquez La Roche, Las formas diferenciadas de tutela en el proceso civil iberoamericano, p. 47-60, e José Roberto dos Santos Bedaque, As formas diferenciadas de tutela no processo civil brasileiro, p. 61-123. Estes dois últimos textos encontram-se na coletânea *Temas atuais do direito processual ibero-americano*, Forense, 1998.

(32) Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, p. 381.

(33) Nessa perspectiva, a sugestão (o esboço) de Luiz Guilherme Marinoni em classificar as tutelas em: “i) tutela ressarcitória (aí incluída a tutela ressarcitória

Resta evidenciado, portanto, que o cidadão tem direito a uma resposta jurisdicional, capaz de realizar o seu direito conforme as peculiaridades que este mesmo direito exige. Ou, em outros termos, segundo a máxima chiovendiana, o resultado do processo deve corresponder exatamente àquilo — ou o mais próximo daquilo — que se verificaria se espontaneamente fosse realizado no mundo do direito substancial.³⁴

em forma específica); ii) tutela reintegratória; iii) tutela do adimplemento e iv) tutela inibitória (aí inseridas a tutela inibitória que tem por escopo prevenir *tout court* a prática de um ilícito, as tutelas inibitórias destinadas a impedir a continuação ou a repetição de um ilícito e as tutelas inibitórias relacionadas ao inadimplemento) (*Tutela inibitória*, p. 426). Também nesta mesma linha de pensamento, Teori Albino Zavascki apresenta a seguinte classificação: a) tutela de direitos subjetivos individuais; b) tutela de direitos transindividuais; e, c) tutela da própria ordem jurídica (Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional, p. 255-262).

⁽³⁴⁾ Giuseppe Chiovenda: "Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli há diritto di conseguire" (Dell'azione nascente dal contratto preliminare, p. 110). Sintetizando os pensamentos doutrinários atuais, Humberto Theodoro Junior aponta: "O que realmente mudou os rumos da ciência processual foi a tomada de consciência da doutrina e dos legisladores de que o processo não poderia se contentar com uma autonomia científica limitada à pesquisa e conceituação de suas figuras jurídicas fundamentais. O que o século XX reclamava eram resultados práticos individuais e coletivos, que dessem à função jurisdicional do Estado uma presença efetiva de idealizador e realizador prático da justiça. O processo tinha que não ser apenas científico, mas eficiente e justo. Tinha que se apresentar perante a sociedade como instrumento ágil e confiável de eliminação de litígios, apto a proporcionar resposta concreta, caracterizada, a um só tempo, fidelidade à vontade da lei e pela preocupação de adaptá-la aos valores e aspirações em confronto dentro do conflito jurídico. (...) O processo que lega ao novo milênio é o da *efetividade*, no qual não se cinge o Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas a que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, no menor tempo possível, e com o mínimo sacrifício econômico, a melhor composição do litígio: a *justa composição*. A garantia do *devido processo legal*, herdada dos séculos anteriores, tornou-se, em nosso tempo, a garantia do *processo justo*" (O processo civil brasileiro no crepúsculo do século XX, em coletânea de textos do mesmo autor *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*, p. 2).

2

PROCESSO DE EXECUÇÃO

SUMÁRIO: 2.1 Uma primeira constatação: o descaso para com o processo de execução — 2.2 Uma segunda constatação: a inoperância do processo de conhecimento seguido do processo de execução — 2.3 Da cognição no processo de execução — 2.4 Do contraditório no processo de execução — 2.5 Juízo de mérito na execução — 2.6 A crise do processo de execução — 2.7 Execução injusta.

2.1 Uma primeira constatação: o descaso para com o processo de execução

No prefácio de sua obra, de 1946, Enrico Tullio Liebman assinala que, no transcorrer de quase um século após a primeira edição do *Compendio* de Francisco Paula Batista (1855), "a ciência do processo trabalhou esforçadamente para elevar-se do estudo das formas materiais à elaboração de um sistema, alcançando resultados que são de conhecimento de todos os juristas. Contudo, entre as várias partes da teoria do processo, a que mais tardou a beneficiar-se dos novos métodos e do novo espírito de pesquisa foi a execução, devido talvez ao preconceito de considerá-la meta fase complementar do verdadeiro processo, apresentando interesse puramente prático e sem relações com a unidade do sistema. E, como sempre acontece, o que pouco se conhece pouco agrada: a execução continuou por muito tempo sendo a cinderela dos estudos processuais. Só recentemente esta situação se modificou, e devem-se assinalar sobretudo os trabalhos de Stein e de Carnelutti na Itália".¹

Com efeito, o processo de execução não tem tido a atenção merecida pelos processualistas e pelos operadores do foro em geral, os quais

⁽¹⁾ *Processo de execução*, p. XI.

preferiram o aprofundado estudo do processo de conhecimento e, mais recentemente, do processo cautelar e das chamadas tutelas de urgência.²

E, um tanto pior, muitos daqueles que se aventuraram a investigar e desvendar os pontos contróvertidos relativos à execução, fizeram-no tomando, como premissas, regras ou princípios próprios do processo de conhecimento, o que acarretou o insucesso das incursões.³

Reflexo, no direito pátrio, da atenção voltada ao processo de cognição e das chamadas tutelas urgentiais e do descaso da matéria atinente à execução, observa-se junto às reformas até aqui operadas na legislação processual, no que pouco se fez em prol da execução.⁴

(2) Nas palavras de apresentação de coletânea de textos e jurisprudência por ela mesma coordenada, Teresa Arruda Alvim Wambier constata: "De fato, o processo de execução – e aqui confesso não saber onde está a causa e onde está o efeito – foi sempre relegado a um segundo plano pela doutrina, que sempre se ocupou mais do processo de conhecimento e do processo cautelar, que resultaram incomparavelmente mais elaborados e talvez efetivamente mais capazes de gerar resultados mais visíveis, satisfazendo expectativas" (*Processo de execução e assuntos afins*, RT, 1998). Fazendo a mesma observação, Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, p. 21-25. Em Portugal, a situação não é muito diferente, como aponta João de Castro Mendes: "Acentuámos já que o nosso Código de Processo Civil é um diploma *declarativista*, no sentido de que dá particular relevo ao processo declarativo, relegando para segundo plano o processo executivo, que muitas vezes é esquecido quando o legislador traça quadros gerais e giza normas de aplicação de princípio a todas as espécies de processo" (*Ação executiva*, p. 6).

(3) Teresa Arruda Alvim Wambier assevera ainda: "Durante um longo espaço de tempo, a grande preocupação – e quase única – que inspirou as investigações dos processualistas, no que diz respeito ao processo de execução, foi a *medida* em que as regras gerais, atinentes ao processo de conhecimento, podem aplicar-se ao processo de execução" (apresentação da obra *Processo de execução e assuntos afins*, RT, 1998).

(4) Quanto às inovações reformistas no processo de execução, Araken de Assis ponderou: "Nada obstante o mérito inegável dessas mudanças, pois ninguém se atreverá a impugnar reformas de nosso sistema processual, mesmo que limitadas, convém não apostar numa alteração radical na prestação da atividade jurisdicional no campo da atuação coercitiva de direitos" (Reforma do processo executivo, *Inovações do Código de Processo Civil*, p. 144). Ou seja, se as reformas realizadas no processo de execução se mostraram insuficientes a eliminar de vez as *crises* identificadas neste tipo de tutela jurisdicional, não se nega, por outro lado, como bem ressalta Donaldo Arnelin, que se este objetivo constitui-se numa grande caminhada, o primeiro passo foi dado, restando

Se o escopo do processo é proporcionar a pacificação dos conflitos sociais e, sendo a execução – por atuar essencialmente no mundo empírico⁵ – forma pela qual se proporciona tal satisfação, é lamentável constatar que continua à míngua de estudos mais profícuos, tendo se dado ênfase a assuntos às vezes distantes da realidade a qual serve o referido processo, meros processualismos.⁶

Contudo, talvez pelo amplo debate já havido nas outras esferas de atuação da tutela jurisdicional (conhecimento e cautelar) ou pela efetiva tomada de consciência da verdadeira importância do processo de execução, é crescente o número de obras e textos acerca dos problemas relativos à execução.

Assim, espera-se que, de uma vez por todas, seja afastado o caráter secundário reputado pela doutrina nacional ao processo de execução, para agora este merecer dela uma atenção compatível com a sua importância para a efetividade da prestação jurisdicional.

2.2 Uma segunda constatação: a inoperância do processo de conhecimento seguido do processo de execução

Focando as atenções para o sistema clássico do processo, temos que ele foi *formatado*⁷ mediante rígida separação entre as funções desem-

aguardar os próximos (O processo de execução e a reforma do Código de Processo Civil, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 725).

(5) Bem aponta Araken de Assis que "a função executiva opera no mundo dos fatos e a estrutura, em que ela avulta, dita processo de execução, se caracteriza por atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado. Exata, a respeito, a célebre metáfora, segundo a qual 'o processo' de conhecimento transforma o fato em direito, e o 'processo' de execução traduz o direito em fatos" (*Manual do processo de execução*, p. 63).

(6) Ao tema, assinala Araken de Assis: "No seu estado atual, a carência assume aspecto dramático. É que, despreparado que esteja o sistema judiciário para resolver os desafios permanentes do processo de *conhecimento*, que se limita a reconhecer qual dos litigantes têm razão, a atuação prática de direitos já reconhecidos, âmbito particular da execução, constitui campo em que a falta de efetividade compromete a ordem jurídica. E inexistente dúvida de que o processo executivo oferece ao juiz, aos seus auxiliares e aos advogados, personagens principais nesta cena, labirinto intransponível" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 6, p. 1).

(7) Expressão comum entre nós hoje, informatizados que estamos, e que exprime forma de organização.

penhadas no processo, o que deixou de ser satisfatório e passou a ser alvo de constantes críticas, em face dos novos valores do processo contemporâneo.⁸

Além da estrutura clássica ter alcançado proporções bastante rígidas, é fato notório que se prezou mais a *cognição* sobre a *execução*, tendo por muito tempo se ocupado a doutrina em esclarecer as diferenças entre essas duas facetas processuais.

Os aspectos que diferenciavam as funções de cognição e de execução dizem propriamente respeito à finalidade distinta de cada uma delas: a atividade da cognição é “descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”, enquanto a atividade executória se resume nas “operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra”,⁹ a cognição se fundamenta na *declaração*, “visa declarar o que deve ser”, enquanto a execução tem por escopo a atuação, “obter o que deve ser”.¹⁰⁻¹¹

Em outras palavras: “a distinção fundamental entre o processo de conhecimento e o executivo reside, pois, no endereçamento teleológico

de cada um deles: enquanto no primeiro toda a atividade converge a um ato final de accertamento (sentença), no segundo os atos todos, materiais ou eventualmente decisórios, visam preparar o ato material final satisfativo de direito”.¹²⁻¹³

Tomando como referência essa distinção traçada entre cognição e execução, é que se asseverou mundo afora que cada qual devia corresponder a relações processuais também distintas. Isto é, proclamou-se a autonomia do processo de execução.¹⁴

Um dos maiores entraves para a efetividade da tutela executiva está na exigência da formação de uma nova relação processual posterior à cognição já realizada, ou seja, a forma como a execução de sentença condenatória se apresenta contribui para a *crise do processo de execução*,¹⁵ merecendo, por isso mesmo, ser abandonada.

(12) Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 62, p. 114. Olavo de Oliveira Neto, por sua vez, afirma que a principal diversidade entre as duas atividades está “no que toca ao momento em que se verifica o contraditório das partes. No caso de processo de conhecimento, o contraditório ocorre, em regra, antes dos atos decisórios, enquanto no processo de execução eventual contraditório ocorre, na maioria das vezes, após os atos decisórios” (*A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, p. 32). Fazendo esta mesma observação Donald Armelín, Apontamentos sobre o direito de defesa na execução forçada, p. 126.

(13) Carlos Alberto de Salles salienta que a execução não se distingue apenas pelo objetivo ao qual se dirige, mas também por características intrínsecas do processo. Aduz: “Sem dúvida, não apenas na orientação finalística, mas também na natureza do processo judicial, residem os traços definidores da atividade jurisdicional de execução. Essas características, relacionadas com o *modus operandi* da jurisdição, em seu direcionamento a resultados práticos, mediante cognição parcial – mas não inexistente –, são verificadas em qualquer das espécies de execução, mesmo naquela denominada imprópria e naquelas realizadas sem a necessidade de instauração formal do processo de execução” (*Execução judicial em matéria ambiental*, p. 232).

(14) Cf. Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, p. 34; Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 75, p. 131; Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, p. 96; Sérgio Shimura, *Título executivo*, p. 11 e ss.; Humberto Theodoro Júnior, *Processo de execução*, p. 45-48.

(15) Humberto Theodoro Júnior preocupou-se com o tema quando da tese de seu doutoramento, expondo o equivocado tratamento dado à execução de sentença, defendendo de forma brilhante sua reforma. Tal obra veio a público – *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, Aide, 1987 –,

(8) Ao tema, leciona J. M. Arruda Alvim Netto: “A *estrutura* do sistema brasileiro, filiado ao continental europeu, modelou o seu processo civil em três segmentos estanques, cada um deles com funções próprias e sem que houvesse a possibilidade de que uma função fosse realizada fora do segmento a ela destinado: a) conhecimento; b) execução; e c) cautelar. Foi um sistema formado a contar do último quartel do século passado, sobrevivendo sem reclamos expressivos até, aproximadamente, ao término da 2.ª Guerra Mundial. A preocupação nuclear na construção desse sistema foi a de traçar o perfil dos institutos ou categorias jurídicas, idealizar um funcionamento harmônico e articulado dos institutos; no plano da legislação, tendo sempre presente a missão do enquadramento sistemático rigoroso dos institutos nas categorias doutrinárias fundamentais” (Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós, *RePro*, n. 97, jan-mar. 2000, p. 53-54).

(9) Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, p. 33.

(10) Francesco Carnelutti, *Instituições do processo civil*, vol. 1, p. 111.

(11) Ensina Piero Calamandrei que “la cognición se dirige a la declaración de certeza de un mandato individualizado (primario o sancionatorio) y se expresa en una decisión; la ejecución forzada trata de hacer que el mandato individualizado, declarado cierto mediante la decisión, sea prácticamente ejecutado” (Humberto Theodoro Júnior, *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, p. 229). Ou, nas palavras de Fernando Amâncio Ferreira: “A distinção entre o processo declaratório e o processo executivo corresponde à diferença entre o *declarar* e o *executar*, entre o *dizer* e o *fazer*” (*Curso de processo de Execução*, p. 13).

O erro está na razão de que a *tutela jurisdicional plena*, sem dúvida, não termina com a sentença condenatória,¹⁶ merecendo a continuidade necessária para que o bem da vida em objeto realmente seja entregue ao cidadão que buscou no Estado a resolução de seu conflito, caso contrário, seria dizer que ele obteve, do Estado-juiz, uma sentença para *ganhar e não levar*.¹⁷ Logo, ainda que possa soar estranho, o objeto final do processo não deve ser localizado na sentença e sim na execução.¹⁸

porém não tendo o merecido respaldo, quer doutrinário, quer legislativo. Quanto à crise do processo de execução, o tema será mais adiante examinado (v. 2.6), mas desde já se pode dizer: “A crise do processo de execução pode ser superada a partir de uma reestruturação da função jurisdicional. A possibilidade de execução no próprio processo de conhecimento – como consequência natural à prolação da sentença ou de alguma decisão relevante – aparece como uma forma de contribuição para uma maior efetividade do sistema atual. Neste aspecto, deixar-se-ia de lado a verdadeira ficção de que seria necessário um hiato entre a prolação da sentença e sua execução para o cumprimento espontâneo da obrigação. Ora, este hiato ao invés de ser aproveitado pelos devedores para evitar um novo processo, acaba por encorajá-los a aguardar até que a sentença realmente tenha peso e carga de imposição” (Rogéria Fagundes Doti, A crise do processo de execução, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 2, maio-ago. 1996, p. 389).

(16) Observa Cândido Rangel Dinamarco que a tutela condenatória “se limita à abertura de canais para a satisfação do credor mediante a execução forçada: o resultado positivo do processo condenatório não chega ao ponto, ele próprio, de consumir essa satisfação” (Tutela jurisdicional, n. 6, p. 66). É em razão dessa perspectiva que Eduardo Talamini identifica na condenatória uma “função processual”, ou seja, destaca não o que ela é, mas o que ela *prepara* (*Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer*, p. 188).

(17) José Carlos Barbosa Moreira aponta que, entre processo de conhecimento e processo de execução, existe um denominador comum: “Vísam um e outro à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado” (*O novo processo civil brasileiro*, p. 301). Tal característica apontada como comum entre os dois processos é suficientemente razoável para, considerando aqueles casos em que a sentença por si só não realiza a satisfação do direito, propiciar a concepção de uma única tutela jurisdicional, que deverá percorrer as fases necessárias para o atingimento de sua efetividade. O próprio Enrico Tullio Liebman, que estudou a fundo a história da evolução do processo executivo, aponta que, no uso germânico e no longobardo, “cognição e execução não se apresentavam distintas nem separadas: o procedimento destinado

Final, “considerado o processo pelo prisma da efetividade, entendida como a realização prática do direito, natural que o julgamento da causa traga consigo o direito à sua execução, tornando-o o mais próximo daquele objetivo processual”.¹⁹

É patente a falência do conceito de sentença condenatória²⁰ e do binômio condenatória-execução forçada,²¹ tanto que a referida sentença

à satisfação do credor constituía um todo unitário, no qual se podia inserir a cognição como um incidente não autônomo, e ao pronunciamento da sentença sucedia diretamente, por obra do próprio juiz, a atividade tendente a obter o adimplemento do devedor, ou, quando menos, análoga promessa em forma solene, sem que, por isso, fôsse de mister um requerimento especial do credor, o qual estava já implícito na petição inicial, que objetivava, não uma sentença, senão o resultado, concreto, final, consistente no pagamento do débito ou na restituição da soma ou outra coisa qualquer” (*Embargos do executado – Opções de mérito no processo de execução*, p. 55).

(18) José Lebre de Freitas assinala que “o escopo típico final do autor não diverge, na sua essência, quando se passa da ação de condenação para a de execução: quando o credor pede a condenação do devedor, perante a verificação ou a eminência da violação duma norma de pretensão, a finalidade última por ele prosseguida é a realização ou reparação efectiva do direito, perante a qual o acto de acertoamento é instrumental. A acção aparece assim como uma etapa no caminho que conduz à efectivação da garantia, etapa essa em que o prévio acertoamento do direito tem como consequência a vinculação do conteúdo da sucessiva pretensão executiva”. Essa constatação, segundo o referido autor, faz vislumbrar que as actividades estão funcionalmente coordenadas (*A acção executiva*, p. 20, nota 35-A).

(19) Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial em matéria ambiental*, p. 237.

(20) Segundo Enrico Tullio Liebman, “a ação condenatória, da mesma forma que as outras ações, morre por consumação, isto é, por haver atingido o seu fim no momento em passa em julgado a sentença. A execução, na eventualidade de ser proposta, representa novo e separado processo”. A sentença condenatória tem, segundo ainda o mesmo autor, duplo conteúdo e dupla função: primeiro declara o direito existente (função declaratória); e em segundo lugar faz vigorar para o caso concreto a sanção prevista na ordem jurídica (função sancionadora)” (*Processo de execução*, p. 35 e 15, respectivamente).

(21) Ao tema, assinala Donald Armelin: “Aliás, a abolição da separação entre tutela condenatória e a executiva vem sendo objeto de manifestações favoráveis da doutrina, considerando-se os resultados atingidos pelas formas de execução sem processo autônomo para tanto e, ainda, pela tutela mandamental, que, outrossim, dispensa a formação desse processo. Isto obviamente apenas no

tem sido revista e muito criticada pela melhor doutrina, a qual defende a sua necessária auto-aplicabilidade,²² o que, segundo parcela de juristas, somente se conseguirá mediante a utilização de meios coercitivos.²³

Em nosso antigo digesto processual, havia previsão expressa (CPC de 1939, art. 196) no sentido de que o processo terminaria tão-somente com o fim da execução, isto é, o processo se apresentava numa unidade: cognição seguida da execução, tudo sem intervalos. Tal previsão parece correta e coerente com a finalidade que tem o processo, que é propiciar a satisfação do direito, que, embora devesse ser alcançado mediante cumprimento espontâneo da parte derrotada, somente é atingido mediante a força dos (necessários) atos executivos.

Aliás, como já dizia Eduardo J. Couture, *conhecimento e declaração sem execução é academia e não justiça*,²⁴ de modo que fica evidenciado concernente às execuções decorrentes de títulos executivos gerados em processo de conhecimento a elas antecedente" (Apostamentos sobre o direito de defesa na execução forçada, p. 124-125).

(22) Assimila José Roberto dos Santos Bedaque: "Aquele que alega violação a um direito precisa obter a tutela condenatória, insuficiente para a satisfação do direito, pois imprescindível seja acompanhada da tutela executiva. Essa técnica, do binômio condenação-execução, deve ser abandonada, dotando-se a tutela condenatória de força suficiente para, por si só, satisfazer o direito lesado" (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 15, nota 15).

(23) Quanto às críticas feitas contra a sentença condenatória, vide, por todos, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, item 5, p. 313-344, o qual traz vastíssima referência bibliográfica sobre o assunto.

(24) *Estudios de derecho procesal civil*, v. 1, p. 89. Em outro momento, o mesmo autor uruguiano leciona: "No processo humano que consiste em saber, querer e agir, a execução corresponde ao último termo. No processo judicial também se começa por saber os fatos e o direito mediante o contraditório de ambas as partes e por obra do juiz, em seguida, este decide, ou seja, quer em sentido jurídico, quer este ao qual se atribui uma eficácia toda especial; e por último age, isto é, assegura praticamente o resultado da obra intelectual e volitiva, através das diversas formas exigidas pelo próprio conteúdo da sentença. (...) A atividade jurisdicional cumpre-se tanto através da atividade de conhecimento como mediante a atividade de coerção. Um conceito que abranja este problema em todos os seus instantes, do primeiro ao último, terá de reconhecer que existe uma unidade fundamental entre todos os momentos da jurisdição, quer no que se refere aos declaratórios (ou cognitivos), como no que se refere

ado que somente um perfeito equilíbrio entre essas duas funções e as possibilidades de fazer efetivo o resultado dessa conjugação dá à jurisdição seu efetivo sentido de realizadora da justiça.²⁵

Porém, os defensores da autonomia do processo de execução criticavam com veemência o referido dispositivo legal do CPC de 1939.²⁶

Pontes de Miranda é um dos juristas que há muito tempo já sustenta que "A dicotomia dos procedimentos em processos de cognição e processos de execução prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações. Todavia, não esperemos que cedo se libertem dela. O que eles chamam processo de cognição não é mais do que o processo que não é o que corresponde à execução. Porém, ainda com essa explicação, que não chega a ser justificção, não atendiam a que as ações executivas com adiantamento de cognição estariam, com razão igual, em qualquer das duas classes, a que há ações de cognição com carga imediata de executividade e a que muitas questões se levantam durante o processo das execuções que não

aos executivos". E mais adiante arremata: "Declaração e execução não são, portanto, duas maneiras independentes de ser da jurisdição, que tenham entre si a relação de antecedente e consequente, ou vice-versa. São tão-somente dois instantes, unidos entre si por uma série de vínculos tão profundos, que é pouco menos que impossível destruir a sua unidade" (*Fundamentos do direito processual civil*, p. 368-369 e 380, respectivamente).

(25) Pertinentes as observações de De Plácido e Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 399, *verbis*: "Não há, pois, entre a proposição da ação, pela qual se instaura a instância, e a execução da sentença, qualquer solução de continuidade, desde que, pela execução, não se estabeleça novo juízo, nem litígio, nem demanda, mas, simplesmente, se procura dar cumprimento ao decreto judicial que se formulou na primeira fase da ação". Para Gabriel Rezende Filho, *Curso de direito processual civil*, v. 3, n. 1019, p. 169-170, também não se justifica a tese da autonomia da execução de sentença: "Sem a execução, a sentença condenatória não teria eficácia. Seria como o sino sem badalo ou o trovão sem a chuva, como diziam os praxistas. A execução, portanto, é a fase lógica e complementar da ação. Vindo a juízo, não pretende o interessado obter apenas a declaração ou reconhecimento de seu direito de um modo platônico, mas aspira à mais completa tutela jurídica com a efetiva manutenção ou restauração de seu direito. (...) Há uma unidade lógica entre ação e execução".

(26) Entre os críticos àquela redação do art. 196 do CPC de 1939 está Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 75, p. 131 e ss.

são questões de execução nem a elas corresponde processo executivo (*e.g.*, embargos de terceiro à execução). Demais, que seria cognição, em sentido tão largo e ao mesmo tempo tão estreito? Dar-se-á que não haja cognição em tantos despachos durante a execução? Dar-se-á que o conhecer para executar seja diferente do conhecer para que depois se execute? (...) O valor da dicotomia 'procedimento de cognição, procedimento de execução', no plano teórico e no prático, é quase nenhum. Pode-se tratar, a fundo, o processo civil sem qualquer alusão a ela".²⁷

Outra não é a conclusão a que chegou Adolfo Schönke: "El derecho positivo há ido ciertamente demasiado lejos al separar con excesivo rigor el procedimiento de cognición y ejecución".²⁸

Na verdade, entre essas duas grandes funções jurisdicionais em questão, não existe uma contradição básica ou necessária que exija forçosamente sua apreciação em *ações* ou *procedimentos* separados e irreduzíveis.²⁹

A razão de persistir, ainda hoje, esse quadro negativo de se exigir, necessariamente, o ingresso de uma nova relação processual autônoma – processo de execução – para se alcançar a satisfação do direito reconhecido na sentença condenatória, está nas influências do direito romano, em especial do conceito de jurisdição (= somente dizer o direito).³⁰

(27) *Comentarios ao Código de Processo Civil*, t. I, p. 70-71.

(28) *Derecho procesal civil*, p. 14.

(29) Cf. Humberto Theodoro Júnior, O procedimento interdital como delinador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro, em coletânea de textos do mesmo autor: *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*, p. 37.

(30) Neste aspecto, ver brilhante evolução histórica traçada por Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, RT, 1996. O autor deixa evidente, entre outras, que a compreensão da distinção entre *jurisdicito* e *imperium* é ponto essencial para esclarecer o sistema ainda hoje reinante. Explica o autor que a composição da lide era realizada através de um *decidere* confiando a um *index* privado. Não tendo sido espontaneamente cumprida a decisão, era mister buscar no *praetor* (função pública) a necessária ordem ou coerção para o cumprimento da decisão, nisto consistindo o *imperium*. Significa dizer que foi preservado, até a atualidade, o princípio de que o ato jurisdicional típico (sentença) é constituinte exclusivamente de *juízo*, sem que a *ordem* integre o seu conteúdo, não podendo, portanto, ser imperativo (p. 23-47). Por outro lado, o *praetor* tinha seus poderes limitados à ordem, nada mais. A partir disso, criou-se a concepção de que antes da fase executiva se fazia mister

Outro fator que contribuiu para essa incongruência foi a concessão, pela ordem jurídica, de executoriedade às cambiais. Se estas passaram a ser capazes de gerar um processo executório autônomo que prescindisse de prévia cognição, por que não haveria a sentença condenatória de ter a mesma virtude, podendo legitimar igualmente um processo executório independente?³¹ Assim, de maneira extremamente equivocada, imaginou-se que era necessário dar à sentença condenatória, no mínimo, a mesma dignidade reconhecida pela ordem jurídica às cambiais.

Logo, percebe-se que essas influências,³² apegadas exclusivamente ao mundo jurídico, tipicamente de conceitos puros, fizeram o direito distanciar-se da realidade social.

Destarte, é grande o número de sistemas processuais orientados nesses preceitos, entre eles o do Brasil, o que por si só explica a realidade negativa em que se encontra o ordenamento jurídico nacional, no que se refere à execução de sentença.³³

Todavia, a concepção de que o processo de conhecimento e o processo de execução são compartimentos estanques sempre foi imprópria,³⁴ sen-

ter havido, necessariamente, a cognição; até para evitar que o juiz, não tendo ainda alcançado a certeza (antes da sentença, portanto) viesse a cometer injustiças, concedendo antecipadamente alguma medida executiva (considerando que depois, quando da sentença, se reconhecesse a inexistência do direito então tutelado). Dai o axioma previsto no art. 583 do CPC: *nulla executio sine titulo*.

(31) *Idem*, *ibidem*, p. 152.

(32) Humberto Theodoro Júnior evidencia que não é de hoje que a concepção romanística sofre críticas, registrando que Ulpiano já reclamava pela unidade de procedimento, para o qual *litis exercitatio + iudicati actio = tota causa* (*A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, p. 207).

(33) O Min. Carlos Velloso do STF, em texto intitulado Como eliminar a lentidão da Justiça?, publicado no *Jornal Folha de S. Paulo*, ano 78, n. 25.386, datado de 04/10/1998, caderno Opinião, afirmava que para afastar o mal da lentidão que assombra a Justiça, entre outras coisas, é o caso de se eliminar o processo de execução de sentença. Diz o Ministro: "De outro lado, as leis processuais devem ser simplificados, abolindo o excesso de formalismo, que realiza a intelectualização da burocracia judiciária. Além disso, tudo deveria ser realzado na instância de conhecimento, eliminado-se o processo de execução. Isto é, a sentença abrangeria as duas fases: conhecimento e execução".

(34) Ovídio A. Baptista da Silva já asseverava que "a separação radical, como se tratasse de dois compartimentos estanques, do processo de conhecimento e do

do atualmente possível dizer que tal dicotomia encontra-se mitigada, pois a própria ordenação positiva do processo impulsiona a relativização da clássica separação entre conhecimento e execução.³⁵ É cada vez mais presente³⁶⁻³⁷ a tendência bastante acentuada de, numa mesma relação

processo de execução, é imprópria e incapaz de dar-nos explicação satisfatória para inúmeras ações, onde as operações de *transformação da realidade* se dão dentro do processo de conhecimento, o que significa que a atividade de cognição e execução podem e, seguidamente, em verdade se encontram, misturadas numa mesma demanda” (*Sentença e coisa julgada*, p. 87).

(35) A atual redação do art. 273 do CPC e também a do art. 461 do mesmo diploma legal, permitindo a antecipação de tutela e a execução específica das obrigações de fazer e não fazer, negam a separação, já que, para que haja o cumprimento dessas obrigações, não será mais necessária a veiculação de duas demandas autônomas. Sobre o assunto, v. Ovídio A. Baptista da Silva, Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, p. 261-268 e O processo civil e sua recente reforma, p. 413-430; Kazuo Watanabe, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC), p. 19-51; Ada Pellegrini Grinover, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, p. 271-269; J. E. Carreira Alvim, Tutela específica e tutela assecutória das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual, p. 271-279; Eduardo Talamini, Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3.º, do CPC, p. 135-170, e o recente *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, RT, 2001; Teori Albino Zavascki, Antecipação de tutela e obrigações de fazer e de não fazer, p. 462-482; Flávio Luiz Yarshell, Tutela específica e a reforma do Código de Processo Civil, p. 39-42; e Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, RT, 2000.

(36) Outra inovação legislativa que demonstra a mitigação da separação, além das já citadas na nota anterior, é a execução dos julgados proferidos pelos Juizados Especiais Cíveis, conforme previsão do art. 52, IV, da Lei 9.099/95. Com efeito, diante da redação do referido dispositivo, em face do não-cumprimento espontâneo do julgado, tendo sido formulado simples pedido do credor (até verbal), proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação, vale dizer, dispensada a instauração de um novo processo. A execução é fase do processo como um todo (esta constatação também é feita por Donald Armelin, o qual afirma que dispensada a citação do devedor condenado para o início da execução “permite entrever a soldagem das fases de conhecimento e executiva, em um único processo”. Aparentamentos sobre o direito de defesa na execução forçada, p. 124). A redação deste dispositivo da Lei 9.099/95 somente merece crítica quanto à exigência de pedido do credor. Comentando o referido dispositivo legal, Joel Dias Figueira Júnior critica: “Todavia, em absoluto contra-senso ou, talvez melhor, em total falta de senso, o legislador não cria a auto-

processual, aceitar-se atos cognitivos e executivos. O antigo dogma – que em verdade nunca teve fundamentação teórica que o sustentasse³⁸ – começa a ser superado à medida que se concebe que, entre cognição e execução, deve haver total interação, pois ambas são fases ou momentos de uma atividade continuativa: o processo como instrumento do direito material.³⁹⁻⁴⁰

execução da sentença – mantendo-se insensível, neste particular, à própria evolução e escopo da ciência processual na virada do terceiro milênio – e continua a exigir do vencedor que se manifeste interessado na execução do julgado, como se ele, por alguns relâmpos de falta de lucidez, não desejasse mais o que sempre desejou, antes e durante todo o processo, que era obter a efetivação do seu direito, a realização material de sua pretensão” (*Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, p. 382).

(37) Já existe atualmente, também, um esboço inicial, ainda que em fase de elaboração e aperfeiçoamento, propondo a reforma do processo de execução, cuja autoria é do ex-Ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro (v. íntegra desse projeto em Sugestões para uma nova sistemática da execução, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 17, jul.-set. 2000, p. 635-644). Nessa reforma, vislumbra-se a aceitação de que a sentença judicial não deve ser *executada* como hoje se faz, mas sim deve ser *cumprida*. Não haverá, portanto, a formação de nova relação processual quando diante de uma sentença condenatória ou dos demais instrumentos a ela equiparados (sentença penal condenatória transitada em julgado, sentença arbitral etc.). Na sentença, o juiz deverá fixar um prazo, não superior a vinte dias, para cumprimento espontâneo da sentença. Entretanto, consta ainda do projeto, de forma absolutamente equivocada, a exigência de que caso não se vislumbre neste prazo o cumprimento por parte do vencido, deva o vencedor requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação. Não consta deste projeto, mas parece que seria de bom alvitre se utilizar de técnica como a do procedimento monitorio, ou seja, estabelecer um bônus para pronto cumprimento da sentença ou, então, a fixação de uma multa para caso de não-cumprimento dela. Assim acontecendo, restará consumado o desejo externado por Ovídio A. Baptista da Silva, de “estabelecer-se uma forma de tutela jurisdicional que preste satisfatividade final e definitiva a determinados direitos materiais, sem a exigência irracional e mortificante de ter o litigante vitorioso de percorrer o árduo caminho do *procedimento executivo autônomo*” (*Jurisdicção e execução na tradição romano-canônica*, p. 10-11).

(38) “Nunca houve, portanto, qualquer necessidade teórica que determinasse a separação entre a fase condenatória da demanda e a correspondente execução de sentença que aí se profetisasse” (Ovídio A. Baptista da Silva, *Sentença e coisa julgada*, p. 266).

(39) Donald Armelin já lecionava “... que a execução forçada não está restrita a um processo autônomo de execução, mas sim a esse tipo de processo e, ainda,

A dita relativização hoje notória “é, por um lado, resultado da mencionada combinação de mecanismos processuais, de características diversas, em um mesmo tipo de processo, de maneira a garantir maior efetividade das medidas judiciais. Por outro, é produto das novas espécies de interesses que passam a ser vindicados em juízo”.⁴¹

Percebe-se, pois, que a autonomia do processo de execução não é absoluta,⁴² sendo incorreta a imposição de se instaurar um processo de

a uma fase de um processo de conhecimento hábil a gerar coisa julgada material, na qual se integra, assegurando-lhe feição e escopo próprios” (Apostamentos sobre o direito de defesa na execução forçada, p. 125). Esta situação já não é novidade em outros ordenamentos, como se pode constatar, v.g., no texto de Luis Alberto Vieira Ruiz, o qual assinala: “De ahí resulta que en el Uruguay, salvo el caso de ejecución de laudo arbitral o sentencia extranjera, cognición y ejecución se dan en un mismo proceso, como una continuación la una de la otra, no sólo lógica sino material. Para ejecutar las sentencias y los mandamientos judiciales vueltos ejecutivos, nos es necesario iniciar un nuevo proceso sino la petición se plantea en el mismo proceso en que la sentencia o el mandato fueron dictados, como una prosecución natural de la acción ejercida al inicio” (Problemas actuales de la ejecución forzosa singular, *RevPro*, n. 34, abr.-jun. 1984, p. 159). Este mesmo autor lembra que Piero Calamandrei já defendia que cognição e execução não são mais do que dois momentos, duas fases, da jurisdição, ligadas ao fim último perseguido. J. Ramiro Podetti também aponta esta como sendo uma das diferenças entre o sistema *puro* e o sistema adotado na Espanha e em outros países; diz: “Nuestro proceso ejecutivo es un verdadero ‘juicio’, siempre jurisdiccional, con etapas necesarias de conocimiento (el examen del título por el juez), bilateralidad y posible cotitenda (cuando el ejecutado excepciona)” (*Tratado de las ejecuciones*, p. 97).

(40) Interessante, ainda, o recém-estudo feito por Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdiccional*, no qual o autor constata que a tipologia tradicional dos processos e procedimentos por vezes não se apresenta *adequada* para atender à situação material controversita. Entre outras observações, reconhece o referido autor que a relativização do binômio conhecimento/execução traduz vários reflexos que determinam a atual impossibilidade de se falar em um tipo de processo e procedimento como tradicionalmente concebido (p. 175-176).

(41) Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial em matéria ambiental*, p. 240.

(42) Teori Albino Zavascki salienta que “a autonomia do processo de execução não é absoluta, nem decorre de uma imposição de natureza científica. Depende, na verdade, de opção política do legislador, que, atento para a natureza instrumental do processo, deve dotá-lo de formas e procedimentos adequados ao fim a que se destina: a realização segura, célere e efetiva do direito material” (*Título executivo e liquidação*, p. 25-26).

execução de sentença, por se mostrar realmente desnecessário,⁴³⁻⁴⁴ sendo plenamente compatível que a execução forçada, como forma autônoma de solução das crises de insatisfação ou realização,⁴⁵ preste-se somente

(43) No mesmo sentido, a lição de Humberto Theodoro Júnior, *A execução da sentença e a garantia do devido processo legal*, p. 193 e ss., o qual propugna pela desnecessidade de se instaurar um processo de execução por título executivo judicial. Diz o jurista: “... o processo como veículo da prestação jurisdiccional, tem-nos levado ao convencimento de que o romantismo de nosso sistema jurídico nos conduziu a uma dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução, em grande parte desnecessária e até mesmo pernicioso. (...) Nossa proposição é a de que o bom senso não exige a manutenção da atual dualidade de relações processuais (conhecimento e execução) quando a pretensão contestada é daquelas que, deduzidas em juízo, reclamam um provimento jurisdiccional condenatório. A obrigatoriedade de se submeter o credor a dois processos para eliminar um só conflito de interesses, uma só lide conhecida e delineada desde logo, parece-nos complicação desnecessária e perfeitamente superável, como, aliás, ocorre em sistemas jurídicos como anglo-saxônico”. Aliás, considerando, como cediço na doutrina (por todos, vide Luiz Rodrigues Wambier, *Liquidação de sentença*, RT, 1997, p. 45 e ss.), que a liquidação de sentença constitui-se, também, processo autônomo, poderá o cidadão, para alcançar a satisfação do mesmo direito subjetivo, ter que enfrentar três processos autônomos, ou, ainda, quatro processos, caso necessite fazer mão de uma ação cautelar.

(44) Ratificando sua irrisignação ao sistema adotado pelo legislador pátrio, Ovídio A. Baptista da Silva arremata: “O fracionamento de duas demandas, a de *cognição* e a de *execução* posterior, com a decorrente duplicação de energias e despesas, realiza afinal a reunião dos dois princípios, agora sim immanados no mesmo propósito: nem celeridade nem economia!” (Celeridade *versus* economia processual, *Genesis – Revista de Direito Processual*, n. 15, jan.-mar. 2000, p. 54). De outro lado, Leonardo Greco arremata: “Constata-se, desde logo, que a pureza da separação da atividade coativa e da atividade cognitiva em processos distintos é apenas ilusória, porque incidem na execução pretensões cognitivas de outros sujeitos, como o próprio exequente, os credores concorrentes, o arrematante e o adjudicatário, que têm de ser equacionadas no próprio processo executivo, ...” (*O processo de execução*, v. 2, p. 582).

(45) A lide na execução é, conforme já preconizava Francesco Carnelutti, uma *pretensão insatisfeita* (*Instituições do processo civil*, v. 1, p. 126). Jaime Guasp também pontifica: “Proceso de ejecución es, pues, aquel que tiene por objeto una *pretensión* en que se reclama del órgano jurisdiccional la *realización de una manifestación de voluntad*” (*Derecho procesal civil*, t. 1, p. 685). Assim, parece lícito poder falar que na execução existe mérito, pois este se traduz na

aos títulos executivos extrajudiciais que, ante a força que a eles foi atribuída, ensejam diretamente a eficácia executiva e o procedimento como foi concebido,⁴⁶ e aos demais títulos judiciais, cuja formação não se deu por meio de anterior processo (cível) de conhecimento.

Parece correto afirmar, então, que, mesmo sendo permitido pelo ordenamento jurídico pátrio haver *execução* sem título executivo – execuções complexas⁴⁷ –, não é correto dizer que o axioma do art. 583 do CPC esteja quebrado ou superado. Na verdade, ele merece nova interpretação, segundo a qual *não há processo de execução sem título executivo* que o embase.⁴⁸

existência de uma lide controversa, que diz respeito à *satisfação do credor* ou à *realização do direito* (Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nullidades do processo e da sentença*, p. 102; e Gelson Amaro de Souza, *Mérito no processo de execução*, p. 255-267). Para Olavo de Oliveira Neto, mérito na execução é a realização dos atos executivos, cuja finalidade será sempre, seja qual for o meio executivo escolhido, satisfazer o direito do exequente (*A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, p. 74-78). Cândido Rangel Dinamarco afirma também existir mérito no processo executivo; todavia, segundo ele, este somente será objeto de julgamento nos embargos. Nestes é que se dirá se o exequente tem ou não o direito que alega ter na execução por ele proposta (O conceito de mérito em processo civil, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, p. 259-261).

⁽⁴⁶⁾ Nesse mesmo sentido, o anseio de Humberto Theodoro Júnior, O procedimento interdictal como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro, em coletânea de textos do mesmo autor: *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*, p. 26.

⁽⁴⁷⁾ A denominação é feita por Carlos Alberto de Salles, que explica: “O atributo marcante dessa *execução complexa*, consagrada pelas inovações trazidas à luz pelo advento do art. 461 do CPC, é a ampla possibilidade de escolha de medidas executivas e de determinação das providências necessárias para a produção dos resultados práticos desejados” (*Execução judicial em matéria ambiental*, p. 251).

⁽⁴⁸⁾ Na Itália, em texto recente, Giovanni Verde analisa o axioma *nulla executio sine titulo*, afirmando que, em algumas situações (v.g. obrigações de fazer e não fazer), apresenta-se desatualizado, constituindo verdadeiro obstáculo para a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos. (Attualità del principio *nulla executio sine titulo*, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4, 1999, p. 963-988). Também fazendo uma nova releitura desse axioma está Mauro Bove que, analisando em especial a situação que envolve concurso de credores, conclui que *nulla executio sine titulo* significa “nessuna azione esecutiva senza titolo”, defendendo, com isso, que é possível aqueles credores ainda sem título partici-

2.3 Da cognição no processo de execução

Mesmo se propugnando que é inaceitável, perante a efetividade do processo, que se exija a instauração de um novo processo após finda a fase de conhecimento, é pacífico que a execução – quer autônoma quer considerada mera fase – não é somente composta por atos executivos.

Por vezes, antes de o ato executivo se concretizar, é mister prepará-lo, o que pode envolver, entre outros fatores, juízos de valor.⁴⁹ De outro

parem de execução instaurada por um credor que já apresentou um título executivo. Como se existisse uma execução derivada e outra principal (*L'esecuzione forzata ingiusta*, p. 37-49). Paulo Henrique dos Santos Lucon opina no sentido de que o axioma *nulla executio sine titulo* não seja afastado, apenas adaptado a uma novarealidade (*Efficácia das decisões e execução provisória*, p. 228-230). Ao tema, ainda, esclarecedoras as palavras de Roger Perrot: “Em nossos dias, mudou a óptica, sob a pressão, é mister dizê-lo, dos meios negociais. Para quem ganhou a causa, a sentença não é senão uma etapa, importante decerto, mas que em si nada mais representa que uma satisfação acadêmica: o que conta, para ele, é menos o dia em que se profere a sentença do que aquele em que ele recebe a soma devida. No pensamento do jurisdicionado, o *imperium* é inseparável da *iurisdictio*: constitui o complemento natural dela. Os juristas começam a tomar consciência disso; eis porque, mais que outora, a execução das decisões judiciais – e uma execução rápida – se converte em preocupação judiciária que se integra no processo civil” (O processo civil francês na véspera do século XXI, *RevPro*, n. 91, jul.-set. 1998, p. 211).

⁽⁴⁹⁾ Cândido Rangel Dinamarco já assinalava que o juiz na execução profere juízos de valor, mesmo que nesse processo não exista julgamento sobre o mérito (*Execução civil*, n. 101, p. 172 e ss.). Seguindo esta orientação, aponta Kazuo Watanabe: “Inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição; até mesmo na ação de execução por título judicial, o juiz ‘é seguramente chamado a proferir juízos de valor’...” (*Da cognição no processo civil*, p. 37). Interessante, também, as observações de Francesco Paolo Luiso: “L'ufficio esecutivo – come chiunque – si muove accertando preventivamente la sussistenza dei presupposti per la propria attività, e quindi sulla base di una ‘cognizione’. Naturalmente, il termine ‘cognizione’, nell’accezione qui usata, non há il significato di dichiarazione autoritativa delle regole di condotta delle parti, che costituisce la funzione della misura giurisdizionale nel processo dichiarativo. Dal punto di vista strumentale, la cognizione forma il necessario presupposto di qualunque attività, non solo giurisdizionale. In questa accezione, anche nel processo esecutivo i soggetti interessati, prima di compiere un’attività, fanno la ‘ricognizione’ della situazione esistente per vedere se e come debbono agire.

lado, podem surgir controvérsias, como por exemplo: (I) na execução de alimentos (CPC, art. 733), pode o executado apresentar, nos autos, a prova de que não está inadimplente ou, ainda, pode ele justificar o porquê de não ter cumprido a sua obrigação; (II) na situação em que, no curso da execução, faz-se pedido de remissão (CPC, art. 787); (III) ou na hipótese de ser necessário efetuar reserva de numerários para pagamento de credor hipotecário (CPC, art. 619); (IV) quando possível a arrematação sem leilão (CPC, art. 700 e seus parágrafos); (V) acerca da insuficiência de bens à penhora ou relativas à avaliação de bens (CPC, arts. 655 e ss. e 680 e ss.); (VI) sobre a expropriação feita por preço vil (CPC, art. 692); (VII) a desconconsideração da personalidade jurídica da empresa com a consequente invasão do patrimônio dos sócios etc.⁵⁰ Como se percebe, nesses casos não há dúvida de que o juiz desenvolverá atividade cognitiva.

Com isso, constata-se a diferença entre o significado do binômio *cognição-execução* e da dicotomia *processo de conhecimento-processo de execução*.⁵¹

Na verdade, toda demanda exige cognição⁵² do órgão jurisdicional, o que importa em reconhecer que se realiza cognição no interior da

L'ufficio esecutivo, prima di emettere una misura esecutiva, fa là ricognizione della sussistenza dei presupposti per emetterla; ciò non significa che l'ufficio esecutivo emetta una statuizione circa il modo di essere di tali presupposti, in particolare della realtà sostanziale sulla quale la misura esecutiva va ad incidere" (*Diritto processuale civile*, v. 3, p. 46).

(50) Com essa mesma posição, Gelson Amaro de Souza, Fraude de execução e o devido processo legal, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 16, abr.-jun. 2000, p. 272.

(51) Tal diferença já fora destacada por Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 47. Pode-se até falar que a divisão tricotômica dos processos em conhecimento, execução e cautelar é meramente didática, pois no mais é insatisfatória. Com a ampliação de hipóteses de antecipação de tutela (CPC, arts. 273 e 461), coloca-se em xeque não só a afirmação de que não existe execução sem título, como também se é necessário que uma medida cautelar necessariamente constitua um processo autônomo quando ela for necessária incidentalmente num processo de conhecimento ou de execução. Ora, se o juiz pode antecipar (pode o mais = satisfazer) não poderá o menos (acautelar) no bojo do próprio processo tido como principal?

(52) "Ato prevalente de inteligência, cognição significa considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas em torno das questões de fato e de direito

execução, mesmo que nesta seja preponderante a atuação (coercitiva) do comando definitivo da norma jurídica individualizada representada pelo título executivo.⁵³

Como é cediço, ao se falar sobre cognição, há que se esclarecer a qual dos dois planos de sua observação está se referindo: o horizontal (extensão, amplitude) ou o vertical (profundidade, intensidade).⁵⁴

Portanto, é preciso identificar qual destes planos tem relação com a cognição verificada na execução, que por vezes é classificada pela doutrina como eventual.⁵⁵

No plano horizontal, a cognição se limita ao trinômio questões processuais, condições da ação e mérito.⁵⁶ Conforme as restrições objetivamente impostas à extensão permitida, esta técnica de cognição pode ser parcial (restrita) ou plena (ampla).

que são deduzidas no processo." (Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 184). Pela distinção entre os diferentes tipos de *cognição* e da *combinação* entre eles, o legislador procura obter a melhor adequação entre o processo e a natureza do direito material ou a peculiaridade da pretensão material a ser tutelada (Kazuo Watanabe, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer* (arts. 273 e 461 do CPC), p. 28).

(53) Nesse sentido Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, p. 64-65.

(54) V. Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 111; Luiz Guilherme Marinoni, *Eletividade do processo e tutela de urgência*, p. 11-26.

(55) Diz Sérgio Shimura: "A cognição [na execução] é, pois, eventual e limitada" (*Título executivo*, p. 10). No mesmo sentido, a colocação de Alberto Camiña Moreira: "O processo de execução tem cognição eventual, na dependência de provocação do executado" (*Defesa sem embargos do executado*, p. 43). Ainda, Paulo Henrique dos Santos Lucon: "A cognição no processo de execução é eventual, pois surge em decorrência de certos atos e incidentes que podem acontecer. Isso ocorre quando, por exemplo, o juiz é chamado a decidir sobre a suficiência dos bens oferecidos à penhora, se foi seguida a regra constante do art. 655 do Código de Processo Civil, se a avaliação de bens respeitou os métodos tradicionalmente utilizados e se deve ser refeita, se ocorreram todas as intimações previstas em lei, se a expropriação foi feita por preço vil etc." (*Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 201).

(56) Cf. Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 111. Diz o autor: "O trinômio é válido, em linhas gerais, também para o processo de execução e o processo cautelar, evidentemente com as especificações próprias que os diferenciam do processo de conhecimento" (ob. cit., p. 72).

Por sua vez, no plano vertical, segundo o grau de profundidade, a cognição pode ser completa (exauriente) ou incompleta (sumária e rarefeita ou sumaríssima).

Na execução, tem-se que, no plano horizontal, a cognição é plena, visto não haver qualquer restrição legal à extensão de matérias discutíveis.⁵⁷

Já no plano vertical, a cognição na execução já foi classificada como sumaríssima ou rarefeita,⁵⁸ o que leva em conta apenas aqueles juízos de valor que precedem e preparam os atos executivos, em que o grau de cognição seria *mínimo*. Não são consideradas, portanto, outras hipóteses de cognição em que o grau de verticalidade é um *tanto maior*.

É bem verdade que, nesta fase ou neste processo de execução, o que prevalece é a realização concreta do direito, não cabendo propriamente ao juiz nela acertar (definir direitos). Verifica-se, ademais, principalmente no que se refere aos títulos executivos extrajudiciais, a utilização de técnica de sumarização, pela qual se elimina a possibilidade de o juiz averiguar, antes da execução, a existência (definitiva) do direito representado em tais títulos.

(57) Ao tema, leciona Paulo Henrique dos Santos Lucon: "Será limitada diante da determinação da própria lei, que pode restringir a *causa petendi* ou mesmo a amplitude da defesa. Será ilimitada quando a atividade de conhecimento puder estabelecer-se sobre todas as questões de direito material, sem qualquer restrição ao debate das partes ou à cognição do juiz" (*Eficiência das decisões e execução provisória*, p. 198). Frise-se que, mesmo sendo possível que a limitação da extensão do litígio possa decorrer da conveniência das partes, esta situação aqui não interessa.

(58) Nomenclatura utilizada por Kazuo Watanabe: "Quanto ao processo de execução, limitamo-nos, neste trabalho, apenas ao registro, já feito, de que embora bem rarefeita, também nele existe cognição, conforme ficou ressaltado (os embargos à execução, como é cediço, são ações de cognição)" (*Da cognição no processo civil*, p. 112 e 121). Danilo Knijnik adota integralmente os ensinamentos de Kazuo Watanabe, concluindo: "O executivo não resolve, nem pode fazê-lo, a relação jurídico-material titulada pelos litigantes. É limitada ao objeto do processo de execução, ou seja, limitada à expedição dos atos executivos. De outra parte, é rarefeita: existem restrições probatórias e estruturais de monta, que impedem, ainda quanto a isso, a investigação fática aprofundada. Basicamente, poder-se-ia concluir dizendo que no executivo ocorre o fenômeno da cognição parcial-rarefeita" (*A exceção de pré-executividade*, p. 116).

Entretanto, isso não implica afastar o juiz da função cognitiva, que via de regra está restrita "ao exame dos pressupostos gerais e específicos da ação e do processo executivo, a aspectos (de ordem pública) da validade dos atos processuais e à solução de específicos incidentes diretamente vinculados ao andamento da máquina executiva (definição de bem para penhora e sua avaliação, concurso singular de credores etc.)".⁵⁹ Permitir uma cognição exauriente neste momento seria desvirtuar a finalidade da execução, ensejando um desequilíbrio na harmonia do sistema e afastando-se, assim, da efetividade da tutela jurisdicional que tanto se preza e se almeja alcançar.⁶⁰

Destarte, parece correto afirmar que, na execução, a cognição deve ser considerada *sumária* (incompleta), isto é, aquela que não permite uma aprofundada investigação sobre as questões de fato e as de direito alegadas, nem mesmo às provas produzidas nos autos, desenvolvendo-se uma atividade fundamentada num juízo de verossimilhança (que tem aparência de ser verdadeiro) ou do provável (que se pode provar como verdadeiro).⁶¹

Relevantíssima, neste aspecto, é a norma estatuída pelo parágrafo único do art. 657 do dístico processual, segundo a qual, quando o juiz for levado a conhecer e julgar no processo de execução, deve dissipar de plano as eventuais dúvidas suscitadas.

No entanto, mesmo sendo incompleta a cognição vislumbrada na execução, por meio dela pode-se não somente bem preparar a realização dos atos executivos como, até, de maneira suficiente, inadmitir ou comportar a lide de insatisfação em tela no processo de execução, com a conseqüente extinção do feito, nos casos em que esta seja a *aparência do direito*.⁶²

(59) Eduardo Talamini, Embargos do executado, *RePro*, n. 93, jan.-mar. 1999, p. 90, ou em *Carta Jurídica Revista de Informação e Debates*, n. 1, p. 139-140.

(60) Observa Paulo Henrique dos Santos Lucon: "A atividade cognitiva no processo de execução está presente; a diferença é que nele essa atividade é desenvolvida com uma finalidade eminentemente prática, com vistas sempre à pronta satisfação do credor, com o menor sacrifício possível ao devedor" (Execução, condições da ação e embargos do executado, p. 214-215).

(61) Ao tema, v. Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 125 e ss.

(62) A aparência do direito se traduz nas afirmações feitas e que se mostram acompanhadas de material probatório suficiente a demonstrá-las verossímeis ou prováveis.

Se não é difícil perceber que a racional limitação ao exercício do direito de defesa do executado na própria execução justifica-se pelo alto grau de probabilidade conferido ao título executivo, não é igualmente complicado observar que, por meio de técnica de cognição sumária, pode uma defesa endoprocessual possuir alto grau de probabilidade capaz de ofuscar àquela probabilidade conferida ao título executivo.

Havendo extinção do feito diante da convicção do juiz que o direito do executado é aparente, o que decorrerá de cognição sumária, é forçoso reconhecer que esta decisão se caracteriza por não ser definitiva, ou seja, tal extinção não será acobertada pelo manto da coisa julgada material.⁶³

Assim sendo, *data venia*, sem desconsiderar a importância e o avanço que representou para ciência processual, discorda-se da validade da classificação antes referida que vislumbra na execução uma cognição *rarefeita* ou *sumaríssima*, pois seu reflexo seria o mesmo que o da cognição sumária: ausência de coisa julgada material.

Se a cognição em sede executiva no plano vertical é restrita, a cognição completa (exauriente) sobre aquilo que eventualmente seja preciso – o juiz, por exemplo, não tem como reconhecer existir o tal direito (afirmado) aparente – deverá, necessariamente, fazer-se noutro momento, por meio de outro veículo.⁶⁴

(63) Nesse sentido, alerta Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 3, p. 49-50; Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 139 e 142. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “A cognição sumária não permite carga declaratória suficiente para a produção de coisa julgada material” (*Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 31). V. n. 4, 3.

(64) Daí a importância, por exemplo, dos embargos à execução. Sendo somente compatível, dentro da execução, um juízo de probabilidade, deste não pode fazer surgir a imutabilidade própria à coisa julgada material. É por essa razão, inclusive, que não se admite um processo de cognição sumária autônomo, obrigando a existência (acoplada) de um processo principal. É sabido que a cognição sumária não pode determinar a solução definitiva da lide, daí a lição sempre atual de Victor Fajren Guillén, no sentido de que se faz necessário um outro processo “para que las partes puedan atacar y defenderse con toda a holgura que crean menester: esto es, se arbitra, tras el sumario, la posibilidad de que una de las que en él fueron partes, de pretender en un juicio pleno, del tipo más extenso; desbordado así el primitivo cauce, la estabilidad de la satisfacción conseguida en el juicio sumario, queda también desbordada, y pueda resultar ahogada por una sentencia más amplia, superior, dictada en este

Com isso quer se evidenciar que compreender o grau de intensidade permitido da cognição na execução é importante para poder entender a sistemática de defesa que é disponibilizada ao executado para que ele se oponha à execução contra ele incoada.⁶⁵

Por fim, ressalte-se que a utilização dessas formas de cognição na execução encontra fundamento no sistema idealizado como sendo o do devido processo legal, ou melhor, no modelo de processo civil traçado na Constituição Federal.

2.4 Do contraditório no processo de execução

Por muito tempo, a doutrina se recusou a reconhecer a verificação de contraditório no processo executivo. Mais uma vez aqui, verifica-se que a negativa encontrava fundamento na diferença entre a atividade desenvolvida no processo de conhecimento e a verificada no processo de execução.⁶⁶

juízo plenário” (Juízo ordinário, plenários rápidos, sumário, sumaríssimo, *Temas del ordenamiento procesal*, t. II, p. 827).

(65) Assinala Leonardo Greco: “Embora na execução a função cognitiva seja sumária e acessória, porque a atividade que lhe é própria é de caráter coativo, tem o devedor o direito de defender-se desses atos coativos, para que o credor não receba senão aquilo que lhe é devido e para que os meios executórios lhe sejam minimamente onerosos. Além disso, o título executivo pode ter defeitos, os atos executórios podem ser ilegais ou abusivos, a dívida constante do título ter-se extinguido, e a lei deve assegurar ao devedor os meios necessários para arguir essas e outras questões e, por esse modo, libertar-se de uma execução injusta” (*O Processo de execução*, v. 2, p. 581-582).

(66) O melhor exemplo são as palavras de Liebman: “A posição jurídica das partes também é diferente. Na cognição elas estão em posição de igualdade e de equilíbrio, pois não se sabe qual delas está com a razão, e nada pode ser feito sem que todas elas sejam ouvidas ou possam fazer-se ouvir, de acordo com o princípio do contraditório: todas cooperam, cada uma no sentido do próprio interesse, para as investigações do juiz, procurando convencê-lo da procedência das alegações que elas apresentaram; mas o resultado de todo esse trabalho conjunto poderá ser afinal favorável tanto a uma quanto a outra. Muito pelo contrário, 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 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

Foi aos poucos que ganhou convergência a corrente doutrinária que defende existir contraditório no processo de execução, primeiramente considerando-o excepcional,⁶⁷ para depois tê-lo como irremediavelmente aplicado.⁶⁸

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 desta atividade. É certo que a controvérsia e o contraditório podem reaparecer, mas isto somente em novo processo de cognição de caráter incidente (embargos)” (*Processo de execução*, p. 33-34). No mesmo sentido, Alfredo Buzait: “A doutrina observou que, enquanto no processo de conhecimento, o contraditório entre o autor e réu se desenvolve num sistema de igualdade, objetivando ambos alcançar a sentença de mérito, na qual o primeiro pleiteia a condenação do réu no pedido, ao passo que o segundo porfia por libertar-se do vínculo do juízo; na execução há uma desigualdade entre o exequente e o executado. O exequente tem uma preeminência jurídica” (*Do concurso de credores no processo de execução*, p. 26). Nesta mesma esteira de pensamento segue Celso Ribeiro da Silva, argumentando que só há que se falar em contraditório quando é dado às partes mesma igualdade de oportunidade para provar e alegar, o que não se verifica no processo de execução. Para ele, portanto, o princípio do contraditório não tem nenhuma aplicação no processo de execução (O contraditório no processo de execução, p. 63-79). Também negando a observação do contraditório na execução, Athos Gusmão Carneiro diz: “O processo de execução pressupõe uma ‘lide sem controvérsia’, uma ‘pretensão não resistida’ na expressão camoluniana (*Sistema*, II/n. 124). Não há, por princípio, contraditório no processo de execução; o contraditório somente poderá surgir com a ação incidental de embargos, cuja iniciativa é do executado que nela assume a qualidade de autor (art. 736)” (Da Execução no novo CPC, *RePro*, n. 10, abr.-jun. 1978, p. 98). Ainda se pode citar: Humberto Theodoro Júnior, *Processo de execução*, para o qual “a execução não é de índole contraditória”, p. 390; Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, afirma: “Il carattere non contraddittorio del processo di esecuzione trova in questo la sua ragione: e non si tratta di carattere meramente formale, ma sostanziale, perché il contraddittorio è la risultante della combinazione tra azione ed eccezione, e l’eccezione esprime l’assoluta libertà del convenuto di fronte alla postulazione dell’attore, che per definizione non esiste”, p. 576; Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, p. 100; Gian Antonio Micheli, *Derecho procesal civil*, v. 3, p. 16; Ferdinando Mazzarella, Sul contraddittorio nel processo esecutivo, *Rivista di Diritto Civile*, 1979, p. 624-645.

(67) Crisanto Mandrillo estabelece que os provimentos judiciais ocorridos no decorrer da execução são ordinatórios, que não dizem respeito ao direito afirmado.

Com efeito, afirmativa de que no processo (ou fase) de execução não incide o princípio do contraditório “é, em primeiro lugar, falsa, em

Daí afirma: “In conclusione, se si tiene presente che il giudice dell’esecuzione si pronuncia secondo opportunità e non secondo diritto, appare ovvio che ciò di cui questo apparato esteriore rimane svuotato è proprio la cognizione. Non mi sembra altrettanto esatto escludere dai provvedimenti giudiziali del giudice dell’esecuzione ogni contenuto contenzioso, a meno che si voglia riferire soltanto, in questa esclusione, alle contestazioni sui diritti, ossia a quelle contestazioni alla cui soluzione è tipicamente volta la cognizione” (*L’azione esecutiva*, p. 466). Em outra oportunidade, resume seu pensamento “non c’è bisogno, almeno di regola (per un’eccezione, v. il 23), d’immediato contraddittorio davanti al giudice...” (*Corso di diritto processuale civile*, p. 13). José Frederico Marques entende, de igual modo, que o juiz somente é chamado a resolver questões que dizem respeito à ordem procedimental da execução, de sorte que estas não dizem respeito ao título executivo, dando ensejo, assim, a uma cognição apenas eventual. A discussão acerca do direito fica relegada ao plano dos embargos. Segundo o referido autor, “dentro das próprias vias executórias está presente o princípio do contraditório, com a intervenção do executado nos vários atos e fases do procedimento, para opor-se a atos e providências que possam importar em liquidação ruínosa de seus haveres e patrimônio. Por outro lado, cumpre-lhe defender-se contra medidas executórias que estendam e dilatem o raio de alcance da sanção ou da pretensão executiva que lhe está sendo imposta” (*Instituições de direito processual civil*, v. 5, p. 117). Giuseppe Tarzia é outro que defende se verificar um contraditório atenuado no processo executivo: “O processo executivo para expropriação, e, em menor escala, os processos executivos sob forma específica, aparecem, não só no que diz respeito ao seu perfil formal (*audiatu et altera pars*) mas também no que diz respeito aos seus aspectos substanciais, que o ligam ao direito constitucional de defesa, enquanto que as preocupações que o legislador expressou no art. 24, alínea 2.ª, da Constituição, encontram também tutela preventiva, pelo menos naquilo que diz respeito ao conhecimento legal da pretensão e dos atos executivos, na fase introdutória do processo e, para expropriação, na fase inicial. Mas, longe de se adaptar ao molde do processo de cognição, o contraditório executivo tem feições bastante peculiares – segundo a hipótese de trabalho que formulamos – é contraditório parcial e atenuado: parcial enquanto limitado *quoad obiectum* a alguns temas (é basta lembrar-se como estão completamente fora aqueles que dariam origem à oposição); atenuado porque se manifesta através de modos rápidos e informais num processo que tende a u a maior seriedade na atuação da sanção executiva e que conforma, consequentemente, como acontece em alguns procedimentos especiais, poderes assertivos e probatórios das partes, e providências que devem ser tomadas pelo juiz. (...) a natureza contraditória do processo executivo, nos

segundo, pernicioso para o processo e para as partes; em terceiro, ilusória, devendo ser considerada dentro da dinâmica processual,

limites adiante marcados, deve servir de guia para o intérprete para a solução de numerosos problemas que a indviduosa lacunidade do conjunto normativo pode fazer surgir e de fato faz com que surja, na aplicação das normas positivas” (O contraditório no processo executivo, *RePro*, n. 28, out.-dez. 1982, p. 84-85). Pode-se ainda lembrar as palavras de Moacyr Amaral Santos acerca do tema: “Dadas a sua função, a sua autonomia em relação ao processo de conhecimento, a natureza dos atos que nele se praticam, o processo de execução rege-se por normas próprias, pelas quais se põe em relevo a atuação do órgão de execução. Por isso mesmo, já o dissemos, nesse processo o princípio do contraditório não tem aquela amplitude com que informa o processo de conhecimento (v. n. 852, 853)” (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, n. 861, p. 223). Araken de Assis afirma (grifado): “... o credor se encontra em posição de preeminência e o devedor em situação de sujeição, diversamente do que ocorre nos domínios do processo de conhecimento, e, por isso, o equilíbrio de armas se altera, na execução, circunscrevendo a atuação do executado aos meios técnicos expressamente reconhecidos na lei – por exemplo, a nomeação de bens (art. 652, *caput*) –, assegurando-se o *contraditório* só eventualmente e por norma expressa” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, p. 3-4). Sérgio Shimura de igual modo atesta: “A respeito do *princípio do contraditório*, insta observar que, na ação de conhecimento, tal princípio se aplica de modo amplo, ao passo que na execução tal princípio existe, mas apenas sob o enfoque *eventual*. O executado é citado para cumprir a sua obrigação, e não para se defender. É verdade que pode opor *embargos*, mas estes são um processo incidental e eventual, que veicula uma ação de conhecimento, que corre em separado, mas não nos autos da execução” (*Título executivo*, p. 10). Na doutrina, referindo-se a contraditório mitigado ou eventual na execução há também: José Raimundo Gomes da Cruz, A curadoria à lide no processo de execução, *RT*, n. 528, out. 1979, p. 282-283; Francisco Fernandes de Araújo, O curador especial no processo de execução, *RePro*, n. 42, abr.-jun. 1986, p. 94-97, e Danilo Krnjnik, *A exceção de pré-executividade*, p. 74-82.

⁽⁶⁸⁾ O pioneiro a se posicionar favoravelmente à atuação irrestrita do princípio do contraditório no processo de execução foi Francesco Camelutti, segundo o qual “sarebbe un errore credere che il contraddittorio sia proprio solamente del processo di cognizione. Per correggere tale errore conviene riflettere che il contraddittorio non riguarda soltanto l'interesse delle parti; questo fornisce la spinta al contraddittorio ma non ne costituisce il fine. Il vero è che del contraddittorio ha bisogno il giudice prima ancora che le parti. Abbiamo visto, studiando il processo di cognizione, come in esso consista la garanzia più efficace della imparzialità del giudice. Non v'è alcuna ragione per ritenere che

visando sempre ao escopo a que se destina, como elemento de segurança da própria atividade estatal administradora e prestadora de jurisdição”.⁶⁹

la imparzialità del giudice conti meno per l'esecuzione che per la cognizione... (...) E *interesi rei publicae* che il debitore non sai rovinato. A tal fine há un'importanza di prim'ordine il principio: *audiatur et altera pars*. Uno dei passi avanti della scienza del processo è stato certamente quello di affermare la necessità del contraddittorio anche nel processo esecutivo e pertanto, salvo che per inizio, la bilateralità dell'azione. Il debitore è certamente, come il creditore, una parte in senso materiale; ma non gli può essere affatto negata la qualità di parte in senso processuale né deve essere sottovalutato l'apporto che l'opera sua può recare al buon esito del processo” (*Diritto e processo*, p. 296-297). Amílcar de Castro leciona: “O contraditório não se extingue no processo de conhecimento, mas projeta-se pelo processo executivo adentro, de envolta com os atos de execução. E a doutrina moderna já pôs à mostra que, na execução, os órgãos executivos são jurisdicionais, e no curso do processo executivo surgem contestações, que devem ser resolvidas, não só sobre a existência da ação executória, como ainda sobre certas medidas executivas. A cognição não se esgota com a sentença exequenda. O processo executivo é misto de cognição e execução. Tal como acontece no processo de conhecimento, na execução agem duas partes: a ação é bilateral. E o juiz continuamente encontra-se na necessidade de verificar os fatos e de apreciá-los juridicamente, pelo que o executado participa de vários modos no processo, nem sempre menos que o exequente, pois até como embargante, é autor de um processo de conhecimento incidente” (*Do procedimento de execução*, p. 79-80). José Rogério Cruz e Tucci atesta: “A despeito de ter em mira a realização das aludidas operações práticas, o processo de execução, no desenrolar de seus atos, não fica imune à dialética típica de qualquer espécie de processo” (Tutela processual do direito do executado, p. 31). Elio Fazzalari dedicou intenso estudo sobre o contraditório, elevando este instituto como característica peculiar do processo; diz: “il ‘processo’ è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliettere le loro attività”. (...) Tale struttura nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l'emanação del provvedimento); nella rilevanza delle medesime per l'autore del provvedimento: in modo che ciascun contraddittorio possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l'autore dell'atto debba tener conto dei risultati” (*Istituzioni di diritto processuale*, p. 82-83). V. também Nelson Nery Junior,

É notória a importância da incidência do princípio do contraditório na execução, haja vista que, por mais que até se considere menos visível, este processo se faz em dialética,⁷⁰ tanto assim que: 1.º) é dada, às partes, a garantia da informação sobre os atos processuais; e, 2.º) às partes também é assegurado o controle da regularidade da execução, principalmente ao executado,⁷¹ garantindo, assim, a participação efetiva e imparcial do juiz.⁷²

Princípios do processo civil na constituição federal, em especial p. 140-141; Luiz Edmundo Appel Bojunga, A exceção de pré-executividade, *RePro*, n. 55, jul.-set. 1989, p. 65-66; Romano Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, p. 83-89; Roberto Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, p. 256-257, após reconhecer as diferenças entre o processo de conhecimento e de execução ressalva: “Ciò, tuttavia, non deve indurre a ritenere che il processo di esecuzione forzata non debba svolgersi nel contraddittorio degli interessati, ché, anzi, ogniquale volta i provvedimenti del giudice siano destinati ad incidere nella loro sfera, essi devono essere previamente sentiti”; Angelo Bonsignori, *L'esecuzione forzata*, n. 15, p. 44-46. Este autor, após rebater os argumentos em sentido contrário, principalmente os de Ferdinando Mazzarella (Sul contraddittorio nel processo esecutivo), assinala: “essendo l'esecuzione forzata fornita di una struttura dialettica, consistente appunto del contraddittorio, inteso come partecipazione non solo degli autori dei singoli atti, ma anche dei destinatari degli effetti dell'atto finale alla sua preparazione, si può sostenere, che l'esecuzione forzata sai un vero e proprio processo, e non già un semplice procedimento”. Outra também não é a posição de Francesco Paolo Luiso, *Diritto processuale civile*, v. 3, p. 53-55.

⁽⁶⁹⁾ João Lacê Kuhn, *O princípio do contraditório no processo de execução*, p. 54.
⁽⁷⁰⁾ São palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “O processo de conhecimento – não exclusivamente – mas de modo mais visível que o de execução, faz-se mediante uma intensa dialética” (Ônus de contestar e o efeito da revelia, *RePro*, n. 41, jan.-mar. 1986, p. 187).

⁽⁷¹⁾ Nesse sentido, as ponderações de Marcelo Lima Guerra, *Execução forçada – Controle de admissibilidade*, p. 26-30, e de Wambier-Almeida-Talamini, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 123-124. Carlos Alberto Carmona afirma: “Inegável, pois, a existência de contraditório no processo executivo: uma vez que o executado obrigatoriamente deve ser informado sobre os atos processuais sob pena de caracterizar-se nulidade, abre-se aí a possibilidade de reação, e isto acontece desde o início do processo até seu término, abrangendo, sem exceção, todas as questões ligadas às condições da ação, aos pressupostos processuais e à regularidade do procedimento, matérias que, como se sabe, podem ser conhecidas de ofício pelo juiz” (Em torno do processo de execução, p. 17).
⁽⁷²⁾ Luiz Edmundo Appel Bojunga, A exceção de pré-executividade, *RePro*, n. 55, jul.-set. 1989, p. 65. Isto porque ao juiz, modernamente, cabe posição ativa,

Ademais, pode-se dizer superada a discussão acerca da incidência in executivis do princípio do contraditório, pois a Constituição Federal de 1988 elevou este princípio ao status de garantia fundamental, com presença obrigatória em qualquer tipo de processo.⁷³

Ao que parece, portanto, não se apresenta relevante e/ou pertinente questionar se a intensidade de verificação deste princípio na execução seria parcial ou atenuado.⁷⁴

Entende-se por contraditório, “de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”.⁷⁵

Para que o contraditório fosse restrito na execução, seria necessário existir na lei alguma limitação a essas duas finalidades: informação e reação aos atos executivos. Como não existe qualquer restrição,⁷⁶ não há por que se referir a um contraditório eventual, parcial ou atenuado.

ou seja, “a garantia constitucional do contraditório impõe-lhe a sua própria e empenhada participação, não se reduzindo à mera oferta de oportunidades participativas aos litigantes” (Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 101, p. 174). Deve o juiz, portanto, de um lado zelar pela efetividade da execução e de outro, afastar as execuções injustas.

⁽⁷³⁾ Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 102, p. 175. Paulo Henrique dos Santos Lucon ao tema afirma: “Apesar de o processo de execução apenas ter por objetivo a realização da prestação que o título faz presumir como um direito pré-reconhecido ao exequente, há nele verdadeiro contraditório, com o escopo de preparar o provimento final satisfativo através de providências instrumentais colocadas à disposição pelo legislador” (Execução, condições da ação e embargos do executado, p. 214).

⁽⁷⁴⁾ Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 102, p. 175, pondera: “Mesmo assim, permanecem as questões sobre a maneira como o contraditório incide sobre a execução, grau de intensidade, sua eventualidade que tantos afirmam –, além de ser indispensável a consciência da legitimidade dessa incidência em face do próprio modo de ser da mecânica desse processo. Eis por que, não obstante a novidade constitucional, mantêm-se o interesse pelo tema”.

⁽⁷⁵⁾ Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 133.
⁽⁷⁶⁾ A antiga redação do art. 601 do CPC continha disposição que restringia a observação do princípio do contraditório. Tratava-se da hipótese de sanção ao ato atentatório à dignidade da justiça, quando o juiz determinasse que, sendo o executado reincidente em qualquer das condutas descritas no artigo antecedente, ficaria este proibido de falar nos autos. Era o teor do referido art. 601:

O contraditório não pode ser considerado eventual somente por estar condicionado a uma posterior participação do executado – *secundum eventum defensionis*. Querer ou não participar *ativamente* no processo é uma faculdade, é ônus, o qual se vislumbra em qualquer processo, seja ele de conhecimento, de execução ou cautelar. O que realmente importa é que tenha sido observada a oportunidade para fazê-lo.⁷⁷

Sublinhe-se aqui, mais uma vez, que o grau de cognição vertical é que tem restrição na execução. Todavia, essa limitação não importa, por consequência, numa limitação do contraditório. Muito possivelmente, quem defende o contrário está confundindo cognição – especialmente do mérito – com contraditório.⁷⁸

Importa reconhecer, portanto, que o contraditório terá a intensidade vinculada ao modelo constitucionalmente traçado para o processo, não

“Se, advertido, o devedor preservar na prática de atos definidos no artigo antecedente, o juiz, por decisão, lhe proibirá que daí por diante fale nos autos. Preclusa esta decisão, é defesa ao devedor requerer, reclamar, recorrer ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for revelada a pena”.

(77) Não é demais ressaltar que o fato de algumas matérias somente podem ser alegadas em sede de embargos é problema da restrição quanto à cognição vertical. Repare-se que, no tocante ao contraditório, será o executado devidamente citado, terá a chance de nomear bens, será intimado do ato de segurança do juízo para, querendo, embargar, como também será intimado dos demais atos do processo. Humberto Theodoro Junior aponta que “A previsão desses embargos [à execução] é que permite a alguns doutores a classificação do processo executivo como ‘processo de contraditório eventual’...” (*Processo de execução*, p. 391). Como restou evidenciado, é equivocado este posicionamento, pois, mesmo que o executado não venha a embargar efetivamente, ou então se defender por qualquer outro meio, ainda assim haverá sido verificada a oportunidade para tê-lo sido feito.

(78) São as palavras de Carlos Alberto Carnmona: “Confunde-se, porém, *contraditório* com *mérito*: na execução, é verdade, não se podem mais abordar as questões de mérito previamente resolvidas. Mas o contraditório vai além da mera contestação (entendida aqui como negação, pelo devedor, do direito contra ele alegado pelo credor), abrangendo, isso sim, o *direito de reação*, bem mais amplo, de tal sorte que apenas uma espécie do gênero reação (a saber, a contestação do direito material alegado pelo credor) estaria impedida no processo executivo (a situação aqui seria de preclusão, já que a oportunidade do devedor de apresentar sua defesa de mérito ter-se-ia esgotado com o término do processo de conhecimento)” (Em torno do processo de execução, p. 17).

apresentando, em sede executiva, limitação alguma. Daí parece correto assinalar que o contraditório na execução se apresenta de forma plena – e se assim não for, o processo é nulo –, tendo as partes ampla informação e poder de reação aos atos executivos,⁷⁹ mesmo que esse momento seja posterior à realização dos atos ou das decisões e mesmo que essa reação, por vezes, também tenha restrições quanto à verticalidade da cognição.⁸⁰

2.5 Juízo de mérito na execução

Em passagem anterior deste estudo (v. 2.2, nota 45), foi aceito que, na execução, existe mérito, o que merece agora breve esclarecimento.

Pode-se dizer que se identifica o mérito de um processo consoante o que nele está sendo alvo de discussão. Delimitado esse objeto, o juiz desenvolverá a sua atividade. Diante disso, verifica-se que, no processo de conhecimento, o que se está discutindo é se o autor tem ou não o direito por ele afirmado (lide de certeza); no processo cautelar, discute-se a presença ou não de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (lide de segurança).

Na verdade, seguindo a esteira de pensamento de Enrico Tullio Liebman, o resultado dessa perspectiva seria um pouco diferente, pois, para Liebman, o objeto do processo consiste no pedido do autor.⁸¹

Decorre, dessa orientação doutrinária, a idéia de que o objeto do processo de execução se constitui na aplicação de sanção ou na realização de atividades decorrentes do conteúdo do título executivo, visto que o pedido na execução sempre objetiva um *desfecho unívoco*: satisfazer o direito do exequente.⁸²

(79) Com essa mesma posição de que o contraditório é pleno: Carlos Alberto Carnmona, Em torno do processo de execução, p. 17, e Paulo Henrique dos Santos Lucion, Execução, condições da ação e embargos do executado, p. 214.

(80) Quanto às diversas situações de contraditório na execução, v. João Lacé Kuhn, *O princípio do contraditório no processo de execução*, p. 67 e ss.

(81) Sobre o tema, confira o texto do autor O despacho saneador e o julgamento do mérito, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 126-137.

(82) A expressão em destaque, *desfecho unívoco*, é utilizada por Enrico Tullio Liebman, O despacho saneador e o julgamento do mérito, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 133; é repetida por Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, n. 43-E, p. 98, e desenvolvida por Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 89, p. 150-153.

Assim, tem-se defendido que, na execução, o objeto da discussão é a forma pela qual se concretizarão os atos executivos voltados à satisfação do direito do exequente, assim delineado pelo título executivo (*lide* de inadimplemento, insatisfação ou realização).⁸³

Como se vê, a concepção de mérito está atrelada à de *lide*, de modo que, existindo esta, haverá de existir aquela.⁸⁴

Na doutrina pátria, defendem a existência de mérito na execução: Pontes de Miranda;⁸⁵ José Frederico Marques;⁸⁶ Moacyr Amaral Santos;⁸⁷ Cândido Rangel Dinamarco;⁸⁸ Donald Armelin;⁸⁹ Marcelo Navarro

(83) Ao tema, assinala Gian Franco Ricci: "L'esercizio dell'azione esecutiva non dà luogo ad una causa, ma piuttosto ad un *procedimento*. Termine questo che appare più consono ad indicare la sequela degli atti di cui il processo esecutivo si compone e che non tendono ad un *dictum* del giudice, ma solo alla *realizzazione di un risultato materiale*" (*La connessione nel processo esecutivo*, p. 57, grifado).

(84) Nesse sentido, a explicação de Alfredo Buzaid quando da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (item 6). V. também Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Admissibilidade e mérito na execução, *RevPro*, n. 47, jul.-set. 1987, p. 33-34, e Gelson Amaro de Souza, Mérito no processo de execução, p. 255 e ss.

(85) "O processo executivo está sujeito às regras jurídicas sobre o processo de conhecimento (art. 598), de modo que a extinção pode ser sem julgamento do mérito, ou com julgamento do mérito" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XI, p. 565).

(86) "De um modo geral, os atos decisórios ordenam, regulam, determinam, corrigem, mas de forma alguma aparecem sob a forma de sentença de mérito, a não ser quando se declara extinta a execução, *ex vi* do art. 795" (*Manual de direito processual civil*, v. 4, p. 12).

(87) "Não só quando extinta a *lide* (CPC, art. 794), mas também por outros atos ou fatos jurídicos se extingue o processo de execução, com ou sem o julgamento do mérito" (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, n. 1021, p. 477).

(88) "Vem de um preconceito irracional o pensamento de que o mérito seja idéia inerente e exclusiva do processo de conhecimento, não guardando pertinência com o executivo. Esse preconceito tem origem na inadmissibilidade do julgamento da pretensão executiva, no próprio processo de execução" (O conceito de mérito em processo civil, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, p. 259).

(89) Inicialmente escreveu o autor: "Ora, se de mérito se pode falar no processo de execução corresponderá ao próprio direito do credor a ser satisfeito através de tal processo" (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, n. 56, p. 74). Em outro estudo asseverou o mesmo autor: "Assim, em todo tipo de processo, inclusive no processo de execução, onde se não existe um mérito tal como é concebido para o processo de conhecimento, há um objeto e uma

Ribeiro Dantas;⁹⁰ Araken de Assis;⁹¹ Teresa Arruda Alvim Wambier;⁹² Paulo Henrique dos Santos Lucon;⁹³ Sérgio Shimura;⁹⁴ Gelson Amaro de Souza;⁹⁵ Olavo de Oliveira Neto;⁹⁶ Rodrigo Mathews⁹⁷ e Danilo Knijnik.⁹⁸

finalidade a serem atingidos, ocorrem duas categorias básicas: a admissibilidade e a fundamentação [denominação utilizada, segundo o próprio autor, no lugar da expressão mérito], que correspondem à *suma divisio* da matéria processual" (*Embargos de terceiro*, p. 237).

(90) "Ora, se mérito é pedido, há mérito na execução, porque nele há pedido. Pedese, *in executivis*, a satisfação dos direitos do credor. Portanto, os atos praticados, no processo executório, para a satisfação desse direito, constituem o mérito na execução." Mais adiante arremata: "... há um mérito na execução: a satisfação dos direitos do credor, que é exatamente o *pedido* do executado, e constitui a *lide* nesse processo, porquanto revela um conflito entre o que ele pretende (receber o que lhe é devido) e a posição do executado (não cumprir o que deve) (Admissibilidade e mérito na execução, *RevPro*, n. 47, jul.-set. 1987, p. 34 e 36, respectivamente).

(91) "Existindo *lide* no processo executivo, ostentaria ele, por sua vez, mérito? Impõe-se a resposta positiva. 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'" (*Manual do processo de execução*, n. 476, p. 1097).

(92) "Em nosso sentir, o 'mérito' da execução é a *satisfação do credor* (o que foi *pedido*, nos moldes e nos limites em que o foi)" (*Nullidades do processo e da sentença*, p. 102, e novamente em A sentença que extingue a execução, p. 397).

(93) "No processo de execução, o mérito reside na pretensão deduzida pelo exequente na demanda inicial. A diferença é que *as questões relativas ao mérito* terão julgamento em outro processo (nos embargos, se forem opostos) e isso, em absoluto, não faz presumir que no processo de execução não haja mérito" (Execução, condições da ação e embargos do executado, p. 219).

(94) "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 através 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" (*Título executivo*, p. 63).

(95) "Parece-nos que não se pode negar a existência de mérito no processo de execução, tendo em vista que o processo somente se inicia quando existe uma *lide* e esta sempre há de corresponder ao mérito" (Mérito no processo de execução, p. 259).

(96) "Assim sendo, se mérito é sinônimo de *pedido* e se a execução apresenta *pedido*, seja imediato, seja mediato, então o mérito da execução é representado

Destarte, a atividade jurisdicional de compor o mérito do processo executivo é completamente diversa daquela realizada no processo de conhecimento, pois enquanto neste o juiz *emite um julgamento* afastando as incertezas presentes, naquele o juiz *atua na busca de um resultado prático igual ou equivalente ao cumprimento espontâneo da obrigação*, ou seja, visa à *satisfação do direito do credor*.

No entanto, ao se reconhecer que na execução existe um mérito que é composto por uma lide de inadimplemento, insatisfação ou realização, há que se reconhecer também que esta lide não se limita aos atos executivos voltados à satisfação. Isto é, há que se levar em consideração, ainda, que pode ser que o direito representado pelo título executivo não exista, o que também compõe essa lide de insatisfação.⁹⁹

Levando em conta isto é que se afirmou (v. 2.3) que no plano da cognição horizontal (extensão) a lei não impõe limites para a execução, o que implica a possibilidade de o mérito ser discutido em seu bojo, observando-se a restrição imposta por uma cognição verticalmente sumária.¹⁰⁰

pelo pedido ali formulado, que é a realização de atos de constituição na forma determinada para cada um dos procedimentos executivos previstos pela legislação” (*A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, p. 76).

(97) “Desse modo, parece-nos que o mérito ou a lide da ação executiva cinge-se à satisfação do direito de crédito, sendo impróprio falar em julgamento de mérito no processo de execução” (Impugnação do pronunciamento judicial a que alude o art. 795 do Código de Processo Civil, p. 535).

(98) “... existe mérito (porque existe pedido e existe objeto) no processo executivo” (*A exceção de pré-executividade*, p. 100).

(99) Na visão de Teori Albino Zavascki, cuja análise parte do conceito de uma norma jurídica individualizada, surge uma crise de descumprimento dessa norma jurídica concreta, relativa à execução, “porque simplesmente não se quer ou não se pode dar realização à norma concretizada”; de modo que é esta a crise que se busca solução no Estado-juiz (*Título executivo e liquidação*, p. 16).

(100) Cândido Rangel Dinamarco já havia percebido esta situação, como se vê nesta passagem: “Não havendo lugar para julgamento sobre a situação jurídico-substancial, é natural que os procedimentos executivos não ofereçam qualquer momento para a instigação a respeito. 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 fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos) não significa que mérito inexistia naquele processo” (O conceito de mérito em processo civil, *Fundamentos do*

Aliás, mesmo que sobre críticas,¹⁰¹ a redação do art. 580 do CPC abona o entendimento de que o inadimplemento possa ser objeto de discussão no próprio bojo da execução.¹⁰²

Desta forma, o mérito na execução, em face da finalidade eminentemente prática desse processo, é composto tanto pela realização de atos em prol da satisfação do exequente como pelas eventuais oposições ao inadimplemento¹⁰³ que alegue o executado, pois tudo isso delimita a atividade do juiz da execução.

2.6 A crise do processo de execução¹⁰⁴

O processo de execução está em crise por ter “deixado de corresponder ao que dele se devia esperar”.¹⁰⁵

processo civil moderno, t. 1, p. 260). Apenas não percebeu o mestre que, utilizando-se da técnica de cognição sumária e de olho nos direitos que se apresentam de forma aparente, pode este mérito ser alvo de discussão no bojo da própria execução, apenas não atingindo caráter definitivo.

(101) Confira Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 270, p. 414; Araken de Assis, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, n. 65, p. 120-121, e n. 68, p. 126-127; Teori Albino Zavascki, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, n. 2, p. 159-160, e Marcelo Lima Guerra, *Execução forçada*, p. 74-86.

(102) Maria Lúcia Medeiros reconhece essa possibilidade, embora defendendo ser o inadimplemento pressuposto processual específico da execução, motivo pelo qual pode ser objeto de exceção de pré-executividade (Execução e embargos à execução, *RePro*, n. 84, out-dez. 1996, p. 118). Confira, ainda, Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, p. 161; Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 2, p. 23, e Teori Albino Zavascki, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, n. 4, p. 162-163.

(103) Donald Arnheim há tempo já questionara: “O adimplemento *in casu* atua como condição negativa de admissibilidade ou diz respeito à extinção do direito material incorporado no título, e, pois, constitui-se matéria de ‘mérito’ na execução?” Concluindo que “sem embargo, inadimplemento diz respeito ao direito incorporado ao título” (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, n. 58, p. 76-77).

(104) Sobre o assunto, v. Luis Alberto Vieira Ruiz, Problemas actuales de la ejecución forzosa singular, *RePro*, n. 34, abr.-jun. 1984, p. 152-178; Carlos de Miguel, Últimas evoluciones en materia de ejecución forzosa singular, que diz respeito a relatório geral apresentado em Congresso Internacional de Direito Processual Civil, Wüzburg – Alemanha, 1983, *RePro*, n. 36, out.-dez. 1984, p. 185-231; Donald Arnheim, Crise do processo de execução, *Ciência Jurídica*, n. 54, p.

Na verdade, a crise do processo de execução é uma, entre várias, que assola o processo como um todo.¹⁰⁶ Como antes já se frisou, a tutela jurisdicional tem hoje novo significado, donde o que realmente interessa é que se verifique um justo processo, cuja *efetividade* seja seu lema e seu próprio fim, como é o hodierno anseio da sociedade.

Diversas são as causas da crise no processo executivo,¹⁰⁷ entre elas: (I) a excessiva demora na prestação da tutela jurisdicional a favor de quem já possui um título executivo¹⁰⁸ – a “certeza” do direito; (II) a

11-18, nov.-dez. 1993; J. J. Calmon de Passos, A crise do processo de execução, *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides Mendonça de Lima*, p. 185-203; Egas D. Moniz de Aragão, Efetividade do processo de execução, *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides Mendonça de Lima*, p. 127-141; Rogéria Fagundes Doti, A crise do processo de execução, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 2, maio-ago. 1996, p. 373-394; Giuseppe Tarzia, Problemas atuais da execução forçada, *RePro*, n. 90, abr.-jun. 1998, p. 68-84; e Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 424-429.

(106) J. J. Calmon de Passos, A crise do processo de execução, *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides Mendonça de Lima*, p. 185.

(107) Neste aspecto, importantes as observações de Donaldo Arnelin: “Tal crise, embora refletindo apenas um aspecto setorial concernente à prestação jurisdicional como um todo, repercuta mais intensamente no plano social, na medida em que acaba por frustrar expectativas de satisfação de um direito já reconhecido judicialmente ou aparentemente albergado em um documento ao qual o sistema assegura o poder de acionar a via executiva, porque em tese incorpora um direito certo e líquido. Essa crise não é nova. Apenas se torna mais aguda na medida em que a sociedade paulatinamente exige soluções mais rápidas para os conflitos de interesses emergentes da heterogeneidade de seus elementos e das respectivas aspirações” (Aponamentos sobre o direito de defesa na execução forçada, p. 122).

(108) Araken de Assis assim resume: “... compreende-se melhor a crise da função executiva: os procedimentos são pouco conhecidos, sequer estudados nos cursos de graduação em direito; a estrutura legislativa é deficiente; os processualistas se mostraram indiferentes, por largo período, a esta rica e inexplorada província do processo civil; e as medidas executivas, instituídas no estatuto processual pátrio, beiraram à obsolescência” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, p. 4-5).

(109) O mesmo Donaldo Arnelin ainda sustenta: “A demora na satisfação dos direitos, aos quais o sistema assegura a via executiva, pode, inclusive, repercutir mais intensamente na economia, considerando-se que provoca a imobilização, por

mais tempo do que seria razoável, de contingentes financeiros que são esterilizados na pendência do processo executivo, com reais prejuízos para as atividades produtivas carentes de capitais para seu desenvolvimento. Esse fenômeno detrimental para a sociedade como um todo, tem propiciado, no decorrer dos últimos anos, o surgimento de opções mais radicais para a sua solução. Seja através da criminalização de certas condutas, que normalmente implicavam apenas infrações civis *lato sensu*, seja mediante institucionalização de formas extrajudiciais de se obter mais rapidamente a satisfação de direitos vulnerados” (Aponamentos sobre o direito de defesa na execução forçada, p. 122).

(109) Por exemplo, a ineficácia do modelo traçado para a execução de sentença, como antes já salientado. Além desse, pode-se referir ao modelo da execução provisória (CPC, art. 588), especialmente pelos limites ali impostos. Críticas ao sistema da execução provisória v. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 184 e ss. Mais recentemente, v. Cássio Scarpinella Bueno, *Execução provisória e antecipação da tutela*, Saraiva, 1999.

(110) Nesse aspecto, a lição de Michele Taruffo: “É sempre mais evidente, de fato, que a eficácia da tutela jurisdicional em geral, e a própria existência dos *novos direitos* que vão enriquecendo o catálogo das situações protegidas estão extremamente condicionados pela estrutura e pela operatividade dos sistemas da tutela executiva” (A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos, *RePro*, n. 59, p. 73). Note-se que não só novos direitos – que antes não existissem – merecem a operacionalidade da tutela executiva. Na verdade, diante da efetividade da tutela jurisdicional estar relacionada a bem atender os diversos tipos de direitos substancialmente protegidos, exige-se que a tutela executiva, que atua no mundo empírico, esteja apta a proporcionar a concretude – plena, efetiva e adequada – desses direitos.

(111) A diversidade de bens e formas de investimento hoje possíveis aumentou a dificuldade de conhecê-los. Em outras palavras, o patrimônio não se apresenta mais relativamente identificável, estável e apreensível (basicamente imóveis, portanto) como antes. Atualmente, a fortuna se constitui de forma abstrata e, ao mesmo tempo, mais discreta e através de mais bens móveis, o que dificulta sua caçada (J. J. Calmon de Passos, A crise do processo de execução, *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides Mendonça de Lima*, p. 195).

desativadas etc.); (V) o fato de que ser devedor não é mais vergonha e não pagar os débitos não é mais um sinal de desonra;¹¹² (VI) os males do próprio processo de conhecimento, que acabam viciando, também, a via executiva.¹¹³

Os obstáculos à efetividade da tutela executiva são, como se percebe, ou postos pela própria ordem jurídica, ou têm natureza fática (social, econômica, cultural). Os primeiros podem ser revisitos e acomodados para viabilizarem, então, o fim a que se destina. Daí, aliás, a tendência de se incluírem, cada vez mais no ordenamento jurídico, instrumentos que se traduzam em *efetiva satisfação do credor* sem a necessidade de instauração de um processo de execução. Por sua vez, os últimos obstáculos são quase intransponíveis, haja vista que, por meio do direito formal, é praticamente impossível corrigi-los.

A dura constatação dessa realidade, às vezes frustrante, só faz ressaltar a importância sensível da atividade jurisdicional ora em foco, ou seja, que execução quer significar *realização concreta do direito*.

Todavia, a crise do processo de execução não está e não se dá somente em detrimento do credor, como sói parecer.

Se é verdade que a sociedade passa por intensas modificações advindas com o *fenômeno das massas* – o que tem implicado a verificação de *novos direitos* e no abandono do denominado sistema clássico –, não menos verdadeira é a constatação de que, cada vez mais, são criados mecanismos de abusos, donde possível estar o processo, em especial o de execução, sendo utilizado com indesejada finalidade.

Há, indubitavelmente, na sociedade atual, um sensível aumento das práticas abusivas (comerciais, principalmente), cujas situações impli-

(112) J. J. Calmon de Passos, *A crise do processo de execução, O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides Mendonça de Lima*, p. 194; e Leonardo Greco, *O processo de execução*, v. 1, p. 5. Ambos fazendo referência à comunicação feita pelo professor Roger Perrot, da Universidade de Paris. Note-se não causar estranheza o fato de que nem os próprios credores alimentam expectativas quanto a receber tudo o que lhes é devido.

(113) J. J. Calmon de Passos: “A crise da execução, portanto, tem origem na própria cognição, que a precede. Cognição imperfeita, demorada, inadequada significa execução imperfeita, demorada, inadequada” (A crise do processo de execução, *O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides Mendonça de Lima*, p. 191).

cam um acesso facilitado (direto) à via executiva,¹¹⁴ acarretando, com isso, transtornos indevidos e até ilegítimos para a esfera patrimonial de um elevado número de pessoas.¹¹⁵

De modo que, cancelado pelo primado de que o exequente tem uma posição de preeminência à qual o executado está sujeito, realizam-se atos de execução forçada contra o patrimônio do executado, sem que este tenha condições para poder impedi-los ou subtrair-se a eles.¹¹⁶

Daí o alerta da melhor doutrina: “O desejo de atribuir maior efetividade à execução não pode ser causa de menosprezo à igualdade das partes e ao devido processo. Seja no caso das execuções que ocorrem extrajudicialmente, seja no das que acontecem no processo judicial, os litigantes não podem ser privados das garantias que a Constituição outorga. Não se alcança a efetividade do processo com o sacrifício de direitos”.¹¹⁷

A *crise*, naquilo que não pode ser debelada, deve ser administrada. Isto importa, mesmo diante das dificuldades, em buscar a efetividade do processo que, no caso da execução, significa propiciar a atuação no mundo dos fatos de modo tão completo e oportuno quanto o devedor viesse a cumprir espontaneamente o título; ou, no insucesso desta, numa atividade equivalente ao resultado prático que lhe era devido.¹¹⁸ Tudo

(114) Não é demais ressaltar, como faz Donaldo Armelin, que uma das técnicas preconizadas pela doutrina, como forma de eliminar as consequências danosas de um processo demorado (dano marginal), foi a ampliação do elenco dos títulos executivos extrajudiciais. Isto é, dispensada a ação condenatória para formar o título executivo, a execução se inicia desde logo, com sensível redução de tempo e de despesas processuais (Títulos executivos extrajudiciais, p. 30). Ora, reflexo negativo dessa técnica é o uso abusivo e ilegítimo do processo executivo.

(115) Tal observação, por sua vez, não implica aceitar que deveria ser aceito, então, que a cognição devesse preceder a execução, justamente a evitar os males decorrentes do abuso de direito.

(116) V. o n. 18 da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973.

(117) Egas D. Moniz de Aragão, *A efetividade do processo de execução, O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides Mendonça de Lima*, p. 136.

(118) Leonardo Greco, *A execução e a efetividade do processo, RePro*, n. 94, abr.-jun. 1999, p. 34-66. Quanto ao resultado prático equivalente, Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, p. 45-48, considerando a lição de Calmon de

isso, entretanto, resguardado o exercício do direito de defesa por parte do executado. Somente havendo a interação desses fenômenos (meios executórios e defesa do executado) é que se poderá falar em *efetividade do processo de execução*.¹¹⁹

2.7 Execução injusta

A preocupação de evitar as chamadas execuções injustas já vem desde os tempos romanos, remontando àquela época a indispensabilidade da prévia cognição – axioma da *nulla executio sine titulo* (CPC, art. 583).¹²⁰

A razão de ser desta preocupação – e por consequência desse predicado do art. 583 do CPC¹²¹ – está no fato de que a via executiva permite ao credor, imperativamente por atos do Estado, adentrar ao patrimônio do devedor e dele retirar a satisfação do seu direito. Logo, diante dos inúmeros reflexos causados pela atividade executiva, deve ela estar em consonância com as normas previstas para esse fim.

Passos, assinala que não se trata de considerar possível proporcionar algo “qualitativamente diverso daquilo que corresponde à tutela específica”, mas sim consiste naquele resultado cuja obtenção corresponde à própria tutela específica. A diferença entre *tutela específica* e *resultado prático equivalente* está nos meios coercitivos utilizados, a primeira se faz através de medidas coercitivas; enquanto a última se faz através de meios sub-rogatórios.

(119) Para que isso se verifique concorrem, então, no mínimo dois fatores: bons intérpretes e aplicadores de um lado e boa qualidade da lei de outro. Egas D. Moniz de Aragão, *A efetividade do processo de execução, O processo de execução – Estudos em homenagem ao Professor Alcides Mendonça de Lima*, p. 130-131.

(120) Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 19, p. 53. O autor ainda cita outras atitudes existentes à época para evitar as execuções injustas, a saber: tinha o devedor o *tempus iudicati*, prazo de trinta dias (depois, sessenta), para conseguir o numerário suficiente à satisfação do credor; podia o devedor rebelar-se e alegar nulidade da sentença ou pagamento posterior a ela.

(121) Sobre o tema, leciona Teori Albino Zavascki: “Segundo o art. 583, o título executivo é a ‘base’ da execução. Base é tudo quanto serve de fundamento ou apoio. É o alicerce das edificações. Não se pode ‘construir’ uma execução forçada senão sobre o ‘alicerce’ delimitado pelo título executivo. A imagem de Camelotus tem significado semelhante: o título é como o projeto de que se utiliza o mestre de obras para executar a construção do edifício. Seja ‘alicerce’, seja ‘projeto’, o certo é que no título executivo encontra-se o resultado a que deve atender a execução” (*Título executivo e liquidação*, p. 59).

Nisto se justifica a afirmação de que “A execução será justa só enquanto feita para satisfazer direito legalmente adquirido, ao qual, sem motivo legítimo, o devedor deixa de dar a devida satisfação”.¹²²

Porém, não se apresenta ainda claro na doutrina se a qualidade de *(in)justa* atribuída à execução forçada encontra fundamento no direito substancial relacionado ao título executivo (se o direito existe é justa a execução; se não existe o direito, é injusta) ou nos atos executivos – no direito processual, portanto – decorrentes do poder executivo (se os atos executivos estão de acordo com as normas processuais, é justa a execução; se não obedecerem as normas processuais, é injusta).

É certo que, apesar de o credor estar munido de um título executivo – condição necessária para promover a competente ação executiva¹²³ –, daí não resulta a certeza, efetiva (real), de que a obrigação nele representada exista no momento da propositura da ação,¹²⁴ o que é mais freqüentemente verificável quando o título executivo for extrajudicial.¹²⁵ Ou em outras palavras: a existência do título executivo não importa a existência do direito nele consubstanciado.

Tomando como base esse fato, há quem defenda que, quando o exequente não tenha realmente o direito constante do título executivo que fundamenta a ação executiva, observar-se-á, neste caso, uma forma de uso abusivo e ilegal do título executivo, que caracterizará a execução como sendo injusta, pois visará o *exequente conseguir um fim contrário ao direito*.¹²⁶

(122) Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, p. 8.

(123) Segundo Rosenberg, citado por Humberto Theodoro Junior, o título executivo tem triplice função: 1.º) de autorizar a execução; 2.º) a de definir o fim a que se destina a execução; e 3.º) a de fixar os limites da execução (*Execução – Direito processual ao vivo*, v. 5, p. 163).

(124) Sérgio Shimura, ao analisar a característica de *certeza* inerente aos títulos executivos (CPC, art. 586 e art. 618, I), leciona: “Na verdade, não se pode falar em existência do *crédito*, como requisito para executar. Nem o mais idôneo dos títulos executivos – a sentença civil condenatória passada em julgado – seria capaz de atestar a existência do *crédito* no momento da execução” (*Título executivo*, p. 136).

(125) A execução de sentença pode ser considerada injusta, pois a relação jurídica substancial pode ter-se modificado posteriormente à formação da coisa julgada; ou porque fundada em título diverso da sentença exequianda (Edson Ribas Malachini, *Questões sobre a execução e os embargos do devedor*, p. 175-176, citando posição de José Alberto dos Reis).

(126) José Maria Gonçalves Sampaio, *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*, p. 327. O mesmo autor ainda esclarece: “A execução é

Portanto, não se justificaria o emprego da força de império do Estado – através de atos executivos – quando não houvesse razão para assim proceder.¹²⁷

De outro lado, diante da atividade executiva decorrer do poder executivo do Estado que, para ser acionado, precisa tão-só da existência de um título executivo, pode-se falar que a legitimidade ou ilegitimidade da atividade executiva depende exclusivamente da estreita aplicação das normas que disciplinam o poder executivo, isto é, da aplicação das normas processuais. Assim considerando, a expressão *execução forçada injusta* diz respeito a procedimento executório que excede aos

injusta se não desempenha a finalidade própria do processo executivo (a realização efectiva do direito), quer dando realização efectiva a direito que não existe ou que não existe nas condições de ser realizado, quer negando efectivação a direito existente" (ob. cit., p. 327-328). Francesco Carnelutti assinala que a "execução é justa ou injusta conforme se deva ou não se deva proceder a ela segundo o direito; pode também ser parcialmente justa ou injusta se, ainda quando se deva proceder a ela, o objeto desta deva ser menor" e arremata, "a injustiça da execução compreende, então, além do caso da execução *sem título* ou *contra o título*, também o da execução *fora do título*, fórmula com a qual se quer denotar a hipótese de execução por uma obrigação extinta ou impedida por fatos posteriores à formação do título" (*Instituições do processo civil*, v. 3, n. 810, p. 164). Segundo Cândido Rangel Dinamarco: "Só nos embargos à execução é que se pronunciará sobre a 'justiça ou injustiça' da execução, ou seja, é lá que ele dirá se o exequente é realmente, ou não é, titular do direito que alega" (O conceito de mérito em processo civil, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. 1, p. 259). José Alberto dos Reis se refere à execução a serviço de um credor aparente e diz: "O processo de execução, em vez de ser posto ao serviço do *direito* de crédito, pode funcionar como instrumento de extorsão e violência em benefício dum portador do título executivo que não é verdadeiramente credor" (*Processo de execução*, v. 1, p. 57). A não-existência do direito também parece ser o ponto marcante para Edoardo Garbagnati classificar a execução como injusta (*Esecuzione ingiusta e ripetizione dell' indebito*, p. 509-516).

(127) Observa Olavo de Oliveira Neto que a posição de vantagem que o ordenamento confere ao exequente em relação ao executado pode ser problemática frente à efetividade da tutela jurisdicional. Ele diz: "Aqui, mais do que nunca, transparece o caráter de injustiça que decorre das execuções infundadas, submetendo o executado a atos de constrição, emanados de uma atividade preponderantemente fundada no poder de *imperium* do Estado, para satisfazer direito que não assiste ao exequente" (*A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, p. 103).

limites traçados pelo título executivo, correspondendo a uma coação arbitrária contra os bens do devedor,¹²⁸ ou, de outro lado, aquela em que os atos executórios se perfazem de forma contrária ao interesse do credor.¹²⁹

Não parece difícil compreender que seria um contra-senso qualificar negativamente atos processuais (*in casu*, executivos) em virtude de normas jurídicas substanciais, visto que não são essas que lhes dão origem.¹³⁰ Logo, tal adjetivo deve recair não sobre os atos executivos considerados em si mesmos, mas sim sobre os efeitos substanciais que venham a ser eventualmente produzidos a partir da atividade executiva. A atividade executiva, oxalá de toda legítima – em consonância com as normas processuais –, pode determinar, fora do processo executivo, ordens substancialmente injustificadas ou relações jurídicas desconformes à aplicação das normas materiais.¹³¹

A íntima relação existente entre a concretude do direito material e os atos executivos é a causa da aparente complexidade que o tema possa ostentar.

De maneira geral, pode-se dizer que reconhecer uma execução como injusta é constatar "o eterno problema da falta de correspondência, no campo do direito, entre os *meios* e os *fins*, entre o que a ordem jurídica quer e o que afinal *realiza*, falta de correspondência que não é senão uma das revelações da falibilidade e imperfeição humana".¹³²

Destarte, duas são as hipóteses em que a execução é tida como *injusta*, quando: (1) mesmo que os atos executivos tenham observado estritamente as normas processuais, não exista o direito consubstanciado no título executivo, visto que de forma evidente terá sido proporcionado efeitos substancialmente injustos na esfera patrimonial do executado;¹³³

(128) José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 117, n. 24.

(129) Para Francesco Carnelutti, "a execução é regular ou irregular, congruente ou incongruente, conforme se desenvolva com observância ou com inobservância das regras da lei ou da experiência" (*Instituições do processo civil*, v. 3, n. 810, p. 164).

(130) Mauro Bove, *L'esecuzione forzata ingiusta*, p. 51-52.

(131) Idem, *ibidem*, p. 52.

(132) José Alberto dos Reis, *Processo de execução*, v. 1, p. 61.

(133) Sendo essa a utilização mais freqüente da expressão *execução injusta* pela doutrina.

(II) independentemente da existência do direito representado pelo título executivo, a execução não respeitar as normas processuais, pois, aí, restará ofendido o princípio do devido processo legal.¹³⁴

Diante das diferentes situações, para distingui-las também na denominação, poder-se-ia classificar a primeira como *execução substancialmente injusta* ou *execução de reflexos substanciais injustos*; e a segunda, de *execução formalmente injusta* ou *execução de atos executivos ilegítimos*.

Como forma de minimizar as aventuras judiciárias tendentes a obter no plano executivo aquilo que não é devido, apregoa a doutrina¹³⁵ a necessidade de se dar maior operatividade ao comando do art. 574 do CPC, que contempla o direito do executado ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes da execução de obrigação inexistente.¹³⁶ Também aconselhável a maior utilização das sanções previstas no art. 1.531 do CC, as quais visam inibir as tentativas de enriquecimento indevido através da tutela jurisdicional, entre elas a executiva; assim como as regras previstas nos arts. 17 e 18 do CPC, destinadas ao litigante de má-fé.

- (134) Neste caso, é mais comum observar a expressão significando a execução que excede os limites traçados pelo título executivo, onerando em demasia o patrimônio do devedor (CPC, art. 620). Numa passagem da obra de Enrico Tullio Liebman, verifica-se: "Partindo da asserção de que um ato não se pode considerar, na unidade do ordenamento jurídico, a um tempo legítimo e ilegítimo, Godschmidt supõe haver possivelmente, com sua distinção, a coexistência da ilegitimidade da execução materialmente injustificada com a validade dos atos do órgão executivo, vinculado à obrigatoriedade da ordem de serviço" (*Embargos do executado – Oposições de mérito no processo de execução*, p. 125). Note-se, com isso, que a eficácia abstrata do título executivo permite serem os atos executivos legítimos, mesmo não havendo o direito executando.
- (135) V. Donald Armelin, *Crise no processo de execução*, *Ciência Jurídica*, n. 54, p. 17-18, nov.-dez. 1993.
- (136) Sobre a responsabilidade do exequente, v. J. J. Calmon de Passos, *Responsabilidade do exequente no novo Código de Processo Civil*, *Revista Forense*, n. 246, p. 167-171, abr.-jun. 1974; Donald Armelin, *Responsabilidade objetiva no Código de Processo Civil*, p. 100-108, e Edson Ribas Malachini, *Questões sobre a execução e os embargos do devedor*, p. 174-197.

A DEFESA DO EXECUTADO

SUMÁRIO: 3.1 A tutela em favor do executado – 3.2 O duelo: direito do credor à execução x direito de defesa do executado – 3.3 A defesa do executado – 3.4 As formas de o executado opor-se à execução – 3.5 Da defesa endoprocessual: exceção de pré-executividade – 3.6 Da defesa incidental: embargos à execução – 3.7 Da defesa heterotópica: ações autônomas e prejudiciais à execução.

3.1 A tutela em favor do executado

A espécie descrita no art. 570 do CPC¹ por si só seria suficiente para demonstrar que o processo se presta, também, para tutelar direito do devedor. No entanto, essa mesma tutela se verifica nas situações em que a iniciativa processual parta do próprio credor.

Destarte, se de um lado o credor, em busca da satisfação de seu direito, dispõe do instrumento consubstanciado no processo de execução, não pode ser olvidado que, do outro, deve ser resguardado, ao devedor, o devido processo legal, em toda a sua dimensão, propiciando-lhe também uma tutela ao seu contra-direito, ou, então, evitando situação mais gravosa àquela que ele devesse suportar.²

- (1) Maiores considerações sobre essa previsão legal, v. 5.3.
- (2) José Rogério Cruz e Tucci, *Tutela processual do direito do executado*, p. 29-30. No mesmo sentido, assinala Flávio Luiz Yarshell: "A admissão de que há tutela jurisdicional também em favor do vencido – quer pelos meios ofertados ao longo do processo, quer com base no respectivo resultado – impõe a revisão de alguns postulados válidos para premissa diversa. No processo de execução, por exemplo, passa a ser coerente a admissão de autêntica tutela em favor também do executado, sem que para isso seja preciso recorrer à idéia de embargos do devedor" (*Tutela jurisdicional*, p. 36). Na doutrina italiana,