

Leonardo Greco

Professor Titular de Direito Processual Civil da  
Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, da Universidade Gama Filho e do  
Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de  
Campos.

# Estudos de Direito Processual

Coleção José do Patrocínio

**J**

*Campos dos Goytacazes, RJ*



Capa: Gilberto Ribeiro Viana  
Diagramação: Janaina Toledo  
Ficha Catalográfica: Daniélly Monteiro  
(CRB7 011/05)

G791e Greco, Leonardo.  
Estudos de direito processual / Leonardo Greco. - Campos dos Goytacazes : Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.  
622 p. ; 21 cm. - (Coleção José do Patrocínio; v. 1)  
ISBN 85-87612-07-7  
I. Processo civil. I. Título.  
CDD 347

Campos dos Goytacazes, RJ



Rua Tenente Coronel Cardoso, 349 - Centro - Campos dos Goytacazes, RJ  
Tel.: (22) 2101.3350  
www.fdc.br

## SUMÁRIO

A Crise do Processo de Execução	07
A Revolução Tecnológica e o Processo	89
Exceção de Pré-Executividade na Execução Fiscal	111
Execução de Liminar em Sede de Mandado de Segurança	131
O Valor da Causa e as Custas Iniciais no Mandado de Segurança	175
O Acesso ao Direito e à Justiça	197
Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo	225
A Falência do Sistema de Recursos	287
Execução nas Ações Cíveis Públicas	317
A Prova no Processo Civil: do Código de 1.973 ao Novo Código Civil	357
Um Difícil Mister	393
Novas Súmulas do STF e Alguns Reflexos sobre o Mandado de Segurança	401
O Conceito de Prova	423
A Tutela Jurisdicional Internacional dos interesses Coletivos	471
A Defesa na Execução Imediata	495

Tutela Jurisdicional Específica	513
O Princípio do Contraditório	541
Ainda a Coisa Julgada Inconstitucional	557
A Reforma do Poder Judiciário e o Acesso à Justiça	583

## APRESENTAÇÃO

Com freqüência alunos e amigos me pedem os textos dos meus estudos, publicados em diversos periódicos, muitos dos quais, especialmente os acadêmicos, vão se tornando de difícil acesso com o passar dos anos.

Daí a idéia de reuni-los num único volume que possa, igualmente, facilitar mais adequada compreensão das idéias básicas que têm inspirado a minha reflexão sobre o Direito Processual Civil nos últimos cinco anos, complementando, assim, o conteúdo dos meus livros sobre a execução, a teoria da ação e a jurisdição voluntária.

A publicação destes Estudos pela Editora da Faculdade de Direito de Campos tem também um motivo especial. A Faculdade, cujo curso de mestrado ocasionalmente coordeno, decidiu encetar um projeto editorial, que inclui a publicação de obras de professores e alunos, com a finalidade de facilitar o acesso ao mercado de obras representativas da produção acadêmica da instituição.

O presente livro é o primeiro dessa série, batizada de "Coleção José do Patrocínio" que deverá ter seqüência em breve com a publicação de algumas dissertações de mestrado defendidas na instituição e um livro de estudos de vários autores sobre Direito Ambiental.

Os presentes estudos preservam os textos divulgados à época em que foram escritos. A única exceção é o estudo sobre a Coisa Julgada Inconstitucional, que foi atualizado para incorporar observações relativas a novos trabalhos sobre o tema que vieram a lume após a primeira publicação.

Agradeço à Faculdade de Direito de Campos pela publicação.

Campos dos Goytacazes, 18 de setembro de 2005

LEONARDO GRECO

## A CRISE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO\*

### 1. As causas da crise

O Direito Processual Civil está hoje na berlinda, questionado por todos quanto à sua eficácia, como instrumento apto a assegurar a tutela jurisdicional dos direitos dos cidadãos.

E no Processo Civil talvez não haja setor mais criticado pela sua ineficiência do que o Processo de Execução.

ROGER PERROT,<sup>1</sup> na França, e CALMON DE PASSOS,<sup>2</sup> entre nós, são alguns dos grandes juristas de nossa época que têm dedicado estudos e reflexões sobre a crise da Execução.

Alguns fatores são frequentemente apontados como causadores dessa situação, como, por exemplo:

1) o excesso de processos: nos grandes centros o crescimento da máquina judiciária não acompanhou a expansão do número de litígios, decorrente primordialmente da democratização do acesso ao crédito;

2) o custo e a morosidade da Justiça: já desfalcado pelo inadimplemento do devedor, o credor ainda tem de arcar com o adiantamento das despesas do processo de execução e de eventual liquidação, vendo arrastar-se a

\* Palestra proferida em 12/6/2000 na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, no Seminário "Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem a Lopes da Costa."

<sup>1</sup>Roger Perrot, *L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, dezembro 1985, p. 852.

<sup>2</sup>J.J.Calmon de Passos, *A Crise do Processo de Execução*, in O Processo de Execução - Estudos em homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima, Vários Autores, Sergio Fabris, Porto Alegre, 1995, p. 191 e 192.

marcha dos atos executórios, facilmente retardada por atos procrastinatórios do devedor;

3) a inadequação dos procedimentos executórios: o juiz da execução, prisioneiro de ritos que o distanciam das partes e da realidade da vida, impulsiona sem qualquer apetite a execução, conduzindo-a ao sabor dos ventos das provocações impacientes do credor e das costumeiras procrastinações do devedor;

4) a ineficácia das coações processuais: o devedor não colabora com a execução e os meios de pressão que a lei estabelece não são suficientes para intimidá-lo;

5) um novo ambiente econômico e sociológico: o espírito empresarial e a sociedade de consumo estimulam o endividamento das pessoas e o inadimplemento das obrigações pelo devedor deixou de ser vexatório e reprovável, o que multiplica as ações de cobrança e execuções, através das quais o sujeito passivo ainda usufrui vantagens, às custas do credor;

6) a progressiva volatilização dos bens: mudou inteiramente o perfil patrimonial das pessoas, antes concentrado em bens de raiz, e agora tendencialmente dirigido a investimentos em títulos e valores facilmente negociáveis, o que dificulta a sua localização pelo credor.

## 2. Características da execução

Qualquer tentativa de equacionamento dessa crise, exige que se observem as características de que deve revestir-se a atividade executória.

Primeiramente, é preciso ressaltar que a atividade jurisdicional na execução é inteiramente diversa daquela que o juiz exerce no processo de conhecimento: pouco tem de intelectual; é atividade preponderantemente prática, que atua e modifica o mundo exterior, lidando com pessoas e bens do mundo real, no qual os valores e interesses se apresentam em constante mutação.

No exercício dessa atividade, as decisões que o juiz deve adotar não são ditadas por critérios de estrita legalidade, muito menos pela simples subsunção dos fatos à lei, mas por juízos de conveniência e oportunidade, que mais se assemelham às de um operador do mercado, do que às de um jurista.

Também como processo, a execução difere profundamente do processo de conhecimento, sendo inteiramente inadequado tentar aplicar-lhe a teoria geral naquele inspirada.

Ainda como processo, a execução não é simplesmente uma relação jurídica entre duas partes, mas dela participam em posições subjetivas específicas muitos outros sujeitos, titulares de interesses próprios, como o arrematante e os credores concorrentes.

## 3. Escopos da modernização da execução

Reconhecidas essas características, o desafio que a execução apresenta aos juristas do nosso tempo é o de abandonar uma atitude meramente contemplativa e conformista de sistematização exegética do ordenamento existente, em busca de novos paradigmas que sirvam de fundamentos para construção de um novo sistema normativo, para que num futuro não distante a execução se torne instrumento efetivo e célere da mais ampla satisfação de qualquer tipo de crédito, com a menor onerosidade possível para o devedor, sempre assegurado o respeito integral às garantias processuais dos direitos fundamentais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

#### 4. Medidas concretas

Ao terminar as pesquisas que realizei nos últimos três anos, com a colaboração de vários alunos, no Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, a respeito da reforma do processo de execução, sinto-me animado a submeter à comunidade acadêmica uma série de sugestões, no intuito exclusivo de contribuir para o debate que me parece indispensável para que se concretize um efetivo projeto de reforma.

##### 4.1. A descentralização dos atos executórios

O juiz sentenciador não tem vocação para executor. Afinal, a atividade prática a ser desenvolvida na execução pouco ou nada tem em comum com o julgamento de litígios com fundamento em conhecimentos jurídicos.

A experiência francesa dos *sergents du roi* rompeu a tradição romano-germânica da execução *per officium iudicis* e transferiu para um auxiliar da justiça as funções de escolha dos bens a serem penhorados, efetivação da penhora, avaliação e arrematação, bem como a execução das obrigações de fazer materialmente infungíveis, reservando ao juiz apenas o papel de rever ou anular os seus atos, por provocação de qualquer interessado.

Por influência do Código de Napoleão, também na Itália<sup>3</sup> e na Alemanha, a execução passou a ser conduzida

<sup>3</sup>Giuseppe Tarzia (*Problemas atuais da execução forçada*, in Revista de Processo, ano 23, nº90, abril-junho de 1998, p. 68 e ss.), relatando a última proposta de reforma orgânica do Código de Processo Civil italiano, apresentada ao Ministro da Justiça em 1996, menciona que a proposta sugere uma intervenção ainda menor do juiz na execução (p. 79): "Entendemos que o juiz da execução deve intervir somente em alguns momentos do processo, nos quais a sua função não pode ser eliminada, devendo transformar-se, de resto, em um juiz de incidentes, de questões que surjam durante a execução, e dos embargos à execução, do devedor ou de terceiros, bem como das demais oposições aos atos executivos."

pelo oficial de justiça (*ufficiale giudiziario*, *Gerichtsvollziher*, *huissier*), provocado pelo exequente, intervindo o juiz somente depois de consumada a agressão ao patrimônio do executado ou se tiver ocorrido algum incidente. A execução dirigida pessoalmente pelo juiz ficou restrita nesses países exclusivamente às de obrigações de fazer.

No Direito Norte-americano, apesar de a execução iniciar-se por ordem do juiz, os atos executórios são praticados por um funcionário que goza de bastante autonomia, normalmente o *sheriff*, que não apenas efetua a penhora, mas também se encarrega de alienar os bens penhorados em leilão público.<sup>4</sup>

Ora, ainda que o juiz togado venha a conservar a direção da execução comum, existem certas execuções específicas que precisam ser confiadas a profissionais ou instituições competentes, altamente especializados, que vigiem e orientem o cumprimento do preceito, o que ocorre, por exemplo, em muitas obrigações de fazer ou de não fazer, que precisam ser fiscalizadas em caráter permanente.

O Direito Norte-americano, diante dos direitos emergentes (meio-ambiente, consumidor, interesses difusos e coletivos) vem ampliando as execuções específicas, através da sub-rogação de um terceiro. Ao invés de confiar a execução da sentença ao obrigado, confia-a a terceiros que, operando como auxiliares da Justiça, executam diretamente ou supervisionam a execução por outras pessoas das atividades necessárias para cumprir a sentença, como o *receiver*, o *master*, o *administrator* e as *committees*,<sup>5</sup> figuras previstas nas regras 57 e 70 das *Federal Rules of Civil Procedure*.<sup>6</sup>

<sup>4</sup>Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 2ª ed., 1993, West Publishing, St. Paul, p.709 e ss..

<sup>5</sup>Michele Taruffo, *A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos*, *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 59, ano 15, julho-setembro 1990, p.75.

<sup>6</sup>Taruffo, *ob. e loc. cit.*, p. 76.

Conforme MICHELE TARUFFO, existe nos Estados Unidos uma discricionariedade criativa das Cortes na escolha do instrumento executivo para assegurar a mais eficaz atuação do direito substancial (*specific performance* preferencialmente às perdas e danos).<sup>7</sup>

O juiz deve deixar de ser o condutor principal da execução, na qual preponderam atividades práticas e negociais, inteiramente alheias ao seu perfil profissional, facultando a lei processual que a organização judiciária venha a atribuir a determinado auxiliar da justiça, ou até mesmo a um particular, as funções de escolha dos bens a serem penhorados, efetivação da penhora, avaliação e arrematação, bem como a execução das obrigações de fazer materialmente infungíveis, sob a supervisão juiz, ao qual poderão recorrer quaisquer interessados, pedindo a revisão ou anulação desse atos.

#### 4.2. A localização dos bens do devedor

Um dos maiores obstáculos à eficácia da execução é a dificuldade de localização dos bens do devedor.

Quase todos os sistemas processuais modernos procuram ressaltar a importância do dever do executado de informar onde se encontram os bens sobre os quais irão recair os atos coativos, sob pena de sanções pesadas, entre as quais a prisão, adotada nos Estados Unidos e na Alemanha.

Na França, cabe ao Ministério Público apurar o paradeiro dos bens do devedor, por provocação do juiz ou do oficial de justiça.

ROGER PERROT, na França, sustenta<sup>8</sup> que é preciso ajudar o vencedor na procura do devedor e dos seus bens. O Estado tem o dever de oferecer ao credor todas as informações sobre o patrimônio do devedor.

<sup>7</sup>Taruffo, ob. e loc. cit., p. 78.

<sup>8</sup>Roger Perrot, ob.cit., p. 849.

Pela Lei 91-650, ao Procurador da República recorre o *Huissier de Justice* para obter informações sobre o devedor, contas bancárias etc.

Na Alemanha, através do *juramento de manifestação* (ZPO, § 807), o devedor é convocado para uma audiência pessoal, na qual é obrigado a fornecer informações sobre os seus bens, sob pena de prisão até 6 meses.

No Direito Inglês, as coações vão até a prisão do devedor, através do *contempt of court*. O devedor é chamado para informar oralmente os seus bens e apresentar documentos.

Nos Estados Unidos, o credor dispõe da *discovery*, podendo exigir que o devedor ou 3º preste informações, sob pena de *contempt of court*.<sup>9</sup>

Outro remédio, semelhante ao *juramento de manifestação* alemão, pode ser sintetizado da forma seguinte: comprovado que o *sheriff* não localizou os bens do devedor, será este submetido a inquirição sob juramento (*examination under oath*) para revelar a localização dos seus bens e indicar as propriedades que desapareceram ou foram transferidas.<sup>10</sup>

Na Espanha, a partir da lei de 6 de agosto de 1984, a falta de indicação de bens suficientes pelo devedor permite ao juiz, a requerimento do exequente, investigar a situação patrimonial do devedor, através de ofícios a todo tipo de Registros Públicos, organismos públicos e instituições financeiras, para que enviem a relação de bens do devedor de que tenham conhecimento (LEC de 1881, art.1455; LEC de 2000, art.591).

No Uruguai o devedor pode ser preso, por prazo não superior a 48 horas, para a entrega de elementos necessários que possibilitem a execução.<sup>11</sup>

<sup>9</sup>Luigi Paolo Comoglio, *L'individuazione dei beni da pignorare*, Rivista di Diritto Processuale, Padova, CEDAM, ano XLVII, janeiro-março 1992, p. 83.

<sup>10</sup>Friedenthal, Kane e Miller, ob.cit., p. 715.

<sup>11</sup>Luis Alberto Viera, *La ejecución forzada en el C.G.P.*, in Curso sobre el Código General del Proceso, por Enrique Vescovi e outros, tomo II, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 3ª reimpressão, março de 1992, p.151.

Existe também a figura da penhora genérica, a requerimento do credor (art.380.2, inciso 4 do CGP), que se assemelha a um arresto ou bloqueio de quaisquer bens presentes e futuros de natureza imóvel, naves, aeronaves, automóveis, e do estabelecimento comercial, até que devidamente identificados, sejam então objeto de penhora concreta e passem a ensejar o prosseguimento dos atos executórios.<sup>12</sup>

Esse bloqueio ou indisponibilidade genérica existe no Brasil somente em favor da Fazenda Pública, através da medida cautelar fiscal instituída pela Lei 8.397, de 1992.

Penso que a reforma deveria estabelecer que, citado o devedor para pagar ou nomear bens à penhora e não o fazendo, decretaria o juiz de imediato o arresto e a consequente indisponibilidade de todos os seus bens, mediante comunicação às Corregedorias de Justiça, ao Banco Central e demais órgãos públicos ou privados responsáveis pelo registro da propriedade ou pelo depósito de bens de terceiros.

Ademais, o artigo 601 precisa ser emendado para expressamente prever, entre as sanções pela prática de atos atentatórios à dignidade da justiça, a multa pecuniária diária, a busca e apreensão, mesmo de bens impenhoráveis, a remoção de pessoas ou coisas, o desfazimento de obras, a proibição de qualquer atividade, com a requisição, se necessário, da força policial.

A prisão, como coação processual, embora remanesça em algumas leis especiais, como a Lei de Falências (art.35), e mesmo admitida pela jurisprudência em certas hipóteses, como a do contrato de alienação fiduciária,<sup>13</sup> deve ser examinada com mais profundidade.

<sup>12</sup> Luis Maria Simon, *Ejecución de sentencia de condena a pagar sumas de dinero*, in Curso sobre el Código General del Proceso, por Enrique Vescovi e outros, tomo II, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 3ª reimpressão, março de 1992, p. 160.

<sup>13</sup>V. Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Saraiva, São Paulo, 29ª ed., 1998, nota 8 ao art.902, p. 632.

MARCELO LIMA GUERRA, em trabalho recente, invocando lição de PONTES DE MIRANDA, a defende, incluindo-a entre os meios de apoio do § 5º do artigo 461.<sup>14</sup>

Por outro lado, a proibição constitucional de prisão por dívida, salvo a do devedor de pensão alimentícia e do depositário infiel, reforçada com a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, parece excluí-la, o que, por si só, não aconselha seja a medida cogitada sem análise mais cuidadosa.

### 4.3. Desestímulo aos atos protelatórios

Especialmente na execução, a prática de atos protelatórios constitui a mais frequente vulneração do princípio da lealdade.

Os atos procrastinatórios estão juridicamente sancionados pela litigância de má fé e pelos atos atentatórios à dignidade da justiça (artigos 14 a 18, 600 e 601 do Código de Processo Civil).

Todavia, não se pode alimentar a ilusão de que o juiz brasileiro aplique sanções à litigância de má fé ou aos atos atentatórios à dignidade da justiça, pois isso comprometeria a aura de tolerância, que todos nós nos acostumamos a exortar como uma das mais elevadas virtudes do magistrado.

Além disso, a sanção ao litigante de má fé sempre soaria como uma descabida censura do juiz à conduta do advogado, que definiu a estratégia defensiva do seu cliente.

Na França, tanto o juiz da causa, quanto o juiz da execução, podem, mesmo de ofício, ordenar uma *astreinte* para assegurar a execução da decisão (art.33 da Lei 91-650).

<sup>14</sup>Marcelo Lima Guerra, *Execução Indireta*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 242 a 246.

A jurisprudência, desde 1990, tem admitido *astreintes* nas obrigações que têm por objeto o pagamento de somas em dinheiro.<sup>15</sup>

Segundo VINCENT e PREVAULT essa condenação, pela ameaça que impõe ao devedor através da acumulação das somas a pagar, exerce uma coação eficaz sobre o devedor.<sup>16</sup>

O valor diário ou mensal da cominação é arbitrariamente fixado pelo juiz, sem relação necessária com o prejuízo sofrido pelo credor.<sup>17</sup>

Seu prazo de duração é ilimitado.

Dependendo da maneira como o devedor se comporta em face da *astreinte*, ela pode ser elevada, reduzida ou suprimida.

Quando ela atinge o seu fim ou quando o cumprimento da obrigação se torna impossível, a *astreinte* é liquidada.<sup>18</sup>

No Uruguai as *astricciones* são muitas pecuniárias para assegurar o cumprimento de qualquer decisão, que revertem em benefício de um Fundo Judicial administrado pela Suprema Corte, salvo na execução de obrigação de fazer, em que beneficiário é o próprio exequente.<sup>19</sup>

A pedido da parte ou de ofício, o tribunal poderá a qualquer tempo aumentar, moderar ou suprimir a cominação.

<sup>15</sup>Roger Perrot, *La coercizione per dissuasione nel Diritto Francese*, in *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, ano LI, nº 3, julho a setembro de 1996, p. 665.

<sup>16</sup>Jean Vincent et Jacques Prévault, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, Paris, 18ª ed., 1995, p. 26.

<sup>17</sup>Segundo Jean Debeaurain (*Voies d'Exécution*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1995, p. 84), tratando-se de uma medida cominatória, há geralmente interesse de fixá-la em cifra elevada, cuja finalidade é impressionar o devedor.

<sup>18</sup>Jean Vincent et Jacques Prevault, *ob. e loc. cit.*

<sup>19</sup>Luis Alberto Viera, *La ejecución forzada en el C.G.P.*, in *Curso sobre el Código General del Proceso*, por Enrique Vescovi e outros, tomo II, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 3ª reimpressão, março de 1992, p. 150.

Na Espanha, a sentença líquida vence juros anuais, em favor do credor, dois pontos acima dos juros legais (LEC de 2000, art.576).

No Brasil, nós já tivemos, até época recente, juros compostos no processo trabalhista, que eram bastante eficazes para desestimular condutas procrastinatórias do devedor e induzi-lo a colaborar para o rápido desfecho do feito, sob pena de ver a sua dívida se avolumar rapidamente.

Creio que essa medida deva ser cogitada no Brasil, pois, entre outras vantagens, ela depende apenas da lei, não ficando condicionada a qualquer juízo de valor do magistrado a respeito da conduta da parte.

Quanto às *astreintes*, muitas pecuniárias diárias, parece-me que, sem prejuízo das regras sobre a litigância de má fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça, a lei deveria obrigar o juiz a fixá-las também nas sentenças condenatórias a prestações pecuniárias e a outras obrigações de dar, e no despacho inicial das execuções de títulos extrajudiciais correspondentes a essas espécies de prestações, como já estabelece hoje em relação às obrigações de fazer e de não fazer (artigos 644 e 645), se fracassados os demais meios coativos.<sup>20</sup>

Aliás, quanto às obrigações de dar coisa diferente de dinheiro, essa é a solução da Lei dos Juizados Especiais (art.52-V).

Quanto à procrastinação por inércia do exequente, muito comum, especialmente nas execuções da Fazenda Pública, deveria ser sancionada com a automática extinção do processo a paralisação da execução por mais de 90 dias, independentemente de qualquer intimação.

<sup>20</sup>V. Ada Pellegrini Grinover, *Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e não Fazer*, in *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira, ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 251 e ss.

#### 4.4. Oralidade

A excelência da oralidade é inigualável no plano da cognição aprofundada e completa sobre os fatos e as provas.<sup>21</sup> E é justamente nesse plano, pois a atividade do juiz na execução é eminentemente prática, que a oralidade é imperiosa.

Nenhum outro ato oferecerá ao juiz elementos de convicção mais seguros e completos para a seleção das providências concretas a serem determinadas no processo de execução, do que uma audiência oral.

Por outro lado, a audiência oral é uma exigência humanitária decorrente do princípio da participação democrática, como instrumento ideal para que as partes possam influir eficazmente na elaboração das decisões pelo juiz, através do diálogo direto e espontâneo que instaura.

Por isso, ainda que, quantitativamente, possa existir na execução um número maior de atos escritos, as decisões mais graves de intervenção na esfera de liberdade patrimonial do devedor, as providências cruciais devem ser antecedidas de audiência oral.

As partes podem dispensar essa oportunidade de contacto imediato com o juiz, mas se uma delas a requerer, não pode o juiz recusá-la.

É verdade que nenhum procedimento executório prevê a realização de audiência oral, em que as partes possam livremente e em conjunto dialogar com o juiz. Existem apenas atos orais com finalidade específica, como a hasta pública (CPC, art.686), a audiência para a abertura e julgamento das propostas de execução de obrigação de fazer (art.634, § 3º) e a audiência entre os credores concorrentes à adjudicação para produção de provas (art.712).

<sup>21</sup>Mauro Cappelletti, *Procédure orale et Procédure écrite*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 88; Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 419.

Mas confere a lei ao juiz o poder de, em qualquer momento do processo, “determinar o comparecimento das partes” (CPC, art.599-I), poder esse que o juiz deve exercitar nesses momentos decisivos, *ex-officio* ou a requerimento de qualquer dos contendores.

Esse poder, de que o juiz brasileiro faz pouco uso, não é suficiente.

E quanto à identidade física do juiz, hoje totalmente desvirtuada no próprio processo de conhecimento pela redação absurda que a Lei 8.637/93 deu ao artigo 132 do Código de Processo Civil, parece-me indispensável a sua extensão ao processo de execução.<sup>22</sup> Já em 1938, Machado Guimarães (*O Processo Oral e o Processo Escrito*, in *O Processo Oral*, ed. Forense, 1940, pág.23) lançava este protesto, que lamentavelmente, não teve até hoje qualquer ressonância: “O princípio da identidade física do juiz, essencial ao processo oral, é difícilimo de se conseguir entre nós. Basta o exemplo do Distrito Federal, onde os magistrados são verdadeiros nômades, que vivem a passear do cível para o crime, e deste para o Tribunal de Apelação, numa contradansa interminável.

Não consigo compreender como em sistema como o nosso, de tradição ibérica, em que toda a condução do processo de execução é confiada ao próprio juiz e não a um outro sujeito auxiliar, com o poder de administração que o juiz pessoalmente exerce sobre parte ou a totalidade do patrimônio do devedor, adotando ele próprio as principais deliberações a respeito da escolha dos bens, do modo mais adequado e econômico de utilizá-los para propiciar

<sup>22</sup>Já em 1938, Machado Guimarães (*O Processo Oral e o Processo Escrito*, in *O Processo Oral*, ed. Forense, 1940, p. 23) lançava este protesto, que lamentavelmente, não teve até hoje qualquer ressonância: “O princípio da identidade física do juiz, essencial ao processo oral, é difícilimo de se conseguir entre nós. Basta o exemplo do Distrito Federal, onde os magistrados são verdadeiros nômades, que vivem a passear do cível para o crime, e deste para o Tribunal de Apelação, numa contradansa interminável. É este um problema de organização judiciária, que precisa ser resolvido concomitantemente com a reforma do processo.”

a satisfação do credor, que o juiz que adote essas providências não se vincule pessoalmente a dar sequência a essa série de atos, pois somente ele, e mais ninguém, pode concluir essa tarefa que exige permanente consciência da utilidade que cada ato intermediário deverá ter na consecução do objetivo final.

O processo de execução que passa de mão em mão burocratiza o juiz, descompromissando-o da busca perseverante dos resultados almejados e transformando-o em instrumento dócil da chicana e dos incidentes procrastinatórios.

Na execução coletiva, o juiz é auxiliado por um administrador. Mas na execução individual, o administrador geral é ele próprio.

A oralidade na execução ainda está por ser construída, embora as garantias constitucionais do processo e as que decorrem da adesão do Brasil a instrumentos humanitários como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos imponham, pelo menos em parte, a sua observância desde logo.

Para isso, será necessário que os atos culminantes de invasão estatal na liberdade e no patrimônio do devedor sejam sopesados e deliberados em audiências orais.

Aqui não se trata de priorizar a celeridade, mas de priorizar a qualidade da administração da Justiça e de assegurar na execução a prática efetiva daquele diálogo humano, indispensável para garantir a plena efetividade do princípio da participação democrática.

Todos os procedimentos executórios deverão ser revistos para a necessária introdução de audiências orais.

Ou se descentraliza a prática dos atos de invasão e de administração patrimonial a um auxiliar qualificado, como acima proposto, ou a instauração de audiências orais e a identidade física do juiz devem tornar-se uma realidade no processo de execução.

#### 4.5. Competência

Na competência reside uma das maiores deficiências do processo de execução brasileiro, a merecer estudos e propostas que, num futuro próximo, possam contribuir para equacioná-la.

Se a primeira finalidade das regras de distribuição da competência é a racionalização da administração da justiça, para que ela seja exercida com eficiência, parece lógico que a lei deveria determinar que a execução se processasse no juízo da área geográfica na qual devam ser praticados os atos executórios.

A execução é uma atividade prática, que incide sobre pessoas e bens. Onde se encontram essas pessoas, se a execução depende das suas ações humanas, ou onde se encontram os bens, se a execução depende da sua entrega, da sua transformação em dinheiro ou da sua rentabilidade, deveria correr a execução.

Ademais, se, no sistema ibérico por nós adotado, o processo de execução é conduzido diretamente pelo juiz, que toma pessoalmente todas as decisões de caráter negocial relativas à administração do patrimônio do devedor para satisfazer o credor, pelo menos nas grandes comarcas, a atividade executória deveria ser privativa de um ou mais juízos especializados, já que é profundamente diverso o trabalho do juiz no processo de conhecimento e no processo de execução.

O juiz, que acumula os dois tipos de jurisdição e que se vê premido pelo excesso de trabalho, tende a relegar a condução da execução a segundo plano, reduzindo-a a simples atividade burocrática. Com isso, a execução se retarda, desumaniza-se, torna-se presa fácil de incidentes que a desviam do seu fim e de manobras procrastinatórias, com as quais se beneficia indevidamente o devedor.

Nem sempre foi assim e assim não é em outros países.

Na vigência das Ordenações Filipinas, embora a execução da sentença coubesse sempre ao juiz de primeiro grau, não havia vinculação ao juízo que havia proferido a decisão e a competência territorial era normalmente a do foro do domicílio do Executado.<sup>23</sup>

Na Itália, a competência em razão da matéria na execução forçada é do pretor na entrega de coisa, na expropriação de coisas móveis e nas obrigações de fazer e de não fazer; e do tribunal de 1º grau na expropriação de imóveis (art.16 do Código de Processo Civil). A competência territorial é do juízo da situação dos bens, se a execução recair sobre coisas móveis ou imóveis; do juízo do lugar da residência do terceiro devedor, se a execução incidir sobre créditos; e do juízo do lugar onde a obrigação deva ser cumprida, nas obrigações de fazer e de não fazer (art.26).

Na Alemanha, a execução é da competência territorial do juízo da área geográfica onde devam ser praticados os atos executórios (ZPO, § 764). Essa competência é absoluta (§ 802). Na execução imobiliária a competência é do juízo da situação do imóvel (§ 865). Em razão da matéria, independentemente de qual tenha sido o órgão que proferiu a sentença exequenda, a execução é da competência do *Amtsgericht*, um juízo monocrático especializado.<sup>24</sup>

No Direito Francês, a Lei 91-650, de 9 de julho de 1991, instituiu como juiz da execução o magistrado presidente do tribunal de grande instância, jurisdição colegiada de 1º grau, que pode delegar essa atribuição a um ou mais juízes desse tribunal.<sup>25</sup>

<sup>23</sup>Pereira e Souza, Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, acomodadas ao Fôro do Brazil por Augusto Teixeira de Freitas, Typographia Perseverança, Rio de Janeiro, 1879, tomo III, p. 12/14.

<sup>24</sup>Leo Rosenberg, Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo III, EJE, Buenos Aires, 1955, p. 63; Hans Brox/Wolf-D. Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Carl Heymanns Verlag, Bonn, 1996, 5ª ed., p. 11.

<sup>25</sup>Código de Organização Judiciária, Art.L.311-12.1.

O tribunal de grande instância territorialmente competente para a execução é, à escolha do credor, o do foro da residência do devedor ou o do lugar do cumprimento da sentença, sendo essas regras de ordem pública.<sup>26</sup>

A execução, como a jurisdição cautelar, precisa ser ágil, estar bem próxima das pessoas e dos bens que pretende alcançar e, para isso, deve desprender-se do processo de conhecimento de que se originou e com o qual tem em comum apenas o título executivo.

Quem vive o cotidiano forense, conhece as agruras sofridas pelo exequente, quando os bens estão no todo ou em parte em comarca diversa daquela em que correu o processo de conhecimento.

A lei brasileira deveria ser alterada para que as regras de competência territorial aplicáveis à execução deixassem de ser as do processo de conhecimento, adotando-se regras próprias, para que a execução se processasse na localidade onde devam ser praticados os atos executórios.

#### 4.6. Limitação das impenhorabilidades

Na impenhorabilidade dos salários e vencimentos dos empregados e funcionários, salvo para o pagamento de pensão alimentícia, há evidente exagero do legislador brasileiro.

Esse exagero já havia sido apontado por JOSÉ ALBERTO DOS REIS que, referindo-se ao Código brasileiro de 1939, assim se pronunciou:<sup>27</sup>

“O sistema brasileiro parece-nos inaceitável. Não se compreende que fiquem inteiramente isentos os

<sup>26</sup>Decreto nº 92-755, de 31 de julho de 1992, arts.9 e 10.

<sup>27</sup>Processo de Execução, Coimbra Editora, 1985, Reimpressão, vol.1º, p. 384.

vencimentos e soldos, por mais elevados que sejam. Há aqui um desequilíbrio manifesto entre o interesse do credor e o do devedor; permite-se a este que continue a manter o seu teor de vida, que não sofra restrições algumas no seu conforto e nas suas comodidades, apesar de não pagar aos credores as dívidas que contraiu.”

Na Alemanha, a impenhorabilidade dos vencimentos é limitada no tempo até o próximo pagamento, e na quantidade porque alcança apenas uma parte da remuneração, não a totalidade.

Na França, a impenhorabilidade dos salários é parcial (Código de Trabalho, art.145-2).

Na a, a remuneração está excluída da penhora apenas até o limite do salário mínimo interprofissional (LEC de 1881, art.1449; LEC de 2000, art.607.1).

Em Portugal, somente 1/3 dos salários, aposentadorias ou pensões são impenhoráveis (CPC, art.824º).

Nos Estados Unidos pode ser penhorada parte de salários (*wage garnishment*). A corte discricionariamente define a parte deles que é impenhorável.<sup>28</sup> Há uma lei federal que limita esse desconto, determinando que o devedor permaneça com 75% de seu salário líquido ou 30 vezes o salário mínimo horário, o que for maior.

Essas informações sobre o tratamento dado à impenhorabilidade da remuneração em outros países são suficientes para demonstrar a necessidade de aprimoramento do inciso IV do artigo 649, cuja redação atual excede exageradamente a proteção legítima do mínimo de

<sup>28</sup>Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 2ª ed., 1993, West Publishing, St. Paul, p. 713.

sobrevivência condigna do devedor, em detrimento dos seus credores.

Antes mesmo dessa reforma, parece-me indispensável sujeitar essa norma pelo menos a um limite temporal, sem o qual ela constituirá instrumento abusivo de um iníquo privilégio em favor do devedor, para considerar que a impenhorabilidade de toda a remuneração, somente perdura no mês da percepção. Tal como a lei estabelece o limite de um mês para os alimentos e combustíveis (inciso II), aqui também esse limite se impõe. Até a percepção da remuneração do mês seguinte, toda a remuneração mensal é impenhorável e pode ser consumida pelo devedor, para manter padrão de vida compatível com o produto do seu trabalho.

Mas a parte da remuneração que não for utilizada em cada mês, por exceder as necessidades de sustento suas e de sua família, será penhorável como qualquer outro bem do seu patrimônio.<sup>29</sup>

Para JOSÉ DE MOURA ROCHA,<sup>30</sup> essa impenhorabilidade abrange as indenizações e gratificações trabalhistas e o FGTS.

O inciso VI do art.649 torna impenhoráveis todos os instrumentos de trabalho do devedor, necessários ou úteis, o que constitui injusto privilégio.

Na Alemanha, os instrumentos de trabalho muito valiosos podem ser trocados por outros de menor valor (*Austauschpfändung*), para que sobre aqueles possa incidir a penhora.<sup>31</sup>

Na França, nenhuma impenhorabilidade prejudica a cobrança do crédito do fabricante ou vendedor do bem, e também daquele que emprestou dinheiro ao devedor para

<sup>29</sup>José Maria Gonçalves Sampaio (*A Acção Executiva e a Problemática das Execuções Injustas*, Edições Cosmos, Livraria Arco-Iris, Lisboa, 1992, p. 161), citando Castro Mendes, leciona que as economias, mesmo provenientes de vencimento, são penhoráveis.

<sup>30</sup>José de Moura Rocha, *Sistemática do novo Processo de Execução*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p. 309.

<sup>31</sup>ZPO, § 811a.

a sua aquisição, salvo se o bem for indispensável a deficiente ou destinado aos cuidados de pessoa doente.<sup>32</sup>

Em Portugal, são penhoráveis os instrumentos de trabalho para pagamento de sua aquisição ou reparo, ou como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial.

No Uruguai os instrumentos de trabalho podem ser penhorados se dados em penhor para garantir a sua aquisição.<sup>33</sup>

Creio que esta última limitação deve também ser reconhecida no Direito Brasileiro. Com efeito, as impenhorabilidades instrumentais são instituídas em benefício do interesse do devedor e são por este disponíveis. Se o devedor voluntariamente deu o bem em penhor, abriu mão da sua impenhorabilidade. Essa é a regra prevista para a hipoteca do imóvel residencial (Lei 8.009/90, art.3º-V), que, por identidade de razões, deve ser adotada no penhor dos instrumentos de trabalho.

Por outro lado, atenderia melhor à busca de equilíbrio entre os interesses do exequente e do executado a penhorabilidade dos instrumentos de trabalho, não prevista na lei brasileira, para pagamento de sua aquisição ou reparo.

A regra do inciso VI do artigo 649 exige que o exercício da profissão seja atual; que o devedor seja a própria pessoa física que exerce a profissão, e não pessoa jurídica na qual profissionais atuem; que, havendo vários instrumentos ou utensílios com as mesmas características, a impenhorabilidade fique restrita a um número razoável deles.<sup>34</sup>

A necessidade ou utilidade do instrumento de trabalho exige o emprego efetivo, não meramente

<sup>32</sup>Arts.41 e 42 da Lei 91-650.

<sup>33</sup>CGP, art.381.

<sup>34</sup>José Alberto dos Reis, ob.cit., vol.1, p. 379; Araken de Assis, Manual do Processo de Execução, Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ª ed., 1997, p. 330.

potencial, do objeto no exercício da profissão. Por isso, não me parece beneficiada pela exclusão do inciso VI do artigo 649 toda a biblioteca do advogado, que, a par de exercer a profissão, tornou-se um bibliófilo, colecionando obras raras cuja consulta ou leitura são essencialmente um entretenimento.

Por profissão deve entender-se a atividade laborativa que presta algum serviço ou cria algum produto a ser utilizado por outrem, que a pessoa física exerça como meio de sobrevivência, não de lazer.

São os instrumentos necessários ou úteis para assegurar a sobrevivência do devedor que a lei protege com a impenhorabilidade.

É também a preservação do mínimo de sobrevivência condigna do devedor que justifica as impenhorabilidades dos incisos VII, IX e X do artigo 649; e a continuidade da produção ou da obra, a do inciso VIII.

Em muitos países existe a impenhorabilidade de certos utensílios domésticos, estritamente necessários à manutenção da vida familiar.<sup>35</sup>

O Código brasileiro de 1973 não previu essa impenhorabilidade, provavelmente atento à crítica que JOSÉ ALBERTO DOS REIS dirigira ao nosso Código de 39, que a estendia a quaisquer utensílios domésticos, ainda que simplesmente úteis.

Com a Lei 8.009/90, foi restabelecida genericamente a impenhorabilidade dos móveis quitados que guarnecem a casa, salvo obras de arte e adornos suntuosos, o que, mais uma vez institui iníquo privilégio em favor do devedor.

<sup>35</sup>Na Itália roupas de cama, camas, mesas, refrigerador, estufas, fogões, armários, guarda-roupas, lavadora, utensílios de casa e de cozinha e o respectivo móvel (CPC, art.514); na Alemanha camas, utensílios caseiros e de cozinha, fogões e chaminés (ZPO, § 811); na França cama, roupa branca, objetos necessários à limpeza da casa, utensílios para o preparo, conservação e consumo dos alimentos, aparelhos de calefação, mesa e cadeiras para refeição, um móvel para vestuário e roupa de cama e outro para utensílios domésticos, uma máquina de lavar roupa (Decreto 92-755, art.39).

A jurisprudência tem espancado os mais flagrantes exageros na aplicação desse dispositivo, embora adotando um critério de necessidade excessivamente elástico, pois abrange até mesmo instrumentos de lazer, como a televisão<sup>36</sup> ou o teclado musical.

A principal impenhorabilidade da Lei 8.009, entretanto, é a do imóvel residencial, próprio do casal, dos filhos ou da entidade familiar, que nele residam, típica do Direito Norte-americano (*homestead*), que preserva a moradia própria do devedor em detrimento do interesse dos seus credores.

Apesar das exceções a essa impenhorabilidade, prescritas no artigo 3º da lei específica,<sup>37</sup> a meu ver essa disposição protege indevidamente o devedor, permitindo-lhe manter padrão elevado de vida familiar e reter patrimônio imobilizado em detrimento do pagamento do seu credor.

#### 4.7. Fraude de execução

O Regulamento 737 de 1850, que disciplinou o processo das causas comerciais, criou entre nós o instituto da fraude de execução, que comina de ineficácia a alienação de bem objeto de ação fundada em direito real e a alienação ou oneração de bens na pendência de ação capaz de reduzir o devedor à insolvência ou se já insolvente o devedor, de tal modo que, embora fora do patrimônio do executado, esse bem pode ser atingido pelos atos executórios independentemente de qualquer outra ação

<sup>36</sup>Theotônio Negrão, Código de Processo Civil, nota 2 e ao artigo 649, pág.518.

<sup>37</sup>Créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias, crédito decorrente de financiamento destinado à construção do imóvel, crédito de pensão alimentícia, impostos, taxas e contribuições incidentes sobre o imóvel, execução hipotecária do imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, fiança em contrato de locação.

tendente a reconhecer o vício do ato de disposição praticado pelo devedor.

Compreende-se facilmente o que inspirou aquele Regulamento com tal inovação, que se harmonizava perfeitamente com a extrema severidade por ele dispensada à repressão das diversas figuras de fraude no comércio, às quais impôs em inúmeros casos a pena de prisão.<sup>38</sup>

O que me parece seguramente surpreendente é que, desde então, ou seja, após 1850, a fraude de execução tenha passado do processo comercial para o processo civil, atravessado os períodos de elaboração e vigência dos códigos estaduais, do Código de 1939 e do Código de 1973, sem um questionamento mais firme a respeito da necessidade da sua sobrevivência e da compatibilidade das regras que a disciplinam com as garantias fundamentais do processo civil, constitucionalmente adotadas entre nós.

Com efeito, a garantia constitucional do devido processo legal, reconhecida no inciso LIV do artigo 5º da Constituição não autoriza que o adquirente venha a sofrer a expropriação judicial de bem do seu patrimônio, sem que esse prejuízo patrimonial tenha decorrido de sentença em processo cognitivo em que lhe tenham sido assegurados o contraditório e a ampla defesa (Constituição, art. 5º, inciso LV).<sup>39</sup>

Atento ao problema, mas cético quanto ao alcance da cláusula do *due process of law*, ARAKEN DE ASSIS<sup>40</sup>

<sup>38</sup>V. o meu O Processo de Execução, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, volume I, nota 91 ao item 1.4.

<sup>39</sup>Humberto Theodoro Júnior (A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal, Aide Editora, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1987, p. 60) identifica claramente no *devido processo legal* três instrumentos do direito processual constitucional, em matéria civil, já sistematizados de maneira indiscutível: o juiz natural, o direito de defesa e a adequação das formalidades essenciais do procedimento.

<sup>40</sup>Ob. cit., p. 356.

sustenta que “o adquirente ou o beneficiário do ato reputado fraudulento merecerá a oportunidade de arrazoar acerca da existência da fraude e da pretendida sujeição de seus bens ao processo. Só depois disto o juiz poderá determinar a penhora.”

O processo de execução não é apropriado para assegurar ao alienante e ao adquirente as garantias do *devido processo legal*. Simplesmente ser ouvido de modo sumário e incidental, não basta. Sob pena de vulneração da Constituição, os bens alienados ou onerados em fraude de execução não poderão ser alcançados pelos atos executórios expropriatórios enquanto não transitar em julgado sentença em ação direta destinada a declarar a ineficácia de tais atos de disposição, proferida em processo de conhecimento em que ao alienante e ao adquirente tenha sido concretamente assegurada a mais ampla possibilidade de influir eficazmente nessa decisão, não apenas sendo ouvidos, mas requerendo, alegando e provando tudo aquilo que for pertinente para livrar o bem da incidência dos atos executórios.

Para que a exigência do *devido processo legal* não se transforme em estímulo à fraude por parte do devedor, a incidência de medidas cautelares sobre esses bens pode impedir ou dificultar os atos de alienação ou de oneração na pendência de ações contra ele movidas.

O que não é aceitável, do ponto de vista humanitário, é que o adquirente, que muitas vezes não sabia da existência de ação contra o devedor, ou porque em curso em foro diverso daquele em que celebrada a escritura ou registrado o imóvel, ou porque, por falha cartorária tão comum entre nós, não foi devidamente anotada no registro competente a distribuição de tal ação, venha a ser privado dos seus bens antes de que em regular processo de conhecimento tenha tido ampla possibilidade de demonstrar a inexistência de fraude e a eficácia da alienação ou oneração, mesmo em relação ao credor exequente.

O *devido processo legal* constitucionalmente assegurado há de ser prévio. Por isso, não o resguarda de modo satisfatório a possibilidade que a lei oferece ao adquirente de alegar e provar o seu direito através dos subsequentes embargos de terceiro.

Definida em processo próprio a ineficácia da alienação ou oneração do bem e a sua sujeitabilidade aos atos executórios em benefício do credor-exequente, deve a execução ser movida conjuntamente contra o devedor e o adquirente do bem garantindo o processo a este último todas as prerrogativas inerentes ao sujeito passivo da execução, a fim de que os atos executórios atinjam o seu patrimônio do modo menos oneroso possível.

Por isso, o Direito Português somente permite a penhora de bens de terceiro “desde que a execução tenha sido movida contra ele” (Código de Processo Civil, art. 821º).

MANDRIOLI, no Direito Italiano, referindo-se à penhora de bens de terceiro proprietário, por alienação fraudulenta declarada ineficaz em ação revocatória, expõe a posição que esse terceiro assume no processo de execução, que me parece inteiramente aplicável às nossas hipóteses de fraude de execução:<sup>41</sup> o terceiro torna-se parte no sentido de sujeito passivo da execução. O título executivo e o preceito são notificados ao devedor e ao terceiro. O preceito deve fazer precisa menção do bem do terceiro que se pretende expropriar (CPC, art.603) e enuncia claramente que todos os atos de expropriação se cumprem “*nei confronti del terzo, al quale si applicano tutte le disposizioni relative al debitore*” exceto a proibição de arrematar o bem expropriado (art. 604, 1º parágrafo); e toda vez em que seja prevista a audição do devedor, deve ser ouvido também o terceiro (art. 604, 2º parágrafo). O

<sup>41</sup>Crisanto Mandrioli, Corso di Diritto Processuale Civile, vol. III, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, 12ª ed, p. 122. No mesmo sentido, v. Luigi Montesano e Giovanni Arieta, Diritto Processuale Civile, vol.III, G. Giappichelli Editore, Torino, 2ª ed., 1998, p. 122.

devedor é um sujeito passivo puramente formal, enquanto o terceiro é o verdadeiro sujeito passivo da expropriação.

Fique claro que o entendimento aqui exposto não pretende retirar do Direito Brasileiro o tratamento especialmente mais severo por ele conferido à fraude de execução, em relação à fraude contra credores, mas apenas expungir dessa severidade, apesar do interesse público frequentemente apontado como sua justificativa, aquilo que ofende as garantias mínimas de respeito à dignidade humana do adquirente.

#### 4.8. O título executivo e o devido processo legal

O título executivo é uma garantia de proteção da liberdade humana contra o arbítrio da autoridade,<sup>42</sup> pois sujeita a invasão da esfera de liberdade pessoal e patrimonial do devedor pelo juiz às hipóteses rigorosamente previstas em lei, que devem restringir-se às condenações judiciais resultantes de processos de conhecimento regulares, às confissões de dívida e outros títulos taxativamente instituídos pelo legislador.

Para que essa garantia seja eficaz, é necessário que as condenações judiciais exequíveis resultem de sentenças ou outras decisões proferidas em processos em que tenham sido previa e amplamente respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Por isso, a tutela antecipada do artigo 273 ou a tutela específica do artigo 461 com eficácia executiva imediata, sem prévio contraditório, somente se justificam em caráter cautelar, extremados os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, sob pena de vulneração do princípio do *devido processo legal* constitucionalmente assegurado.

<sup>42</sup>Cândido Dinamarco, Execução Civil, Malheiros, São Paulo, 1997, 5ª ed., p. 457.

Quanto aos títulos executivos extrajudiciais, somente sua expressa enumeração legal oferece suficiente garantia de que a dispensa de processo de conhecimento anterior se justifica, pois substituída pela confissão real ou presumida do devedor.

Apenas a Alemanha mantém a tradição da chamada cláusula executiva, que permite às partes em um contrato ajustar livremente a sua exigibilidade como título executivo (ZPO, § 794).<sup>43</sup>

É a criação pela lei de títulos extrajudiciais não resultantes da confissão do devedor somente será constitucionalmente legítima se o devedor puder bloquear a marcha dos atos executórios até que sejam decididos os seus embargos à execução.

É o que ocorre com a certidão da dívida ativa da Fazenda Pública e com a duplicata sem aceite.

Nesses casos, à falta de processo de conhecimento anterior ou de confissão espontânea e formal do devedor, o *devido processo legal* assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição serão os embargos do devedor, nos quais deverá ser-lhe garantido o mais amplo direito de defesa, ou seja, de demonstrar a ineficácia do título, a inexistência da dívida ou a nulidade da execução.

Ora, amplo direito de defesa é aquele que pode ser exercido independentemente do oferecimento de qualquer garantia patrimonial, subordinando a prática de atos coativos à prévia cognição das alegações e provas arguidas e produzidas pelo réu.

Procedente é, pois, a advertência de CÂNDIDO DINAMARCO<sup>44</sup> de que não convém ampliar o rol de títulos executivos, seja para incluir hipóteses em que a obrigação não foi reconhecida em seu *quantum* pelo devedor, seja pela tolerância pretoriana.

Exemplo típico dessa tolerância foi a executoriedade dos contratos de abertura de crédito, em que a confissão

<sup>43</sup>Cândido Dinamarco, ob.cit., p. 459.

<sup>44</sup>Ob.cit., p. 461.

de dívida dizia respeito a um valor originário totalmente diverso do que era cobrado pelo exequente, resultando este do desconto e cobrança de duplicatas e de demonstrativo contábil unilateralmente elaborado pelo credor no qual eram lançados juros e outros encargos, muitas vezes a taxas flutuantes.<sup>45</sup>

A morosidade do processo de conhecimento e a falta de um procedimento de cognição sumária apto a propiciar rápida cobrança de créditos fundados em prova documental têm levado, em muitos casos, à ampliação dos títulos executivos extrajudiciais ou à criação de procedimentos de cognição sumária, para atender às crescentes necessidades do mundo dos negócios.

Na Alemanha, na Itália, na França, na Espanha e em Portugal, existem, a par da execução de título extrajudicial, um ou mais tipos de procedimentos monitorios, para a cobrança de créditos fundamentados em documentos que não constituem título executivo ou para a formação do próprio título executivo.

Esses procedimentos, quando estruturados adequadamente, possibilitam rápida e barata cobrança de créditos, até extrajudicialmente, como ocorre na

<sup>45</sup>V. Humberto Theodoro Júnior, *Contrato de abertura de crédito como título executivo*, in Revista Forense, vol.334, pág. 231. Recente decisão da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (Embargos de Divergência no Recurso Especial 108.259, julgados em 9/12/98, publicados no DJU de 20/9/99, p. 35; relator para o acórdão o Ministro Cesar Asfor Rocha, cujo voto foi acompanhado pelos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Romildo Bueno de Souza, Costa Leite e Eduardo Ribeiro; vencidos o Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, e os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Nilson Naves) corretamente rejeitou a executividade desses contratos de abertura de crédito. Seguiram-se vários julgados no mesmo sentido, que deram origem à Súmula 233, aprovada pela 2ª Seção do STJ em 13/12/99 (DJU-I, 8/2/2000, p. 264). Em evidente e injustificável reação a essa jurisprudência, o Presidente da República, através da Medida Provisória nº 1.925, cuja primeira edição é de 14 de outubro de 1999, criou novo título executivo extrajudicial, a cédula de crédito bancário, representativa de dívida em dinheiro certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos de conta-corrente, elaborados unilateralmente pelo banco credor. Lamentavelmente, a noção que o Executivo tem de interesse público é absolutamente incompatível com as garantias constitucionais do processo.

*Mahnverfahren* alemã, ou a rápida formação do título executivo através de procedimentos de cognição limitada.

Assim, no processo documental alemão<sup>46</sup> somente são admitidas a prova documental e o interrogatório das partes, podendo a sentença, mesmo constituído o título executivo, ressaltar a reabertura da discussão com provas mais amplas em outro feito.

Na *injunção de pagar* francesa também a prova é exclusivamente documental. A improcedência remete o credor às vias ordinárias.<sup>47</sup>

A ação monitoria brasileira, criada sob essa inspiração pela Lei 9.079/95, infelizmente ainda não atingiu os resultados almejados, sendo urgente o seu aprimoramento, para preencher essa função e aliviar a indesejável pressão expansionista dos títulos executivos e a utilização abusiva do novel instituto da tutela antecipada.

Como procedimento opcional, qual é a vantagem de adotar o autor o procedimento da ação monitoria, se esta, embargada, seguirá o rito ordinário, facultadas todas as provas em direito admitidas, ficando a sentença sujeita a apelação possivelmente com efeito suspensivo e a subsequente execução sujeita a novos embargos, igualmente com efeito suspensivo?

A ação monitoria certamente atingiria a sua finalidade se corresse nos Juizados Especiais, sem custas, sem o patrocínio obrigatório de advogado, nela admitidas exclusivamente a prova documental e o interrogatório das partes, podendo a sentença, mesmo constituído o título executivo, ressaltar a reabertura da discussão com provas mais amplas em outro feito, e retirando-se o automático efeito suspensivo da apelação e dos subsequentes embargos à execução.

O fortalecimento da ação monitoria e de outros procedimentos de cognição sumária também seria útil para que a tutela antecipada e as tutelas específicas, hoje de

<sup>46</sup>ZPO, §§ 592 a 605a.

<sup>47</sup>Novo Código de Processo Civil, arts.1.405 a 1.425-9.

obrigações de fazer e não fazer, e em futuro próximo talvez também de obrigações de entrega de coisa, venham a encontrar posição mais adequada neste novo Direito Processual, dominado pela busca incansável da efetividade, assumindo o seu verdadeiro papel de medidas antecipatórias típicas da jurisdição de conhecimento, e, como tal, antecedidas de regular contraditório, suficiente para assegurar o devido processo legal e dispensar em muitos casos a subseqüente execução autônoma.

Enquanto isso não ocorrer, continuaremos a conviver no Brasil com a indiscriminada expansão dos títulos executivos, sem claro e formal reconhecimento prévio da obrigação pelo devedor, e com o uso abusivo da tutela antecipada,<sup>48</sup> que consagra o paradoxo de dar proteção mais eficaz a quem não tem título, do que a quem o tem, milagre obtido graças a decisões adotadas em um processo de conhecimento sem prévio contraditório e sem ampla defesa, ou seja, sem o respeito às garantias constitucionais mínimas de um processo justo.

#### 4.9. O futuro dos títulos extrajudiciais

O que normalmente no Brasil se denomina como título executivo extrajudicial corresponde a um documento ou ato a que a lei confere eficácia executiva, sem que a sua formação tenha se originado de um processo de conhecimento anterior e, por isso, nos embargos à execução, pode o devedor alegar todas as matérias de defesa admissíveis num processo de conhecimento (CPC, art.745), e não apenas as poucas questões, quase todas

<sup>48</sup>Em posição bastante distante da nossa, parecendo não considerar a função garantística do título executivo, assim se pronuncia Luiz Guilherme Marinoni (Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994, p. 53): "Será que a evolução da consciência dos homens, que já fez ruir tantos castelos construídos nos ventos de outras épocas, não permitirá a derrubada do mito da *nulla executio sine titulo*?"

resultantes de direito superveniente à sentença, admissíveis nos embargos à execução de título judicial (art.741).

Essa classificação é imperfeita, pois na realidade ela abrange duas espécies diferentes de títulos, a principal das quais é a dos títulos negociais ou contratuais, representativos de negócios jurídicos privados, que suprem a ausência de prévia cognição judicial ou arbitral pelo reconhecimento expresso do devedor a respeito da existência e do valor da obrigação. Compreende também títulos outros unilateralmente produzidos pelo credor ou por terceiros, sem a manifestação expressa do devedor, reconhecendo a existência do débito e o seu montante e nos quais, portanto, a presunção de existência do crédito e do seu montante são muito mais frágeis do que nos primeiros.

Alguns deles, como os títulos de crédito, não são considerados títulos executivos em certos países, como a Alemanha, ali servindo de suporte para uma ação de cognição sumária da qual resultará o título hábil para a execução.

Nos países, como a Espanha, em que, a exemplo do sistema do nosso Código de 39, a execução de título judicial e a de título extrajudicial não estão unificadas, esta última segue a tradição do antigo *processus summarius executivus*, ação de conhecimento com penhora incidente.<sup>49</sup>

Embora muitos títulos extrajudiciais nasçam pela vontade das partes, é preciso que o ato ou o documento geradores ou comprobatórios da prestação se enquadrem rigorosamente no modelo prescrito na lei, pois somente a lei pode dar-lhes o *status* de título executivo, sendo

<sup>49</sup>A nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 adotará a partir de 2001 o sistema da unidade da execução de título judicial ou extrajudicial (V. Juan Montero Aroca, *El Nuevo Proceso Civil* (Ley 1/2000), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 629).

absolutamente ineficaz a cláusula executiva instituída voluntariamente em qualquer contrato ou negócio, se não se configurar uma das situações fáticas taxativamente descritas na lei como caracterizadoras do título executivo.

No Brasil, somente a lei federal pode instituir títulos executivos.<sup>50</sup>

A atribuição da força executiva aos títulos extrajudiciais foi imposição do comércio jurídico e resulta de uma valoração normativa de que existe um grau suficiente de certeza da existência do crédito, que, em alguns casos, como o da certidão da dívida ativa, pode ser consequência da qualidade particular do credor que cria o título.<sup>51</sup>

Mas, nos títulos negociais, existe uma outra razão igualmente forte para não transformar qualquer documento ou papel que reconheça uma dívida em título executivo. A eficácia executiva do reconhecimento sempre esteve ligada à solenidade da forma prescrita na lei.

A particular solenidade formal ou a participação do oficial público são privilegiadas pelo legislador, pela especial consciência que elas induzem no obrigado, como

<sup>50</sup>Não posso concordar com Sérgio Shimura (Título Executivo, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 257), que entende ser possível, no âmbito da competência dos Juizados Especiais, a criação de títulos executivos por lei estadual, tendo em vista a competência legislativa concorrente da União e dos Estados para legislar sobre "criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas" (artigo 24-X).

Essa competência concorrente dos Estados sofre drástica limitação da regra, igualmente constitucional, que confere competência privativa à União para legislar sobre direito processual (artigo 22-I), parecendo-me que a conciliação das duas normas deva ser alcançada através do reconhecimento de que somente a lei da União pode conferir direitos subjetivos processuais, o que inviabiliza a instituição por lei estadual de título executivo, que geraria direito subjetivo ao exercício da ação executiva. Sou partidário da ampliação dos espaços para a elaboração de legislação suplementar pelos Estados em matéria processual (V. o meu estudo sobre *A Revisão Constitucional e o Processo Civil*, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 17, nº 67, julho-setembro de 1992, págs. 103/117), o que, a meu ver, exige, entretanto, reforma constitucional.

<sup>51</sup>Giuseppe Campeis e Arrigo De Pauli, *Le Esecuzioni Civili*, CEDAM, Padova, 1998, p. 35.

elementos significativos de uma certeza do compromisso sobre o qual se funda a eficácia executiva.<sup>52</sup>

O sujeito que emite o título não apenas documenta e acerta com precisão um direito, mas o acerta com aquelas particulares formas documentais às quais a lei confere a eficácia executiva e, portanto, o acerta como existente, líquido e exequível, assim atribuindo-lhe o requisito da certeza na medida em que a lei julga suficiente para que possa ensejar a execução forçada.<sup>53</sup> Nesse ato, o devedor renúncia ao prévio accertamento da existência do crédito e do seu montante, pelo seu expresso reconhecimento em todo o seu alcance (*Confessus pro judicato habetur*).

Daí resulta que o título extrajudicial não pode ser indeterminado, mesmo que parcialmente, pois o reconhecimento do devedor somente tem a força de dispor do prévio contraditório, constitucionalmente assegurado, nos limites em que nele existiu expressa consciência do alcance do ato de renúncia.

Se para a revelação do montante da prestação for necessário considerar fatos e provas surgidos posteriormente à emissão do título pelo devedor, este não deverá propiciar o acesso imediato à via executiva, impondo-se a prévia cognição a respeito desses fatos e dessas provas.

É o que JOSÉ ALBERTO DOS REIS denomina de *princípio da suficiência do título executivo*. O título executivo deve conter os requisitos necessários para, por si só, certificar a existência da obrigação e do direito correspondente.<sup>54</sup>

Essa consciência da forma, como continente não só do reconhecimento do crédito, mas da aceitação da sua cobrança pela via executiva, com a correspondente

<sup>52</sup>Giuseppe Campeis e Arrigo De Pauli, ob. e loc.cits.

<sup>53</sup>Crisanto Mandrioli, ob.cit., vol.III, p. 43.

<sup>54</sup>José Alberto dos Reis, ob.cit., vol.I, p. 174.

renúncia à cognição prévia, somente pode ser presumida em relação a um rol bastante reduzido de títulos executivos.

Por isso, a facilitação da cobrança de créditos documentados, nas novas modalidades de negócios que surgem a todo momento, deve ser buscada através de outros procedimentos, como as ações monitorias ou os procedimentos sumários documentais, e não pela criação de novos títulos executivos, pois não é lícito presumir que em todas essas novas situações o devedor esteja efetivamente disposto a colocar-se em posição de desvantagem perante o credor.

Não é possível prever que futuro terá a solenidade do título extrajudicial negocial, como garantia da renúncia ao contraditório e à defesa prévia e aceitação da sujeição imediata à via executiva, em face da progressiva virtualização de muitos negócios jurídicos, particularmente no mercado de capitais.

PAULO SALVADOR FRONTINI recentemente anteviu que "o emprego irresistível da informática vai ampliar e acelerar a criação e circulação desmaterializada de créditos."<sup>55</sup>

Parece-me, por ora, que os títulos de crédito, na substituição da documentação escrita pela documentação eletrônica, poderão seguir dois caminhos: ou a sua rígida regulamentação pelo legislador, para exigir formas de registro e comunicação da manifestação de vontade que assegurem, tanto quanto os atuais títulos executivos negociais, a certeza não só do livre reconhecimento da dívida, mas também da aceitação da consequente eficácia executiva do documento eletrônico;<sup>56</sup> ou a sua progressiva

<sup>55</sup>Paulo Salvador Frontini, *Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva?*, in Revista dos Tribunais, São Paulo, agosto de 1996, vol.730, p. 65.

<sup>56</sup>No recente Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Viena no mês de agosto de 1999, foi debatido o tema da aplicação de tecnologias avançadas nos litígios civis. As respostas de relatores nacionais ao

desformalização, para facilitar a sua criação e acelerar a sua circulação, caso em que será inevitável a sua retirada do rol dos títulos executivos, transferindo-se a sua cobrança para um procedimento cognitivo de tipo monitorio ou documental.

Dentre os demais títulos negociais, certamente conservarão papel de destaque as diversas modalidades de confissões de dívidas, resultantes de atos unilaterais ou bilaterais, solenizadas pela intervenção de um agente público ou titular de um múnus público: escritura pública perante tabelião, compromissos ou acordos celebrados perante funcionários públicos, defensores, promotores públicos ou advogados.

Já as confissões de dívidas meramente privadas, solenizadas ficticiamente através de formalidades que não asseguram tenha sido livre e consciente no ato de vontade do devedor a criação da situação de vantagem em benefício do credor, não poderão sobreviver por muito tempo no rol dos títulos executivos.

Sua criação se contrapõe à tendência do Estado contemporâneo de garantir a todos os cidadãos iguais oportunidades de acesso ao Direito, atribuindo aos

questionário elaborado pelos Profs. Helmut Rüssmann, da Alemanha, e Wouter de Vos, da África do Sul, revelaram a existência de experiências muito interessantes, como as de algumas cortes falimentares federais americanas (em Minnesota, em Spokane-Washington e em San Diego da Califórnia), que já adotam o total processamento dos feitos através da Internet. Quanto à autenticidade do documento eletrônico, cuja assinatura digital se diz apresentar condições de segurança consideradas superiores às da tradicional firma manuscrita, nos Estados de Washington, Utah, Minnesota e Missouri a legislação impõe requisitos de segurança, que permitem àquele contra o qual foi produzido recorrer a um repositório público que confirma a validade da assinatura. O relator espanhol, Guillermo Ormazabal, noticiou em seu relatório que o projeto de *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 1998, que em 7 de janeiro de 2000 se transformou na nova *Ley de Enjuiciamiento Civil*, com entrada em vigor prevista para 8 de janeiro de 2001, prevê a possibilidade de instauração do denominado procedimento monitorio com base em documentos eletrônicos assinados digitalmente, que podem utilizar qualquer suporte físico (V.documentos preparatórios do Congresso, disponibilizados na Internet no endereço <http://russmann.jura.uni-sb.delgrotius>, acessado em 6/5/2.000).

economicamente mais fracos, nas relações jurídicas que travam com outros mais fortes, as compensações necessárias para que os seus interesses sejam tutelados em juízo, sem que a sua inferioridade econômica represente uma inferioridade jurídica em face do adversário.

A manutenção dessas suspeitas confissões privadas no rol dos títulos executivos continuará impedindo o aperfeiçoamento da execução na busca da celeridade e da efetividade do processo, e justificando todos os artifícios para assegurar ao devedor a mais ampla defesa, como a exceção de pré-executividade e o recurso à técnica da inversão do ônus da prova em favor do devedor, apesar da suposta presunção de existência do crédito que resulta do título.<sup>57</sup>

Também não deverão sobreviver na sua configuração atual todos aqueles títulos extrajudiciais constituídos sem a participação do devedor e aqueles títulos negociais em que a certeza da existência do crédito ou a determinação do seu montante dependam de fatos ocorridos ou provas formadas depois da criação do título executivo, sem que o devedor tenha reconhecido essas circunstâncias, pois a respeito desses créditos, é temerário e pode sujeitar o devedor a um ônus injustificável no acesso à Justiça e no exercício do seu direito de ampla defesa, impedi-lo de reagir contra a execução injusta sem que previamente tenha garantido o juízo através da penhora ou do depósito.

#### 4.10. A reforma da liquidação

O Código de 1973, através dos arts. 286 e 459, parágrafo único, pretendeu restringir as sentenças

<sup>57</sup>É o que possivelmente ocorrerá com a infeliz criação da cédula de crédito bancário, referida em nota 45, acima.

genéricas, obrigando o autor a formular pedido determinado e vinculando o juiz a respondê-lo através de sentença líquida.

Com isso, evitar-se-iam as prolongadas liquidações por arbitramento ou por artigos, muitas vezes mais demoradas do que o próprio processo de conhecimento.

Todavia, advogados e juízes não deram a devida atenção a essas regras, aparentemente formalistas, e a liquidação seguiu sendo um segundo processo de conhecimento, a retardar a execução, e, com frequência, de cognição mais complexa e de duração mais longa do que o próprio processo de conhecimento de que se originou.

CÂNDIDO DINAMARCO assinala<sup>58</sup> que o Código Paulista dispensava a liquidação quando o *quantum* da condenação fosse determinável mediante simples cálculo aritmético ou quando se tratasse de dar valor a coisas que têm cotação oficial.

Nesse sentido dirigiu-se a lei 8.898/94, que extinguiu a chamada liquidação por cálculo do contador.

Perdura, entretanto, a exagerada utilização das liquidações por arbitramento ou por artigos, como consequência da pouco justificável falta de liquidez de pedidos e sentenças no processo de conhecimento.

Por outro lado, a ausência de informações acessíveis ao credor, a respeito de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, com frequência o impede de apresentar o demonstrativo do débito, nos casos em que o *quantum* depende de simples cálculo aritmético.

É preciso criar novos estímulos aos pedidos líquidos, muitas vezes não adotados para evitar a incidência de custas excessivamente onerosas ou para não desencadear desde logo complexa produção de provas em feitos em que, com frequência, existem boas perspectivas de solução amigável.

<sup>58</sup>Ob.cit., p. 75.

Uma rápida pesquisa na doutrina revela o consenso de que toda a cognição, não apenas a respeito da existência do direito pleiteado pelo autor, mas também sobre o seu montante ou sobre a individuação do objeto, deveria ser concentrada em um só processo.

Em Portugal, JOSÉ ALBERTO DOS REIS lecionava que, em princípio, a liquidação do pedido teria de fazer-se no processo de declaração. Se o autor formulasse, na petição inicial da ação declarativa, um pedido genérico, deveria, antes de começar a discussão da causa, suscitar o incidente da liquidação para tornar líquido o pedido genérico.<sup>59</sup>

Entre nós, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA,<sup>60</sup> interpretando as regras do Código de 73, sustenta que, em geral, tudo que pudesse ser provado no processo de conhecimento, o juiz deveria ordenar que fosse feito, evitando a liquidação.

Mas nessa matéria convém recordar a advertência de CALAMANDREI,<sup>61</sup> de que a liquidação foi criação puramente jurisprudencial. Na prática judiciária formou-se há tempos, à margem das leis, o costume de cindir a cognição sobre as ações de ressarcimento do dano em duas fases, ou melhor em dois processos separados, um destinado a acertar se o réu deva juridicamente responder pelo hipotético dano (*an debeatur*), e o outro sucessivo, destinado a acertar em concreto o montante do dano, do qual o réu foi já hipoteticamente declarado responsável (*quantum debeatur*).

Para SATTÀ,<sup>62</sup> foram interesses substanciais relevantíssimos, tanto do credor quanto do devedor, que fizeram surgir a condenação genérica na jurisprudência.

<sup>59</sup>José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, Coimbra Editora, 1985, Reimpressão, vol.I, p. 470/471.

<sup>60</sup>Ob.cit., p. 540.

<sup>61</sup>Piero Calamandrei, *La condanna 'generica' ai danni*, in *Opere Giuridiche*, vol.5º, 1972, Morano editore, Nápoli, p. 503/505.

<sup>62</sup>Salvatore Satta, *Condanna generica*, in *Enciclopedia del Diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1961, vol.VIII, p. 720.

Por mais que o legislador e o juiz se esforcem em romper essa prática, pouco podem fazer quando ambas as partes preferem a dupla cognição. E quando apenas o autor prefere a dupla cognição, mesmo sem rigoroso respaldo nas limitações impostas pelo artigo 286, o juiz é induzido a reconhecer-lhe essa faculdade como um direito, decorrente do princípio da demanda,<sup>63</sup> ou a admiti-la por tolerância, receoso de que a cognição única, à míngua de provas mais robustas, pudesse conduzir a um juízo desfavorável ou de pouco proveito prático para aquele que tem razão.

Ademais, pode parecer ao juiz que o único prejudicado com a formulação de pedido genérico seja o próprio autor, obrigado a percorrer duas vezes as instâncias cognitivas. Todavia, o pedido genérico sujeita o réu a defender-se duas vezes, durante mais tempo, o que pode representar um ônus excessivo, quando a liquidação não for estritamente necessária.

Não se ignora que existem situações fáticas, com repercussão na determinação do objeto da condenação, que somente podem ser definidas depois do ajuizamento da ação ou após a respectiva sentença. É o que acontece com tratamentos médicos prolongados e a demorada consolidação dos efeitos de certos atos ilícitos.

Mas a efetividade do processo, como garantia concreta dos interesses juridicamente tutelados, está a exigir que se apresse o alcance da sentença líquida e exequível, concentrando-se a cognição, o mais possível, em relação processual única.

Na Espanha, a jurisprudência mais recente do Tribunal Supremo admite a condenação genérica, com posterior liquidação, apenas se durante o processo foi impossível demonstrar a quantia das perdas e

<sup>63</sup>Satta (ob.cit., p. 723) sustenta que o juízo limitado ao *an* não é um fracionamento arbitrário; constitui um autêntico direito da parte, que não pode ser contrastado por uma pretensão de investigação sobre o *quantum*.

danos,<sup>64</sup> pois a transferência da quantificação para a execução tem o efeito indesejável de protelar o julgamento e suscitar um novo pleito.

No Direito Alemão não há pedido nem condenação genéricos. Há uma sentença parcial, de natureza interlocutória, a que se segue a fixação do *quantum debeat* na sentença definitiva.<sup>65</sup> Segundo MONTESANO,<sup>66</sup> entende-se que o acertamento de um dever de prestação *salva liquidatione* seja possível apenas quando o conteúdo da prestação seja objetivamente incerto, já que, de outro modo, por força das regras gerais sobre as ações de condenação e de mero acertamento, não pode ser permitido ao autor colocar como objeto de dois sucessivos juízos dois elementos particulares (fundamento e montante) de uma mesma relação jurídica.

No Código português (artigo 808º) a matéria dos embargos do devedor deve ser desde logo alegada na liquidação, o que resulta na aceleração ou na dispensa da execução subsequente.

Entre nós, nos Juizados Especiais, mesmo que o autor tenha formulado pedido genérico, a sentença será sempre líquida (arts. 14, § 2º; 38 § único e 52-I, da Lei 9.099/95).

Creio que à racionalidade, reforçada na Lei 8.898/94, de intercalar a liquidação entre a cognição ordinária e a execução, como um processo de conhecimento

<sup>64</sup>V. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez et alii, *Ley de enjuiciamiento civil y leyes complementarias - comentarios, jurisprudencia, concordancias y formularios*, editorial COLEX, Madrid, 1997, 10ª ed., 1997, comentário ao art.360, p. 157. A nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 7/1/2000 restringe as sentenças com reserva de liquidação apenas aos casos que considera imprescindíveis (Exposição de Motivos da *Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil*, ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2000, p. 21).

<sup>65</sup>Friedrich Lent, *Diritto Processuale Civile* Tedesco, Morano Editore, Napoli, 1962, p. 231; Antonio Carlos Matteis de Arruda, *Liquidação de Sentença*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 52.

<sup>66</sup>Luigi Montesano, *Condanna civile e tutela esecutiva*, ed. Jovene, Napoli, 2ª ed., 1965, p. 50.

autônomo, deveria preferir-se a funcionalidade de concentrar toda a atividade cognitiva em processo único, proibindo a lei o pedido genérico, sob pena de extinção do processo, ou exigindo a sua determinação, no máximo, até a audiência prévia de conciliação, exceto quanto às consequências da sentença posteriores à data da sua prolação, como as decorrentes de atos ilícitos que se projetam para o futuro,<sup>67</sup> facultada a liquidação em paralelo à tramitação do processo de conhecimento originário, como procedimento incidente.

Do mesmo modo, parece-me que representa excessivo apego ao formalismo impedir o exame, na liquidação, da nulidade de citação no processo de conhecimento que correu à revelia do devedor (CPC, art.741-I) ou de fatos impeditivos ou modificativos do direito do credor (art.741-VI), obrigando o juiz a fixar o montante ou a individualizar o objeto de condenação que sabe, desde logo, ser nula ou ineficaz.<sup>68</sup>

#### 4.11. Exagero da intimação da penhora

O art.669 exige que da penhora seja intimado o devedor para embargar a execução. Essa intimação pode ser efetivada pelo próprio oficial de justiça, munido do mesmo mandado executório com o qual realizou a citação,

<sup>67</sup>Mendonça Lima exemplifica: "os frutos; as perdas e danos, os lucros cessantes (os danos emergentes já podem constar da própria ação e fixados na sentença); valor da coisa a ser restituída, pelo preço ordinário ou pelo de aferição etc." (ob.cit., p. 544).

<sup>68</sup>Corretamente Teori Albino Zavascki (Título executivo e liquidação, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 179) sustenta que pagamento, prescrição, decadência, transação e renúncia, supervenientes à sentença liquidanda, são invocáveis como matéria de defesa na liquidação, e que a matéria do artigo 741-I deve nela ser examinada até de ofício. Cândido Dinamarco (ob.cit., p. 553) não chega a defender tal entendimento, porque, a seu ver, a liquidação não tem esse objeto e o efeito declaratório da sentença de liquidação restringe-se ao *quantum*. Todavia, manifesta, *de lege ferenda*, simpatia pela solução do art. 808º do Código de Processo Civil Português, que considera útil e prática, evitando execuções injustas.

a penhora e o depósito, pelo escrivão ou pelo correio (CPC, art.238), ou, se ignorado o paradeiro do executado, por edital. Não cabe a intimação através do advogado, mediante a publicação de aviso no Diário da Justiça, porque se tem entendido que essa ciência deve ser dada ao próprio devedor, mesmo porque pode ele ainda não ter advogado constituído nos autos.

Há aqui um exagero garantístico, porque se o devedor constituiu advogado nos autos para qualquer ato subsequente à sua citação, estará o advogado habilitado a tomar por ele conhecimento de todos os atos do processo, salvo aqueles que se destinam a notificá-lo para a prática de algum ato personalíssimo. Ora, a intimação da penhora se destina a abrir o prazo para o oferecimento dos embargos, ato postulatório privativo de advogado.

Nem se alegue que a intimação da penhora visa a cientificar o devedor de que pela penhora perdeu a posse direta do bem e deve respeitar, desde então, a posse do depositário, porque, se o bem foi efetivamente apreendido, foi retirado de fato da sua esfera de disponibilidade, cabendo ao depositário, desde então, tomar as providências cabíveis para que a sua posse direta seja respeitada pelo devedor. Não há nada que garanta que o devedor a respeite, simplesmente porque foi intimado pessoalmente da penhora.

Esse exagero garantístico retarda a continuidade da execução, porque nem sempre o oficial de justiça cumpre com celeridade essa intimação, que depende do encontro pessoal dos dois, e quando o devedor está desaparecido, por edital terá de ser providenciada a sua intimação, com maiores delongas.

#### 4.12. Inutilidade da avaliação

Não oferecidos pelo executado, no prazo legal, os embargos à penhora, ou rejeitados os que tiverem sido

opostos, terá prosseguimento a instrução do processo de execução, com a avaliação dos bens penhorados para estabelecer o seu preço corrente.<sup>69</sup>

A avaliação é ato probatório que tem duas finalidades principais: permitir o ajuste da penhora ao valor do crédito exequendo, através da redução, da ampliação ou da substituição de bens, caso se verifique excesso ou insuficiência; servir de valor mínimo para a arrematação na 1ª praça, para a adjudicação e para a remição dos bens.

A avaliação também serve para definir o valor a ser depositado, no caso de substituição dos bens penhorados por dinheiro, e para estabelecer se é vil o preço a ela inferior oferecido na 2ª praça.

A avaliação é uma prova pericial produzida por um perito oficial, onde houver, ou por um técnico escolhido pelo juiz.

Trata-se de uma prova precária, porque, ao contrário da perícia do processo de conhecimento, que visa à formação de um juízo de certeza sobre a verdade fática, esta perícia visa a definir um valor hipotético de mercado, que poderá ser confirmado ou desmentido na oferta pública subsequente, que é a arrematação.

Ademais, trata-se de uma prova onerosa que, em geral não exige conhecimentos técnicos, podendo ser suprida pelo senso comum revelado pelas partes, pelo oficial de justiça e pelo próprio juiz. E quando necessários se apresentam conhecimentos especializados, certamente não será o serventuário da justiça, sem esses conhecimentos, que irá revelar o valor justo dos bens penhorados, sendo necessário nesse caso recorrer a um verdadeiro *expert*.

Teoricamente, a fixação do valor dos bens penhorados através de prova pericial de avaliação poderia ser dispensada com frequência, já que o artigo 684 a exclui

<sup>69</sup> Amílcar de Castro, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. 278.

nos casos de concordância das partes quanto ao valor dos bens, de bens de pequeno valor e de bens que tenham cotação em bolsa.

Todavia, a costumeira desconfiança recíproca entre as partes e a falta de um parâmetro objetivo para definir o que sejam bens de pequeno valor, resultou na prática na realização habitual de perícias de avaliações, o que sobrecarrega o processo de execução com despesas, perda de tempo e o exercício de atividade de pouco ou nenhum efeito concreto.

JOSÉ ALBERTO DOS REIS demonstrou com fortes argumentos as razões do abandono do sistema avaliatório pericial em Portugal:<sup>70</sup>

“Pelo Código anterior, antes de se anunciar a arrematação procedia-se à avaliação dos bens penhorados, a qual era feita por louvados; os bens iam à praça pelo valor que os louvados fixassem.

A avaliação não só fazia demorar a execução, como também a tornava muito onerosa; e não dava, a final, verdadeiras garantias. A cada passo sucedia que o valor atribuído pelos louvados estava longe de corresponder ao valor real dos bens.

Entendeu-se, por isso, que convinha suprimir a avaliação por louvados. Os bens vão à praça por certo valor; mas não há necessidade nem vantagem em que esse valor seja determinado por louvados.

A arrematação consiste numa licitação; o mecanismo desta corrigirá os erros que porventura se cometam

<sup>70</sup>José Alberto dos Reis, ob.cit., vol.2º, p. 353.

na fixação do valor. Se aos bens se atribuiu valor muito baixo, é natural que apareçam licitantes a oferecer preço que cubra esse valor; se, ao contrário, o valor está muito alto, é provável que a praça fique deserta.”

Muitos sistemas processuais têm procurado ampliar com sucesso as possibilidades de dispensa da avaliação por perito, adotando regimes mais simples, mais rápidos e menos onerosos.

Em Portugal, de acordo com o artigo 886º-A do Código, introduzido pela reforma de 1995/96, é o próprio juiz que determina o valor dos bens penhorados, no despacho em que ordena a venda. Quando for indispensável, ou seja, excepcionalmente, em particular em razão da divergência entre os interessados, pode o juiz fazer preceder a fixação das diligências necessárias à determinação do respectivo valor de mercado, entre as quais a perícia. Dos móveis que não tiverem sido previamente avaliados, o valor-base é o do auto de penhora, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento, fixar valor diverso.

Também em relação aos imóveis, prevalece o critério equitativo do juiz, tendo sido abandonado o valor cadastral (valor matricial) por ser muitas vezes fictício, inferior ao valor real.<sup>71</sup>

No Direito Francês não há avaliação. Para os imóveis, o credor propõe um preço mínimo para a arrematação ao requerer a venda. Se não houver licitantes na praça, o credor adjudica o bem pelo preço por ele proposto (art. 706 do Código antigo).<sup>72</sup> Se nos dez dias

<sup>71</sup>Abílio Neto, Código de Processo Civil anotado, 14ª ed. atualizada, Ediforum, Lisboa, 1997, p. 989.

<sup>72</sup>V. nota 205, no item 2.3. do meu O Processo de Execução, vol.I Jean Vincent et Jacques Prévault (Voies d'exécution et procédures de distribution, Précis Dalloz, Paris, 18ª ed., 1995, p. 241) sugerem que em matéria de execução imobiliária continuem a ser invocados os artigos do antigo Código, com algumas menções expressas ao novo Código, esclarecendo que esse é o método que utiliza a Corte de Cassação francesa na redação dos seus acórdãos nessa matéria.

seguintes à adjudicação, houver ofertante que proponha pelo menos 10% a mais (art.708), reabre-se o leilão, através da chamada *surenchère*.

É certo que VINCENT e PRÉVAULT<sup>73</sup> vêem nesse sistema alguns perigos, pois o credor poderia ser tentado a propor uma cifra muito inferior ao valor do imóvel na esperança de tornar-se adjudicatário, o que seria contrário aos interesses dos outros credores e do próprio executado.

Na Itália, quanto aos móveis (art.535), se são bens com cotação em bolsa, o preço-base é determinado pelo mínimo do dia precedente à venda. Nos demais casos, o juiz, podendo ouvir, se quiser, um avaliador, fixa o preço inicial ou autoriza, se as circunstâncias aconselham, a venda ao melhor ofertante, sem ouvir qualquer perito e sem determinar o preço mínimo.

O avaliador é em substância uma figura análoga ao perito, mas em geral presta o seu serviço sem particulares formalidades e sem a aplicação das regras próprias da perícia.<sup>74</sup>

Na execução imobiliária (art.568), o credor pede a venda em leilão, juntando documentos sobre o imóvel penhorado, entre os quais o certificado do valor cadastral do bem. Com fundamento nesse valor, o juiz fixa o preço-base, em um múltiplo do tributo incidente.

Em seguida ao pedido de venda, o juiz marca uma audiência, com a participação das partes e dos credores concorrentes. Nessa audiência autoriza a venda e fixa o preço-base. Eventualmente o juiz recorre a um avaliador, se o imóvel não está sujeito a tributo ou se o valor cadastral é manifestamente inadequado.

<sup>73</sup>Ob.cit., p. 270.

<sup>74</sup> Francesco Bucolo, Il processo esecutivo ordinario, CEDAM, Padova, 1994, p. 615.

Enquanto não ocorrer a alienação do bem, o provimento do juiz da execução sobre o preço-base pode ser por ele mesmo modificado ou revogado(art.487).<sup>75</sup>

No Direito Alemão, nas execuções mobiliárias, quem fixa o valor é o oficial judiciário, que pode recorrer a peritos a requerimento das partes (§813).<sup>76</sup>

Na Argentina os móveis, salvo títulos com cotação em bolsa, são leiloados sem preço mínimo (Codigo de Proceso Civil de La Nación, art.573; Codigo de Santa Fe, art.487).

Quanto aos imóveis, RAMIRO PODETTI critica por oneroso o regime anterior do Código do Distrito Federal, hoje modificado, que sempre exigia avaliação.

O Código Nacional estabelece no art.578 que, se não existir acordo entre as partes, o preço-base será o de 2/3 da avaliação fiscal atualizada. À falta de avaliação, o juiz designará perito. A base equivalerá à 2/3 da sua avaliação.<sup>77</sup>

Esses exemplos mostram uma variedade de soluções mais simples e versáteis do que a nossa rígida, onerosa e pouco confiável avaliação: arbitramento pelo juiz, pelo credor ou pelo oficial de justiça, simples dispensa para os móveis, valor cadastral para os imóveis, sem prejuízo do recurso excepcional à perícia, quando indispensável.

<sup>75</sup> Crisanto Mandrioli, Corso di Diritto Processuale Civile vol.III, G.Giappichelli Editore, Torino, 1998, 12ª ed., p. 111; Pasquale Castoro, Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico, Giuffrè, Milano, 8ª ed., 1998, p. 419.

<sup>76</sup>Hans Brox e Wolf-D. Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Carl Heymanns Verlag, Bonn, 1996, 5ª ed., p. 216.

<sup>77</sup> J. Ramiro Podetti, Tratado de las Ejecuciones, 3ª ed., EDIAR, Buenos Aires, 1997, p. 467/474.

#### 4.13. Busca de alternativas para a arrematação

Para que o órgão executivo entregue ao credor a soma a que tem direito, os bens penhorados devem ser alienados e transformados em dinheiro, pelo preço mais elevado possível, a fim de que o exequente fique plenamente satisfeito e o executado sofra a menor perda patrimonial.

A mais tradicional forma de alcançar esse resultado, que subsiste desde o período formulário do Direito Romano,<sup>78</sup> é a arrematação, ato executório de caráter expropriatório, através do qual os bens penhorados são alienados em hasta pública a quem mais der, para com o dinheiro apurado ser pago o crédito do exequente.

Mas, além da arrematação, existem outros meios de obter esse mesmo objetivo, inclusive extrajudicialmente,<sup>79</sup> parecendo-me que já começa a delinear-se em muitos países uma tendência de privilegiar soluções alternativas em detrimento da velha arrematação, que não é mais considerada a forma ideal, pelo menos em muitos casos, de atingir as finalidades da execução.

O Código Brasileiro prevê apenas a adjudicação (arts. 714 e 715), em que os bens penhorados são alienados ao próprio credor, o usufruto de rendimentos (arts. 716 a 729), em que os frutos civis dos bens penhorados são percebidos pelo exequente, sem

<sup>78</sup> V. item 1.1.6. no volume I do meu *O Processo de Execução*.

<sup>79</sup> Girolamo Bongiorno (*Profili sistematici e prospettive della esecuzione forzata in autotutela*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLII, 1988, Giuffrè, Milano, p. 483) ressalta que, nas relações jurídicas de caráter patrimonial, têm emergido, como novos instrumentos da autonomia privada, engendrados pela experiência para fazer frente à moderna realidade jurídica e econômica, muitos mecanismos contratuais, como o *leasing* e o *factoring*, os *contract bonds* no comércio internacional, e outros instrumentos que asseguram ao credor automática execução da obrigação independentemente da cooperação do devedor, depósitos em garantia, penhor irregular, mandato em causa própria, cláusulas de extensão das garantias reais típicas a todos os negócios atuais e futuros do mesmo devedor com instituições financeiras.

alienação, e a sub-rogação do exequente nos direitos creditícios do devedor.

Na Itália, no exercício de um poder discricionário (quando lhe pareça oportuno), o juiz pode escolher entre a venda ou a adjudicação dos bens móveis (art.530), confiar a venda dos bens móveis a um comissário (art.532), determinar a venda de imóveis sem leilão mediante propostas particulares (arts. 570 e ss.) ou em leilão (arts. 576 e ss.).

O Direito Português, na recente reforma de 1995/96, extinguiu a arrematação em hasta pública,<sup>80</sup> substituindo-a pela venda mediante propostas em cartas fechadas, ampliando as hipóteses de venda extrajudicial, determinada discricionariamente pelo juiz, das quais merecem menção a venda em bolsas de capitais ou de mercadorias, a venda por negociação particular e a venda de móveis em estabelecimentos de leilões (art.886º).<sup>81</sup>

Na França, a inovação da lei de 9 de julho de 1991 sobre execuções mobiliárias foi a de propor duas modalidades de venda: a venda amigável, em que o devedor tem um mês a partir da intimação da penhora para vender amigavelmente os bens, dependendo da anuência do credor; e a venda em leilão.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> O relatório do Governo Português, que justificou essa modificação introduzida no artigo 889º do CPC, com a edição do Decreto-lei nº 329-A/95 (Abílio Neto, *Código de Processo Civil Anotado*, ed. Ediforum Lisboa, 14ª ed., 1997, p. 34) assim a fundamenta: "...por razões que obviamente se prendem com a indispensável 'moralização' e transparência da acção executiva, nesta fase essencial...". Segundo José Lebre de Freitas (*A Acção Executiva à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2ª edição, 1997, p. 269), o legislador visou a acabar com os frequentes conluios entre os concorrentes à hasta pública.

<sup>81</sup> A lei prevê ainda outra modalidade de venda extrajudicial - venda direta a entidades que tenham direito a adquirir determinados bens -, que caiu em desuso com a adesão de Portugal à União Européia, cujas normas proibem monopólios comerciais (v. Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, ed. Almedina, Coimbra, 1999, p. 230).

<sup>82</sup> Jean Vincent et Jacques Prévault, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, Paris, 18ª ed., 1995, p. 180.

Se de um lado, o Direito deve enfrentar esse desafio e oferecer às partes meios mais ágeis, menos onerosos e formais, para que os bens penhorados sejam alienados com o maior proveito possível para ambas as partes, por outro lado, essa flexibilização não pode vir em detrimento das garantias mínimas de um processo justo.

Assim, não me parece compatível com a garantia constitucional do devido processo legal, a adjudicação do bem pelo credor antes do leilão, ainda que pelo preço da avaliação, porque o devedor tem o direito de não perder o seu patrimônio a não ser pelo valor real de mercado, apurado em efetiva oferta pública, e o credor não pode ser forçado a receber coisa diversa da que lhe é devida.<sup>83</sup>

Cumprir recordar a esse respeito a justíssima e sempre atual advertência de AFFONSO FRAGA<sup>84</sup> de que a venda deve ser pública para assegurar a livre concorrência, que é a condição ou meio natural para elevação do preço ao nível do valor real.

O ato de disposição judicial não se pode operar, segundo FRAGA,

“por sua adjudicação forçada ao credor ou credores do executado, porque dada a adjudicação, este seria gravemente lesado se os bens houvessem valor superior ao montante da dívida, além de que, por direito, houvessem-no igual ou inferior, não é ele obrigado a pagar uma coisa por outra; e por outro lado, seriam os credores, se os efeitos penhorados

<sup>83</sup>Desse vício seguramente padece o artigo 24 da Lei das Execuções Fiscais, que faculta à Fazenda Pública adjudicar os bens penhorados, antes do leilão, pelo preço da avaliação. Mais flagrante transparece essa inconstitucionalidade, diante do que acima expus a respeito da sumariedade e precariedade da avaliação judicial.

<sup>84</sup>Affonso Fraga, *Theoria e Prática na Execução das Sentenças*, C. Teixeira & C. Editores, São Paulo, 1922, p. 216.

tivessem valor inferior ao do crédito exequendo, crescendo que, quando mesmo igual ou superior, eles não podem ser compelidos a aceitar em pagamento bens diversos do objeto da condenação e que não desejam adquirir, pois a isto obsta o princípio geral de direito excerto do Livro 28 de Paulo sobre o Edito - *aliud pro alio invito creditor solvi non potest.*<sup>85</sup>

#### 4.14. Execução para entrega de coisa

A execução para entrega de coisa adota no Direito Brasileiro um procedimento excessivamente favorável ao devedor, não só porque ele recebe um pré-aviso de dez dias, lapso no qual não se concretiza nenhuma atividade coativa, mas também porque, se depositada a coisa nesse prazo, ganha o devedor mais dez dias para embargar a execução com efeito suspensivo, devendo o credor esperar a rejeição dos embargos para poder investir-se na posse da coisa.

Esse procedimento favorece o comportamento procrastinatório do devedor, em detrimento da efetividade da tutela do direito do exequente.

Esse sistema é ainda menos aceitável na execução de título judicial em que, após longa trajetória por todo o processo de conhecimento, no qual as partes tiveram ampla possibilidade de postular e debater sobre a existência ou não do direito do autor à entrega da coisa, igualmente ganha o devedor mais dez dias de pré-aviso e a possibilidade de, mediante depósito da coisa, oferecer embargos que vão retardar ainda mais a efetiva tutela do direito reconhecido na sentença.

<sup>85</sup>Idem, p. 215.

Desse ritual ficaram excluídos, de longa data, os provimentos em certas ações de procedimentos especiais, em que a relevância do direito material postulado pelo autor levou o legislador a dar força auto-executória ou imediata à respectiva sentença, independentemente de processo de execução autônomo, como as ações possessórias e as de despejo.<sup>86</sup>

Se o executado tiver alguma queixa a respeito da execução da ordem de entrega, deverá reclamar ao juiz da causa ou ajuizar ação autônoma, depois de consumada a perda da posse da coisa em favor do exequente, que, a partir desse momento, pode ter dado ao bem destino que torne materialmente impossível o desfazimento do ato de entrega, em razão da danificação, destruição ou transformação da coisa.

#### 4.15. Execução e tutela de urgência

Também nas medidas cautelares, em razão da urgência, a execução não pode ficar sujeita a retardamentos, sendo cabível a execução imediata da entrega da coisa independentemente de processo de execução autônomo.

E na tutela antecipada do artigo 273 do Código de Processo Civil, apesar de o § 3º referir-se à execução com observância de regras da execução provisória, forte corrente tem relevado a ressalva “no que couber”,

<sup>86</sup>São as ações a que Chiovenda denominava de ações com predominante função executiva, hoje conhecidas como executivas *lato sensu* e também mandamentais, cuja execução se faz por simples mandado ou ofício, a título de exaustão da jurisdição concentrada, ao mesmo tempo cognitiva e executiva, exercida em instância única. Araken de Assis (ob.cit., p. 363) inclui nesse rol as ações de reintegração de posse, depósito, busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, busca e apreensão de bem alienado com reserva de domínio, do comodante para reaver a coisa, de despejo, de nunciação de obra nova, de petição de herança, de imissão de posse e de divisão.

entendendo que normalmente essa execução deva ser imediata, sem o cabimento de embargos do devedor ou de terceiro, substituídos por controle do ato no próprio processo de conhecimento, sob contraditório.<sup>87</sup>

Para mim fica patente que, se o sistema comum da execução para entrega de coisa pelo rito dos artigos 621 e ss. exagera na proteção do interesse do devedor, o sistema desses procedimentos especiais e das duas modalidades de tutela citadas favorece a tutela do interesse do credor, com possível sacrifício da tutela do interesse do devedor. Mais se evidencia esse desequilíbrio nas hipóteses em que o interesse do credor é protegido através de medida liminar, *inaudita altera parte*, como ocorre com frequência na tutela cautelar e hoje também na tutela antecipada.

A efetividade do processo deve revelar-se não apenas na tutela do interesse de uma das partes, mas de ambas.

Ora, se existe na entrega de coisa tornada certa por ordem do juiz o interesse legítimo do credor de recebê-la integralmente e com a máxima rapidez, igualmente existe um interesse legítimo do executado que também exige tutela jurisdicional efetiva e rápida: que a execução somente atinja o bem a que o credor tem direito no momento da execução e que seja imediatamente desfeito, sem qualquer dano para o executado, qualquer ato executório que exceda desse limite.

O Direito Português formulou recentemente, na reforma de 1995/1996, uma solução interessante para o

<sup>87</sup> Ada Pellegrini Grinover, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, in Reforma do Código de Processo Civil, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 251 a 269; Jorge Pinheiro Castelo, *Tutela antecipada*, volume I, *na teoria geral do processo*, ed. LTR, São Paulo, 1999, p. 617/619. Idem José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 364, para quem não se pode admitir que a atuação da tutela antecipada seja efetivada nos moldes do processo de execução, sob pena de retirar-lhe completamente a utilidade prática.

problema, que merece ser mencionada, instituindo para a entrega de coisa resultante de título judicial um procedimento sumário, no qual, dispensado o pré-aviso do devedor, este é citado para tomar conhecimento da execução e defender-se, somente após a apreensão da coisa (art.928°.2).

Mas, note-se, o bem é apreendido de imediato, mas não é entregue em seguida ao exequente. Antes da entrega, o devedor poderá defender-se através da oposição à execução. No regime anterior, o devedor somente era cientificado após a entrega do bem ao exequente, o que, segundo JOSÉ LEBRE DE FREITAS, constituía uma violação do direito de defesa,<sup>88</sup> pois a sua pretensão de restituição ficava sujeita a insuperáveis dificuldades.

Na Itália, onde reformas têm sido feitas nos últimos anos, com a adoção de um procedimento cautelar comum e a instituição de uma modalidade de tutela antecipada, a questão da execução imediata desses provimentos também está muito longe de ser pacificada, havendo preponderância de opiniões no sentido de instauração de um processo de execução, ainda que simplificado.

Quanto à execução da tutela antecipada, instituída pelo artigo 186-quater, introduzido pela Lei 534 de 1995, pronunciam-se pela necessidade de execução forçada MASSIMO CIRULLI,<sup>89</sup> ANTONIO CARRATTA,<sup>90</sup> EDOARDO RICCI.<sup>91</sup> E quanto à execução das medidas cautelares,

<sup>88</sup>Ob.cit., p. 307.

<sup>89</sup>Giorgetta Basilico e Massimo Cirulli, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, ed. Giuffrè, Milano, 1998, p. 499: A execução do provimento antecipado, com fundamento no art.186-quater é provisória, aplicando-se analogicamente o disposto no art.653.

<sup>90</sup>Antonio Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, ed. G. Giappichelli, Torino, 1997, p. 347: Em todas as hipóteses de decisões antecipatórias de condenação, que prevêm, a cargo do devedor, o cumprimento de obrigação de pagamento em dinheiro, entrega de bens móveis ou imóveis, o conteúdo destes provimentos poderá ser feito valer em caso de inadimplemento através do recurso à execução forçada. A decisão (*ordinanza*) tem valor de título executivo e é imediatamente executiva.

<sup>91</sup>Edoardo F. Ricci, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, in Giuseppe Tarzia et alii, *Il progetto di riforma organica del processo civile* (Atti

objeto do artigo 669-duodecies, introduzido por Lei que entrou em vigor em 1° de janeiro de 1993, também exigem processo de execução, embora com formas abreviadas, FRANCESCO LUISO,<sup>92</sup> CARPI-COLESANTI-TARUFFO<sup>93</sup> e GIANTURCO,<sup>94</sup> enquanto

del convegno nazionale organizzato dalla camera civile, Milano, 18-19 aprile 1997), Giuffrè, Milano, 1998, p. 69: O legislador italiano, na tutela antecipatória organicamente inserida no procedimento ordinário (art.186-bis, ter e quater), usa os mesmos instrumentos da execução forçada. Já na tutela cautelar pode-se pensar em instrumentos diversos (art.669-duodecies), em particular no tipo de execução-atuação dominada totalmente pelo juiz do qual provém o provimento.

<sup>92</sup>Claudio Consolo, Francesco P. Luiso e Bruno Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, ed. Giuffrè, Milano, 1996, p. 681/684: O art.669-duodecies trata de provimentos cautelares que têm por objeto obrigações de pagamento em dinheiro, de dar, fazer e não fazer. Quanto a estas, o legislador adotou a linha da denominada execução em via breve. O juiz que emitiu o provimento toma o lugar do juiz da execução. O legislador, com técnica certamente não elogiável, descuidou de sugerir ao intérprete qual seja o procedimento. É uma lacuna normativa que torna fácil surgirem controvérsias. Não é possível deixar de recorrer ao Livro III, sobre o processo de execução. Assim também pensam Capponi, Fornaciari, Proto Pisani, Cecchela, Giusti, Olivieri, Frus e Rapisarda. As técnicas executivas não são opcionais, mas estão estreitamente vinculadas à necessidade de tutela da situação substancial em jogo. O tipo de atividade a cumprir deve ser idôneo a satisfazer o interesse tutelado, ainda que provisoriamente, pelo provimento cautelar. A atuação dos provimentos cautelares que prevêm dar, fazer ou não fazer corresponde ao previsto no artigo 606 (execução para entrega de coisa), com a única diferença de que o papel do juiz da execução é desenvolvido pelo juiz que emitiu o provimento de atuação.

<sup>93</sup>Federico Carpi, Vittorio Colesanti e Michele Taruffo, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile - complemento giurisprudenziale - appendice di aggiornamento 1996-1998*, CEDAM, Padova, 1998, p. 639/640: O art.669-duodecies, como o art.612, tem um âmbito de operatividade circunscrito às obrigações de fazer fungíveis; as infungíveis, como são insuscetíveis de execução forçada, não podem ser atuadas no sentido da referida disposição, que não introduziu qualquer inovação sobre a execução dessas obrigações (Tribunal de Roma, 12-12-96). E, referindo-se à atuação de medidas cautelares que tenham por objeto obrigações de fazer ou não fazer, sustenta que deva ocorrer nas formas próprias dessa execução específica. O Autor cita acórdãos do Tribunal de Brescia, admitindo nesse caso embargos à execução, e do Tribunal de Salerno, em sentido contrário.

<sup>94</sup>G. Gianturco, *Codice di Procedura Civile spiegato Articolo per Articolo*, ed. Simone, Napoli, 1997, p. 615/616: A atuação da medida do art.669-duodecies tem a natureza de execução forçada especial. A opinião prevalente reconhece na medida cautelar uma intrínseca executoriedade, considerando não necessária a oposição da fórmula executiva. Além disso, a execução não será precedida da notificação do preceito e do título executivo, sendo suficiente o mero conhecimento legal do provimento cautelar. A norma exige, quanto às somas de dinheiro, o juiz competente para a execução, o procedimento da

MANDRIOLI,<sup>95</sup> BUCOLO<sup>96</sup> e EDOARDO RICCI<sup>97</sup> admitem a execução por formas diversas.

Se a urgência da execução das medidas cautelares e de tutela antecipada, sob pena de sofrer o Autor lesão grave ou de difícil reparação, a relevância do direito protegido nessas medidas, bem como em sentenças auto-executórias, e a singeleza das prestações de dar, fazer ou não fazer ordenadas nessas decisões, tornam absolutamente improvável possa ter o executado algum interesse legítimo em opor-se à execução imediata, é preciso deixar sempre uma porta aberta para a hipótese, ainda que remota, em que exista esse interesse legítimo a ser tutelado.

A solução portuguesa (prazo para embargos entre a apreensão e a entrega) cria uma nova hipótese de depósito nessa execução, assemelhando-a à penhora da execução por quantia certa: depósito não apenas espontâneo, quando o devedor queira embargar, mas também depósito de ofício, quando o devedor se omitiu ou, nos casos acima de execução imediata ou abreviada, seja cientificado da execução após a apreensão, dando-lhe a oportunidade de embargá-la antes que a entrega do bem ao exequente se torne irreversível.

execução e o sistema das oposições (embargos à execução). O juiz pode estabelecer livremente o modo de execução da medida cautelar, no respeito ao limite da idoneidade para consecução do escopo. A decisão é tomada após contraditório das partes. O iter executivo delineado pelo legislador, sob alguns aspectos, diverge do procedimento da execução forçada; na verdade, exclui-se o preceito e a notificação do provimento em forma executiva. É o que Luiso denominou de execução abreviada ou em via breve.

<sup>95</sup>Crisanto Mandrioli, ob.cit., vol.III, p. 330.

<sup>96</sup>Francesco Bucolo, ob.cit., p. 1036/1037: Quando a execução diz respeito a um provimento antecipatório, interinal, cautelar e genericamente instrumental e não final, a parte requerente não deve passar pelos formalismos que são próprios do processo executivo normal, mas pode obter a atuação da obrigação exercendo as atividades úteis e necessárias para atingir o escopo ao qual o próprio provimento está pré-ordenado. O intimado não fica privado da defesa na fase de atuação do provimento urgente, já que ele pode sempre recorrer ao juiz que o emitiu. Nesse sentido a Cassação.

<sup>97</sup>Ob. e loc.cits.

É claro que essa solução não resolve todos os problemas, como por exemplo a necessidade de investir o exequente na posse do bem de imediato, sob pena de sofrer ele um dano irreparável, em que a ponderação dos interesses em jogo e a contra-cautela que caberá ser imposta ao exequente podem minorar os riscos à postergação da oportunidade de defesa do devedor.

Parece-me igualmente claro que essa solução pressupõe que os embargos não tenham efeito suspensivo automático, mas concedido cautelarmente pelo juiz diante das circunstâncias do caso concreto e da probabilidade de acolhimento pela relevância da matéria arguida, questão que abordaremos adiante, caso contrário, cairia por terra a efetividade da tutela do interesse do credor buscado através dessas medidas de urgência ou desses procedimentos especiais.

Cabe ponderar, por outro lado, que muitas vezes a entrega imediata do bem ao exequente não oferece riscos de irreversibilidade, porque foge ao alcance do credor danificar, destruir ou transformar a coisa, ou porque seria maior a incidência desse risco no caso de depósito entre a apreensão e a entrega. É o caso, por exemplo, da apreensão do filho em poder da mãe para entregá-lo ao pai. Mantê-lo em depósito junto a terceiro, entre a apreensão e a entrega, certamente será mais inconveniente do que entregá-lo de imediato ao pai.

O que é certo é que o Brasil estaria dando um passo atrás no aprimoramento do seu sistema processual e na efetividade das garantias de um processo justo, se as obrigações de dar, fazer e não fazer impostas por decisões judiciais passassem todas a ter execução imediata, sem assegurar ao devedor qualquer oportunidade de defesa eficaz dos interesses legítimos que pudesse opor-lhes.<sup>98</sup>

<sup>98</sup>Esse parece o caminho escolhido pelo chamado 13º Anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil, de autoria da Comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual encabeçada pelos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athon Gusmão Carneiro (in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, ano I, n° 2, nov.-dez.1999, Porto Alegre, p. 134 e ss.).

#### 4.16. Obrigações de fazer e não fazer

Embora inseridas na disciplina do processo de conhecimento, as regras relativas à tutela específica também devem ser seguidas na execução das obrigações de fazer e não fazer, não só porque asseguram tutela mais ampla a essas obrigações, mas também porque se, antes de formado um título executivo definitivo, a lei confere ao credor a possibilidade de perseguir o cumprimento da prestação na forma devida, com maior razão deve permiti-la depois de fixada por sentença a certeza da obrigação.<sup>99</sup>

Ademais, não se pode dizer que a concretização da tutela específica no processo de conhecimento não seja, desde logo, atividade substancialmente executória, pouco importando como se queira rotulá-la - decisão mandamental, tutela interdita, execução imediata -, porque nisso consiste a série de atos coativos contra o devedor ou sobre o seu patrimônio a fim de forçá-lo a satisfazer uma prestação constante de título executivo.

Nem se alegue que a tutela específica dispensaria título executivo, porque são títulos judiciais não apenas as sentenças finais no processo de conhecimento, mas também quaisquer decisões interlocutórias das quais resulte a imposição a uma das partes de sanção consistente em dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

A diferença substancial entre a execução em processo autônomo e a execução no próprio processo em que se originou o título é que naquela não pode o título ser modificado no próprio processo em que corre a execução, enquanto nesta isso pode ocorrer.

A meu ver exercita-se tutela jurisdicional tipicamente executória, no mesmo processo de conhecimento ou em processo autônomo, tanto na hipótese em que se cumpre a medida sub-rogatória ou coativa de tutela específica

<sup>99</sup>Carreira Alvim, ob.cit., p. 191.

determinada em decisão interlocutória, quanto no caso em que se executa sentença final condenatória ou título extrajudicial que imponha sanção consistente em prestação dessa espécie.

Para ADA PELLEGRINI GRINOVER,<sup>100</sup> a aplicação das regras procedimentais dos arts. 632/638 e 644/645 é residual, em relação às regras da tutela específica.

Aparentemente em posição antagônica, CARREIRA ALVIM<sup>101</sup> entende que a tutela específica do artigo 461 aplica-se subsidiariamente à execução das obrigações de fazer e não fazer, por força do artigo 598 do CPC.

Parece-me que esses regimes devem ser conciliados, em benefício da mais efetiva tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, sem que isso implique, entretanto, qualquer limitação ao pleno exercício do direito de defesa.

Seja no processo de conhecimento através da tutela específica de urgência (art. 461, § 3º), seja no processo de execução, a obrigação de fazer fungível não cumprida pode ser objeto de medidas sub-rogatórias, ou seja de atividades substitutivas do juiz, para realizar contra a vontade do devedor a atividade que o executado deveria ter prestado voluntariamente.

A realização prática do direito do credor à prestação constante do título justifica o uso de qualquer meio executório, ainda que não previsto expressamente em lei, para assegurar a efetiva tutela jurisdicional do direito do credor. Nessa variabilidade e atipicidade dos meios sub-rogatórios não se pode vislumbrar violação ao princípio da legalidade, porque encontram fundamento no direito do credor, constitucionalmente assegurado, à tutela jurisdicional efetiva.<sup>102</sup> Entre esses meios sub-rogatórios

<sup>100</sup>Ob.cit., p. 264.

<sup>101</sup>Ob.cit., p. 191.

<sup>102</sup>V. Elisabetta Silvestri, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, ano XXXVI, janeiro-março de 1981, p. 67/69.

se encontra a realização da obra por terceiros, conforme previsto nos artigos 634 a 637 do CPC.

Essa amplitude dos meios sub-rogatórios é quase ilimitada, não podendo ultrapassar, entretanto, os direitos da personalidade e demais direitos indisponíveis.

Se a obrigação é naturalmente infungível, isto é, se a sua satisfação somente pode ser obtida através de um ato de vontade ou de uma atividade do próprio devedor, não está ao alcance do juiz substituir-se a este para realizar a prestação almejada pelo credor.

Nesse campo ainda prevalecerá, embora de modo bastante mitigado, o princípio do *nemo proecise ad factum cogi potest*, porque o devedor não pode ser privado da sua liberdade ou da sua dignidade humana para contra a sua vontade satisfazer o credor com a execução do serviço ou da obra.

Mas o devedor pode sofrer coações, sanções, castigos, que o pressionem a ceder a resistência ao cumprimento da obrigação e a realizá-la por um ou mais atos emanados da sua própria vontade.

Essa vontade não é inteiramente livre e espontânea. É uma vontade manifestada sob coação, mas que, de qualquer modo, é imanente, nasce de um impulso interior ao sujeito, que não pode ser suprido ou substituído pela vontade de qualquer outra pessoa.

Na tutela específica das obrigações de fazer infungíveis o resultado final a ser perseguido não é a satisfação do credor através da substituição da atividade do réu pela atividade do juiz, mas através da própria conduta do demandado.<sup>103</sup>

Impossibilitada a prestação pessoal do próprio devedor, após o esgotamento de todos os meios coativos,

<sup>103</sup>Eduardo Talamini, *Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, § 3º, do CPC*, in Aspectos Polêmicos da Tutela Antecipada, coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 160.

o crédito do exequente se satisfaz com a busca do resultado prático mais aproximado possível da entrega da prestação infungível constante do título.

Nas obrigações infungíveis, os meios de apoio e coação devem estar previstos em lei.

Assim como os meios sub-rogatórios, também os meios coativos necessários ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer infungíveis na forma específica não podem ultrapassar os direitos da personalidade e demais direitos indisponíveis.

Por essa razão e também pela total ausência de previsão legal, é absolutamente inadmissível a imposição da prisão, como meio coercitivo, porque, como adverte GIOVANNI VERDE,<sup>104</sup>

“...a história da execução forçada é a história de um longo caminho sobre a estrada da civilização que conduziu à sedimentação de pelo menos um valor até agora estável: a libertação da execução, no caso de inadimplemento de obrigações civis, de qualquer possível incidência sobre a pessoa ou sobre a liberdade do devedor. O desaparecimento da prisão por dívidas foi saudada como uma conquista definitiva da nossa civilização e devem ser guardados como resíduos não recomendáveis do passado os institutos de alguns ordenamentos que prevêm sanções penais no caso de inadimplemento.”<sup>105</sup>

<sup>104</sup>Ob.cit., p. 968.

<sup>105</sup>Em nota de rodapé Verdi se refere expressamente às *Zwangstrafen* dos §§ 888 e 890 da ZPO alemã e à prisão do *Contempt of Court Act* de 1981 na Inglaterra. João Calvão da Silva (ob.cit., p. 385) observa que no Direito Português, desde antes das Ordenações, a prisão por dívidas era excepcional, em contraste com a rudeza do direito visigótico ou romano-visigótico. Entre nós a prisão é defendida por vários autores, como Luiz Guilherme Marinoni e Marcelo Lima Guerra (v. deste último, *Execução Indireta*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 246).

#### 4.17. Execução contra a Fazenda Pública

Esse é um dos capítulos mais tristes do processo de execução, pois as regras hoje estabelecidas no artigo 100 da Constituição consagram, por via indireta, uma inaceitável imunidade do Estado ao cumprimento das condenações que a Justiça lhe impõe.<sup>106</sup>

Verbas não são incluídas no orçamento, que é lei de iniciativa privativa do Executivo. Evidentemente o Executivo, que propõe a lei, e o Legislativo, que a vota, preferem destinar os recursos orçamentários para outros fins.

Mas se o Executivo quiser pagar a algum credor, nada impede que o faça extrajudicialmente.<sup>107</sup>

Afinal, aos amigos tudo, aos inimigos a lei.

Viúvas, idosos e outros desamparados, esperarão alguns anos para receberem os seus créditos, com o risco de que alguma reforma constitucional, nesse meio tempo, venha ainda a conceder uma moratória de oito anos para a Fazenda Pública pagar o seu débito em suaves prestações anuais, como o fez o artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anexo à Constituição-cidadã de 1988.

Já tive oportunidade de afirmar que a reforma do artigo 100 da Constituição é um imperativo moral.<sup>108</sup>

<sup>106</sup>Roger Perrot (*L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, ano XXXIX, p.852), o grande processualista francês que presidiu a comissão de reforma da execução mobiliária em seu país, também aponta como fator de desprestígio da execução o escândalo da imunidade estatal, que resulta da inalienabilidade dos bens públicos e dos privilégios processuais da Fazenda Pública.

<sup>107</sup>Em vão, Autores como Vicente Greco Filho (*Da Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 90/91) têm sustentado a impossibilidade desse pagamento que se efetua sob a máscara de acordos "vantajosos" para as pessoas jurídicas de direito público.

<sup>108</sup>*A Revisão Constitucional e o Processo Civil*, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 17, nº 67, julho-setembro de 1992, p. 103 e ss.

Se atentarmos para a técnica de elaboração do orçamento das pessoas jurídicas de direito público, facilmente verificaremos que o que ocorre com as condenações judiciais é uma verdadeira discriminação.

Com efeito, todas as verbas são incluídas no orçamento por mera previsão de despesa, exceto as destinadas ao pagamento de condenações judiciais.

Anualmente, os técnicos do Governo e, a seguir, os parlamentares, fazem previsões de receitas e projetam, igualmente por antecipação, quais serão as obras, os serviços ou as atividades que o Estado executará com esses recursos.

Nenhum débito de qualquer outra dotação orçamentária se encontra vencido na data da elaboração do orçamento. O seu vencimento, a sua exigibilidade, ocorrerá no curso do exercício financeiro, portanto, depois de votado e em vigor o orçamento.

O que me pareceria justo seria aplicar essa mesma técnica aos débitos oriundos de condenações judiciais, ou seja, mediante uma previsão de despesa feita no momento da elaboração da proposta orçamentária e da sua votação pelo Legislativo, dispor o Erário, em cada ano, de dotações específicas para ir pagando os débitos judiciais, na medida em que fossem transitando em julgado as sentenças condenatórias proferidas contra a Fazenda.

Já defendi a constituição de Fundos Públicos, administrados pelo Judiciário e compostos de dotações estabelecidas com base na média dos débitos dos três últimos anos. Se no final do exercício, as dotações se esgotassem, seriam cobertas, como as demais despesas públicas, por créditos suplementares ou especiais.<sup>109</sup>

Essa solução dependeria de Emenda Constitucional e continuaria a sujeitar-se à boa vontade dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração do orçamento.

<sup>109</sup>Ob. e loc.cits.

Creio que a solução do problema, no estágio atual, deve ser cogitada em dois planos: o da reforma constitucional e o da reforma da legislação infraconstitucional.

No plano da reforma constitucional, cumpre observar que a recente Emenda Constitucional nº 20, sobre a *Reforma da Previdência Social*, introduziu um § 3º no artigo 100, dispensando a expedição de precatórios nos pagamentos de pequeno valor definidos em lei.

Essa inovação permitirá, a partir da elaboração da lei projetada, que se restabeleça o sistema que a Previdência Social adotara no artigo 128 da Lei 8.213/91, de depósito em juízo dos valores de pequenas condenações, e que o Supremo Tribunal Federal veio a declarar inconstitucional em razão da anteriormente absoluta exigência do pagamento pela via do precatório.

Ainda no plano constitucional, todavia, parece que o malsinado parcelamento estabelecido no artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias vai ser repetido, conforme a Imprensa tem noticiado, para aliviar as precárias finanças de Estados e Municípios, através das Emendas relativas à Reforma do Poder Judiciário que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado, o que a meu ver, ferirá cláusula pétrea inscrita no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição, qual seja a garantia da coisa julgada.

Creio que, nessa matéria, deveríamos examinar a experiência de outros países. Em alguns deles, como a Itália, a Espanha, Portugal e a Argentina, já começaram a surgir soluções que, limitando a impenhorabilidade dos bens públicos, admitem a penhora de bens dominicais do Estado e de receitas públicas não vinculadas ao exercício de atividades essenciais.<sup>110</sup>

<sup>110</sup>V. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, *Execução contra a Fazenda Pública*, tese de doutorado apresentada em novembro de 1998 no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, por mim orientada e publicada pela ed. Malheiros, São Paulo, 1999. Em Portugal, segundo Eurico

Há muitas pessoas jurídicas de direito público titulares de vasto patrimônio ocioso ou não utilizado em fins públicos, que poderiam servir para saldar dívidas, sem desviar recursos dos serviços essenciais do Estado.

No plano infraconstitucional poder-se-ia cogitar de algum tipo de *contempt of court* que sancionasse os agentes das pessoas jurídicas de Direito Público, caso não cumprido o artigo 100 da Constituição, ou seja, caso não incluída a verba no orçamento do ano seguinte ou não efetuado o pagamento nesse ano.

Assim como o artigo 133 do Código de Processo Civil responsabiliza civilmente os juízes pelo retardamento de qualquer providência que devam ordenar de ofício, poderá a lei também sancionar civilmente qualquer agente do Poder Público que, dolosa ou culposamente, contribuir

Lopes-Cardoso (ob.cit., p. 299, reproduzida por Ricardo Perlingeiro na p. 75), "as coisas particulares pertencentes aos corpos administrativos, as coisas do seu domínio privado, ao contrário do que sucedia perante o Código de 1876, podem, sem restrições, ser apreendidas para a execução, desde que não estejam afectadas ou aplicadas a fim de utilidade pública". Quanto à Alemanha, transcrevo, sem comentários, relato de Karl-Peter Sommermann (*La Justicia Administrativa Alemana*, in *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 114): "En la práctica, la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración carece de relevancia, puesto que los casos en que la Administración no se apresta a cumplir la resolución jurisdiccional son absolutamente infrecuentes. Si se produce una dilación, las autoridades responsables incurrirán en la infracción de un deber oficial, de tal modo que la Administración, si el funcionario resulta culpable, podría quedar sujeta a responsabilidad civil y tendría éste que hacer frente por su parte a la pertinente indemnización." Na Espanha (v. Ricardo Perlingeiro, ob.cit., p. 66), em 1998, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do Regulamento das Fazendas Locais que proibia genericamente a penhora de bens públicos, fosse ou não do patrimônio disponível. Na Argentina, se o Estado se tornar remisso, poderão ser penhorados bens públicos de utilização privada (idem, p. 70). No Direito Italiano, não são impenhoráveis o dinheiro público e os créditos inscritos em balanço, salvo os originários de relações de direito público (Giuseppe Campes e Arrigo de Pauli, *Le esecuzioni speciali*, ed. Giuffrè, Milano, 1999, p. 185/186), como tais entendidas as resultantes de atos cumpridos no exercício de poderes de império da administração; os créditos públicos de origem privada, que não têm uma destinação pública previamente estabelecida, são penhoráveis (Vicenzo Corsaro e Silvio Bozzi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 3ª ed., ed. Giuffrè, Milano, 1996, p. 274).

para o descumprimento da ordem judicial de pagamento da condenação na forma do artigo 100 da Lei Maior.

A sanção poderia ser uma multa pecuniária periódica imposta pelo juiz da execução, multa essa a ser executada como título judicial em execução pessoal contra o agente sancionado.

#### 4.18. Falência e insolvência civil

A partir de 1985 na França foi reformulado o procedimento da execução coletiva, criando-se a reestruturação judiciária (*redressement judiciaire*), com a finalidade de preservar a empresa, manter os empregos e, na medida do possível, assegurar o pagamento dos credores.

Para os casais e as pessoas físicas, lei de 1989 instituiu procedimentos especiais, fortemente inspirados nos aplicáveis às empresas: *règlement amiable* e *redressement judiciaire civil*.

Há um regime geral de reestruturação judiciária e um regime simplificado para pequenas empresas, que é o mais usado.

O tribunal pode instaurar a reestruturação de ofício, o que ocorre a pedido do Ministério Público ou quando a opinião pública é mobilizada pela suspeita de conluio do devedor e dos seus principais credores.

O Presidente do Tribunal pode convocar os dirigentes de qualquer empresa cujo balanço anual aponte dificuldades, para prestar esclarecimentos antes da instauração de qualquer procedimento executivo.

Existe também, desde 1994, um procedimento de alerta, proposto pelo comissário das contas ou pelo comité de empresa, órgão com participação obreira que existe obrigatoriamente em grande número de empresas. Ele conduz a uma apreciação sobre o comportamento dos dirigentes.

O tribunal pode designar um juiz-comissário para colher todas as informações sobre a situação do devedor e da empresa.

A sentença de abertura nomeia os órgãos do procedimento: um representante dos credores e, em caso de reestruturação judiciária, um administrador judiciário.

A sentença retira, total ou parcialmente, o devedor da administração da empresa, transferindo poderes ao administrador judiciário e ao representante dos credores, e aprovando o plano de reestruturação. Também suspende as execuções individuais, a fluência dos juros e a inscrição de eventuais preferências.

Antes da decisão, o tribunal deve ouvir em segredo de justiça o devedor e os representantes dos trabalhadores, sob pena de nulidade.

A continuidade do negócio decorre de pleno direito, sem necessidade de autorização prévia do juiz. Depende apenas do próprio devedor.

O administrador judiciário submete ao tribunal um plano de continuação ou de cessão da empresa, no prazo máximo de seis meses da abertura da falência.

Na administração simplificada não há administrador. É o próprio devedor que, com autorização do juiz, representa a empresa.

A arrecadação e liquidação do ativo somente se dá desde o início se a empresa fechou ou se a sua recuperação é impossível, ou por conversão de um procedimento anterior de reestruturação. Nesse caso, o devedor perde totalmente a administração dos seus bens, que passa para um liquidante.

Além do *redressement judiciaire*, existe um outro procedimento, o *règlement amiable*, que é pedido pelo devedor. O juiz nomeia um conciliador para negociar com os credores. O acordo é exequível.

Portugal, em 1993, também editou o seu Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (Decreto-lei 132/93).

Foram eliminados a concordata preventiva e o acordo de credores como meios preventivos da falência.

Na falência, estabeleceu-se a liquidação imediata do ativo, sem dependência da apuração exata do passivo, para evitar degradação e dilapidação do patrimônio e para facilitar a sua aquisição por entidades que dela possam fazer uso melhor.

Com a declaração da falência extinguem-se todos os privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social, passando os respectivos créditos a ser exigíveis como créditos comuns (art. 152), para melhorar as condições de recebimento dos credores quirografários. Com o mesmo fito, suspende-se a execução fiscal pela decretação da falência ou pela instauração da sua recuperação econômica.

Na falência atuam a comissão dos credores e um gestor judicial.

A concordata se insere no processo de recuperação econômica da empresa, sujeita a votação e aprovação de todos os credores.

A falência abrange as empresas prestadoras de serviços, mas somente deve ser decretada se a empresa estiver insolvente e se mostrar economicamente inviável ou se não for possível a sua recuperação financeira.

Adota-se um novo conceito de insolvência, não mais vinculado ao desequilíbrio patrimonial do devedor: a carência de meios próprios e a falta de crédito que impossibilitem o cumprimento pontual das obrigações da empresa (art. 3°).

Aliás, mesmo na Itália, onde ainda sobrevive a lei falimentar de 1942, ORTOLAN define a falência como uma situação de objetiva impotência econômica (*rectius* estado do patrimônio), funcional e não transitória, pela qual o empreendedor não desfruta mais das condições de fazer frente regularmente e com meios normais às

próprias obrigações para o futuro, nem das condições de liquidez e de crédito necessárias à própria atividade.<sup>111</sup>

Segundo o Autor está superada a equivalência absoluta inadimplemento-insolvência. O inadimplemento gera apenas uma presunção. Se for contestado, não pode constituir elemento de juízo único para fazer prova do estado de insolvência.

Também desacreditada na doutrina e na jurisprudência dominantes se encontra a vinculação da insolvência ao desequilíbrio patrimonial. Pode haver insolvência mesmo com o ativo superior ao passivo.<sup>112</sup>

A recuperação econômica também inspira a recentíssima reforma, em 1999, da *Konkursordnung* alemã.

A experiência da reestruturação econômica na França ficou aquém das expectativas. A simples divulgação de que a empresa entrou nesse processo dificulta a sua recuperação. Em mais de 90% dos casos, resultou em liquidação pura e simples do ativo da empresa.<sup>113</sup>

De qualquer maneira, entendo que a evolução do direito concursual nessa direção é desejável. Num processo de rápida transformação dos sistemas produtivos, como o que vivemos em razão do desenvolvimento tecnológico, muitas empresas devem morrer e outras nascer.

Se a empresa não tem condições de sobrevivência com as suas próprias forças, auferindo receitas oriundas das respectivas atividades, não cabe ao Judiciário intervir no domínio econômico para impor a continuidade do empreendimento.

<sup>111</sup>Paola Ortolan, *Stato d'insolvenza*, in Codice del Fallimento a cura di Piero Pajardi, terza edizione a cura di Vittorio Colesanti, Giuffrè, Milano, 1997, p. 37.

<sup>112</sup>idem, ob.cit., p. 40.

<sup>113</sup>Paul Didier, ob.cit., p. 105.

Isso pode ser, talvez, objeto de ações do Poder Executivo e das agências de fomento - redução de impostos, fornecimento de linhas de crédito etc., mas não do Judiciário.

Se a empresa não puder sobreviver, o que cabe ao Judiciário é velar para que os credores sejam satisfeitos da forma mais rápida e ampla possível. Para esse fim, serve o processo de reestruturação da empresa, que coloca a empresa sob o controle do administrador judicial e da comissão dos credores antes da quebra, pois, através de um diagnóstico que não é exclusivamente o do devedor, pode decidir pela aceleração do encerramento das atividades da empresa, evitando que ela assuma novas obrigações excessivamente onerosas e que ela aumente inutilmente o seu passivo, especialmente o privilegiado.

Se a empresa puder sobreviver, a reestruturação certamente contribuirá para isso.<sup>114</sup>

Não cabe fazer aqui uma reflexão mais profunda a respeito dos rumos que deva adotar a execução concursal, mas esses breves apontamentos sobre a reestruturação da empresa permitem observar a sua inegável vantagem, do ponto de vista das garantias constitucionais do processo, em relação à falência e à insolvência civil existentes no Direito Brasileiro.

Os nossos procedimentos guardam características eminentemente autoritárias. O devedor comerciante pode ter decretada a sua falência, mesmo que não esteja em estado de insolvência, simplesmente porque não conseguiu pagar um título que enseja a ação executiva. A falência do devedor, embora afete interesses jurídicos e econômicos de várias pessoas - todos os credores do devedor, os seus empregados, o Fisco - é decretada sem que esses diversos sujeitos tenham a oportunidade de influir na decisão, que vai atingi-los.

<sup>114</sup>No Brasil, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o projeto de lei 4.376, de 1993, que trata da recuperação da empresa e da sua liquidação judicial.

Em nenhum momento, os credores do devedor são ouvidos sobre a possibilidade de com ele negociar uma forma de composição dos seus débitos, sem a decretação da quebra.

A concordata preventiva é deferida autoritariamente pelo juiz, com fundamento na verificação e requisitos meramente formais. Ela representa um golpe nas expectativas dos credores, que a ela se submetem forçadamente. Na reestruturação econômica, a concordata passa a depender do acordo efetivo de todos os credores.

Na reestruturação, a quebra não vai ser decretada, se a empresa tiver possibilidade de sobreviver. Todos os interessados - credores, empregados -, terão oportunidade de influir na decisão do juiz. A direção do processo de reestruturação é dividida entre um administrador da confiança do juiz e uma comissão de credores, por estes escolhida. Por essa forma, os credores participam ativamente do processo, diferentemente do que ocorre com a falência ou a insolvência civil tradicionais, em que os credores se distanciam, sendo o processo conduzido por um síndico ou administrador que, ainda que seja um dos principais credores, não foi por eles escolhido, atuando como um mero liquidante.

#### 4.19. Liquidação extrajudicial

Desde 1930 existe no Brasil o regime especial da liquidação extrajudicial das instituições bancárias, hoje disciplinado na Lei 6.024/74, que se estende às instituições financeiras, sociedades de investimentos, corretoras de valores, sociedades de fundos mútuos, sociedades de capitalização e empresas de consórcio. Regime análogo é aplicável às sociedades seguradoras, por força do Decreto-lei 73/66.

A liquidação extrajudicial é uma forma de extinção da empresa processada por liquidante nomeado pela

autoridade administrativa, com a imediata cessação das suas atividades, não apenas por encontrar-se em estado de insolvência, mas também por impontualidade no cumprimento de compromissos e desobediência a normas de funcionamento emanadas da lei ou dos órgãos federais que controlam as suas atividades.

Sem pretender adentrar no exame desse procedimento administrativo, cuja instauração produz efeitos análogos aos da falência, parece-me que a sua sobrevivência, após a Constituição de 1988, deve ser questionada à luz das garantias constitucionais do devido processo legal (artigo 5º-LIV), da tutela jurisdicional efetiva (artigo 5º-XXXV) e da proibição de dissolução ou suspensão de atividades de associações, salvo por decisão judicial (artigo 5º-XIX).

Com efeito, as instituições financeiras e demais entidades sujeitas a liquidação extrajudicial são sociedades constituídas com fins lícitos (inciso XVII). Seu funcionamento pode ficar sujeito a autorização administrativa (Constituição, art. 192-I), mas a sua dissolução exige sentença judicial transitada em julgado.

Sua liquidação por decisão administrativa viola os incisos XIX e LIV da Carta Magna.

Já a suspensão das execuções individuais contra a instituição cuja liquidação extrajudicial foi decretada, viola o inciso XXXV do artigo 5º,<sup>115</sup> pois impede o exercício do direito do credor de cobrar judicialmente o seu crédito.

#### 4.20. Embargos do Devedor

O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais de qualquer processo judicial, de acordo

<sup>115</sup>Segundo Marianna Galioto (ob.cit., p. 30), a Corte Constitucional italiana considerou constitucional a liquidação coacta administrativa que corresponde, naquele País, à nossa liquidação extrajudicial.

com o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, porque constituem expressões do princípio político, essencial ao Estado Democrático Contemporâneo, que é o princípio da participação democrática, segundo o qual ninguém pode ser atingido por um ato de autoridade na sua esfera de interesses, sem que lhe seja assegurado o direito de influir eficazmente na formação dessa decisão.

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 Código de 73, seguindo o modelo italiano, separou da execução toda atividade impugnativa do devedor ou de terceiros, instituindo para a resistência à pretensão executória e a defesa dos interesses por ela atingidos as ações incidentes de embargos do devedor e de embargos de terceiro, sendo que estes últimos também podem dirigir-se contra atos de constrição judicial praticados no processo cautelar, no processo de conhecimento ou na jurisdição voluntária.

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, enquanto o devedor e os terceiros atingidos por atos coativos dispõem de ações cognitivas autônomas, embora acessórias.

Apesar da aparente racionalidade da concepção dos embargos como ação de conhecimento incidente ao processo de execução, para que neles se exerça o direito de defesa do devedor e toda a atividade cognitiva a respeito do direito material, do título executivo e da própria validade dos atos executórios, o Código de 73 os disciplinou com a mesma rigidez que teria uma defesa em processo de conhecimento, impregnado de preclusões e de outros formalismos (garantia prévia do juízo pela penhora ou pelo depósito, suspensividade, prazos rígidos para a sua propositura), que terminaram por transformá-lo em tormento para o credor e para o devedor: o primeiro, apesar de detentor do título executivo, vê a execução paralisar-se pelos embargos, em grande maioria meramente procrastinatórios, retardando indefinidamente a satisfação do seu crédito; o segundo, não podendo defender-se sem prévia penhora ou depósito, mesmo para alegar nulidades absolutas, a inexistência da dívida ou ineficácia do título, de que tem prova cabal, e sendo obrigado a aguardar os momentos próprios para interpô-los.

Em poucos países fora do mundo ibero-americano a oposição à execução, equivalente aos nossos embargos do devedor, pressupõe prévia garantia da execução através da penhora ou do depósito.

Nos demais sistemas há uma variedade de meios de ataque à execução ou aos atos executórios, que podem ser utilizados com ou sem a garantia da penhora ou do depósito,<sup>116</sup> procurando assegurar sem entraves o exercício da defesa pelo devedor, sem criar estímulos à provocação de incidentes procrastinatórios.

A análise da disciplina dos embargos do devedor no Direito Brasileiro, especialmente se comparada com a de institutos equivalentes em outros sistemas jurídicos, põe

<sup>116</sup>V. todo o capítulo II no volume I do meu O Processo de Execução, em especial o item 2.20.

de imediato à amostra as graves deficiências de que se ressentem.

De um lado, criam eles injustificável obstáculo ao acesso à Justiça pelo devedor, que não pode se defender, nem mesmo para alegar nulidade absoluta ou o pagamento da dívida, sem o pesado ônus da imobilização de parte do seu patrimônio, através da penhora ou do depósito.

De outro lado, o seu indiscriminado efeito suspensivo, pouco importando se a matéria alegada tem ou não razoável fundamentação, tem transformado a sua propositura em habitual instrumento procrastinatório.

Essas deficiências, aliadas aos prazos preclusivos para a sua propositura, acabaram criando, à margem da lei, meios informais de impugnação de atos executórios, as chamadas *exceções ou objeções de pré-executividade*, utilizadas com maior ou menor frequência pelos advogados e aceitas com maior ou menor generosidade pelos juízes, colocando por terra toda a pureza sistemática engendrada no Código de 73, que em vão tentou separar a atividade propriamente executória e a atividade cognitiva incidente em ações autônomas, em procedimentos autônomos e em autuações independentes.

Para reduzir a utilização dos embargos como instrumento de indevida protelação, seria conveniente transformá-lo em ação de cognição limitada ou sumária, restrita a sua admissão a matérias fundamentadas em prova escrita, para as exceções que por natureza exigem tal meio de prova, como o pagamento, a compensação, a remissão e a novação. As defesas que não permitissem a imediata produção de prova escrita, como a falsidade, somente deveriam ser admitidas se fosse possível produzir de imediato a sua prova. Caso contrário, deveriam ser objeto de procedimentos cognitivos plenos inteiramente independentes da execução. É a solução do Código Uruguaio (art.379).

Se o credor tem em seu favor um título executivo, gerador da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade

do crédito, a marcha dos atos executórios não deve ser obstada ou dificultada por qualquer tipo de alegação, mas apenas por aquelas que apresentem, desde a sua propositura, razoável fundamentação.

Também não se justifica a concorrência de institutos com a mesma finalidade, a desconstituição de atos executórios, como os embargos do devedor e os embargos de terceiro, em muitas situações em que o mesmo sujeito pode ter legitimidade para a impetração de um e de outro.<sup>117</sup>

É o que ocorre, por exemplo, com o cônjuge do devedor, na execução imobiliária, na qual pode oferecer embargos do devedor para impugnar o crédito ou o título, e embargos de terceiro para salvar a sua meação.

Merece crítica, também, a imposição do efeito suspensivo automático, conferido aos embargos, inibindo a eficácia do título executivo e prestando-se a frequentes manobras procrastinatórias. O título gera a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da dívida. Se os embargos alegam e provam liminarmente a existência de fundamento relevante, elisivo da executoriedade do título, e o juízo está garantido pela penhora ou pelo depósito, podem eles ser recebidos com efeito suspensivo. Caso contrário, deveria a execução prosseguir, sem prejuízo de, se acolhidos viessem a ser os embargos, fossem as coisas repostas no estado anterior ou restituído ao devedor o seu equivalente em dinheiro.

Mas a prévia garantia do juízo pela penhora ou pelo depósito não pode ser obrigatória para o oferecimento dos embargos, porque com frequência torna excessivamente onerosa a defesa do devedor, criando obstáculo de caráter econômico ao seu exercício.

Em magnífico trabalho publicado nos *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico*

<sup>117</sup>Essa fungibilidade é defendida por Araken de Assis (Manual do Processo de Execução, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 4ª ed., p. 1064).

*Marques*, GALENO LACERDA defende a dispensa da prévia garantia do juízo na execução de título extrajudicial se faltarem os pressupostos da própria executividade.<sup>118</sup>

Outros autores (CELSONE NEVES, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA) já vinham defendendo a desnecessidade de embargos em casos de sentença inexistente, nulidade manifesta da execução ou imprestabilidade do título.<sup>119</sup>

A prévia garantia da penhora ou depósito deveria ter relevância, apenas, para a decisão de concessão do efeito suspensivo aos embargos.

Também não se justifica que, sendo autônoma a atividade cognitiva, que assim não deve prejudicar a marcha executória, somente possa ser exercida em prazos exíguos em momentos específicos do processo de execução (art.738).

Fora dessas ocasiões, o exercício da defesa pelo devedor ocorrerá à margem da lei, através de petições avulsas que acabam prejudicando a marcha executória, pois propiciam o surgimento de infundáveis incidentes.

Deve ser estendida a possibilidade de oferecimento dos embargos a qualquer tempo, pelo menos quanto a questões de direito material ou nulidades processuais absolutas.

Na direção do progressivo abandono do formalismo, embargos sobre matéria exclusivamente de direito ou sobre matéria de fato que possa ser resolvida sem mais delongas não deveriam ser autuados em separado, processando-se nos próprios autos, seja do processo de execução, seja do processo de conhecimento em que tenha sido determinada a execução imediata de tutela antecipada ou tutela específica.

<sup>118</sup>Galeno Lacerda, *Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo*, in *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*, Saraiva, São Paulo, 1982, p. 167 e ss.

<sup>119</sup>V. Marcos Valls Feu Rosa, *Exceção de Pré-Executividade*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996.

A duplicidade de autuações é entrave burocrático que precisa ser eliminado e que, ao invés de assegurar a pureza da atividade desenvolvida em cada processo, acaba pela apensação dificultando a marcha dos dois processos.

Certamente a informática resolverá esse tipo de problema em futuro bem próximo, pois em alguns países já se realizam experiências de processos *on line*, que eliminam por completo a burocracia cartorária, mas enquanto isso não ocorrer, a concentração de modalidades de tutela jurisdicional diversas na mesma relação processual não deve ser motivo de estranheza, mas exigência da tão apregoada efetividade do processo, por todos almejada.

#### 4.21. Execução provisória exaustiva

Por fim, não posso deixar de recordar os comentários já feitos no meu *O Processo de Execução*<sup>120</sup> sobre a necessidade de adoção da execução provisória exaustiva.

Os ônus e limitações impostos em nosso Direito à execução provisória das sentenças desestimulam a sua utilização e favorecem a interposição de recursos protelatórios, mesmo daqueles que não têm efeito suspensivo.

No início da vigência do Código de 1973 a doutrina brasileira repelia com veemência qualquer opinião que pretendesse conservar hipóteses de execução exaustiva na pendência de recurso, ainda que extraordinário.

Vejam-se, por todos, os argumentos categóricos de BARBOSA MOREIRA sobre "A Execução na Pendência de Recurso Extraordinário,"<sup>121</sup> contra a sobrevivência da

<sup>120</sup>Vol. I, item 3.4.1.2.1.

<sup>121</sup>In Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil, ed. Liber Juris, Rio de Janeiro, 1974, p. 221 e ss.

Súmula 228 do Supremo Tribunal Federal a partir da entrada em vigor do Código de 1973.

AMÍLCAR DE CASTRO foi um dos poucos processualistas brasileiros que, já em sua época, percebera o desacerto do novo entendimento, considerando-o um *retrocesso*.<sup>122</sup>

LUIZ GUILHERME MARINONI, em recente trabalho,<sup>123</sup> demonstra que os óbices à exaustão da execução provisória acabam por dar efeito suspensivo a qualquer recurso, propondo a eliminação do inciso II do artigo 588, que impede, nessa execução, a prática de atos de alienação do domínio e o levantamento de dinheiro sem prestação de caução.

O chamado *12º Anteprojeto de Reforma do CPC*, elaborado por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO e SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA e divulgado no ano de 1997,<sup>124</sup> acolheu em parte a proposta, permitindo na execução provisória a prática de atos de alienação do domínio e de outros dos quais possa resultar grave dano ao executado, exigindo, em qualquer caso, a prévia prestação de caução.

Os autores do *Anteprojeto* justificam o seu entendimento desta forma:

"Também aqui a proposta ora apresentada ao exame do egrégio Poder Legislativo adota parâmetros já consagrados: na Alemanha, a alienação de bens, na execução provisória, é possível após prestação de caução (ZPO, § 720). O mesmo se dá no direito português, que prevê a caução para o pagamento do

<sup>122</sup>Amílcar de Castro, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. 62.

<sup>123</sup>Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, 2ª ed., 1998, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 192 e ss.

<sup>124</sup>In Revista de Processo, ano 23, nº 90, abril-junho de 1998, p. 43.

exequente enquanto a sentença estiver pendente de recurso (art.47.3). No direito italiano, a execução provisória atua *ope legis* (art.282), podendo levar à expropriação independentemente de caução.”

A idéia da subordinação da exaustão da execução provisória à obrigatória caução não se me apresenta como a solução ideal.

A ser obrigatória a caução para os atos de alienação do domínio, como já é para o levantamento de dinheiro, inócuo será o resultado.

Quem prestará caução: o exequente ou o arrematante?

O credor não terá nenhum benefício direto da alienação do domínio, exceto em caso de adjudicação, e já está sujeito a prestar caução para o levantamento do dinheiro. E o arrematante, se tiver de prestar caução, certamente preferirá adquirir outro bem sem esse ônus, salvo se a aquisição lhe for extremamente vantajosa, o que significará alienação extremamente desvantajosa para o executado e, quiçá, para o próprio exequente.

Não há razão para temer a solução de MARINONI - pura eliminação do inciso II do artigo 588, com subsequente repetição do indébito e reparação, caso a sentença exequenda seja posteriormente reformada -, pois tanto o relator do recurso como o juiz, a vingar o 12º *Anteprojeto*, poderão a qualquer tempo dar efeito suspensivo ao recurso, sustando a execução provisória, caso se vislumbre razoável probabilidade de êxito no recurso.

GIUSEPPE TARZIA, na comparação que fez da proposta de reforma em curso na Itália com o 12º *Anteprojeto* brasileiro, justifica a desnecessidade da caução no Direito Italiano exatamente pela possibilidade,

a qualquer tempo, de concessão de efeito suspensivo ao recurso pendente.<sup>125</sup>

Se estes argumentos não forem suficientes, pelo menos o retorno imediato à regra enunciada na antiga Súmula 228, para que na pendência dos recursos extraordinários a execução seja definitiva, faz-se necessário, já que nessas instâncias, já tendo a causa normalmente passado pelo duplo grau de jurisdição e restringindo-se o reexame recursal às questões de direito, a probabilidade de reforma da decisão é acentuadamente reduzida.

Na realidade, o desaparecimento da Súmula 228 ordinizou os recursos extraordinários, transformando-os verdadeiramente em terceiro (e hoje até quarto) grau de jurisdição.

Em reforço da execução provisória exaustiva, independentemente de necessária caução, assinala-se que essa foi a orientação adotada no recente anteprojeto de nova lei do processo civil espanhol, conforme noticiado por JOSÉ LUIS VÁSQUEZ SOTELO em conferência proferida em maio de 1998 na Universidade de Milão.<sup>126</sup>

## 5. Peroração

Já é hora de terminar.

Minhas últimas palavras sejam de profundo agradecimento pela oportunidade que me deu a Faculdade Mineira de Direito, de vir à presença deste seletor auditório, fazer esta pregação em favor da reforma da execução.

Se a crise é profunda, não menor deverá ser a reforma. Se para nada servirem as idéias aqui lançadas,

<sup>125</sup>Giuseppe Tarzia, Problemas atuais da execução forçada, in *Revista de Processo*, ano 23, nº90, abril-junho de 1998, p. 68 e ss.

<sup>126</sup>José Luis Vásquez Sotelo, *L'Avanprogetto di una Nuova Legge del Processo Civile Spagnolo*, in *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, ano LIII, nº3, julho-setembro de 1998, p. 818 e ss. V. arts. 532 a 534 da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* (ob.cit., p. 128/129).

contentar-me-ei se despertarem em outros mais doutos o interesse pelo tema.

Dô grande mestre que hoje homenageamos saibamos extrair a lição de, respeitando o passado, procurar sem medo novos caminhos, que certamente encontraremos.

Muito obrigado.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2000