

A EXECUÇÃO E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Revista de Processo | vol. 94 | p. 34 | Abr / 1999
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 8 | p. 315 | Out / 2011DTR\1999\189

Leonardo Greco

Área do Direito: Civil

; Processual

Sumário:

1.Efetividade dos direitos fundamentais - 2.A crise da execução - 3.Histórico da execução - 4.Direito comparado - 5.Teoria geral da execução - 6.Poderes do juiz - 7.Atos executórios - 8.Celeridade da execução - 9.Preclusão e coisa julgada - 10.Princípios - 11.Competência - 12.Liquidação - 13.Autotutela e fortalecimento do credor - 14.Execução por quantia certa - 15.Execuções específicas - 16.Execução contra a Fazenda Pública - 17.Considerações finais

1. Efetividade dos direitos fundamentais

Estes dez anos de vigência da Constituição de 1988 foram extremamente fecundos na expansão e consolidação de uma nova consciência jurídica dos cidadãos, calcada primordialmente na efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

Essa efetividade, consagrada no próprio Texto Constitucional (art. 5.º, § 1.º, CF/1988 (LGL 1988\3)), espraia os seus efeitos por todos os ramos do Direito, particularmente por aqueles que regulam as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, que se despem do anterior perfil marcadamente autoritário e se humanizam para se tornarem instrumentos do livre desenvolvimento da personalidade.

Transparência, participação democrática, presunção de inocência, devido processo legal, contraditório, publicidade, intimidade, ampla defesa, são algumas das expressões que se tornaram populares no nosso tempo, como representativas de regras mínimas de convivência social, essenciais para que todos os cidadãos vejam respeitada pelos demais e pelo próprio Estado a sua dignidade humana.

A progressiva clarificação do conteúdo concreto de muitos desses conceitos e valores humanos, que está muito longe de ter-se completado, particularmente em nosso país, de atávica tradição autoritária e paternalista, fez-se acompanhar de um desgastante processo crítico de aferição da eficácia operativa das normas jurídicas, através de critérios políticos, econômicos, sociológicos e estatísticos que, não obstante muitas vezes polêmicos, definem a busca da construção de uma nova ordem jurídica que, respeitando o pluralismo inerente à sociedade moderna, dê a todos condições iguais de encontrar a própria felicidade e de exercer amplamente a própria liberdade sem pôr em risco a felicidade e a liberdade dos demais.

Essa revisão crítica da operatividade das instituições jurídico-políticas e das normas jurídicas assecuratórias dos direitos fundamentais certamente seria extremamente positiva para o aprimoramento da convivência pacífica de todos os cidadãos e de todos os povos, se, paradoxalmente, a sociedade moderna, em decorrência da economia de escala e do frenético desenvolvimento tecnológico, não tivesse potencializado as necessidades humanas, progressivamente modificado a aptidão dos bens materiais de satisfazê-las, massificado as relações econômicas e sociais e os conflitos delas decorrentes, reduzindo o Estado provedor do bem comum à completa incapacidade de atender a todas as demandas e a proteger concretamente todas as situações de fato teoricamente agasalhadas pelo Direito.

2. A crise da execução

A administração da Justiça também foi atingida por essa onda de revisão crítica, sob a inspiração do movimento do chamado *Acesso à Justiça*, que rompeu o respeitoso silêncio que repelia qualquer debate a respeito da qualidade e da eficiência do Poder Judiciário, dos juízes, dos seus órgãos

auxiliares e das suas normas de organização e de atuação, entre as quais as normas processuais.

E a Justiça também foi atingida por essa onda de insatisfação, desvendando todas as suas deficiências e a correlativa impotência do Estado de superá-las, tendo em vista a imprevisível multiplicação do número de demandas, a obsolescência e falta de agilidade dos procedimentos e a carência de recursos materiais e humanos disponíveis para fazer frente a uma gama cada vez mais volumosa e complexa de questões.

Se o Estado e a Justiça estão em crise, conseqüentemente o Processo, como instrumento de solução de conflitos e de administração estatal de interesses privados, também está em crise, pois o sistema jurídico e os ordenamentos positivos, engendrados pela sua teoria geral em mais de cem anos, tornaram-se incapazes de atender às exigências de rapidez e eficiência na entrega da prestação jurisdicional e de instaurar um verdadeiro diálogo humano capaz de satisfazer às aspirações democráticas infundidas na consciência jurídica dos cidadãos do nosso tempo.

Foi partindo dessa análise que, a partir de 1995, pus em execução na Universidade Gama Filho um projeto de pesquisa sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais no Processo Civil Brasileiro, dentro da linha de pesquisa sobre *Justiça e Sociedade* do nosso Programa de Pós-Graduação.

E dentro desse universo despertou-me particular atenção o estudo do processo de execução, pois se, de um lado, a garantia da proteção jurisdicional dos direitos dos cidadãos deve ser progressivamente mais rápida e eficaz, para conferir concretude da maior amplitude possível ao gozo desses direitos, e se essa garantia pressupõe procedimentos executórios que de fato realizem, com essa mesma rapidez e eficácia, a entrega dos bens que são reconhecidos pelas decisões judiciais, é desanimador verificar que justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia.

Cândido Dinamarco ¹reconhece que a doutrina processual tem relegado o Processo de Execução à posição secundária na teoria geral do processo.

Além disso, alguns fatores justificam a particular ineficácia dessa modalidade de atividade processual: o excesso de processos, o seu custo elevado e a sua exagerada morosidade, bem como a inadequação dos procedimentos à satisfação dos créditos correspondentes, especialmente diante dos novos direitos surgidos na sociedade contemporânea (ambiente, consumidor etc.).

Michele Taruffo ²esclarece que os novos direitos tornam mais complexa a tutela executiva. Nos Estados Unidos há tendência de confiar a execução da sentença a encarregados que operam na qualidade de *Officers of the Court*, com a função de desenvolver ou controlar o desenvolvimento, a cargo de terceiros, das atividades necessárias à execução (receiver, master, administrators, committees).

Outro fator que desalenta o credor é a ineficácia das coações processuais diante dos artifícios que a vida negocial moderna propicia aos devedores para esquivarem-se do cumprimento de suas obrigações.

Pessoas jurídicas desaparecem ou são desativadas.

Os limites da execução provisória favorecem extraordinariamente as manobras procrastinatórias. ³

A partir de tudo isso, diz Roger Perrot, ⁴há um novo ambiente sociológico. Ser devedor não é mais uma vergonha e não pagar os débitos não é mais um sinal de desonra. A exacerbação do respeito à liberdade individual e à vida privada tornaram vantajosa a posição de devedor.

Há também um novo ambiente econômico. O patrimônio das pessoas não é mais essencialmente imobiliário. Houve uma extraordinária diversificação dos bens e dos tipos de investimentos possíveis, o que aumentou a dificuldade de conhecê-los.

Ganhos com a inflação e com as elevadas taxas de juros praticadas no mercado financeiro tornaram particularmente lucrativo o inadimplemento das suas obrigações pelo devedor, que gira com o dinheiro do seu credor, auferindo grandes benefícios.

Perrot ⁵também 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.

E ainda quando o exeqüente consegue do juiz todas as providências para coagir o devedor a pagar, ⁶esbarra na dificuldade de uso da força pública. O Executivo tem conceito de ordem pública diverso do Judiciário.

Também não se ignore que a crise da execução, conforme acentua Calmon de Passos, decorre em grande parte dos males do próprio processo de conhecimento.

3. Histórico da execução

Iniciei a minha investigação por uma pesquisa de natureza histórica para identificar os fundamentos que lastrearam a evolução do processo de execução até a situação em que hoje se encontra.

No direito romano, a execução evoluiu do sistema cruel, privado e corporal da *manus injectio*, em que o credor escravizava o devedor e podia até matá-lo trans Tiberim, para o fragilizado sistema da *actio iudicati*, em que o devedor podia na execução rediscutir, quantas vezes quisesse, o crédito do exeqüente.

No período formulário, começou a surgir a noção de que a satisfação do credor não deveria invadir o mínimo patrimonial necessário à subsistência do devedor.

E no período da *cognitio extraordinaria*, deixou a execução de ser universal para circunscrever-se apenas aos bens do devedor suficientes para pagar os seus credores.

No direito germânico, ante a fragilidade da autoridade pública, cada credor penhorava privadamente os bens do devedor, que somente poderia defender-se após a penhora, não havendo necessidade de prévia constituição de título executivo, mas bastando para isso a simples afirmação pelo credor da existência do seu crédito.

Com o direito romano-germânico, a partir do século XI, fortaleceu-se a autoridade do juiz e a execução deixou de ser uma ação distinta, para constituir-se mero complemento do processo contencioso, promovida *de ofício* pelo próprio magistrado, a *executio parata*.

Para cobrar com mais rapidez determinados créditos confessados pelo devedor, surgiram os *instrumenta guarentigiata*, que se executavam através de processo de cognição sumária, defesa e sentença, concentrando num só procedimento cognição e execução.

Foi o *processus summarius executivus*, precursor da ação executiva do Código brasileiro de 1939 e de outras execuções de títulos extrajudiciais ainda hoje existentes em alguns países.

As obrigações de dar tornaram-se exigíveis na forma específica, enquanto as de fazer se convertiam em perdas e danos.

Seguindo esse modelo, as Ordenações Filipinas previam a execução *per officium iudicis* das sentenças e a assinatura de dez dias, ação sumária, aplicável às dívidas contraídas mediante escritura pública, alvarás particulares de pessoas privilegiadas e dotes, embora esta, segundo observação do Barão de Ramalho, fosse usada raramente.

A execução deveria terminar no prazo de três meses. Se o Executado a retardasse por dolo, além desse prazo, podia ser preso até que a execução fosse concluída. Também era cabível a prisão do Executado nos casos de ocultação ou sonegação de bens, por dolo, em fraude de execução.

Não havia avaliação, criada por uma lei de 1774.

Havia alguns casos de embargos sem penhora, como na nulidade patente ou no pagamento provado com quitações e documentos legais. Os embargos não suspendiam a execução, mas apenas a entrega da coisa e do preço.

No Regulamento 737 surgiram os embargos à arrematação e à adjudicação.

O Código de 39 instituiu o dualismo: ação executiva, ação de conhecimento com penhora incidente, contestação, sentença e subseqüentes atos executórios, para os títulos extrajudiciais; e processo de execução, para a sentença condenatória, da competência do juiz da causa.

Chegamos ao Código de 1973, que é o diploma processual vigente.

Declaradamente influenciado por Liebman, do qual certamente foi o maior discípulo no Brasil, Alfredo Buzaid elaborou o anteprojeto de que se originou o Código e foi o Ministro da Justiça em cuja gestão transformou-se o projeto em lei.

O Código de 1973 deu nova configuração ao processo de execução, eliminando a antiga ação executiva, unificando os procedimentos executórios, independentemente da natureza judicial ou extrajudicial do título executivo, e retirando do processo de execução a atividade cognitiva que se concentrou em processo incidente, mas autônomo, provocado pela ação chamada de *Embargos do Devedor*.

Na execução pecuniária singular, modificando o sistema vigente no Código de 39, adotou o princípio da prioridade da penhora, *prior tempore potior jure*.

Instituiu um novo procedimento executório de caráter universal e coletivo contra o devedor civil insolvente, semelhante à falência do devedor comerciante.

Procurou coibir as manobras fraudulentas e desonestas dos devedores através dos atos atentatórios à dignidade da justiça.

Reduziu o elenco dos títulos extrajudiciais.

Eliminou os privilégios executórios da Fazenda Pública, submetendo a sua dívida ativa ao procedimento executório comum.

Não conseguiu o Código reunir em seu bojo todos os procedimentos executórios. Alguns pré-existentes, adotados por leis especiais, foram conservados fora do seu corpo, como a execução das cédulas de crédito industrial (Dec.-lei 413, de 09.01.1969), a execução dos contratos de alienação fiduciária em garantia (Dec.-lei 911, de 01.10.1969) e a execução dos créditos do Sistema Financeiro da Habitação (Lei 5.741/71).

Depois da sua entrada em vigor, recuperou a Fazenda os seus privilégios executórios através da Lei 6.830, de 22.09.1980, que restaurou um procedimento especial para a execução da sua dívida ativa.

Novo procedimento executório também emergiu dos arts. 52 e 53 da Lei 9.099/1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais.

Além disso, a explosão do contencioso de massa e das ações coletivas no Brasil, a partir da década de 80, impôs a introdução de novas regras executórias, como as que se vêem nos arts. 11, 13 e 15 da Lei 7.347 de 24.07.1985, que disciplina a ação civil pública, e nos arts. 84 e 97 a 100 da Lei 8.078 de 11.09.1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor.

A busca da efetividade do processo e a necessidade de encontrar soluções urgentes para a crise da Justiça no Brasil levou um grupo de juristas, capitaneados pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do STJ, a elaborar uma série de projetos que, transformados em leis nos anos de 1992, 1993 e 1994, modificaram cerca de uma centena de dispositivos do Código de Processo Civil (LGL 1973\5) vigente.

Uma dessas leis, a de n. 8.953 de 13.12.1994, introduziu alterações justamente no Livro II do Código, relativo ao Processo de Execução.

Dessa mesma data, 13.12.1994, também é a Lei 8.952, que cumpre aqui mencionar pela nova redação dada ao art. 461 do CPC (LGL 1973\5) , relativo às ações para o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer.

A meu ver o esforço empreendido é meritório, mas os resultados alcançados estão muito aquém dos desejados.

4. Direito comparado

No estudo comparatístico, examinei a execução em sete sistemas processuais contemporâneos: o italiano, o alemão, o francês, o norte-americano, o espanhol, o português e o uruguaio, tentando

compreender o que existe de universal em todos eles, e o que existe de variável que possa contribuir para a análise crítica do nosso próprio sistema.

Por outro lado, como grande número de países já vem procurando nos últimos trinta anos soluções para a ineficácia do processo de execução, o estudo comparatístico permite também efetuar um balanço de providências que podem ser consideradas num projeto de reforma do processo de execução brasileiro.

4.1 Órgão da execução

Essa breve resenha comparatística permite observar uma diferença acentuada a respeito do papel do juiz no processo de execução.

Enquanto Espanha, Portugal e os países ibero-americanos, mantendo a tradição romano-germânica, atribuem ao juiz a função de conduzir pessoalmente todos os atos executórios, os demais países europeus se afastam desse sistema e instituem um processo de execução conduzido diretamente por um auxiliar judiciário, investido pelo exeqüente como um verdadeiro mandatário, com amplos poderes de escolher os bens a penhorar, alienar esses bens e pagar o credor.

Nestes últimos países, o magistrado somente intervém no processo de execução para rever algum ato do auxiliar judiciário, por provocação de uma das partes ou de terceiro, ou até mesmo mediante consulta do próprio oficial.

Esse sistema penetrou nos diversos países da Europa por influência do direito francês, cujo Código de 1806 se estendeu a outros países com as invasões napoleônicas.⁷

Cândido Dinamarco observa que antigamente na França vigorava o princípio da autonomia dos oficiais de justiça, funcionários ligados ao rei, e não ao juiz, que promoviam verdadeira execução administrativa. Hoje a execução continua a ser efetivada diretamente por um oficial, embora subordinado à autoridade do juiz.⁸

Na Itália, na Alemanha e na França a execução principia com atos do oficial de justiça (*ufficiale giudiziario*, *Gerichtsvollzieher*, *huissier*), provocados pelo exeqüente, intervindo o juiz depois de consumada a agressão ao patrimônio do executado ou se ocorrer algum incidente. Somente na execução de obrigações de fazer o juiz atua diretamente.

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.

4.2 Procedimentos executórios

Enquanto o direito italiano e o português dão tratamento uniforme à tutela jurisdicional de execução, independentemente da natureza do título, judicial ou extrajudicial, o alemão, o francês e o espanhol conservam, ao lado da execução de sentença, um ou mais procedimentos cognitivos de estrutura monitória ou mistos de cognição e de execução, nos moldes do antigo *processus summarius executivus* e da ação executiva do Código brasileiro de 1939, para as cobranças dos créditos oriundos de títulos extrajudiciais.

Na Alemanha são o processo documental (*Urkundenprozess*) e o processo cambiário (*Wechselprozess*) regulados nas seções 592 a 605a da *Zivilprozessordnung*, procedimentos de cognição limitada, ao lado da execução forçada (§§ 704 a 945 da ZPO), normalmente reservada às sentenças judiciais. Ressalte-se, todavia, que a execução forçada também se aplica aos documentos públicos que contenham a denominada cláusula executiva (§ 794), isto é, a expressa declaração do devedor de submeter-se à imediata execução do crédito.

Na França, alguns títulos extrajudiciais são exeqüíveis como as sentenças, na execução mobiliária: são os atos notariais revestidos de fórmula executória, os títulos expedidos pelo *huissier* em caso de não pagamento de cheque e os títulos expedidos por entes públicos ou decisões administrativas com força de sentença. Para outros casos, como letras de câmbio e faturas, existe um procedimento de estrutura monitória documental, a chamada injunção de pagar (art. 1.405 do Novo Código de



Processo Civil (LGL 1973\5)).

Na Espanha existem, ao lado da execução de sentença, os *juicios ejecutivos* (processos de conhecimento com penhora incidente), aplicáveis a títulos extrajudiciais (arts. 1.429 et seq. da Ley de Enjuiciamiento Civil), embora a disciplina de muitos atos executórios, como a penhora e a arrematação (procedimiento de apremio), seja comum aos dois tipos de execução.⁹

No direito uruguaio, diferem o processo monitório documental para as demandas fundadas em títulos extrajudiciais (arts. 353-362 do *Código General del Proceso*) e a via de apremio para a execução de sentença de caráter expropriatório (arts. 372 et seq.). Embora chamado de monitório, o primeiro se assemelha à ação executiva do Código brasileiro de 1939, com penhora incidente no processo de conhecimento.

O direito francês e o alemão regulam ainda em procedimentos diversos a execução mobiliária e a imobiliária.

4.3 Títulos executivos

Cândido Dinamarco observa que nos países europeus, de um modo geral, pelo zelo na proteção da integridade patrimonial do devedor, o rol de títulos executivos é acentuadamente menor do que no Brasil.

Entretanto, em época recente ali começaram a surgir, por imposição da desformalização crescente das relações negociais, alguns títulos extrajudiciais não emanados da vontade expressa do devedor, nem de documento expedido por ofício público, conforme ocorreu na Espanha, a partir de 1992, com os certificados emitidos pelas entidades responsáveis pelos registros contábeis do Mercado de Valores, e em Portugal, desde 1979, com os extratos emitidos pelas empresas administradoras de cartões de crédito.

Neste último país, a reforma de 1995 incluiu entre os títulos extrajudiciais papéis ilíquidos, como os contratos e outros documentos comprobatórios de negócios jurídicos, que possam ser quantificados posteriormente.

É princípio quase universal o de que somente a lei pode instituir títulos executivos, pela posição de desvantagem em que o processo de execução coloca o devedor.

Exceção a esse princípio é o chamado *pactum executivum* do direito alemão, que confere eficácia executiva ao documento público que contenha a expressa declaração do devedor de submeter-se à execução forçada imediata.

O pacto executivo é também admitido no direito espanhol e no direito uruguaio para os contratos de hipoteca e penhor.

A solenidade da expedição da *fórmula* executiva pelo escrivão ou tabelião, reminiscência do tempo em que a execução era efetuada por funcionários administrativos estranhos à Justiça, ainda perdura na Itália, Alemanha, França e nos Estados Unidos, o que se justifica tanto pela autonomia que tem nesses países o serventuário encarregado da prática dos atos executórios, quanto pela circunstância de que a execução de sentença não é necessariamente da competência do mesmo juízo do processo de conhecimento.

4.4 Competência

Quanto às regras de competência, muitos países não seguem o princípio de que o juiz da ação é também competente para a execução de sentença, instituindo juízos especializados para o processo de execução e vinculando territorialmente a execução ao juízo da localidade onde tiver de ser desenvolvida a atividade executória, normalmente, na execução pecuniária onde se encontram os bens do devedor.

É freqüente também a inderrogabilidade da competência territorial fixada na lei.

Assim, na Itália, a competência territorial absoluta em matéria de execução, seja ela fundada em título judicial ou extrajudicial, é do juízo do lugar onde têm de ser praticados os atos executórios, nos termos do art. 26 do Código de Processo Civil (LGL 1973\5) italiano.

Na Alemanha também prevalece essa regra, sendo o juízo competente normalmente um órgão monocrático especializado.¹⁰

Na França, a execução mobiliária é da competência absoluta do Presidente do Tribunal de Grande Instância do foro da residência do devedor ou do lugar onde devam ser praticados os atos executórios, à escolha do credor. Na execução imobiliária a competência é a do foro da situação dos bens.¹¹ Na injunção de pagar a competência absoluta é a do foro da residência do devedor.

Somente em Portugal, Espanha e Uruguai a execução de sentença é da competência do mesmo órgão que apreciou a ação de conhecimento no 1.º grau de jurisdição. Na execução de título extrajudicial, nos países ibéricos, a competência territorial é absoluta.

Mesmo nestes países observa-se nesse tema a preocupação em vincular a execução ao foro onde serão praticados os atos executórios, e em não permitir que o exequente escolha outro foro mais gravoso para o devedor.

4.5 Notificação do devedor

Em vários países os atos propriamente executórios, ou seja, os de caráter coativo, como a penhora ou a apreensão de bens, não podem ser iniciados sem que o devedor tenha sido previamente notificado para cumprir espontaneamente a obrigação.

Essa notificação, que visa a dar ao devedor uma última oportunidade de exonerar-se da dívida sem sofrer as conseqüências da mora, ora é o ato introdutório do processo de execução, como ocorre entre nós com a regra do art. 652 do CPC (LGL 1973\5), ora o antecede.

Curiosamente, variam largamente os prazos que cada sistema confere para que a notificação seja atendida. O mais longo, vinte dias, é o do direito português. O mais curto é o do direito espanhol, que exige o pagamento no ato da notificação. No direito italiano são dez dias e no uruguaio três.

Essa disparidade revela, de um lado, uma certa tolerância em alguns países com o atraso nos pagamentos, facultando ao devedor, depois do vencimento da obrigação e da notificação para pagar, prazo razoável para ir em busca dos meios necessários à liquidação do débito.

Em outros países, diferentemente, parece mais efetivo o princípio do *dies interpellat pro homine*. Tão curto é o prazo para cumprir a obrigação que somente se livra da execução o devedor que estiver pronto para pagá-la no ato da notificação, ou logo após esta. O decurso do prazo confirma apenas uma mora pré-existente.

O direito brasileiro, na execução por quantia certa, se inclui neste segundo grupo de países.

4.6 Celeridade

A urgência na satisfação do crédito do exequente e na cessação das limitações que a execução impõe à disponibilidade do devedor em relação aos seus bens, exigem que os atos executórios se desenvolvam e sejam concluídos com celeridade.

A jurisprudência constitucional na Espanha já começa a coibir a demora excessiva do processo de execução como fato de gravidade equivalente a do incumprimento da sentença na forma específica.

E no direito português, se o devedor que ofereceu embargos à execução e prestou caução para dar-lhes efeito suspensivo, deixar que os embargos fiquem paralisados por negligência durante mais de trinta dias, cessará o efeito suspensivo da execução que resultara da caução.

Mas também o credor não pode retardar a execução, em prejuízo do devedor, havendo em muitos países regras que sancionam com a caducidade dos atos executórios ou a perempção da execução a não conclusão do processo em certo prazo.

Na Itália, intimado o devedor para cumprir a obrigação através do chamado *preceito*, este caduca em noventa dias, se nesse prazo a execução não for iniciada.

A penhora perde eficácia em noventa dias, se não requerida a adjudicação ou a arrematação, salvo se o devedor tiver impugnado algum ato executivo através de oposição.

Nos Estados Unidos, o *sheriff* em geral tem de concluir os atos executórios em determinado prazo que, em New York, é de sessenta dias a partir da data em que ela foi submetida a sua atuação.¹²

Em Portugal, a paralisação da execução por mais de seis meses pode acarretar o levantamento da penhora e a condenação do exequente nas custas, se assim o requerer o devedor.

4.7 Audiências

A convocação das duas partes para debaterem em audiência as medidas a serem adotadas na seqüência dos atos executórios é regra existente em alguns sistemas processuais examinados, que favorece mais completa cognição do juiz, particularmente a respeito das circunstâncias mais relevantes a serem consideradas na determinação de atos eminentemente negociais, como a penhora e a arrematação.

Na Itália, além de poder ouvir as partes em qualquer momento da execução (art. 485), o juiz marca audiência das partes e dos credores, antes da arrematação (arts. 530 e 569) e no concurso particular de credores (art. 596), sendo motivo de extinção da execução o não comparecimento das partes a duas audiências sucessivas (art. 631).

Na Alemanha, a execução provisória somente é concedida após debate oral em audiência.

Nos Estados Unidos, a sanção do *contempt of court* somente é deferida após audiência oral.

4.8 Escolha de bens

No direito italiano a escolha dos bens a serem penhorados incumbe ao oficial judiciário, respeitada a indicação porventura feita pelo devedor.

Na França e nos Estados Unidos essa escolha é procedida pelo *huissier* e pelo *sheriff*.

Na Espanha, por tradição, é o devedor que efetua a escolha, passando essa faculdade ao credor caso o devedor não a efetue corretamente.

Em Portugal, na execução sumária (art. 921), é o credor que nomeia bens à penhora.

É evidente que a prioridade do devedor atende mais adequadamente ao princípio de que a execução deve proceder-se sempre do modo menos oneroso para ele. Entretanto, essa preferência nunca é absoluta, pois o devedor normalmente não se submete a uma ordem de preferências legais.

A utilização dessa prioridade por parte do devedor com freqüência gera incidentes que retardam a execução, pois a escolha nem sempre assegura, aos olhos do credor, a plena satisfação deste.

4.9 Concorrência de credores

Na Itália, instaurada a execução individual por um credor, todos os outros credores do mesmo devedor, ainda que não tenham título executivo, podem intervir no processo e beneficiar-se dos atos executórios, sem necessidade de ajuizar outras ações ou execuções.

A segunda penhora dos mesmos bens em outra execução é equiparada a uma intervenção tardia na primeira execução.

Essa concorrência de credores na mesma execução permite até que um credor venha a opor-se ao crédito do outro, bem como que a oposição do devedor se dirija contra o crédito de um interveniente.

Também na Alemanha e em Portugal, os atos executórios são praticados em benefício de todos os credores que intervieram na execução.

Diferentemente na Espanha, na omissão da lei, cada credor promove a sua execução autonomamente, mas as penhoras sucessivas devem ser comunicadas ao juiz da primeira penhora. A arrematação pode ocorrer junto a qualquer dos juízos perante os quais ocorreu a penhora dos bens, aí efetuando-se o pagamento dos credores na ordem das respectivas preferências.

O primeiro sistema protege com mais efetividade os credores que sucessivamente penhoram o mesmo bem, assegurando o pagamento na ordem das respectivas preferências ou penhoras.

Além disso, à falta de registro das penhoras anteriores, e permanecendo o devedor como depositário, fica difícil aos credores sucessivos saber da existência das penhoras anteriores.

4.10 Prioridade da penhora

A preferência no pagamento, entre os credores quirografários, em favor do credor que primeiro penhorou os bens, é regra hoje adotada no direito alemão, no norte-americano, no espanhol, no português e no uruguaio, salvo nos casos de falência ou insolvência do devedor.

Já o direito italiano segue o princípio da *par condicio creditoris* ou da igualdade de todos os credores da mesma classe, entre os quais será rateado o produto da venda dos bens penhorados na proporção do valor dos respectivos créditos.

O primeiro sistema pretende premiar o credor mais diligente, embora seja injusto presumir que o credor que por último penhorou bens não tenha sido diligente, porque em geral a sua inércia anterior se deveu à inexigibilidade do seu crédito.

4.11 Bens impenhoráveis

Na relação dos bens impenhoráveis há um núcleo comum a praticamente todos os sistemas: objetos de uso pessoal, utensílios domésticos, instrumentos de trabalho, salários, objetos de valor afetivo, alimentos, apesar de definidos de acordo com os costumes de cada país.

Algumas particularidades de cada sistema merecem ser assinaladas.

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. Os instrumentos de trabalho muito valiosos podem ser trocados por outros de menor valor, para que a penhora possa incidir sobre aqueles.

Na França, nenhuma impenhorabilidade prejudica a cobrança do crédito do fabricante ou vendedor do bem, e também daquele que emprestou dinheiro ao devedor para a sua aquisição. A impenhorabilidade dos salários é parcial.

Nos Estados Unidos, em muitos Estados a penhora não pode atingir bens ou dinheiro adquiridos pelo devedor depois de iniciada a execução, sendo igualmente impenhorável a casa própria. Há limites para a impenhorabilidade do salário.

Na Espanha, a par de reduzido o rol de bens impenhoráveis, a remuneração está excluída da penhora apenas até o limite do salário mínimo profissional.

Em Portugal, são penhoráveis os instrumentos de trabalho para pagamento de sua aquisição ou reparo, ou como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial. Somente um terço dos salários, aposentadorias ou pensões, são impenhoráveis.

No Uruguai, a impenhorabilidade da remuneração e dos bens de uso pessoal e doméstico não prevalece se a dívida resultou de sua aquisição ou de aluguéis da casa ou ainda se se trata de bens suntuários de alto valor. Também os instrumentos de trabalho podem ser penhorados se dados em penhor para garantir a sua aquisição. O direito de uso e o direito de habitação, como direitos personalíssimos, são impenhoráveis.

4.12 Execuções específicas

A Itália, a Espanha e Portugal continuam a aplicar o princípio tradicional *nemo precisoe ad factum cogi potest*. Incumprida a obrigação de fazer que não possa ser executada por terceiro, converte-se o seu valor em perdas e danos.

Já a Alemanha, a França, os Estados Unidos e, mais recentemente, o Uruguai, através das *Zwangsstrafen*, das astreintes, dos contempts of court e das astriciones enveredam pela aplicação de coações pessoais e patrimoniais para indiretamente forçar o devedor a satisfazer o crédito do exeqüente tal como consta do título.

A tendência do direito moderno é a de incluir a execução específica no conteúdo essencial da

garantia constitucional da tutela jurisdicional dos direitos do cidadão.

Como nas obrigações de fazer e de não fazer, com exceção das obrigações de prestar declaração de vontade, o Estado não pode substituir a vontade do devedor, é preciso recorrer às coações indiretas, o que tem tido êxito na Alemanha, na França e nos Estados Unidos.

Uma dessas coações, certamente bastante eficaz, prevista nas legislações alemã e norte-americana, é a prisão.

Outra é a multa pecuniária diária, independente das perdas e danos, a chamada *astreinte*, de origem francesa.

4.13 Embargos à execução

Na França, na Espanha e no Uruguai a oposição à execução, equivalente aos nossos embargos do devedor, pressupõe prévia garantia da execução através da penhora.

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.

É o que acontece na Itália, na Alemanha, nos Estados Unidos e em Portugal.

Neste último país, através de requerimento avulso, a qualquer tempo o juiz pode ser instado a pronunciar-se sobre nulidades absolutas da execução, como a incompetência absoluta e a litispendência.

Na Itália e na Alemanha o próprio credor pode opor-se a atos executórios, ou para impugnar o crédito de outro credor habilitado, ou para reclamar de alguma medida executória.

Quanto aos prazos para embargar, os sistemas variam muito: a Alemanha não estipula qualquer prazo; a Itália não estipula prazo para as oposições à execução, mas subordina as oposições a atos executórios ao prazo de cinco dias em relação a cada ato impugnado; na França, na Espanha, em Portugal e no Uruguai as impugnações devem ser oferecidas em prazos que variam de três dias (Espanha) a um mês (França) a partir da intimação da penhora.

É digno de nota que na Itália, na Alemanha e em Portugal os embargos do devedor não suspendem automaticamente a execução, cabendo ao juiz normalmente aferir, em face das circunstâncias do caso concreto, a existência de perigo de dano irreparável e a probabilidade de êxito da impugnação à execução.

Esses mesmos critérios são também com frequência empregados para autorizar ou não a execução provisória na pendência de algum recurso, como ocorre na Alemanha, na Itália e no Uruguai. Na França é a própria decisão exequenda que determina ou não a execução provisória.

4.14 Cognição limitada

Em vários dos sistemas examinados encontra-se na cobrança de créditos ou nas defesas do devedor o uso da técnica da cognição incompleta ou limitada, que simplifica e sumariza o procedimento e não exclui mais profunda discussão do direito material em outro feito.

Assim, no processo documental alemão 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.

No juízo executivo de títulos extrajudiciais espanhol a oposição do devedor se restringe a determinadas matérias, ficando aberta a possibilidade de em feito ordinário suscitar outras questões.

4.15 Dever de informação

Impressiona em quase todos os sistemas a ênfase dada à disciplina do dever do executado de

informar a localização dos seus bens, para que sobre eles recaiam os atos executórios, sob pena de sanções graves, como multas e até mesmo a prisão.

É de observar-se que a prisão é utilizada em países com larga tradição de respeito à liberdade e à dignidade humanas, como os Estados Unidos e a Alemanha.

Na França, a função de investigar o paradeiro dos bens do devedor, levantando todas as informações, mesmo aquelas acobertadas pelo sigilo, é atribuída ao Ministério Público.

4.16 Tendências

Este estudo comparativo permite identificar técnicas variadas de busca da efetividade da execução judicial que podem gerar a falsa impressão de que este ou aquele país tenha formulado a disciplina ideal.

Na verdade, em todos eles se avoluma a consciência de que novos caminhos devem ser perseguidos para adequar a execução às exigências do nosso tempo.

A busca dessa adequação há de tomar em conta que a efetividade do processo, e especialmente a do processo de execução, consiste na busca da atuação no mundo dos fatos de modo tão completo e oportuno quanto se o devedor viesse a cumprir espontaneamente a prestação constante do título.

Como regra, o credor deve receber na execução exatamente o bem que lhe está destinado pela ordem jurídica e é na busca desse resultado prático que deve ser desenvolvida a atividade executória. Entretanto, com freqüência, se o devedor não cumprir espontaneamente a prestação, o Estado não será capaz de uma atividade substitutiva que produza para o credor rigorosamente o mesmo resultado prático que lhe é devido.

Nesse caso, deve o processo de execução oferecer ao credor duas alternativas: a transformação da prestação originária numa prestação derivada, economicamente equivalente, a reparação das perdas e danos, que toma o lugar daquela e cujo conteúdo será perseguido pelo Estado através da atividade satisfativa substitutiva da vontade do devedor; ou a execução na forma específica, na qual o Estado, ao invés de substituir a vontade ou a ação omitidas pelo devedor, exerce sobre este coações patrimoniais ou pessoais para influenciá-lo a cumprir a prestação na forma devida.¹³

Quanto maior for a flexibilidade e a riqueza dos meios executivos imaginados pelo legislador, tanto maior será a probabilidade de poder-se fazer a execução em forma específica.¹⁴

Intervindo na administração do patrimônio do devedor para tornar efetiva a satisfação do credor, a execução deve, por outro lado, fazer aquilo que o devedor faria se atuasse a sua vontade no cumprimento voluntário da obrigação: praticar atos ou desfazer-se do seu patrimônio com o menor prejuízo possível.

5. Teoria geral da execução

A concretização desses objetivos somente será alcançada com uma revisão da teoria geral do processo de execução, que não seja apenas uma teoria engendrada sob a ótica do processo de conhecimento, estendida à execução como uma área afim, de interesse secundário. É preciso estruturar uma teoria da execução que trate as suas especificidades não como anomalias ou exceções, mas como propriedades de um processo em que a atividade jurisdicional é eminentemente prática, modificadora do mundo exterior, e não intelectual ou cognitiva, como no processo de conhecimento.

Essa preponderância da atividade prática está muito longe de significar que na execução não deva existir cognição e que execução e cognição devam necessariamente exercer-se em processos autônomos.

Pode haver *jurisdição* de execução sem autônomo processo de execução, desde que a atividade executória seja complementar da atividade cognitiva ou tão singela que não justifique a instauração de uma relação processual autônoma.

Do mesmo modo, existe *cognição* no processo de execução, mas como essa atividade é limitada à simples verificação dos pressupostos de admissibilidade da execução, sem adotar procedimento



apto a uma cognição exaustiva, não chega a constituir verdadeira jurisdição de conhecimento, nem chega a gerar a certeza da existência do direito inerente às decisões proferidas no exercício dessa jurisdição.

É claro que a lei pode vir a ampliar as hipóteses de procedimentos mistos de cognição e execução numa só relação processual e é desejável que o faça, o que dependerá, em grande parte, do progresso tecnológico.

6. Poderes do juiz

Na construção dessa nova teoria da execução, parece-me importante destacar a relevância de que se revestem os poderes do juiz, especialmente o *poder* decisório discricionário e o poder de administração.

A responsabilidade de subordinar os atos executórios ao critério da menor onerosidade possível para o devedor, obriga o juiz a despir-se da função de mero aplicador da lei, para proferir decisões fundadas nos critérios de conveniência e oportunidade.

Em numerosos casos exerce o juiz esse *poder* decisório discricionário, como por exemplo: quando escolhe o meio executório menos oneroso para o devedor (art. 620), quando resolve dúvidas sobre a nomeação de bens à penhora (art. 657), quando escolhe o depositário ou o administrador de bens penhorados ou sujeitos a usufruto (arts. 667, 677 e 719), na alienação antecipada de bens (art. 670), na atribuição da venda a corretor de imóveis (art. 700), na autorização de locação (art. 701, § 3.º), na alienação parcial de imóvel que comporte divisão cômoda (art. 702), no deferimento do usufruto por ser menos gravoso para o devedor e mais eficiente para o recebimento da dívida (art. 716), na decisão sobre arrematação global (art. 691), na decisão sobre o resultado prático equivalente à obrigação de fazer infungível (art. 461, § 1.º).

E o *poder* de administração se revela quando o juiz intervém na vida patrimonial do devedor, tornando-se responsável pela conservação dos seus bens e pela prática de uma série de negócios jurídicos em lugar do próprio devedor, para atingir a finalidade precípua da execução que é a satisfação do credor, com o mínimo de prejuízo para o devedor.

Os bens do devedor, pela penhora, estão sob a custódia judicial, mas enquanto durar a apreensão judicial, devem eles ser administrados com toda a diligência.

O *poder* de administração é, pois, o poder de substituir temporariamente o devedor na livre administração da totalidade ou de parte dos seus bens, praticando atos de gestão ditados preponderantemente por critérios de conveniência e oportunidade, e não de estrita legalidade.

Segundo Carnelutti, *administrar* é desenvolver uma atividade sobre determinada coisa, dirigida a fazê-la servir em proveito de alguém. Essa atividade é regida pelas leis da economia, das quais não podem escapar nem o processo, nem qualquer outro mecanismo jurídico.¹⁵

Normalmente a administração dos bens do devedor é exercida por um depositário ou administrador, nomeado pelo juiz.

A escolha do depositário ou administrador já constitui, por si mesma, uma expressão do *poder* de administração.

Outros atos de administração são exercidos pelo próprio juiz ou com a sua intervenção direta, como por exemplo, na alienação antecipada de bens sujeitos a deterioração ou por haver manifesta vantagem (CPC (LGL 1973\5) , art. 670), na aprovação da forma de administração do imóvel ou empresa sujeitos a usufruto (CPC (LGL 1973\5) , art. 728, II).

Na execução de obrigação de fazer, o *poder* de administração também se exerce através da contratação de terceiro para executar a obra, após concorrência pública, nos termos do art. 634 do CPC (LGL 1973\5) .

O exercício desse *poder* de administração, conforme bem observa Carnelutti,¹⁶ não significa que a execução corresponda à função administrativa do Estado, pois esta é ditada pelo interesse público, enquanto aquele visa a resguardar os interesses particulares dos litigantes, o que constitui finalidade característica da função jurisdicional.

7. Atos executórios

Também na sistematização dos atos processuais executivos, o processo de execução apresenta as suas peculiaridades, que precisam ser consideradas em estudo voltado para a sua reformulação.

A *unidade* teleológica e a interdependência dos atos processuais também se aplicam à execução. Todavia, na execução muitos atos processuais adquirem vida própria, extravasando a sua eficácia para fora do processo e sobrevivendo como atos inteiramente válidos e eficazes, ainda que venha a ser declarado nulo o processo como um todo.

Referindo-se aos negócios jurídicos processuais, ou seja, àqueles atos cujos efeitos decorrem imediatamente da vontade das partes, como as renúncias e a aceitação da sentença, Chiovenda assinala que "é do interesse público, dominante em todo o processo, que a atividade do órgão do Estado seja certa e determinada em seus resultados, e tal interesse poderia estar comprometido se, em qualquer caso, se admitisse que um defeito de vontade do negócio, ou o desaparecimento da causa deste, pudesse influir nos resultados da atividade pública a que o negócio deu origem".¹⁷

Mas não apenas nos negócios processuais, mas também em uma série de atos decorrentes do poder de administração do juiz, verifica-se a aquisição dessa autonomia do ato em relação ao processo em que foi praticado.

É o que ocorre por exemplo com a alienação antecipada de bens, prevista no art. 670 do CPC (LGL 1973\5) , com a obra executada por terceiro, nos termos dos arts. 634 e 635, e com a própria arrematação.

No primeiro caso, pode haver até mesmo uma impossibilidade material de desfazer a alienação, em caso de bens perecíveis, se após a sua prática se verificar a existência de alguma nulidade insanável em ato processual que tenha antecedido à referida alienação.

A anulação dos atos executórios terá como conseqüência a repetição pelo credor do produto da alienação que porventura lhe tenha sido pago.

No segundo caso, executada a obra e pago o contratante, não será ela desfeita, nem devolverá o contratante o custo recebido, ainda que anulada venha a ser a execução por vício anterior, perdendo o credor o direito de executar por quantia certa contra o devedor o custo da obra, ou devolvendo-o ao devedor, se já recebido.

No terceiro caso, de nulidade anterior à arrematação, também o ato executório adquire autonomia em relação ao processo de execução, não devendo aquela ser desfeita por qualquer nulidade anterior, cabendo ao devedor, nesse caso, o direito de reaver do credor o preço que este porventura tiver indevidamente recebido.

Quem adquire bem em alienação judicial somente pode perdê-lo se tiver ocorrido alguma nulidade no próprio ato de alienação, não por vício anterior.

A credibilidade de que devem desfrutar os atos da autoridade pública deve dar ao licitante plena segurança de que a aquisição está isenta de qualquer ônus e de qualquer risco, caso contrário, além do desprestígio que sofrerá a autoridade, acabarão os bens por sofrer depreciação na arrematação, em prejuízo do devedor e do próprio credor.

Pode-se dizer, pois, em relação a esses atos executórios, que a sua interdependência é relativa, restrita apenas à unidade de finalidade que guardam com os demais atos do mesmo processo e à disposição seqüencial dentro do respectivo procedimento.

8. Celeridade da execução

Créditos de menor valor ou de obrigações mais simples não necessitam de procedimento executório dilatado. É preciso cogitar da instituição de procedimentos executórios sumários e sumaríssimos e de ações de cobrança de cognição sumária, e não apenas de procedimento sumário. A ação monitória não atinge esse objetivo, pois, embargada, adota o procedimento ordinário de ampla cognição.

No direito português (CPC (LGL 1973\5) português, art. 927.º) há execuções por quantia certa e

para entrega de coisas sumárias e sumaríssimas, caracterizadas pela redução dos prazos e pela nomeação dos bens à penhora diretamente pelo exequente, efetivando-se esta independentemente de citação.

A amplitude das matérias que podem ser suscitadas nos embargos do devedor (CPC (LGL 1973\5) , art. 745) favorece a sua utilização como instrumento protelatório. É preciso limitar a matéria cognitiva nos embargos do executado devendo cogitar-se das seguintes medidas: limitação das exceções proponíveis (que podem variar em função dos respectivos títulos executivos); limitação da prova admissível à escrita para as exceções que por natureza exigem tal meio (pagamento, compensação, remissão, novação), ou, para as exceções que não permitem prova escrita (p. ex. falsidade), prova imediata ou de pronta solução, sem permitir atrasos em razão do lugar onde se encontra a prova; ônus do embargante de oferecer a prova com os embargos, sob pena de rejeição liminar. Nesse sentido se dirigiu a reforma do Código uruguaio (art. 379).

Observadas essas limitações, a suspensividade dos embargos também não se justifica, diante da certeza e liquidez da obrigação que decorrem do título.

Essa suspensividade não é adotada automaticamente na Itália,¹⁸ na Alemanha¹⁹ e em Portugal,²⁰ cabendo ao juiz normalmente aferir, em face das circunstâncias do caso concreto, a existência de perigo de dano irreparável e a probabilidade de êxito da impugnação à execução.

A suspensão deveria ser decidida caso a caso pelo juiz, reservando-se apenas para aquelas hipóteses em que formasse o magistrado um juízo de acentuada probabilidade da procedência do fundamento dos embargos, resultante de prova concreta liminarmente produzida.

Na formação do processo de execução, constituem exagerado entrave à celeridade e efetividade da execução, as limitações impostas pela lei à execução provisória, que desestimulam a sua utilização e incentivam a interposição de recursos, mesmo daqueles que não têm efeito suspensivo, com intuito meramente protelatório.

Já era tempo de pensarmos em tornar exaustiva a execução provisória, resolvendo-se eventual desfazimento dos atos em perdas e danos.

9. Preclusão e coisa julgada

Questão ainda não pacificada na doutrina brasileira e que evidencia a falta de uma teoria própria para a execução é a relativa à estabilidade do ato de satisfação do crédito do exequente, da respectiva preclusão ou coisa julgada.

A sentença no processo de execução, mesmo quando declara o direito material entre as partes, não adquire a imutabilidade da coisa julgada, ou seja, não gera a certeza desse direito material que impeça volte ele a ser rediscutido em outro processo.

Essa limitação sofrida pela sentença na execução é absolutamente coerente com a natureza da atividade jurisdicional exercida nesse tipo de processo: atividade coativa e satisfativa, não cognitiva, ou, no máximo, acompanhada de superficial e sumária atividade cognitiva.

Para Giovanni Tomei,²¹ a coisa julgada não pode prescindir do contraditório, da prova e do juízo em torno ao pré-existente e controvertido direito, institutos típicos da cognição ordinária, não encontráveis nos processos sumários e executivos.

Entre nós, Moniz de Aragão²² aflora o problema, declarando que a coisa julgada não se faz presente no processo de execução, no qual a lide não é composta pelo "julgamento" e sim pela "satisfação" da pretensão do credor.

A sentença na execução preclui, porque, encerrando o processo, exaure a atividade jurisdicional e não permite sejam reabertas na mesma relação processual as questões de fato ou de direito, processuais ou de mérito, apreciadas naquele processo, nem revogados os atos conclusivos da execução, o que não é obstáculo a que a realidade substancial da relação controvertida seja reexaminada em outro processo.²³

O que sai definitivamente consolidado de qualquer processo executivo é o ato de pagamento coativo,

de entrega forçada, aquele ato singular próprio daquele processo, livre ficando a discussão do direito material nos futuros processos, inclusive para eventuais pedidos de restituição ou de repetição de indébito.²⁴

Somente haverá coisa julgada quanto ao direito material em decorrência da sentença nos embargos do devedor e nos limites desta.

Segundo Anselmo de Castro, se o executado não oferece embargos do devedor, pode posteriormente propor ação de restituição do indébito.²⁵

A nulidade do título ou a inexistência da dívida poderão, assim, fundamentar ação de restituição ou de repetição de indébito, e não a anulação dos atos executivos.²⁶

Quanto a estes, se não impugnados por embargos do devedor ou incidentalmente na própria execução, poderão ser atacados através de ação direta de anulação (CPC (LGL 1973\5) , art. 486), sendo certo que, em face da autonomia de que gozam os atos executórios de caráter negocial, como a arrematação, a adjudicação ou a remição, a nulidade dos demais atos executórios não acarretará o desfazimento desses atos, salvo se a sua validade tiver sido diretamente argüida por vícios intrínsecos, vícios deles próprios e não do processo em que foram praticados.

Por fim, quanto à transação e à renúncia ao direito, referidas no art. 794 do CPC (LGL 1973\5) , apesar de homologatória a sentença que por um desses fundamentos extingue o processo (CPC (LGL 1973\5) , art. 269, III), não me parece que ensejem ação anulatória, em face do disposto no art. 485, VIII,²⁷ que as inclui entre as hipóteses de ação rescisória. Nestes dois casos, por exceção, haverá coisa julgada da sentença no processo de execução. A sumariedade da cognição é suprida pelo ato de disposição das partes ou do credor.

10. Princípios

Quanto aos princípios gerais do processo de execução, além dos oito princípios oriundos do processo de conhecimento (*iniciativa, impulso processual oficial, contraditório, dispositivo, livre convicção, publicidade, lealdade e oralidade*), há cinco princípios específicos: o de que não há execução sem título, o de que a execução se realiza no interesse do credor, o da menor onerosidade para o devedor, o da disponibilidade e o da fungibilidade do meio executório.

10.1 Iniciativa

Quanto à *iniciativa*, cumpre assinalar que, em princípio, proposta a execução, não pode o juiz modificar a identidade das partes, o pedido ou a causa de pedir. Entretanto, por força do art. 620, tem o juiz liberdade de variar a providência jurisdicional, o meio executório, para alcançar o bem jurídico almejado pelo autor. Ou seja, o pedido imediato é variável na execução, devendo o juiz adotar o procedimento e as providências que julgar mais adequados para satisfazer o crédito do exequente, pelo modo menos oneroso para o devedor.

Isso significa que no processo de execução, o pedido imediato normalmente não identifica a ação. Na ação executória, o pedido é sempre a satisfação do crédito, pouco importando por que meio se alcance esse resultado, desde que o juiz busque fazê-lo pelo modo menos oneroso para o devedor.

10.2 Impulso processual

Quanto ao *impulso* oficial, conduzir o processo de execução não é apenas cumprir o rito prescrito em lei, determinando a seqüência de atos que ela estabelece, mas atento aos interesses das partes e aos objetivos da execução, exercer a intervenção no patrimônio do devedor através dos atos mais apropriados a resguardar os primeiros e atingir os segundos.

Daí a lição de Carnelutti: ²⁸"Embora dentro de certos limites o esquema do procedimento de expropriação deva estar e esteja traçado pela lei, este esquema não pode deixar de oferecer uma quantidade de espaços em branco que hão de ser preenchidos segundo as exigências de cada caso singular; em outras palavras, a lei não pode deixar de confiar em boa parte a regulação à ordem do juiz".

O juiz brasileiro dispense a maior parte do seu tempo útil praticando diariamente centenas de

despachos de mera movimentação, que não exigem o exame completo de todos os atos do processo e que, em geral, são mera aplicação de preceitos legais amplamente conhecidos pelos profissionais do foro, a respeito da marcha procedimental.

Nos países em que o impulso processual cabe às partes, não tem o juiz esse encargo, o que lhe permite dedicar mais tempo ao exame dos processos submetidos a seu despacho, que por esse motivo são muito menos numerosos, e à prolação de decisões interlocutórias e sentenças de melhor conteúdo.

Na Itália e na Alemanha, a execução principia com atos do oficial de justiça ou executor judicial, interferindo o juiz apenas depois de consumada a agressão ao patrimônio do executado.²⁹

No Brasil, a Lei das Execuções Fiscais (LGL 1980\10) tentou diminuir os atos do juiz. No mesmo sentido, a recente Lei 8.952/94 determinou, no processo de conhecimento, que os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, devem ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.

Embora, a princípio, essa nova regra se aplique subsidiariamente ao processo de execução, continuam mantidos todos os dispositivos relativos à execução que estabelecem despachos de movimentação, que se faz necessário reexaminar.

10.3 Contraditório

Em relação ao *contraditório* na execução, a doutrina tradicional, mesmo depois de ter-se firmado a predominante aceitação da sua natureza jurisdicional, continuou em grande parte a sustentar a inexistência de contraditório.

Liebman,³⁰ por todos, argumenta que no processo de execução não há mais equilíbrio entre as partes, não há *contraditório*. O condenado não pode impedir a efetivação da regra sancionadora, nem discutir o direito do exequente, devendo suportar o que se faz em seu prejuízo, sendo ouvido somente à medida que a sua colaboração possa ser útil e podendo pretender unicamente que os dispositivos da lei não sejam ultrapassados no cumprimento dessa atividade.

Alguns juristas, como Redenti, na Itália e José Frederico Marques, no Brasil, defenderam a existência na execução, como consequência de seu caráter jurisdicional e da existência de lide entre as partes, de um contraditório mitigado: o executado é titular de direitos subjetivos processuais; não pode opor-se ao cumprimento da prestação constante do título executivo, mas intervém nos atos executórios sobre o *modus procedendi, o quomodo exequendum vel procedendum*.³¹

O Estado de Direito contemporâneo, alicerçado nos fracassos e frustrações do Estado-Providência, que desbordaram no totalitarismo nazi-fascista, e construído em todo o Ocidente a partir da reconstitucionalização ocorrida após a 2.ª Guerra Mundial, apresenta algumas características essenciais que refletem diretamente no alcance do contraditório no processo judicial: respeito absoluto à dignidade da pessoa humana, garantia da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos e participação democrática.

Neste novo Estado de Direito, nenhuma decisão de qualquer autoridade pública, que possa atingir a esfera de interesses de algum particular, deve ser adotada sem que tenha sido antecedida da garantia ao interessado da ampla oportunidade de influir eficazmente na sua elaboração.

É o princípio da *participação democrática* ou da democracia participativa, que rege as relações entre o Estado e os cidadãos nas atividades de todos os Poderes do Estado e que tem como seu instrumento no processo judicial o princípio do contraditório.

O *contraditório*, como expressão do princípio da participação democrática e reflexo da dignidade humana no processo, não deve sofrer qualquer limitação no processo de execução.

A impossibilidade de rediscutir na execução o direito constante do título não reduz a garantia do *contraditório*, porque esse direito pode não mais existir, e ainda que sobreviva, a sua satisfação deve efetivar-se do modo menos oneroso para o devedor, devendo após cada ato e antes do seguinte ser reavaliada a adequação da seqüência empreendida para atender simultaneamente aos interesses legítimos do credor e do devedor.

O direito de influir eficazmente nas decisões do juiz da execução deve, pois, ser assegurado em igualdade de condições a ambas as partes, exequente e executado, já que o *contraditório* é garantia de equilíbrio entre a exigência de satisfação do credor e a de respeito ao devedor e ao seu patrimônio.

O respeito à dignidade humana do devedor exige que lhe seja permitido participar do processo executivo com as mesmas prerrogativas de que dispõe o credor, pois não é legítimo sacrificar o patrimônio do devedor mais do que o indispensável para satisfazer o direito do credor.³²

Esse primado da dignidade humana impõe, ademais, que o poder de influir nas medidas executórias seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente, a ambas as partes.

Ora, não existe forma mais eficaz para isso do que através da instauração de um diálogo humano entre o juiz e os dois outros sujeitos principais do processo, autor e réu.

Diálogo é o intercâmbio de idéias entre duas pessoas humanas a respeito de qualquer questão ou problema.

No *diálogo*, ambos os interlocutores falam, ouvem, dizendo o que pensam e reagindo às opiniões do outro, de tal modo que ao seu término cada um deles influenciou nas idéias do outro e por elas foi também influenciado.

O *diálogo* pressupõe que os interlocutores manifestem as suas opiniões numa audiência oral, porque somente o encontro, o contato imediato entre o juiz e as partes instaura diálogo verdadeiro e humano.

Lamentavelmente o direito brasileiro não prevê audiências orais no processo de execução, exceto para a produção de prova oral na verificação de créditos da insolvência civil (art. 772, § 1.º) e nos embargos do devedor (art. 740).

Na Itália, além de poder ouvir as partes em qualquer momento da execução (CPC (LGL 1973\5) italiano, art. 485), o juiz marca audiência das partes e dos credores, antes da arrematação (arts. 530 e 569) e no concurso particular de credores (art. 596), sendo motivo de extinção da execução o não comparecimento das partes a duas audiências sucessivas (art. 631). Na Alemanha, a execução provisória somente é concedida após debate oral em audiência.³³ Na França, na execução mobiliária, o procedimento é oral e a defesa do executado é apresentada em audiência.³⁴ Na execução imobiliária, decorrido o prazo para embargos, será marcada audiência.³⁵

No direito brasileiro, o juiz pode em qualquer momento do processo ordenar o comparecimento das partes (CPC (LGL 1973\5) , art. 599).

A falta de objetivo específico para esse comparecimento faz com que seja raramente utilizado, e daí resulta que as decisões são geralmente tomadas após *contraditório* meramente formal.³⁶

Penso que os atos cruciais da execução, como a penhora e a arrematação, deveriam ser antecedidas de audiências orais, que permitiriam a instauração do almejado *diálogo* e colocariam o juiz em condições excelentes para dar seqüência ao processo do modo mais eficaz para atingir os objetivos pretendidos por ambos os litigantes.

Deve ser assegurado o *contraditório*, em igualdade de condições, no exame dos pressupostos processuais e condições da ação de execução, nos atos probatórios, e, de um modo geral, na suspensão e extinção do processo.³⁷

Obrigar o executado a garantir a execução, com a penhora ou o depósito, para poder argüir a falta de pressupostos processuais ou de condições da ação, é colocá-lo em posição de notória desvantagem em relação ao exequente. Se essas questões o juiz aprecia de ofício, não pode o devedor depender da garantia do juízo para alegá-las. A chamada *exceção* de pre-executividade vem sendo admitida por petição avulsa na própria execução, justamente em respeito à dignidade humana do devedor.

Foi também essa compreensão do alcance do *contraditório* que levou o legislador da Lei 8.953 de 1994 a suprimir a *proibição* de falar nos autos como sanção pela prática de atos atentatórios à

dignidade da justiça, prevista no art. 601 do CPC (LGL 1973\5) .

O *diálogo* do contraditório deve também vigorar na preparação das decisões que afetem a esfera jurídica ou patrimonial de terceiros, em relação a estes.

O credor privilegiado que concorre ao pagamento, os ofertantes de propostas de venda particular, o arrematante, os familiares do devedor que concorrem à remição devem ser ouvidos não apenas no sentido formal, mas concretamente em audiências de caráter instrutório, para que o juiz lhes assegure o poder de influir eficazmente nas suas decisões e para bem preparar o exercício do seu poder de administração, como o faria um experimentado liquidante ou administrador privado.³⁸

Esta sucinta exposição é suficiente para demonstrar como o nosso ordenamento positivo está distante da moderna compreensão do conteúdo do princípio do *contraditório*, verdadeiro salto qualitativo em direção à humanização do processo.

Esse atraso não é privilégio do processo de execução, sendo igualmente grave no processo de conhecimento. Os países da Europa conseguiram superá-lo, menos pela reforma dos seus Códigos que, na maioria dos casos, tem sido feita topicamente, e mais pela obra construtiva da jurisprudência das suas Cortes Constitucionais.³⁹

Vale, portanto, a advertência de Tarzia⁴⁰ de que a Constituição, os Tratados Internacionais (Declarações e Convenções sobre Direitos Humanos) e os valores humanos em si mesmos considerados devem servir de norte para resolver os problemas na aplicação desse princípio ao processo executivo, tendo em vista as lacunas das normas positivas.

10.4 Publicidade

A aplicação do princípio da *publicidade* ao processo de execução tem algumas particularidades.

Na busca de informações sobre a localização dos bens do devedor, pode o juiz ter de devassar o sigilo bancário e o sigilo fiscal do devedor, requisitando cópias de declarações de bens apresentadas à Receita Federal ou extratos de contas-correntes.⁴¹

A anexação desses documentos ao processo não impõe de pleno direito que o processo corra em segredo de justiça. Deve o juiz deles retirar as informações necessárias à continuidade do processo e, a seguir, desentranhá-los, entregando-os à parte a qual se refiram, em respeito a sua intimidade.

Outra particularidade da *publicidade* na execução é a especial divulgação que devem ter certos atos processuais, para que possam atingir a dupla finalidade de satisfação plena do credor com o menor ônus possível para o devedor. Refiro-me não só aos editais de praça (CPC (LGL 1973\5) , art. 686) e ao edital de concorrência para a execução da obra por terceiro (art. 634, § 1.º), mas à *sui generis* participação de quaisquer cidadãos, os licitantes, estranhos aos interesses em jogo, como sujeitos processuais nos atos que se seguem a esses editais.

A esta particularidade se liga outra, que é a possibilidade de intervenção na execução de terceiros interessados em realizar negócios com o devedor.

À medida que o juiz da execução intervém na livre administração de, pelo menos, parte dos bens do devedor, ao processo de execução devem acudir todos aqueles que queiram celebrar algum negócio jurídico que tenha por objeto esses bens, ou que queiram concorrer ao pagamento do seu crédito com o produto da alienação judicial desses bens: licitantes à arrematação, parentes interessados na remição, credores adjudicatários, credores concorrentes ao pagamento.

Por fim, não deve ser olvidada a importância que a *publicidade* do processo de execução tem para resguardar interesses de todos aqueles que negociam com o devedor. A certidão do registro de distribuição de uma execução contra o devedor abala o seu crédito, dificulta a prática de atos de disposição patrimonial pelo risco de fraude à execução e induz outros credores a acelerarem a cobrança dos seus créditos.

10.5 Lealdade

Quanto à *lealdade*, no processo de execução, ainda mais intensa é a penetração do Estado na esfera de liberdade do réu, pois o juiz expropria o seu patrimônio e o ameaça de prejuízos vultosos



para forçá-lo a cumprir a prestação constante do título.

A colaboração do executado com o juiz, na execução, deve representar para ele um mal menor, para que se sinta estimulado a comportar-se lealmente e a beneficiar-se de sua conduta.

Se o comportamento leal do executado lhe acarretar prejuízo econômico ou patrimonial superior do que o desleal, será incorreto incluir o princípio da *lealdade* entre os princípios gerais do processo de execução, porque somente podem considerar-se princípios de um determinado sistema normativo aquelas diretrizes gerais a que as normas particulares dão aplicação efetiva e cujo descumprimento é sancionado de tal modo a tornar consideravelmente desvantajosa sua violação.

Não quero dizer com isso que a *lealdade* não seja também um imperativo moral, mas apenas que, se além de moral, não for protegida por um sistema de sanções jurídicas que gerem para os contendores um interesse palpável, economicamente apreciável, será utópico supor que as partes a respeitem, em detrimento dos seus interesses econômicos e patrimoniais.

Para quem como eu acredita que todo o sistema jurídico do nosso tempo pressupõe um rol de direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana, direitos esses que estão acima da lei e a que a lei deve oferecer cabal proteção, não basta que o legislador proclame o dever de todo cidadão de respeitar esses direitos. É preciso que o ordenamento jurídico dê eficácia concreta a essa proteção.

O nosso Código de Processo Civil (LGL 1973\5) , nos arts. 14 e 17, ⁴²enuncia algumas condutas das partes que decorrem do princípio da *lealdade*: expor os fatos em juízo conforme a verdade; não formular pretensões, nem alegar defesas, cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

A esse rol podem ser acrescentadas as proibições: de emprego de expressões injuriosas (art. 15); de uso do processo para alcançar objetivo ilegal (arts. 17-III e 129); ⁴³de paralisação do processo por mais de um ano por negligência das partes (art. 267-II) ou de abandono da causa pelo autor por mais de 30 dias (art. 267-III); de alegação tardia de incompetência absoluta ou de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais (arts. 113, § 1.º e 267, § 3.º); de intervenção ou aparte do advogado sem autorização do juiz na audiência (art. 446, par.ún); de alegação de nulidade pela parte que lhe deu causa (art. 243); de interposição de embargos declaratórios protelatórios; de abuso do direito de defesa (art. 273-II).

São também aplicação desse princípio os seguintes ônus: ⁴⁴de alegar as nulidades relativas na primeira oportunidade (art. 245); de concentrar todas as matérias de defesa na contestação (arts. 300 e 303); de alegar o impedimento ou a suspeição do juiz no prazo de 15 dias do conhecimento do fato (art. 305); de alegar o impedimento ou a suspeição do órgão do MP, do serventário, do perito e do intérprete na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (art. 138, § 1.º); de submeter-se ao depoimento pessoal, à inspeção judicial e a qualquer outro ato que for determinado pelo juiz, como a perícia (arts. 340 e 343, § 2.º); de exhibir documento ou coisa (art. 359); de não dificultar a defesa do réu através da excessiva cumulação objetiva ou subjetiva de ações (art. 46, par.ún. e art. 115-III).

No processo de execução, existem ainda outras regras impostas pelo princípio da *lealdade*: a repressão aos atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 600), como a fraude à execução (art. 593), o emprego de ardis e meios artificiosos para retardar a execução, a resistência injustificada às ordens judiciais e a não indicação da localização dos bens sujeitos à execução; e a repressão da resistência à penhora (arts. 660-663). Além desses casos, a medida cautelar de atentado (arts. 879-881) e o art. 347 do CP (LGL 1940\2) coíbem a inovação ilegal no estado de fato da causa e a violação de penhora, arresto, seqüestro ou imissão de posse.

As condutas impostas pelo princípio da *lealdade* que constituem deveres processuais das partes, são resguardadas por uma série de sanções ⁴⁵que, apesar da diversidade, estão muito longe de criar um autêntico interesse da parte, particularmente do devedor na execução, em agir em conformidade com a lei: ineficácia da alienação (art. 592-V), multas pecuniárias (art. 601 e art. 538, par.ún.); penas criminais (CP (LGL 1940\2) , arts. 179 e 347), indenização das perdas e danos (art. 18 e art. 881, par.ún.), suspensão do processo e proibição de falar nos autos (art. 881), tutela antecipada (art. 273).

As multas pecuniárias, embora exigíveis na própria execução (art. 601), são pouco usadas. A tolerância dos juízes com a deslealdade da parte não é necessariamente um defeito, mas em geral indica respeito pelo trabalho do seu advogado, que o magistrado não deve reprimir. Há multas inexpressivas, como a do art. 538, parágrafo único.

As penas criminais são ainda mais raras do que as multas. Ademais, dependem da instauração de um outro processo a ser instruído e decidido provavelmente por outro juiz.

A indenização das perdas e danos depende em geral de liquidação, salvo em limite reduzido (art. 18, § 2.º), sendo também raramente aplicada.

A suspensão do processo no atentado (art. 881) somente é eficaz para reprimir a conduta desleal do autor; para o réu seria um prêmio.

A proibição de falar nos autos hoje está restrita ao atentado (art. 881).

No art. 601 do CPC (LGL 1973\5) , com a redação da Lei 8.953/94, estão previstas "outras sanções de natureza processual ou material". Estas, as de natureza material, dependem de previsão na lei ou no contrato. Aquelas, as de natureza processual, igualmente dependem de lei.⁴⁶

Falta ao nosso sistema um rol de sanções mais eficazes pelo descumprimento do dever de *lealdade*, como as multas pecuniárias diárias (astreintes endoprocessuais) e juros progressivos.

Existem, ademais, muitas condutas desleais que não merecem qualquer censura da lei, como a interposição de recursos protelatórios (salvo os embargos declaratórios) ou o oferecimento de embargos do devedor com o mesmo caráter. A eliminação do efeito suspensivo automático de recursos e dos embargos, assim como a eliminação das limitações à execução provisória deveriam ser cogitadas em futura reforma que efetivamente pretendesse dar seriedade ao respeito à lealdade e à boa-fé, particularmente no processo de execução.⁴⁷

Ressalte-se, por fim, que no processo de execução, mais do que no processo de conhecimento, tendo as partes e o juiz largo campo de atuação discricionária, ditada não por rígidas regras procedimentais, mas pela busca de caminhos para a adoção das providências mais convenientes à rápida satisfação do credor e à preservação do patrimônio do devedor, a *lealdade* e boa-fé da conduta das partes contribui decisivamente para que esses resultados sejam alcançados.

E a *lealdade* não significa nesse caso o estrito cumprimento de regras de conduta pre-estabelecidas na lei, mas a avaliação discricionária do juiz do respeito pelas partes de um dever genérico de colaboração (CPC (LGL 1973\5) , art. 339).⁴⁸

Nessa matéria, a lei francesa de 1975 (Lei 619) aumentava as taxas de juros moratórios se a sentença não fosse executada nos dois meses seguintes ao dia em que se tornou executória, mas essa ameaça igualmente afigurou-se insuficiente.⁴⁹

A mesma lei generalizou a *astreinte*, como meio indireto de coação. Inicialmente cabível apenas nas obrigações de fazer, hoje todos os juízes, em quaisquer execuções, têm o poder de inserir astreintes nas decisões, e, se necessário, liquidá-las. A astreinte só é eficaz em soma muito alta, o que pode torná-la injusta.⁵⁰ O juiz condena o devedor a pagar certa soma para cada dia ou mês de atraso na execução da obrigação. Seu montante é fixado arbitrariamente pelo juiz, sem relação necessária com o prejuízo sofrido pelo credor.⁵¹

Outro remédio usado na França, embora de valor mais psicológico do que jurídico, é a ameaça de responsabilidade civil se a sentença não for cumprida no prazo estabelecido.⁵²

10.6 Oralidade

A calorosa defesa de Chiovenda e o sucesso do Código austríaco de 1895 firmaram na doutrina processual da primeira metade deste século a convicção da excelência do processo oral, em contraposição ao processo escrito, como garantia de uma justiça qualitativamente superior, simples, desformalizada e rápida.

Apesar da sustentação chiovendiana de que o processo escrito não é um produto da tradição latina,⁵³ não conseguiram os sistemas processuais e a prática judiciária cotidiana dos países latinos

desvencilhar-se da preponderância da forma escrita, reduzida a *oralidade* à aplicação mitigada dos subprincípios da imediatidade, da concentração, da identidade física do juiz e ao abandono quase completo da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Pesquisa coordenada por Cappelletti ⁵⁴ revelou que na América Latina predomina a forma escrita, muitas vezes acompanhada de uma divisão rígida do processo em fases preclusivas, com ampla possibilidade de recurso contra as decisões interlocutórias, o que confere ao litigante desleal o poder de procrastinar o processo. A fragmentação das fases processuais estende exageradamente a duração do processo.

E na execução, praticamente não se fala de *oralidade*, adotando-se nos sistemas ibero-americanos quase integralmente a forma escrita. ⁵⁵

Por isso, considero oportuno, ao reafirmar a *oralidade* como princípio geral do processo, inclusive do processo de execução, apontar inicialmente o valor moderno desse princípio.

No nosso tempo, a garantia do efetivo *acesso* à justiça e o princípio da participação democrática exigem formas processuais que assegurem aos contendores o mais amplo poder de influir eficazmente nas decisões judiciais, o que somente pode ser alcançado através do diálogo humano entre as partes e o juiz, estabelecido presencialmente e com o emprego da palavra oral. ⁵⁶

Por outro lado, conforme assinala Cappelletti, ⁵⁷ a *oralidade* deve ser considerada um pressuposto indispensável da livre convicção e da publicidade do processo.

A interdependência entre a *livre* convicção e a *oralidade* fora várias vezes ressaltada por Chiovenda. ⁵⁸

A *oralidade* cria a atmosfera necessária para a atuação da livre convicção, pela singeleza e espontaneidade dos atos de produção das provas, favorecendo a sua apreciação através de uma metodologia concreta e empírico-dedutiva. ⁵⁹

E quanto à *publicidade*, entendida como a principal garantia de uma justiça democrática, protetora da liberdade individual contra todas as formas de autoritarismo, pressupõe indissociavelmente a *oralidade*, porque somente um julgamento oral pode ser realmente um julgamento aberto ao público, ⁶⁰ pois confere a qualquer cidadão o acesso imediato a todos os fatos e circunstâncias determinantes da formação da decisão, gerando no juiz, que a elabora, a consciência do controle a que está submetido e que será fator refreador de qualquer ímpeto de arbítrio ou de autoritarismo.

Mas ainda que se proclame a *oralidade* como essencial a um processo humanizado, não é possível ignorar que na sociedade moderna a prova documental tornou-se o principal e, muitas vezes, o único meio de prova adotado na grande maioria das relações jurídicas, especialmente naquelas que possuem algum conteúdo econômico. ⁶¹

E na sociedade massificada, os produtos e serviços postos à disposição dos consumidores são objeto de milhares de negócios jurídicos padronizados e praticados sem qualquer influência de circunstâncias de caráter pessoal dos respectivos sujeitos.

Quando surge uma controvérsia sobre um desses negócios, em geral os produtores e fornecedores adotam comportamentos e reações igualmente padronizados e preestabelecidos, pouco importando a identidade das pessoas que os representem em juízo.

Vivemos o paradoxo de buscar uma justiça mais humana para servir a uma sociedade desumanizada, cujos cidadãos são freqüentemente identificados por números ou por senhas, preferindo, ao diálogo espontâneo com o outro contendor e com o juiz, a couraça de proteção da prova documental preconstituída.

Procedimentos puramente documentais, como o mandado de segurança e a ação monitória, necessários para enfrentar o chamado contencioso de massa, e procedimentos em que a única prova requerida e produzida pelas partes é de fato a documental, ganham importância crescente na vida moderna.

A celeridade do processo, que foi na época do Código austríaco um dos fatores determinantes da adoção da *oralidade*, ⁶² hoje se realiza com mais eficiência em procedimentos exclusivamente

escritos.⁶³

Por outro lado, o excesso de processos que os juízes devem julgar, leva-os e aos advogados, com apoio na doutrina, a preferirem, nas questões mais complexas em matéria de fato ou de direito, a adoção da forma escrita, para que os argumentos possam ser considerados com mais cuidado e precisão.⁶⁴

A forma escrita define com mais clareza os elementos individualizadores da demanda, permite a elaboração mais serena e meditada das argumentações jurídicas e documenta os atos relevantes com mais perfeição.⁶⁵

Entretanto, a excelência da *oralidade* é inigualável no plano da cognição aprofundada e completa sobre os fatos e as provas.⁶⁶ 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, conforme já assinala ao tratar do princípio do *contraditório*.

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 (LGL 1973\5) , art. 686), a audiência para a abertura e julgamento das propostas de execução de obrigação de fazer (art. 634, § 3.º) e a audiência entre os credores concorrentes à adjudicação para produção de provas (art. 712).

Mas confere a lei ao juiz o poder de, em qualquer momento do processo, "determinar o comparecimento das partes" (CPC (LGL 1973\5) , art. 599, I), poder esse que o juiz deve exercitar nesses momentos decisivos, *ex-officio* ou a requerimento de qualquer dos contendores.

Dos subprincípios do sistema da oralidade (*imediatez, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade das decisões interlocutórias*), dois seguramente não são compatíveis com o processo de execução: a concentração e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que se destinam a preparar e enriquecer o ato final e culminante do processo de conhecimento que é a sentença. No processo de execução não há necessariamente sentença e, quando existe, não é através dela que a execução realiza as suas finalidades básicas (satisfação do credor com o mínimo sacrifício do devedor).

Quanto à *imediatez*, o contato direto e pessoal do juiz com as partes e as provas é plenamente aplicável à execução, como consequência necessária da audiência oral.

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 art. 132 do CPC (LGL 1973\5) , parece-me indispensável a sua extensão ao processo de execução.⁶⁷

Não consigo compreender como em um 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 a satisfação do credor, que o juiz que adote essas providências não se vincule pessoalmente a dar seqüência 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.

11. 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.⁶⁸

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 1.º grau na expropriação de imóveis (art. 16 do CPC (LGL 1973\5) italiano). 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.⁶⁹

No direito francês, a Lei 91-650, de 09.07.1991, instituiu como juiz da execução o magistrado presidente do tribunal de grande instância, jurisdição colegiada de 1.º grau, que pode delegar essa atribuição a um ou mais juízes desse tribunal.⁷⁰

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.⁷¹

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 exeqüente, quando os bens estão no todo ou em parte em comarca diversa daquela em que correu o processo de conhecimento.

12. Liquidação

O Código de 1973, através dos arts. 286 e 459, par.ún., pretendeu evitar as sentenças 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 ouvidos a essas recomendações e a liquidação seguiu sendo um segundo processo de conhecimento, a retardar a execução.

Cândido Dinamarco⁷² assinala 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 eliminou a liquidação por simples cálculo do contador.

Todavia, parece-me que a nova lei exagerou. A liquidação por cálculo deveria subsistir, facultada a sua dispensa se o credor preferisse apresentar demonstrativo que permitisse ao juiz verificar de plano a sua conformidade em relação ao crédito exeqüendo.

Perdura, ademais, a exagerada utilização das liquidações por arbitramento ou por artigos, correndo-se o risco de que, à falta de liquidação pelo contador, venha-se nos embargos a necessitar de prova pericial, que tornará ainda mais moroso o desfecho da execução.

É preciso criar estímulos aos pedidos líquidos, muitas vezes não adotados para evitar a incidência de custas excessivamente onerosas.

13. Autotutela e fortalecimento do credor

Muitos negócios modernos já contêm mecanismos de satisfação não executória das obrigações: cauções, *leasing*, alienação fiduciária e outras.

Girolamo Bongiorno⁷³ sustenta que quando o Estado é ausente e a atividade jurisdicional permanece penalizada pela impossibilidade de os juízes profissionais desenvolverem a função jurisdicional, não há outra escolha a não ser atribuir ao credor determinados poderes-meios que lhe consintam conseguir diretamente a execução pela via da defesa privada.⁷⁴

Na lei francesa de 1991, que por ora trata apenas das execuções mobiliárias, o juiz pode ser provocado por simples carta registrada, sem advogado.⁷⁵

Na mesma lei francesa, o devedor tem a faculdade de venda amigável dos móveis penhorados para evitar despesas na própria execução.⁷⁶

Na penhora de créditos, estes são imediatamente transferidos ao credor, salvo contestação do devedor em 30 dias.⁷⁷

Em Portugal, na execução de sentença transitada em julgado há não mais de um ano, o exeqüente nomeia os bens à penhora.⁷⁸

Essa medida, aliada a outras de autotutela do credor podem ser sugeridas, o que já foi ensaiado na

Lei da Alienação Fiduciária (Dec.-lei 911/69, art. 2.º) e na Lei de Execução dos créditos do Sistema Financeiro da Habitação (Lei 5.741/71, art. 7.º).⁷⁹

14. Execução por quantia certa

A própria execução por quantia certa, que é a execução mais comum, precisa ser fortalecida.

Perrot⁸⁰ sustenta 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.

Na França, a Administração Pública e a Previdência Social são obrigadas a prestar informações sobre os bens e rendas do devedor, em matéria de alimentos.

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 seis meses.

Na Suécia, o Código de Execução de 1982 criou uma *Enforcement Authority* para promover a execução administrativa.

No direito inglês, as coações vão até o arresto 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 pode exigir que o devedor ou terceiro preste informações, sob pena de *contempt of court*. Os procedimentos de discovery também são aplicáveis.⁸¹

É preciso rever a questão da impenhorabilidade de certos bens, como os rendimentos e o imóvel de habitação.

A dispensa da avaliação também deve ser cogitada, pois se tornou um ato protelatório e inútil.

Quando o bem tiver valor cadastral para efeito de cobrança de tributos, este deve servir de base para a arrematação na 1.ª praça.

Em outros casos, o devedor deve ser obrigado a indicar o valor dos bens, sob pena de ter de aceitar o valor que lhe atribuir o credor.

A aceleração da arrematação, com a intimação postal do devedor foi adotada pela Lei 8.953/94.

Entretanto, é preciso encontrar solução para o caso em que o devedor é citado por edital. Intimar-se o devedor por edital da penhora e depois novamente intimá-lo por edital da arrematação é impor ao credor um ônus excessivo.

A extensão da multa diária do art. 287 do CPC (LGL 1973\5) , nas obrigações de não fazer e nas de fazer infungíveis, a quaisquer outros tipos de pedidos condenatórios, fixando o juiz na sentença o prazo para o seu cumprimento, poderá ser uma coação eficaz para a satisfação espontânea dos julgados.

Moniz de Aragão⁸² sugere o registro automático do arresto e da penhora, mediante a lavratura em duplicata dos respectivos autos e entrega da 2.ª via diretamente ao Registro Imobiliário ou ao Registro de Veículos Automotores.

15. Execuções específicas

Na execução de obrigações de fazer e de não fazer, a par das inovações introduzidas pela Lei 8.952/94, é preciso favorecer o mais possível o uso das *astreintes*, inclusive para assegurar o cumprimento de decisões instrutórias (astreintes endoprocessuais).

A adoção das medidas necessárias ao cumprimento da obrigação, prevista no novo § 5.º do art. 461, deve ser confiada a um executor judicial para cumprimento específico das obrigações infungíveis.

16. Execução contra a Fazenda Pública

A reforma do art. 100 da CF/1988 (LGL 1988\3) , que trata do sistema de pagamento dos débitos do Poder Público oriundos de condenações judiciais, é um imperativo moral.

A constituição de um Fundo Público, administrado pelo Judiciário e composto de dotações estabelecidas com base na média dos débitos dos três últimos anos, poderia ser a solução para tratar os débitos judiciais em igualdade de condições com as demais despesas da Fazenda Pública. Se no final do exercício, as dotações se esgotassem, seriam cobertas, como as demais despesas públicas, por créditos suplementares ou especiais.

17. Considerações finais

Concluo esta exposição, que já se tornou excessivamente longa, manifestando a esperança de ter conseguido exprimir a magnitude das questões que, a meu juízo, envolvem a busca da efetividade do processo de execução no Brasil.

Acredito sinceramente na necessidade de uma reforma profunda, esperando que outros, mais doutos, encontrem os caminhos adequados para empreendê-la.

Afinal, nunca é demais recordar as palavras de Chiovenda, que Alfredo Buzaid adotou como epígrafe na Exposição de Motivos do Projeto que posteriormente se transformou no Código de Processo Civil (LGL 1973\5) de 1973:

"Convém decidir-se a uma reforma fundamental ou renunciar à esperança de um sério progresso."

(1) *Execução civil*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 21.

(2) A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. *Revista de Processo* 59/72 (DTR 1990\124) , São Paulo : RT, ano 15, jul./set. 1990.

(3) PERROT, Roger. L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 4/854, Milano : Giuffrè, dez. 1985, ano XXXIX.

(4) Op. cit., p. 846.

(5) Op. cit., p. 852.

(6) Op. cit., p. 851.

(7) LIEBMAN. *Embargos do executado*. São Paulo : Saraiva, 1968, p. 86; VESCOVI, Enrique. La reforma del proceso ejecutivo para Iberoamérica: la adopción del procedimiento de estructura monitoria. In: *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Espanha : Comares, Granada, 1984, p. 589.

(8) DINAMARCO, Cândido. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 87.

(9) Cândido Dinamarco considera anacrônico o sistema espanhol, seguido pelo México e pela Argentina, que não acompanhou a assimilação do processo *executivo* pelo *executório*, consagrada no Código Napoleônico de 1806 e difundida no século XIX em toda a Europa (Op. cit., p. 89).

(10) Vide §§ 764, 802 e 865.

(11) Art. 678 do antigo CPC (LGL 1973\5) da França.

(12) FRIEDENTHAL, KANE e MILLER. *Civilprocedure*. 2. ed. 1993, St. Paul: West Publishing, p. 711.

(13) Atualmente no direito brasileiro, o juiz está habilitado a fazer uso de uma variedade ampla de coações indiretas, como a prisão (CPC (LGL 1973\5) , art. 733) e as multas pecuniárias diárias

(CPC (LGL 1973\5) , arts. 644 e 645).

(14) LIEBMAN. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1980, p. 8.

(15) CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires : UTEHA Argentina, 1944, Vol. III, p. 35.

(16) Op. e loc. cits.

(17) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965, Vol. III, p. 21.

(18) CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução da 5.^a edição italiana por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : EJEA, 1973, v. 3, p. 172.

(19) *Zivilprozessordnung*, §§ 767 e 769.

(20) FREITAS, José Lebre de. *A acção executiva à luz do código revisto*. 2. ed. Coimbra, 1997, p. 223-227.

(21) TOMEI, Giovanni. Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, Milano : Giuffrè, 1994, p. 830.

(22) MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro : Aide, 1992, p. 234-237.

(23) TOMEI. Op. cit., p. 860.

(24) TOMEI. Op. cit., p. 831. Corrente expressiva na Itália (Redenti, Montesano, Satta, Andrioli, Proto Pisani) defendeu a imutabilidade dos efeitos práticos da execução, vedada, pois, qualquer restituição ou repetição, sob a denominação de *preclusão pro judicato*. Ver, por todos, REDENTI. *Diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, 1957, v. 1, p. 65-72. Em contrário, ver SAMPAIO , José Maria Gonçalves. *A acção executiva e a problemática das execuções injustas*. Lisboa : Arco-Íris, Edições Cosmos, 1992, p. 335-342, inclusive referindo-se às críticas de Garbagnati e Allorio.

(25) SAMPAIO , José Maria Gonçalves. Op. cit., p. 336. "Mas, na medida em que os embargos de executado são o meio de oposição à execução idôneo à alegação dos factos que em processo declarativo *constituiriam* matéria de excepção, o termo do prazo para a sua dedução faz precluir o direito de os invocar *no processo executivo*, a exemplo do que acontece no processo declarativo. A não observância do *ônus de excepcionar*, diversamente da não observância do ônus de contestar ou de impugnação especificada, não acarreta uma cominação, mas tão-só a *preclusão* dum direito processual cujo exercício se poderia revelar vantajoso. Com uma diferença, porém, relativamente ao processo declarativo: enquanto neste o efeito preclusivo se dissolve, com a sentença, no efeito geral do caso julgado, tal não acontece no processo executivo, em que não há caso julgado, pelo que nada impede a invocação dum excepção não deduzida (que não respeite à configuração da relação processual executiva) *em outro processo*. A decisão neste subseqüentemente proferida não tem eficácia no processo executivo, mas pode conduzir à restituição ao executado da quantia conseguida na execução, pelo mecanismo da restituição do indevido" (FREITAS, José Lebre de. Op. cit., p. 158-159).

(26) Concluída a execução, pode ainda o devedor alegar inexistência do crédito e, conseqüentemente, a ilegitimidade da execução realizada. Tal ação não tem relação com o processo de execução já encerrado, e não se dirige contra um ato executivo, nem contra o título, destina-se à restituição das coisas subtraídas com a execução, ou, se tal não é mais possível, ao pagamento de uma quantia equivalente a título de indenização (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. Trad. de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1968, p. 210).

(27) Esse preceito se refere à desistência ou à transação em que se baseou a sentença. A palavra *desistência* está aí empregada por *renúncia*, pois é óbvio que somente sentença de mérito pode ensejar ação rescisória e a desistência da ação é fundamento de sentença terminativa (art. 267-VIII).

- (28) CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução da 5.^a edição italiana por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : EJE, 1973, v. 3, p. 12.
- (29) DINAMARCO, Cândido. Op. cit., p. 84.
- (30) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1980, p. 44.
- (31) REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, 1957, v. 3, p. 113; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1963, Vol. V, p. 83.
- (32) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 166; TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo* 28/56, ano 7, São Paulo : RT, out./dez. 1982.
- (33) ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires : EJE, t. III, 1955, p. 30.
- (34) Decreto 92.755, de 31.07.1992, arts. 13, 17 e 18.
- (35) Novo Código de Processo Civil (LGL 1973\5) francês, art. 1.418.
- (36) Desde a Lei 8.952 de 1994, que acrescentou inc. IV ao art. 125 do CPC (LGL 1973\5) , para atribuir ao juiz a função de "tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes", muitos juízes vêm sistematicamente marcando audiências de conciliação, seja nos embargos do devedor, seja na própria execução. Merecem aplauso. Devem apenas cuidar para que tais audiências não retardem o julgamento dos embargos ou o andamento da execução.
- (37) TARZIA. Op. cit., p. 72, 75 e 77.
- (38) CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução da 5.^a edição italiana por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : EJE, 1973, v. 3, p. 13.
- (39) TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano : Giuffrè, 1974.
- (40) Op. cit., p. 85.
- (41) MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Efetividade do processo de execução. In: *O processo de execução - estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 137, referindo-se à regra do ART. 600, IV DO CPC (LGL 1973\5) , que pune a conduta do litigante que não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução, aduz: "Desse princípio foi extraída providência de grande relevo para a efetividade do processo, visto que a modalidade mais difundida de execução parece ser a que visa à cobrança de créditos. Trata-se da requisição de informações à Secretaria da Receita Federal a propósito da existência de bens do devedor que não os indica ao oficial de justiça para serem penhorados. Sem dúvida tal providência contribui para a efetividade do processo. No entanto, há quem a ela se oponha em nome do resguardo das declarações de bens. O sigilo, porém, não é instituído para acobertar a ilicitude. Se o executado tem dever de indicar bens e se nega, a solicitação de informações a respeito, para serem penhorados, não se afigura infringente do sigilo a que ele tem direito, o qual não visa a encorajá-lo a atentar contra a dignidade da justiça."
- (42) Os incs. I, II, IV, V e VI do art. 17 são violações de condutas previstas no art. 14.
- (43) Nessa categoria se inclui, pelo menos em parte, o chamado *abuso do direito de demandar* (MARTINS DIAS, Rosana Josefa. *Proteção ao processo*. Renovar, 1994, p. 128).
- (44) Não se pode falar genericamente de um *dever de lealdade*, pois há casos em que a conduta exigida pelo *princípio da lealdade* é capitulada propriamente como *dever*, decorrendo da sua violação um ato ilícito, e há outros em que a conduta recomendada é um mero *ônus*, encargo atribuído à parte, cujo descumprimento lhe acarreta consequência processual desfavorável, sem constituir ato ilícito.



(45) Quanto aos ônus, existem outras conseqüências, como preclusões, pagamento de despesas, pena de confissão, desmembramento de processos.

(46) DINAMARCO, Cândido. *A reforma do Código de Processo Civil (LGL 1973\5)* . 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 66, observa que a lei não esclarece que sanções são essas, parecendo-lhe que uma delas seja certamente a correspondente às perdas e danos por litigância de má-fé.

(47) Não é demais recordar que na Inglaterra, nos Estados Unidos e na Alemanha, países de experiência democrática muito mais sólida do que a nossa, certos atos desleais, como o desrespeito às ordens do juiz e a não prestação de informações sobre a localização dos bens sujeitos à execução, são punidos com prisão (SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 3. ed. Londres : Blackstone Press, 1997, p. 426; FRIGNANI, Aldo. *L'injunctionnellacommonlawel'inibitoria neldirittoitaliano*. Milano : Giuffrè, 1974, p. 210 *et seq.*; vide também *Zivilprozessordnung*, §§ 901 e 913).

(48) Ver a esse respeito CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: *Opere giuridiche*, Nápoles : Morano, v. 1, 1965, p. 544.

(49) PERROT, Roger. Op. cit., p. 848.

(50) Idem, p. 859.

(51) DINAMARCO, Cândido. Op. cit., p. 92.

(52) PERROT, Roger. Op. cit., p. 860.

(53) CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. In: *Processo oral*, Forense, 1940, p. 55.

(54) CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure orale et procédure écrite*. Milano : Giuffrè, 1971, p. 22-23.

(55) CAPPELLETTI. Op. cit., p. 9-10.

(56) CALAMANDREI, Piero. Oralità nel processo. In: *Opere giuridiche*, Morano, v. 1, 1965, p. 452: "Oralità significa *dialogo diretto fra l'organo giudicante e le persone di cui esso deve raccogliere e valutare le dichiarazioni (immediatezza)*. Questo aspetto della oralità è forse, processualmente, il più importante: si parla ai presenti, si scrive agli assenti; oralità vuol dire presenza contestuale degli interlocutori e quindi immediato susseguirsi, senza intervalli e senza intermediari, delle domande e delle risposte che nel processo scritto danno luogo ciascuna a un separato episodio processuale." TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano : Giuffrè, 1974, p. 419: "(...) la trattazione orale resta pur sempre lo strumento più valido per un'approfondita analisi della causa e per un accertamento possibilmente completo dei fatti. In tal senso essa favorisce il raggiungimento di una decisione più giusta e corretta della controversia (...)". Francisco Morato e Machado Guimarães em 1938 já assinalavam o caráter humano da oralidade, que comunica vida e eficácia ao processo, cujas vantagens são intuitivas sobre a escrita, como meio de comunicação do pensamento (MORATO, Francisco. *Oralidade*; GUIMARÃES, Luís Machado. O processo oral e o processo escrito. In: *O processo oral*, Forense, 1940, p. 1 e 22).

(57) Op. cit., p. 89 *et seq.*

(58) CHIOVENDA, Giuseppe. A idéia romana no processo civil moderno. In: *O processo oral*, p. 92: "Um processo dominado pelo princípio da livre convicção do juiz e que entenda realizar seriamente este princípio, só pode ser oral, porque só o processo oral permite ao juiz formar convicção pela observação pessoal e direta do material da causa". Idem, A oralidade e a prova. In: *O processo oral*, p. 137: "A oralidade entendida como imediatidade de contato entre o juiz que vai pronunciar a sentença e os elementos de que deve haurir a sua convicção (pessoas, lugares, objetos) é condição indispensável para a atuação do princípio da 'livre convicção do juiz' em oposição ao sistema da prova legal". Idem, A oralidade e a prova. In: *O processo oral*, p. 149: "Sem dúvida, nós também banimos de nossas leis, em princípio, o sistema da prova legal. Mas, com que vantagem, se acolhendo o sistema oposto, não lhe demos a atmosfera de que precisa? A liberdade de convicção -



e também foi um progresso não descurável na história da renovação do pensamento humano o havê-lo proclamado como princípio básico do processo civil e penal - exige o ar e luz da audiência. Nos labirintos do processo escrito, corrompe-se e morre."

(59) CAPPELLETTI. Op. cit., p. 91-92.

(60) CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties, in civil litigation*. Milano : Giuffrè, 1973, p. 757.

(61) CAPPELLETTI. *Procédure orale et procédure écrite*. Milano : Giuffrè, 1971, p. 20 assinala que nos países da *civil law* há uma tendência a atribuir uma importância crescente à prova literal em detrimento da prova oral.

(62) ALCALÀ-ZAMORA, Niceto y CASTILLO. *Proceso oral y abogacía*. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972), México : Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidade Nacional Autónoma de México, 1974, p. 22.

(63) O próprio direito austríaco, na década de 80, limitou a aplicação da oralidade, abolindo ou admitindo a renúncia à primeira audiência nos procedimentos de 1.º grau e adotando o procedimento escrito em grau de recurso em causas de valor não superior a 15.000 xelins (KÖNIG, Bernhard. *La ZPO austríaca dopo la novella del 1983*. *Rivista di Diritto Processuale* XLIII/716-717, Padova : CEDAM, 1988).

(64) MORELLO, Augusto M. *La reforma de la justicia*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1991, p. 123.

(65) CHIOVENDA. *Procedimento oral*. In: *O processo oral*, op. cit., p. 59; CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires : EJE, 1972, p. 87-88; PALOMINO, Manuel Moron. *Derecho procesal civil (cuestiones fundamentales)*. Madrid : Marcial Pons, 1993, p. 99.

(66) CAPPELLETTI. Op. cit., p. 88; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano : Giuffrè, 1974, p. 419.

(67) Já em 1938, Machado Guimarães (*O processo oral e o processo escrito*. In: *O processo oral*, 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 civil para o crime, e deste para o Tribunal de Apelação, numa contradança interminável. É este um problema de organização judiciária, que precisa ser resolvido concomitantemente com a reforma do processo."

(68) PEREIRA e SOUZA. *Primeiras linhas sobre o processo civil, acomodadas ao Fôro do Brazil por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro : Typographia Perseverança, 1879, t. III, p. 12-14.

(69) ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. t. III, Buenos Aires : EJE, 1955, p. 63; BROX, Hans, WALKER, Wolf-D. *ZWANGSVOLLSTRECKUNGSRECHT*. 5. ED. BONN : CARL HEYMANNS VERLAG, 1996, P. 11.

(70) Código de Organização Judiciária, art. L. 311-12.1.

(71) Decreto 92-755, de 31.07.1992, arts. 9 e 10.

(72) Op. cit., p. 75.

(73) BONGIORNO, Girolamo. *Profili sistematici e prospettive della esecuzione forzata in autotutela*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/482, ano XLII, Milano : Giuffrè, jun. 1988.

(74) " (...) *degiurisdizionalizzazione dell'espropriazione forzata* non significa affatto *privatizzazione* della realizzazione coattiva dei diritti ovvero delega a privati dell'uso della forza: significa soltanto spostamento del momento del controllo giudiziale, secondo una tecnica ampliamenti sperimentata nell'ambito dei procedimento speciali" (COSTANTINO, Giorgio. *Degiurisdizionalizzazione della*



espropriação imobiliare. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 4/1.056, ano XLVII, Milano : Giuffrè, dez. 1993,). E mais adiante o mesmo autor (p. 1.057): "In nessun caso, l'espropriação forzata è sottrata al controllo giudiziale: il problema consiste soltanto nello stabilire quando tale controllo debba essere esercitato". "(...) *degiurisdizionalizzazione* (...) implica soltanto uno spostamento del controllo giudiziale ovvero la previsione di un controllo *successivo* sulle operazioni di vendita, in luogo di un controllo *preventivo*".

(75) PERROT, Roger. La riforma francese delle procedure civili d'esecuzione (la prima legge). *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLVII, Padova : CEDAM, jan./mar. 1992, p. 209.

(76) PERROT, Roger. Op. cit., p. 228.

(77) Idem, p. 230.

(78) SAMPAIO, José Maria Gonçalves. *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. Lisboa : Arco-Iris, Edições Cosmos, 1992, p. 121.

(79) MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 71-75, que considera inconstitucional por ofensa ao devido processo legal a execução privada do Dec.-lei 70/66, pois não faculta ao devedor defender-se antes da alienação dos bens.

(80) PERROT, Roger. L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 4/849, ano XXXIX, Milano : Giuffrè, dez. 1985.

(81) COMOGLIO, Luigi Paolo. L'individuazione dei beni da pignorare. *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLVII, Padova : CEDAM, jan./mar. 1992, p. 83.

(82) MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Efetividade do processo de execução. In: *O processo de execução - estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 137 et seq.