



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MARIA BEATRIZ ESPIRITO SANTO MARDEGAN

**A EFETIVIDADE DO PROCESSO SOB A ÓTICA DAS
REFORMAS DA TUTELA EXECUTIVA DE TÍTULO JUDICIAL**

LONDRINA
2011

MARIA BEATRIZ ESPÍRITO SANTO MARDEGAN

**A EFETIVIDADE DO PROCESSO SOB A ÓTICA DAS
REFORMAS DA TUTELA EXECUTIVA DE TÍTULO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Doutor Francisco Emílio Baleotti

LONDRINA
2011

MARIA BEATRIZ ESPÍRITO SANTO MARDEGAN

**A EFETIVIDADE DO PROCESSO SOB A ÓTICA DAS
REFORMAS DA TUTELA EXECUTIVA DE TÍTULO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Francisco Emílio Baleotti
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Doutor Lourival José de Oliveira
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Doutor Antônio Carlos Segatto
Universidade Estadual de Maringá

Londrina, 24 de agosto de 2011.

AGRADECIMENTOS

Ao meus pais, Carlos e Maria de Lourdes, e aos meus filhos, Luca e Felipe, pelo amor, incentivo e apoio a mim dedicados. Amo vocês.

Ao meu orientador, Professor Doutor Francisco Emílio Baleotti, pela enriquecedora orientação crítica na pesquisa e execução deste trabalho.

Ao Professor Doutor Lourival José de Oliveira pela excelente contribuição prestada.

MARDEGAN, Maria Beatriz Espirito Santo. **A efetividade do processo sob a ótica das reformas da tutela executiva de título judicial**. 2011. 180 folhas. Dissertação. (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

RESUMO

O princípio da efetividade da jurisdição deve ser focado sob o prisma específico da duração razoável do processo, como garantia inserida na Constituição Federal. Em face da relevância da efetivação da prestação jurisdicional, abordam-se os múltiplos ângulos que compõem o substrato do tema: histórico, cultural, normativo e atuação estatal. O ensaio analisará o novo processo sincrético, como meio mais célere de efetivação do direito, conferindo à parte precisamente a providência solicitada. A tutela específica, a execução em espécie, a melhor técnica processual para a concretização do direito, a obtenção de resultados úteis à parte e eliminação de entraves burocráticos são alguns dos aspectos que o trabalho abordará como meio de efetivação da justiça. Ventilam-se, ainda, soluções para os inúmeros problemas que rondam a questão da tempestividade da prestação jurisdicional como integrante do princípio da efetividade, dentre elas a necessidade da reforma processual vir a ser acompanhada por uma reforma administrativa do Poder Judiciário, dotando-o de recursos tecnológicos, métodos estatísticos e planejamento de gestão, evitando que o processo se prolongue por mais tempo do que o necessário. A pesquisa dará especial enfoque à reforma processual da tutela executiva que modificou o modelo liebmaniano vigente até então, de raízes romano-canônicas, o qual dividia os processos de cognição e execução em dois compartimentos estanques e autônomos. Agora, a execução da sentença cível passa a funcionar como complemento do processo, que já não é propriamente cognitivo ou executivo, mas um processo único, misto e sincrético, em que as duas atividades se fundem. O ensaio abordará, sobretudo, o novo procedimento executivo das tutelas de fazer, não fazer, de entrega de coisa e de pagar quantia determinada, baseado em título judicial formalizado por sentença condenatória cível, unificando o processo de cognição e execução, em nome de uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva. A intenção é enfatizar os mecanismos que o magistrado poderá se valer para conceder precisamente aquilo que a parte teria direito se a obrigação fosse pontualmente adimplida pelo devedor, além da utilidade em se conceber um processo único, no qual se aglutinam as diversas espécies de tutela.

Palavras-chave: Efetividade. Instrumentalidade. Sincretismo. Execução. Reformas processuais.

Mardegan, Maria Beatriz Espirito Santo. *The effectiveness of the process reforms from the perspective of the supervising executive legal title*. 2011. 180 sheets. Dissertation. (Masters of Law Negotiating) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

ABSTRACT

The importance of the jurisdiction's effectivity must be addressed through a specific context reasonable to the duration of the process, as an inserted guarantee to the Federal Constitution. Given the importance adjudication expounds on the many angles that make up the theme of the substrate: historical, cultural, legislative and state action. The trial will examine the new syncretic process as a means of a more rapid realization of the right, seeing that the party specifically requested providence. Some aspects that will be addressed as a means of affecting the justice are the specific protection or type of enforcement that is used as the best techniques for the realization of procedural law, used to obtain valuable results and removing bureaucratic obstacles. There are also solutions to various problems that surround the question of the timing of adjudication as part of a principle of effectiveness, among them is the need for a procedural reform, likely to be accompanied by an administrative judiciary reform, giving them the technological resources, statistical methods and management planning and avoiding a process that would continue for longer than necessary. The survey will focus on the procedural reform of executive guardianship that modified the Liebman model up until now, from the roots of the Roman-canon, which divided the processes of cognition and execution into two watertight and autonomous compartments. The execution of the civil sentence now functions as a complement to the process, which is no longer strictly cognitive or executive, but single, mixed and syncretic, merging the two activities together. The trial will cover, above all, the new executive procedures in enforcing the regulation of what to do and what not to do, the delivery of goods and payment of the amount determined by the legal title formalized by the civil sentence, unifying the processes of cognition and execution on behalf of a faster and more effective judicial supervision. The intention is to emphasize the mechanisms that the magistrate can take advantage of in providing precisely what the party would be entitled to if the obligation was promptly carried out by the debtor, in addition to its usefulness in conceiving a unique process in which coalesce the various kinds of protection.

Key words: Effectiveness. Procedural reforms. Instrumentality. Syncretism. Implementation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	O PROCESSO CIVIL E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA	14
2.1	DO DIREITO AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA	14
2.2	DA JURISDIÇÃO E SEU ESCOPO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO	16
2.3	DA AÇÃO.....	19
2.3.1	Das Principais Concepções Doutrinárias sobre a Natureza Jurídica da Ação	19
2.3.2	Da Teoria Eclética da Ação: Principais Características e Análise Crítica	22
2.3.3	O Direito de Ação como o Direito de Acesso à Justiça.....	29
2.4	DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO	32
2.4.1	Uma Análise Crítica da Teoria da Relação Jurídica Processual.....	32
2.4.2	Da Abordagem dos Principais Aspectos Conceituais e Etimológicos do Processo e do Procedimento.....	37
2.4.3	Da Indispensável Umbilicalidade entre o Direito Processual e o Direito Material.....	41
2.5	DOS FATORES EXÓGENOS IMPEDITIVOS À EFETIVIDADE DO PROCESSO	45
2.5.1	Da Necessidade de uma Reforma Administrativa no Poder Judiciário.....	47
3	DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	53
3.1	DA INVESTIGAÇÃO GENEALÓGICA DA SEPARAÇÃO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO: O CONCEITO ROMANO DE JURISDIÇÃO E OS REFLEXOS NO DIREITO PROCESSUAL MODERNO.....	53
3.2	DA EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES	57
3.3	FASES DO PROCESSO: IMANENTISTA, AUTONOMISTA E INSTRUMENTALISTA.....	60
3.4	DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO: O PROCESSO COMO UM INSTRUMENTO A SERVIÇO DA JURISDIÇÃO	62
3.5	DA GRADATIVA RELATIVIZAÇÃO DO BINÔMIO COGNIÇÃO-EXECUÇÃO PROVENIENTE DAS TUTELAS MANDAMENTAL E EXECUTIVA <i>LATO SENSU</i>	67
4	ASPECTOS GERAIS SOBRE A TUTELA EXECUTIVA DE TÍTULO JUDICIAL	71
4.1	<i>DUE PROCESS OF LAW</i> DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO: RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL	71
4.2	DO TÍTULO EXECUTIVO: CONDIÇÃO <i>SINE QUA NON</i> DA EXECUÇÃO FORÇADA.....	76

4.3	DAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO: ESPECÍFICA E SUBSTITUTIVA, MEIOS EXECUTIVOS SUB-ROGATÓRIOS E COERCITIVOS.....	79
4.4	DOS MEIOS DE EXECUÇÃO DIRETA: DESAPOSSAMENTO, TRANSFORMAÇÃO E EXPROPRIAÇÃO.....	82
4.5	DOS MEIOS DE EXECUÇÃO INDIRETA.....	85
4.5.1	Das <i>Astreintes</i> : um Meio Eficaz de Concretização do Direito.....	85
4.5.1.1	Da natureza jurídica.....	85
4.5.1.2	Dos limites e critérios para a fixação da <i>astreinte</i>	87
4.5.1.3	Da incidência da cominação da multa cominatória nas diversas espécies de obrigação.....	92
4.5.2	Das Medidas de Apoio	96
5	DAS REFORMAS PROCESSUAIS DA TUTELA EXECUTIVA DO TÍTULO JUDICIAL	100
5.1	UMA SÍNTESE DAS REFORMAS QUE ELIMINARAM A <i>ACTIO IUDICATI</i> NO CAMPO DAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS	100
5.2	DA TUTELA EXECUTIVA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER PROVENIENTES DE SENTENÇA CÍVEL	103
5.2.1	Dos Benefícios Advindos da Lei n.º 8.952/94 na Busca de uma Tutela mais Célere e Efetiva.....	103
5.2.2	Definições das Diversas Espécies das Obrigações de Fazer e não Fazer	106
5.2.3	Da Execução Específica das Obrigações de Fazer de Natureza Fungível.....	108
5.2.4	Da Fase Executiva das Obrigações de Fazer – de Natureza Fungível e Infungível – e de não Fazer	110
5.2.5	Da Conversão da Tutela Específica em Perdas e Danos: uma Opção do Credor em Caso de Inadimplemento da Obrigação.....	115
5.2.6	Da Tutela Antecipada nas Obrigações de Fazer: Cotejo entre o art. 273 e o art. 461, § 3.º do Código de Processo Civil	118
5.2.7	Da Execução da Sentença Condenatória de Declaração de Vontade	121
5.3	DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA PARA ENTREGA DE COISA CERTA.....	124
5.3.1	Dos Benefícios oriundos da Lei n.º 10.444/2002	124
5.3.2	Do Procedimento Executivo da Obrigação de Dar	127
5.3.3	Das Particularidades da Tutela de Entrega de Coisa e do Direito de Retenção por Benfeitorias	129
5.4	DA EXECUÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PROVENIENTE DE SENTENÇA JUDICIAL CÍVEL	132
5.4.1	Das Contribuições à Efetividade do Processo trazidas pela Lei n.º 11.232/05.....	132
5.4.2	Do Momento de Incidência da Multa no Descumprimento da Sentença de Pagar Quantia Certa.....	135
5.4.3	Da Multa Prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil: Natureza Jurídica e Desnecessidade de Intimação para a Fluência do Prazo	138

5.4.4	Procedimento Executivo: Mandado de Penhora e Avaliação de Bens.....	141
5.4.5	Penhora on-line - uma Inovação que trouxe Eficácia à Tutela Satisfativa	145
5.4.6	Do Juízo Competente para o Cumprimento da Sentença	150
5.5	DA IMPUGNAÇÃO COMO MEIO DE DEFESA DO EXECUTADO NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER, DE DAR E DE PAGAR QUANTIA CERTA.....	152
5.5.1	A Substituição dos Embargos pela Impugnação de Sentença	152
5.5.2	Do Procedimento da Impugnação	154
5.5.3	Da Amplitude Cognitiva da Impugnação.....	158
5.6	DA POSSIBILIDADE DAS OBJEÇÕES DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COMO MEIO DEFESA DO EXECUTADO	161
5.7	DA IMPUGNAÇÃO À ARREMATACÃO, À ALIENAÇÃO E À ADJUDICAÇÃO.....	162
5.8	DA EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA	164
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	167
	REERÊNCIAS.....	174
	BIBLIOGRAFIA	179

1 INTRODUÇÃO

Neste estudo será abordado tema referente à efetividade da prestação jurisdicional, enfatizando a tendência dos processualistas em conceber um processo sincrético. Superada a fase autonomista, a ciência processual civil é calcada atualmente por uma visão instrumentalista, preocupada com a eficiência do processo. Essa propensão deu azo à re-elaboração de alguns institutos basilares e à flexibilização de alguns dogmas processuais clássicos. Daí a necessidade de um estudo mais aprofundado, sobretudo pelas modificações a que vem passando a sistemática processual civil.

A efetividade do processo é hoje tema de grande relevância tendo em vista da necessidade do processo como meio de acesso a um direito material efetivo. Busca-se a necessidade de um sistema processual capaz de servir de maneira eficiente à sociedade, aproximando-o dos legítimos objetivos que justificam sua existência, com a eliminação de conflitos e a difusão da paz social.

O processo, instrumento de atuação de uma das principais garantias constitucionais – a tutela jurisdicional – teve de ser repensado. É claro que, nos tempos atuais, não basta mais ao processualista dominar os conceitos e categorias básicas do Direito Processual, como a ação, o processo e a jurisdição, em seu estado de inércia. O processo tem, sobretudo, função política e social no Estado Democrático de Direito. Deve ser, destarte, organizado, entendido e aplicado como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional: o *direito à ordem jurídica justa*.

Num primeiro momento, o estudo abordará a evolução do acesso à justiça, entendido, na sua concepção originária, como mero acesso formal aos órgãos judiciários, até sua perspectiva atual, concebido como um meio que propicie a efetiva e tempestiva tutela jurídica. Traçará considerações sobre a jurisdição e seu escopo de concretização do direito material da parte, proferindo uma decisão que seja de fato útil às partes, eliminando o conflito de interesses que ameaça a paz social. Analisará a ação, e suas principais concepções doutrinárias a respeito de sua natureza jurídica, dando ênfase especial à sua principal teoria – a teoria eclética da ação – abordando-a sob uma perspectiva crítica e enfocando a ação como um direito efetivo de acesso à justiça.

Ressaltará a natureza jurídica do processo, com suas diversas teorias, formulando uma análise crítica da sua principal teoria – *a teoria da relação jurídica processual*, de Oskar Bülow – que, ao pregar a neutralidade e abstração do processo, deixa-o pouco comprometido com o sentido de efetividade e justiça que atualmente dele se espera. Abordará os principais aspectos conceituais, etimológicos e evolutivos do processo e do procedimento, bem como a necessária umbilicalidade existente entre o direito processual e o direito substancial.

Delineará importantes considerações sobre os fatores exógenos impeditivos à efetividade do processo, destacando a relação dos fatores extra-processuais e as causas da dilação excessiva do processo, abordando a necessidade da reforma normativa processual vir a ser operada juntamente com uma reforma administrativa do Poder Judiciário, com a implementação de diagnósticos, estatísticas e estratégias, com vistas a trazer eficiência e rapidez ao sistema.

A seguir, o ensaio abordará o histórico da execução das obrigações. Investigará a justificativa genealógica da separação do processo de conhecimento e o processo de execução, cujas raízes provêm do direito romano-canônico. Relatará alguns aspectos relevantes da evolução histórica do processo de execução das diversas espécies de obrigações, que, na época do Estado liberal do Século XVIII e XIX, negava à parte a execução específica das prestações que dependiam de um comportamento pessoal do devedor, deferindo-lhe apenas a prerrogativa das perdas e danos. Mas, com a evolução para a atual concepção do Estado Democrático de Direito, passou-se a encarar o processo com metas que se comprometiam com as aspirações do devido processo legal substancial, vinculando-o à preocupação de efetividade, à perseguição de resultados que correspondessem uma justa e adequada prestação jurisdicional, passando-se a priorizar a especificidade da execução das prestações.

O trabalho também enfocará as diversas fases do direito processual – *a imanentista, a autonomista e a instrumentalista* – e a incompatibilidade da concepção clássica da tripartição de processos preconizada por Liebman com realidade sócio-jurídica atual. Será dado especial destaque à instrumentalidade do processo, como um sistema processual capaz de conferir utilidade à tutela jurisdicional, possibilitando à parte que tem razão o usufruto concreto da prestação

obtida. Será analisada também a evolução da gradativa relativização do binômio cognição-execução, cujo início adveio das tutelas mandamentais e executiva *lato sensu*, que já compreendiam o sincretismo processual, mesmo antes da reforma do procedimento da tutela executiva.

A seguir, traçar-se-ão considerações sobre o *due process of law* do procedimento executivo, e sobre o título executivo, condição inafastável de qualquer execução forçada. Serão analisadas as diversas espécies de tutela satisfativa: a específica e a substitutiva, os meios executivos sub-rogatórios e os coercitivos indiretos, como as *astreintes* e as denominadas *medidas de apoio*. A prioridade é a busca da tutela específica, conferindo ao credor exatamente o mesmo bem e da mesma maneira que, segundo o vínculo obrigacional, deveria ter sido realizado voluntariamente pelo devedor. O processo moderno, comprometido com o princípio da efetividade, reafirma o dogma de que o Estado, por meio da jurisdição e do processo, deve proporcionar à parte a utilidade que ela obteria se não tivesse ocorrido o inadimplemento da obrigação.

O trabalho analisará também os meios de execução direta – desapossamento, transformação e expropriação – bem como os meios de execução indireta *astreintes* e as *medidas de apoio*, previstos, respectivamente, nos artigos 461, §§ 4.º e 5.º do Código de Processo Civil, entendidos como instrumentos intimidativos de coerção, com a nítida finalidade de constranger o devedor ao cumprimento da obrigação assumida. Por meio da multa cominatória e de medidas como a busca e apreensão, a remoção de coisa ou pessoas, a interdição ou demolição de obras ou, segundo se depreende do art. 461, § 5.º do Código de Processo Civil, qualquer outra medida adequada às peculiaridades do caso, tenta-se compelir o devedor a realizar a obrigação específica pela qual se comprometeu, antes de convertê-la em perdas e danos.

O trabalho abordará, sobretudo, a evolução do processo sincrético, bem como da legislação processual civil nesta empreitada na busca de um processo que seja útil à parte, com enfoque no procedimento executivo das obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa, e de pagar quantia certa proveniente de sentença condenatória. O denominado *cumprimento de sentença*, com seus respectivos *modus operandi*, incidentes, técnicas processuais, meios de defesa e peculiaridades. Será dado destaque às reformas processuais que eliminaram a *actio iudicati* no

campo das sentenças condenatórias cíveis, em benefício da celeridade e efetividade do processo.

Destacar-se-á, a princípio, a reforma processual da execução da sentença condenatória da obrigação de fazer ou não fazer, operada pela Lei n.º 8.952, de 13 dezembro 1994, passando o credor a ter acesso, desde logo, aos atos de satisfação do seu direito, sem depender do complicado procedimento da *actio iudicati* executiva autônoma. Assim, se a demanda envolver obrigação de fazer ou de não fazer, o julgador poderá valer-se de meios executivos no mesmo processo, sem a necessidade da instauração de uma nova relação processual, permitindo que a tutela jurisdicional seja concedida de forma mais econômica e célere. E, para compelir o devedor ao cumprimento imediato e específico da obrigação, o ordenamento jurídico confere às partes e ao magistrado os mecanismos processuais de coerção indireta das *astreintes* e *medidas de apoio*.

A seguir, o estudo adentrará na relevância, para a efetividade do processo, da reforma processual das obrigações de entrega de coisa, operada pela Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002, que introduziu no Diploma Processual Civil o art. 461-A. Agora, a sentença que condena o devedor a entrega de coisa também passa a dispensar posterior processo de execução autônomo para a entrega definitiva da prestação jurisdicional, podendo executá-la nos mesmos autos, conferindo ao magistrado o poder de expedir, em favor do credor, o mandado de busca e apreensão, em se tratando de bem móvel, ou de imissão de posse, em se tratando de bem imóvel.

Por fim, a abolição definitiva do processo executivo autônomo de título executivo judicial cível adveio com a Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que, tal como nas obrigações de fazer ou entregar coisa, tornou também desnecessária, nas obrigações de pagar quantia certa, a instauração de uma nova relação jurídica processual, com a necessidade uma nova citação do executado, e com todos os incidentes e percalços dela proveniente, para efetivar a satisfação da pretensão já acertada. Passou-se a considerar todo o processo, desde o aforamento da demanda até a satisfação da execução, como um processo único, sincrético.

A impugnação à execução, diferente dos antigos embargos, agora se caracteriza como um incidente processual, a ser interposto nos próprios autos que deram origem ao título judicial, não possuindo, como regra, efeito suspensivo. A

reforma processual transformou em exceção a regra da suspensividade da defesa do executado, proporcionando à execução um meio processual mais rápido, simples e eficaz, abreviando o tempo de duração do processo.

As reformas processuais que unificaram o processo de cognição e execução reduziram o percurso da satisfação do direito, com a inserção de um procedimento mais simplificado e adequado ao direito substancial da parte, dispensando, como regra, da *actio iudicati* executiva autônoma e tornando-o mais efetivo e rápido.

2 O PROCESSO CIVIL E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

2.1 DO DIREITO AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

A efetividade do processo tem apresentado mostra de grande relevância, em vista da evolução da sociedade e o surgimento de novos conflitos de interesses, que reclamam uma atuação mais eficaz e célere do ordenamento jurídico.

Não é de hoje que o processo vem se caracterizando como instrumento moroso, inábil à prestação de uma justiça célere e eficaz, a ponto de, já, em sua época, Rui Barbosa ter proferido a celebre frase: *A justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade* (GOMES, 2004).

Uma tutela tardia, que não seja efetiva não pode se traduzir em legítima manifestação do Estado Democrático de Direito, que tem como missão precípua a pacificação social. O brocardo *justiça tarda é justiça falha* é corroborado por Gama (2002, p. 21), que explana “[...] a justiça tardia não é outra coisa senão a maior das injustiças”.

Outrossim, a duração excessiva do processo judicial provoca, dentre outras conseqüências, a erosão da prova, o retardamento da reparação do dano, o atraso na proteção contra ameaça a direitos, o aumento do custo econômico do sistema e o seu descrédito como instrumento eficaz de pacificação social, de forma que não se pode deixar de considerar que a celeridade constitui-se numa vertente importante da efetividade do direito material.

O acesso à justiça integra a categoria dos direitos fundamentais e não significa apenas possibilitar que os litígios sejam levados ao conhecimento do Poder Judiciário. Significa, sobretudo, que será dada uma solução ao caso concreto e que a decisão proferida pelo magistrado provoque, efetivamente, uma modificação no mundo dos fatos. Na introdução de uma de suas obras sobre o tema, Cappelletti e Garth (1998, p. 8) asseveram que:

A expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Cappelletti e Garth (1998, p. 8) observam que a idéia de acesso à Justiça evoluiu paralelamente à passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno. De início, a participação do Estado não ia além da declaração formal dos direitos humanos. Nessa época, em que prevalecia como máxima dominante o *laissez-faire*, todos eram solenemente presumidos iguais e a ordem constitucional se restringia a criar mecanismos de acesso à Justiça, sem maiores preocupações com sua eficiência prática. Diferenças econômicas ou institucionais não eram cogitadas no âmbito processual.

No século XX, todavia, o coletivo ou social passou a ser a tônica da política governamental e legislativa nos países de cultura civilizada, mesmo naqueles em que a ideologia se rotulava de capitalista, liberal ou neoliberal. A política constitucional deixou, então, de atuar como simples tarefa de declarar direitos, tal como prevalecera nos séculos XVIII e XIX, e passou a se voltar para a efetivação destes direitos. Assumiu-se, dessa maneira, o encargo não só de defini-los e declará-los, mas inclusive e sobretudo, de garanti-los, tornando-os efetivos e realmente acessíveis a todos.

Neste diapasão, deve o processo ser entendido e aplicado como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à ordem jurisdicional, que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa. O processo passa a ser encarado como *meio de acesso à ordem jurídica justa*. Nas palavras de Wambier e Wambier (2003, p. 63):

[...] o direito de acesso à justiça, erigido à dignidade de garantia constitucional, quer dizer bem mais do que a possibilidade de se obterem provimentos "formais", isto é, decisões judiciais dotadas apenas potencialmente da aptidão de operar transformações no mundo real. Quando se fala em direito de acesso à justiça, o que se quer dizer é direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional.

No mesmo sentido, discorre Watanabe (2001, p. 82):

[...] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV da CF, não assegura, apenas, o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos na sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.

Para cumprir com o escopo do *acesso à ordem jurídica justa*, não basta alargar o âmbito de pessoas capazes de ingressar em juízo. É indispensável aprimorar a ordem processual, habilitando-a a oferecer mais rapidamente resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo. É preciso que o processo cumpra em cada caso o dever de conferir efetividade ao direito substancial, “[...] sob pena de ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica” (DINAMARCO, 2002, v. 1, p. 114).

A garantia de devido processo legal, intimamente ligado ao acesso à justiça, além de exigir a figura do juiz natural e observância do contraditório, deve assegurar aos litigantes não apenas uma sentença formal, mas uma sentença que seja justa e útil às partes. Como corolário, um procedimento executivo mais célere e simplificado confere tais atributos a essa decisão.

2.2 DA JURISDIÇÃO E SEU ESCOPO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzissem aos resultados enunciados. Através do exercício da função jurisdicional, procurou o Estado a realização do direito material, buscando fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial – escopo jurídico da jurisdição. “Em outras palavras, o escopo da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 131).

Ao lado desta finalidade, entendida como *jurídica* da tutela jurisdicional, acrescenta-se o *escopo político e social da jurisdição*, no sentido de que, ao se garantir que o direito material seja efetivamente cumprido, o ordenamento jurídico é preservado em sua autoridade (*escopo político*), com a conseqüente pacificação social obtida pela eliminação da insatisfação (*escopo social*).

Desse modo, intenta o Estado, por meio da jurisdição, fazer com que a situação prática coincida com aquela abstrata prescrita no dispositivo legal inobservado, eliminando a insatisfação e o desconforto social por ela gerado e reafirmando a autoridade do ordenamento jurídico. O Estado substitui os titulares do conflito para, imparcialmente, buscar sua pacificação, tendo como característica essencial a definitividade ou imutabilidade de suas decisões, por meio da coisa julgada.

Conforme observam Marinoni e Arenhart (2008, v.1, p. 23), ainda são sustentadas, após aproximadamente cem anos, as teorias que afirmam ter a jurisdição função automática de atuar a vontade concreta da lei. Isso após a própria concepção do direito ter sido transformada ao longo dos anos, e a norma que, na época do Estado legislativo valia em função da autoridade que a proclamava, desvinculada da sua correlação com o princípio da justiça, não existe mais.

Perdeu a lei, em seu aspecto formal, o seu posto de supremacia na ordem jurídica, para ser relacionada substancialmente a regras, princípios e valores positivados na Constituição. Por isso, “[...] já constituem slogan dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei” (MARINONI; ARENHART, v. 1, 2008, p. 23).

Importante ressaltar que, para a formação da denominada *norma jurídica individualizada pela jurisdição* não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado de Direito, exige-se do magistrado uma postura muito mais ativa, participativa, valorativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que lhe seja adequada e esteja em conformidade com as disposições e princípios previstos na Constituição Federal.

Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, e que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso uma interpretação conforme a Constituição, viabilizando a melhor forma de tutelar materialmente o direito posto em julgamento, com justiça e exatidão (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 93-142).

Desse modo, ao se deparar com a causa a ser julgada, deve o juiz compreender o seu sentido, a fim de aplicar a lei que melhor se adéqüe às suas peculiaridades e necessidades, e interpretá-la de acordo com os valores constitucionais. Neste sentido, o julgador cria uma norma individualizada – “norma legal conformada à norma constitucional” – que vai servir de fundamento jurídico para sua decisão. Assim, de acordo com a lição de Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 103):

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra de balanceamento (ou da regra de proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.

Sendo assim, ao exercer a jurisdição, proferindo este direito constitucionalmente valorado, o juiz confere às partes as mais diversas espécies de tutela jurídica, podendo revestir-se sobre uma decisão que declare, entre os contendores, quem tenha razão, com a formulação de um comando que imponha uma prestação a ser cumprida pelo réu, tendente à formação de um título executivo (*tutela condenatória*); ou que vise apenas declarar a certeza da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de um documento (*tutela declaratória*); ou que busque, além da declaração do direito, criar, modificar ou extinguir um estado ou uma relação jurídica material (*tutela constitutiva*); ou, ainda, que objetive a efetivação de um direito já reconhecido, “[...] tendente a obter, coativamente, o resultado prático equivalente àquele que o devedor deveria ter realizado com o adimplemento da obrigação (tutela executiva)”; ou, ainda, que assegure o resultado do processo afastando “[...] o perigo de dano ao

eventual direito subjetivo a ser tutelado jurisdicionalmente no processo principal (tutela cautelar)” (THEODORO JÚNIOR, 2007, v. 1, p. 71).

E, ao exercer a jurisdição com a entrega da prestação jurisdicional, deve o magistrado a proclamar com justiça, proferindo uma decisão que responda efetivamente às necessidades do direito material, eliminando, por conseguinte, o conflito de interesses que ameaça a paz social. Dita pacificação social, conforme advertem Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 113), só atingirá seu escopo quando a controvérsia for dirimida em coerência com os princípios e valores traçados pela Constituição Federal e levando em consideração às peculiaridades do direito material posto em julgamento. E concluem: “[...] e, apenas por consequência desta sua missão, é que pode gerar o efeito da pacificação social”.

2.3 DA AÇÃO

2.3.1 Das Principais Concepções Doutrinárias sobre a Natureza Jurídica da Ação

Ao vetar as pessoas de fazer justiça com as próprias mãos, assumindo a jurisdição, o Estado não apenas se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos invocados, como se obrigou a prestá-la sempre que regularmente invocada. Como corolário, o ordenamento jurídico conferiu, em favor do interessado, um instrumento para requerer sua intervenção sempre que se julgue lesado em seus direitos – a ação.

Tem-se, portanto, que a ação é a contrapartida natural da proibição da tutela privada: instrumento que o particular passou a fazer uso diante da eliminação da *justiça de mão própria*. Neste sentido, aduzem Silva e Gomes (2002, p. 91):

Dito de outro modo, entendemos que o Estado ao proibir a realização privada dos interesses juridicamente protegidos, torna-se ipso facto, devedor de uma prestação que consistirá nos meios através dos quais esta realização viabilizar-se-á.

Como a jurisdição é, em regra, inerte, não podendo ser exercida sem provocação, cabe ao titular da pretensão invocar a função jurisdicional. Assim o

fazendo, a parte estará exercendo um direito que é a *ação – direito ao exercício da atividade jurisdicional* (exercício simultâneo de direito e poder). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que, por sua vez, se exerce através do processo. Neste sentido, ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 247):

Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.

Sem a pretensão de esgotar a polêmica de constituir a ação um direito ou poder, Cintra, Grinover e Dinamarco esclarecem (1999, p. 253):

A doutrina dominante, mesmo no Brasil, conceitua a ação como um direito subjetivo. Os que entendem ser ela um poder, e não um direito, partem da premissa de serem o direito subjetivo e a obrigação duas situações jurídicas necessariamente opostas (de vantagem e de desvantagem), presente um conflito de interesses; e, inexistindo conflito de interesses entre autor e Estado, não se poderá falar em direito subjetivo, senão em poder.

Predomina no ambiente doutrinário o conceito de ação como um direito ao provimento jurisdicional, seja ele favorável ou desfavorável, tendo, portanto, natureza *abstrata, autônoma e instrumental*, este último no sentido de se referir sempre a uma pretensão ligada a um direito material (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 254). Possui, outrossim, *natureza pública* porque independentemente do objeto discutido em litígio, o direito ou poder da parte pedir ao Estado que solucione o conflito, envolve um interesse social maior do que a simples pretensão material, qual seja, a solução pacífica dos conflitos, mediante a interferência do Poder Estatal. Nos dizeres de Silva e Gomes (2002, p. 133), tem-se, pois, a ação [...] “como o exercício do direito subjetivo público perante o Estado, com o objetivo de que este preste a tutela”.

Insta ressaltar que a conceituação do direito de ação nem sempre foi a mesma no histórico processual. No decorrer da evolução do direito processual como ciência, houve várias concepções da ação, com suas respectivas teorias, dentre as quais destacam-se: a *imanentista (clássica ou civilista)*, a *autonomista (concreta e abstrata)* e a *eclética (adotada por Liebman)*.

Até meados do século XIX, considerava-se a ação, sob a ótica *civilística* de Savigny, entendida como o próprio direito material violado em estado de reação Silva e Gomes (2002, p. 91). Durante muitos séculos, dominados que estavam os juristas pela idéia de que a ação e o processo eram simples capítulos do direito material, não se distinguiam a ação do direito material que o postulante pretendia ver reconhecido judicialmente. Para a *fase imanentista*, também chamada de *civilista*, “[...] a ação seria uma qualidade de todo o direito ou o próprio direito reagindo a uma violação” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 248).

Em meados do século passado, por volta de 1856, a célebre polêmica entre Windscheid e Muther – doutrinas que antes se complementam que propriamente se repelem – acabou por dar uma nova roupagem ao conceito de ação, deixando para trás a antiga concepção que unia o direito material e a ação. Demonstrou-se que o direito lesado e a ação são realidades distintas, pois esta cria, a par do direito material da parte prejudicada, dois outros direitos de natureza pública: um para o ofendido, que é o direito à tutela jurisdicional e que é dirigido em face do Estado; e outro, para o próprio Estado, que é o direito de eliminar a lesão jurídica e que se volta contra a parte que a causou.

A partir desta nova ótica, duas correntes principais, ambas fundadas na autonomia do direito de ação, disputam a preferência sobre a natureza do direito de ação: a que considerava a ação como *direito autônomo e concreto*, e a que a classificava como *direito autônomo e abstrato*.

Para a primeira, o direito de ação, embora diverso do direito material lesado, só existiria quando existisse o próprio direito material a tutelar. Foi Wach, ainda na Alemanha no final do século XIX, que elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica. Para o autor, a ação, embora autônoma, na medida em que não surge juntamente com o direito material, condiciona-se ao direito subjetivo material “[...] que só poderia conduzir a uma sentença favorável” (SILVA; GOMES, 2002, p. 104-105). Desse modo, segundo aludida concepção, como a existência da tutela jurisdicional é satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável. Conseqüentemente, a ação seria um direito público e concreto, ou seja, “[...] um direito existente nos casos concretos em que existisse o direito subjetivo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 249).

Por sua vez, Degenkolb, em 1877, criou na Alemanha a *teoria da ação como direito abstrato de agir*, tendo Plosz formulado, na Hungria e na mesma época, teoria com idêntica doutrina.

Segundo prega aludida concepção, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado, passando a ser considerado como um direito *autônomo e abstrato* de agir em juízo. Ainda que o autor da ação não seja vencedor da demanda, não deixa de ter exercido seu direito de ação, pois o exercício da ação consiste no direito à prestação jurisdicional, direito instrumental, com que se busca a tutela jurídica. Como corolário, o direito subjetivo que o particular exercita através da ação não se vincula ao direito material da parte. É, portanto, suficiente para o manejo do direito de ação que o autor invoque um interesse abstratamente protegido pela ordem jurídica.

Consoante ratificam Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 250), basta, para caracterizar o direito de ação, “[...] que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito”. E, explanando sobre o tema, acrescentam os autores:

É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. Sendo a ação dirigida ao Estado, é este o sujeito passivo de tal direito.

A repercussão doutrinária do *direito autônomo e abstrato da ação* foi profunda e vários estudiosos, também filiados à aludida doutrina, apresentaram divergências e peculiaridades em suas construções. Neste cenário, destaca-se a *teoria eclética*, concepção criada por Liebman e adotada pela ordem jurídica brasileira, que prescreve que a ação, embora abstrata, é condicionada ao preenchimento de certas condições, ao qual intitula de *condições da ação*.

2.3.2 Da Teoria Eclética da Ação: Principais Características e Análise Crítica

Prega a *teoria eclética* que a ação apresenta certos requisitos, cuja ausência inviabiliza o exame do mérito, ou a decisão da lide. São requisitos para a própria existência da ação, tendo, por isso, sido denominados *condições da ação*

que, quando ausentes, acarretam a *carência de ação*. Neste caso, Liebman concluiu não haver *vero esercizio della giurisdizione*, uma vez que entre a ação e a jurisdição há exata correlação, não podendo existir uma sem a outra (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 172-173).

Consoante explicam Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 251), Liebman define a ação como um direito subjetivo instrumental, e, mais do que um direito, “[...] um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça”. Para esta concepção, o direito de ação de natureza constitucional, em sua abstração e generalidade, “[...] não pode ter nenhuma relevância para o processo, constituindo o simples fundamento ou pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual”. Dá por exercida a função jurisdicional apenas quando o juiz pronunciar uma sentença sobre o mérito, favorável ou desfavorável que seja.

Constata-se, pois, que a doutrina denominada *eclética*, predominante na ordem jurídica brasileira, dá especial destaque às *condições da ação* – configuradas pela possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam* – que ao lado dos pressupostos processuais configuram verdadeiros pressupostos de admissibilidade para o julgamento do mérito. Segundo ensinam Silva e Gomes (2002, p. 107):

Aliás Liebman é exposto no sentido de que, nessa fase preparatória, o processo funciona, em certo sentido, como um filtro, de modo a evitar que haja exercício de jurisdição quando faltam os requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possa alcançar resultados satisfatórios.

Sobre referida teoria, ensinam Wambier e Talamini (2008, v. 1, p. 146):

Então, para essa teoria, a ‘abstração’ não é, todavia, absoluta, pois, para que se possa exercer o direito de ação, isto é, com possibilidade de se obter sentença de mérito (no processo de conhecimento), é preciso observar as condições da ação.

[...]

Liebman define a ação como um poder de exigir a prestação jurisdicional, poder este vinculado a uma pretensão existente na esfera do direito material, cuja análise se faz por meio das condições da ação. Para esse autor, somente se pode considerar existente a

ação (ação processual) se estiverem presentes todas as condições da ação.

Desse modo, para Liebman três são as condições a serem satisfeitas para que o autor não seja julgado *carecedor da ação*, estando elas expressamente positivada no art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC), quais sejam:

i. A possibilidade jurídica do pedido consiste na previsibilidade, pelo direito objetivo, da pretensão exarada pelo autor. Significa que a providência pedida ao Poder Judiciário deve existir abstratamente no ordenamento jurídico. Deve existir, abstratamente, na ordem jurídica, um tipo de medida como a que se pede através da ação. Como corolário, juridicamente impossível seria o pedido que não encontrasse guarida no ordenamento jurídico. O exemplo clássico de pedido juridicamente impossível é a cobrança de dívida de jogo, porquanto, como neste caso não há previsão na ordem jurídica da pretensão suscitada pelo autor, o Estado se nega a dar prestação jurisdicional, considerando-a como um pedido juridicamente impossível (SILVA; GOMES, 2002, p. 113).

Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 175) observam que Liebman deixou esta categoria de lado um pouco antes da aprovação do Código Processual Civil de 1973, quando, ao escrever uma nova edição de seu “Manuale”, houve a instituição do divórcio na Itália, mediante a aprovação da Lei n. 898, de 1.º de dezembro de 1970. Não havendo mais como sustentar ser o divórcio um pedido juridicamente impossível, Liebman abandonou a categoria da *possibilidade jurídica do pedido*, a qual também no direito brasileiro não tem muita razão de ser, pois, o exemplo dado pela doutrina como impossibilidade jurídica do pedido – cobrança de dívida de jogo – poderia muito bem ser enquadrado como *ausência de interesse de agir*.

ii. O interesse de agir: consiste na necessidade do uso da via jurisdicional para defesa do interesse material pretendido, bem como na sua adequação ao provimento almejado. Assenta-se na premissa de que não é conveniente invocar a tutela jurisdicional, sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil às partes. É preciso que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

Como corolário, existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e ainda quando essa tutela jurisdicional possa trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. O provimento solicitado deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Desse modo, quem alegar, por exemplo, o adultério do cônjuge não poderá pleitear anulação do casamento, mas apenas a separação judicial ou o divórcio, porquanto o adultério não se inclui dentre as causas que respaldam o pedido de anulação de casamento.

iii. Legitimidade ad causam: corresponde à titularidade ativa e passiva da ação, a capacidade para ocupar uns dos pólos da relação jurídica, que deve corresponder à titularidade da relação jurídica material posta à apreciação do juiz. Legitimados são, pois, os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. É legitimado ativo o possível titular do direito material e legitimado passivo a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença (SILVA; GOMES, 2002, p. 113).

Como consectário, tem-se como regra a *legitimidade ordinária*, que decorre da coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo, e, como exceção a *legitimidade extraordinária*, que se dá quando, em determinadas circunstâncias prevista em lei, a parte demanda em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio (prevista no art. 6.º do CPC), como ocorre na ação popular, em que o cidadão, em nome próprio, defende o interesse público, ou na ação civil pública proposta pelo representante do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos com relevância social.

Sob a ótica da *teoria eclética*, o reconhecimento da inexistência de uma das *condições da ação*, leva a extinção do processo sem julgamento de mérito, por *carência da ação*. O juiz não chega a apreciar o mérito, o que não impede que a parte venha propor, novamente, a ação sobre a mesma lide, consoante prevê o art. 268, *caput*, do CPC.

Constata-se que Liebman tentou se colocar em posição intermediária daqueles que entende depender a ação do efetivo reconhecimento do direito material, e dos que sustentam ser a ação um direito de agir totalmente abstrato, decorrente da mera capacidade jurídica. Em outras palavras, a ação não

depende de uma sentença favorável, mas requer a presença das *condições da ação* (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 172-173).

Consoante observam Silva e Gomes (2002, p. 114 e 117), a doutrina majoritária está comprometida com as idéias de Liebman, devido à influência que consagrado processualista italiano exerceu no direito processual brasileiro, uma vez que viveu no Brasil por mais de 5 (cinco) anos, tendo aqui aportado em 1940, logo após o início da II Guerra Mundial, período em que lecionou na Faculdade de Direito de São Paulo. Nesta ocasião, reuniram-se em torno do renomado autor um grupo de importantes processualistas brasileiros, como Alfredo Buzaid, José Frederico Marques, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, Luiz Machado Guimarães, dentre outros, cujo legado de suas obras contribuiu para a propagação da doutrina liebmaniana no direito processual brasileiro. Por fim, o fato do atual Diploma Processual Civil ter adotado orientação consentânea com o pensamento de Liebman certamente contribuiu para um maior assentimento da *teoria eclética* por parte da doutrina brasileira.

Entretanto, conforme advertem Silva e Gomes (2002, p.117-118), a construção formulada por Liebman padece de pelo menos três vícios insuperáveis. “O primeiro deles constitui na tentativa de conciliação do inconciliável, ou seja, postar-se em uma posição intermediária entre a Doutrina Concreta e a Abstrata, como que criando uma zona comum entre ambas”. O *segundo* foi o de reduzir o campo da atividade jurisdicional, porquanto para o processualista, a atividade exercida pelo juiz ao decidir sobre as condições da ação não possui natureza jurisdicional. E o *terceiro* constitui em confundir *ação* com *pretensão*.

Para a *teoria eclética*, a ausência das *condições da ação* acarreta a extinção do processo sem julgamento de mérito, decisão não acobertada pelo manto da coisa julgada.

Ressalva-se, entretanto, tal fenômeno só será possível mediante “[...] o artifício da aferição hipotética das condições da ação” (SILVA; GOMES, 2002, p. 121-129). Na verdade, as condições da ação só serão pertinentes à relação jurídica processual, quando se tratar raciocínio hipotético. No mais das vezes elas integram a relação de direito material, posta à apreciação do órgão jurisdicional.

Como corolário, as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, hipoteticamente, no início do processo. Devem ser analisadas

com base nas informações trazidas pelo autor, pois a efetiva correspondência entre sua assertiva e a realidade, configura análise de mérito (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 183).

Silva e Gomes (2002, p. 121-129) observam que a análise de qualquer das denominadas *condições da ação* pela *teoria eclética* demonstra que elas se referem, na verdade, à relação de direito material.

Quanto à análise da *possibilidade jurídica do pedido*, Calmon de Passos (apud SILVA; GOMES, 2002, p. 125) demonstra não haver qualquer distinção entre “a impossibilidade da tutela em abstrato e a pretendida no caso concreto”, citando, como exemplo, uma ação de usucapião em que o autor alegasse na inicial estar na posse mansa e pacífica de determinado imóvel, com *animus domini*, por 4 (quatro) anos. Nesta hipótese, seria o julgado *carecedor da ação*, ante a ausência de previsão legal para o atendimento do pedido de usucapião, não podendo se falar em julgamento de mérito. Contudo, se esse mesmo autor houvesse ingressado com a ação sob a alegação inverídica de se encontrar na posse do imóvel mansa e pacífica, com justo título e boa fé, há mais de 10 (dez) anos, invocando o usucapião ordinário, estaria presente a aludida *condição da ação*, ainda que durante a instrução processual restasse comprovada a posse de apenas 4 (quatro) anos. No entanto, não haveria nesta última hipótese *carência de ação*, e sim julgamento de improcedência do pedido, com coisa julgada material. E indaga Calmon: “Qual a diferença entre as duas decisões? Ao que responde: Nenhuma, rigorosamente nenhuma”.

Inaceitável, da mesma forma, ser a *legitimidade ad causam* simples condição da ação, sem análise jurídica material. Consoante advertem Silva e Gomes (2002, p. 126), sendo *parte* um conceito de processo onde se identifica o autor e o réu, não há como se falar em *parte processualmente ilegítima*. A própria identificação das partes implica em análise do direito substancial, exigindo, como pressuposto, um processo pendente. “Não se deram conta os seguidores de Liebman que quando falam em parte ilegítima, na realidade afirmam que a referida parte não é parte, como também que a verdadeira parte não é sujeito do processo” (SILVA; GOMES, 2002, p. 126).

Outro exemplo que ilustra supra assertiva ocorre quando o juiz extingue o processo julgando o autor de uma ação de despejo parte ilegítima, por

não ser o locador do prédio alugado. Neste caso, indaga-se: estaria o mesmo autor, com fulcro no art. 268 do Código de Processo Civil, autorizado a propor novamente a mesma ação de despejo? Obviamente que não. “Parece evidente que o legislador referiu-se àquela ação de despejo que ainda não foi proposta”. Além do que, a ação que será novamente interposta não se identificará com aquela para a qual o autor foi julgado parte ilegítima, porquanto os sujeitos de ambas as ações são diversos (SILVA; GOMES, 2002, p. 127).

Não menos inadequado é considerar o *interesse de agir* também como *condição de ação*, sem integrar a relação de direito substancial, porquanto a investigação sobre a necessidade ou não da tutela jurisdicional invocada pelo autor para obter a satisfação do direito alegado implica obrigatoriamente perquirir aspecto atinente à relação de direito material. Neste sentido, ensinam Silva e Gomes (2002, p. 126):

O exemplo declinado por Pontes de Miranda resolve facilmente o problema: se determinado credor propuser uma ação de cobrança contra um devedor e este alegar que o autor possui em seu poder importância suficiente para compensar o crédito, sem necessidade de fazê-lo judicialmente, restaria ausente o interesse processual. Ora, para que a ausência de interesse restasse provada, só o exame da relação jurídica substancial o permitiria. Não estamos frente a uma questão pertinente à relação processual, portanto. Aliás, mais uma vez, a razão está com Calmon de Passos quando afirma, apoiado em Michelli, gravitem em torno do interesse de agir todas as assim denominadas condições da ação, pois que a necessidade da tutela jurídica exige a viabilidade dessa tutela não só em relação ao objeto (possibilidade jurídica do pedido), mas também quanto aos sujeitos (legitimação).

Outrossim, também se revela errôneo o entendimento suscitado pela *teoria eclética* de que a análise das *condições da ação*, pelo magistrado, não implica em exercício da jurisdição. Conforme ponderam Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 181), mesmo quando verificada a ausência de uma das denominadas *condições da ação*, é inegável que a jurisdição tenha atuado, tendo sido também exercida a ação. E arrematam:

Aliás, a jurisdição atuou porque a ação foi proposta, o que se dá no momento em que a petição inicial é despachada pelo juiz ou distribuída (quando há mais de uma vara), conforme afirma o próprio

CPC (art. 263). Isso significa que não é correto dizer que só existe ação e jurisdição quando estão presentes as chamadas 'condições da ação'.

Também, segundo ensinam Silva e Gomes (2002, p. 130-131), a *pretensão* não se confunde com a *ação*, como entendem os adeptos da *teoria eclética*. A *pretensão*, no *plano do direito material*, “[...] é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”. E no *plano processual*, a *pretensão* é entendida como “[...] o encaminhamento que deflagrará a ação, ou seja, o estágio intermediário entre o direito subjetivo, enquanto estado inerte, e o efetivo exercício do mesmo perante o Estado”. Já, a *ação* corresponde ao agir, não se confundindo com o direito, mas com o exercício do mesmo, não podendo ser confundida, portanto, com a *pretensão*.

Do exposto, constata-se que o direito ou poder de *ação*, de base constitucional, não pode ser limitado a um *ato de provocação da jurisdição*, pois deve conferir ao cidadão a possibilidade de obter a efetiva proteção do direito concreto violado, ou ameaçado de violação. E para que o autor possa obter a tutela de direito material, ele deve exercer a *ação*, uma ação comprometida com um resultado que seja útil ao postulante. Como consectário, a *ação* não é *meramente proposta*, mas sim *exercida*, desenvolvendo-se com a finalidade de permitir o julgamento do mérito e, no caso de reconhecimento do direito material, a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva (SILVA; GOMES, 2002, p. 130-131).

Segundo concluem Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 182), as denominadas *condições da ação* possuem *relação com o mérito* e, dessa forma, não podem ser consideradas “[...] simples requisitos para a existência da ação. Tais requisitos são os primeiros degraus para a apreciação do mérito – e, nessa direção, para o reconhecimento do direito”.

2.3.3 O Direito de Ação como o Direito de Acesso à Justiça

O direito de ação durante o Estado liberal era indiferente às necessidades sociais, sendo concebido apenas como o direito formal de propor uma ação judicial. Estaria em juízo quem pudesse suportar os custos de uma demanda, pois a desigualdade econômica e social não era objeto das preocupações do

Estado. Bastava se proclamar o direito da parte ir a juízo e propor a ação, sendo irrelevante que o titular do direito material violado pudesse efetivamente exercer aludido direito (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 185).

Com o passar do tempo, as Constituições do século XX procuraram integrar o direito processual com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão nas ações políticas e sociais, inclusive mediante a concretização do direito de ação, que passou a ser focalizado como *direito de acesso à justiça*. Os direitos sociais e econômicos, bem como os direitos individualmente declarados, caso ficassem destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, assumiriam a função de *meras declarações políticas*.

Nas palavras de Dinamarco (2002, v. 1, p. 115):

A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse em assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse numa técnica de atendimento ao direito de ação, sem preocupações com os resultados exteriores. Na preparação do exame substancial da pretensão, é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar, não se omitindo da participação também o próprio juiz, de quem é a responsabilidade principal pela condução do processo e correto julgamento da causa. Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça.

E para se garantir a participação dos cidadãos na sociedade, e como consectário concretizar a igualdade, é imprescindível que o *exercício da ação* não seja obstaculizado, até porque, consoante prega Cappelletti (1974, p. 116), “[...] ter direitos e não poder tutelá-los é o mesmo que não os ter”.

Um dos já conhecidos *óbices ao exercício da ação* é o custo do processo, que engloba as custas devidas aos órgãos jurisdicionais, as despesas com a contratação de advogado e com a produção probatória. É evidente que o custo do processo constitui um grave empecilho ao acesso à justiça para boa parcela da população brasileira, pois é cediço as dificuldades financeiras que a assolam. Neste sentido, discorrem Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 187):

O custo do processo pode impedir o cidadão de propor a ação, ainda que tenha convicção que seu direito foi violado ou está sendo ameaçado de violação. Isso significa que, por razões financeiras, expressiva parte dos brasileiros pode ser obrigada a abrir mão dos seus direitos. Porém, é evidente que não adianta outorgar direitos e técnicas processuais e não permitir que o processo possa ser utilizado em razão de óbices econômicos.

Foi com a intenção de eliminar, ou ao menos, amenizar tal entrave ao exercício da ação, que a Constituição de 1988, no seu art. 5.º, LXXIV, prescreve que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, e mais adiante, no art. 134 enuncia que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV”.

Eliminados os óbices ao pleno exercício da ação, não há dúvidas de o seu correto manejo garante a tutela jurisdicional efetiva. Sendo assim, ao exercitar a ação, possui a parte o direito de obter uma tutela jurídica que lhe seja útil e que atenda, com o menor dispêndio de tempo possível, a pretensão daquele que teve seu direito material violado, nos termos de seu pedido, sem se desprezar as garantias constitucionais tuteladas pelo Estado Democrático de Direito.

Contudo, a ação, para assim ser compreendida, deve estar relacionada com “[...] as diversas formas de proteção jurisdicional do direito material”, além de priorizar sempre a tutela específica, deixando, para um segundo plano, a tutela subsidiária pelo equivalente monetário (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 227-228).

Historicamente, a tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia tem relação com os valores propugnados no Estado liberal clássico, pois num modelo estatal preocupado em tutelar liberdades formais e não substanciais ou concretas do cidadão, nada poderia ser mais adequado e conveniente, como forma de prestação jurisdicional, do que o ressarcimento em dinheiro. *Ipsis litteris*:

Ora, se todos são iguais independentemente das suas diferenças concretas, e para a preservação da liberdade é imprescindível não constringer a autonomia privada, a tutela ressarcitória torna-se ideal, pois, além de igualizar o valor do direito material, não constringe a vontade do obrigado. (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 228)

E o Diploma Processual Civil brasileiro, até as reformas processuais executivas introduzidas na última década, era estruturado com base em técnicas que não permitiam que a ação alcançasse a tutela específica, ao menos de forma adequada. O sistema processual valia-se, para a tutela de direitos, da sentença condenatória, que, quando não adimplida voluntariamente pelo réu, exigia a ação de execução autônoma para a concretização do seu conteúdo.

2.4 DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO

2.4.1 Uma Análise Crítica da Teoria da Relação Jurídica Processual

De todas as teorias acerca da natureza jurídica do processo – a *teoria que aponta o processo como um contrato; a que o define como quase contrato; como situação jurídica; e como procedimento informado pelo contraditório* – é a *da relação jurídica processual*, cujo marco foi a obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, de Oskar Bülow, em 1868 que, indiscutivelmente, possui maiores adeptos por parte da doutrina. Referida teoria pressupõe que no processo haja uma relação entre as partes e o juiz, que não se confunde com a relação jurídica de direito material subjacente. O processo é encarado como uma relação jurídica de direito público, distinta da relação jurídica de direito substancial, que constitui o seu objeto. Nos dizeres de Oliveira e Mitidiero (2010, p. 94): “Articulava-se essencialmente aí a autonomia do processo e, de conseguinte, do direito processual civil, rompendo-se com os grilhões que até então o acorrentavam ao direito material”.

Consoante observam Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 278), o mérito de Bülow foi a sistematização ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas, com a existência de dois planos de relações: “a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão daquela”. Ressalvou, também, que as partes (autor, réu e juiz), o objeto (prestação jurisdicional) e os pressupostos (pressupostos processuais) da relação jurídica processual se distinguem dos que compõe a relação de direito material.

Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 392) ressaltam que a *teoria da relação jurídica* não se limitou a tratar da relação jurídica processual diferenciando-a da relação jurídica substancial, “[...] mas teve o mérito de demonstrar que no processo estariam presentes os elementos identificadores de uma relação jurídica”. A partir da propositura da ação se formam vínculos jurídicos entre as partes e o Estado-juiz, os quais passam a ter poderes, direitos, faculdades e os correlatos deveres, obrigações, sujeições e ônus. E complementando seu pensamento, explanam os processualistas:

A relação jurídica processual teria sujeitos (juiz, autor e réu), objeto (prestação jurisdicional) e pressupostos próprios (propositura da ação, capacidade para ser parte e investidura na jurisdição daquele em que a ação é dirigida).

O Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos. “E a relação jurídica processual é exatamente o nexó que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 280). Através da relação jurídica, o direito regula não apenas os conflitos de interesses entre as pessoas, mas também a cooperação que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum.

A *teoria da relação jurídica processual*, construída no final do século XIX, época em que a doutrina se empenhava em evidenciar a autonomia do direito processual, ainda é adotada pela imensa maioria dos processualistas. Não obstante, a adoção dessa teoria, tomada como base para a construção do direito processual moderno, deve atualmente ser questionada e repensada.

Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 281) advertem que a aceitação da *teoria da relação jurídica processual*, não significa afirmar ser o processo a *própria relação processual*, pois é *ente complexo*, que a abrange: “[...] a observação do fenômeno ‘processo’ mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no

conceito puro e simples de relação jurídica processual”. Neste sentido, esclarecem os autores:

Cada ato processual, isto é, cada anel da cadeia que é o procedimento, realiza-se no exercício de um poder ou faculdade, ou para o desincargo de um ônus ou de um dever, o que significa que é a relação jurídica que dá razão de ser ao procedimento; por sua vez, cada poder, faculdade, ônus, dever, só tem sentido enquanto tende a favorecer a produção de fatos que possibilitarão a consecução do objetivo final do processo. (1999, p. 282)

Da mesma forma, corrobora Bellinetti (2006, p. 19) que aduz não se confundir o processo com a relação jurídica, sendo ela apenas seu *elemento propulsor*, o elemento em função do qual “[...] o processo se estabelece e se desenvolve”.

Conforme ressaltam Oliveira e Mitidiero (2010, p. 96), podem ser feitas pelo menos três objeções em relação à *teoria do processo como relação jurídica*: uma de ordem *metodológica*, outra de ordem *dogmática* e a terceira de ordem *ideológica*.

De início, cumpre ressaltar que a *relação jurídica* é um instrumento que surgiu e se desenvolveu no direito material, e, por isso, profundamente comprometida com este ambiente metodológico de cunho substancial, sendo, posteriormente transferida pela doutrina ao plano do direito processual. Daí a dificuldade de se adaptar uma teoria de raízes materiais a uma doutrina processual, que exige dinamismo no seu funcionamento. Sob o tema, Oliveira e Mitidiero (2010, p. 96) explicam que:

De tal sorte, não se procurou forjar categorias adequadas ao trato dos fenômenos do plano processual, com o que se criou no seio da processualística, logo de início, um problema de dependência conceitual com o manancial teórico próprio do direito material (notadamente do direito privado), a revelar o quão infrutífera a noção de relação jurídica pode ser para o direito processual civil.

Como conseqüência dessa vertente, o conceito de relação jurídica, proveniente do direito material e originariamente estático, “[...] convive muito mal

com a dinamicidade ínsita ao processo, à temporalidade em que se desenvolve os atos do procedimento” (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 96-97).

Por sua vez, o conceito de processo como relação jurídica padece de uma *inadequação ideológica*, porquanto referida teoria nasce em um ambiente em que se almeja a construção de uma ciência jurídica *pura*, com aspirações de neutralidade. Mostrou-se, entretanto, um veículo bastante apropriado para difundir a ideologia burguesa consagrada na revolução francesa, alicerçada no individualismo próprio que imperava na época.

Neste cenário, segundo observam Oliveira e Mitidiero (2010, p. 97), o dogma da relação jurídica, pregando a pura abstração, serve de suporte para qualquer intenção política, porquanto a pretexto da neutralidade da ciência jurídica, “[...] encobre-se o sentido diretivo e nada neutro das instituições”.

Aludido entendimento é corroborado por Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 397), que afirmam que, ao desprezar a realidade concreta dos seus sujeitos, pregando a abstração e neutralidade, a teoria da relação jurídica processual “[...] pode acolher qualquer forma de exercício do poder”.

Acontece que não cabe ao Estado utilizar-se da pressuposta neutralidade do processo como instrumento de dominação, de imposição da sua linguagem. Nossa Constituição é essencialmente principiológica, contendo preceitos genéricos que devem definir e orientar a ação do Estado, do Direito e do Processo em prol do bem-estar do homem e da coletividade, e não da perpetuação de interesses que representam estruturas dominantes de poder.

Constata-se que Bülow, ao difundir o conceito da relação jurídica processual, acabou por projetar para o ambiente do processo, dentro do espírito que dominava à época, o pretense *cientificismo neutro* do conceito da relação jurídica. Essa ótica neutra e abstrata do conceito de relação jurídica do processo, deixa-o pouco compromissado com o sentido de efetividade que atualmente dele se espera. Discorrendo sobre o tema, concluem Oliveira e Mitidiero (2010, p. 98):

Portanto, não surpreende que, dada a abstração da doutrina assim proposta, altamente permeável pelas intenções, boas ou não, daqueles que detêm o poder, tenha Alfredo Buzaid dela se servido para o último Código de Processo Civil napoleônico da historiografia do direito processual civil, promulgado em meio à grave ditadura militar brasileira. Essa visão ideológica do conceito de relação

jurídica processual deixa-o pouco comprometido com o sentido participativo e paritário que hoje se reconhece às instituições democráticas.

Como consectário, o conceitualismo e o nível de abstração que foram característicos do Direito Civil na época do Estado burguês, transpassaram ao Diploma Processual Civil. Neste contexto, toda criação jurídica deveria ser abstrata e o postulado da justiça limita-se à *igualdade de tratamento formal* de todos perante a lei (MITIDIERO, 2005, p. 141 e ss.).

A teoria da relação jurídica processual ignora as necessidades das partes, assim como as peculiaridades das diversas situações concretas do direito material, pois a pretensa neutralidade da relação jurídica processual, segundo observa Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 397-398) “[...] escamoteou a realidade concreta”, permitindo a construção de uma ciência processual que se supunha poder viver “imersa em si mesma”, indiferente às necessidades do homem.

Constata-se, pois, no século XXI, a necessidade de se superar o paradigma jurídico kelseniano puramente positivista, voltado à idéia de que a ciência pura é a *ciência a-valorativa, a-histórica, a-ética*, onde os juristas se apresentam como meros *técnicos imparciais* que aplicam formalmente o Direito (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 382). Este mesmo raciocínio aplica-se à *teoria da relação jurídica processual* que surgiu com o mesmo pensamento, qual seja: o de tornar o processo uma *ciência processual pura e abstrata*. Este modelo exclusivamente positivista, formalista e abstrato gera, por vezes, decisões judiciais distanciadas da realidade e insensíveis às mudanças sociais (GOMES, 2008, p. 101-105).

Isto porque nenhum Estado é neutro. Ao contrário, todo Estado tem escopos e projetos, que devem ser realizados a partir dos seus valores e dentro de um sistema processual, onde se consubstanciam decisões judiciais justas, sob pena do processo se transformar numa ciência desprovida de sentido, num mero sistema de formalidades e prazos.

A neutralidade da estrutura pregada pela relação jurídica processual imuniza o processo em relação à legitimidade do exercício do poder, bem como o torna pouco comprometido com a necessidade de efetivar direitos consoante suas peculiaridades concretas. Pois, a missão do processo, encarada sob esta

perspectiva, consiste, sobretudo, em instrumentalizar a boa aplicação da justiça, por meio da adequada aplicação do direito material.

Conforme pregam Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 398):

A crítica à teoria da relação jurídica processual, portanto, volta-se à sua assimilação neutra e descompromissada com a realidade da vida do homem, isto é, da parte, e à sua transparência em relação à legitimidade do poder, do procedimento e da própria decisão.

O processo é importante não apenas por envolver, em uma relação, o juiz e as partes. Aliás, no que interessa a um processo comprometido com os valores do Estado constitucional, a simples e pura existência de uma relação jurídica quer dizer absolutamente nada.

Para a legitimidade da jurisdição e, por conseguinte do processo, não basta a lei conferir às partes a participação e a adequação do procedimento às necessidades do direito material. A legitimidade do processo não depende apenas da participação dos seus destinatários e da legitimidade do procedimento através do qual atua. Mas também e, sobretudo, da legitimidade da sua própria decisão judicial, inserida dentro de um processo comprometido com o resultado efetivo e justo.

Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 400) acrescentam a necessidade do processo ser legitimado por decisões judiciais que efetivamente respeitem direitos fundamentais inseridos no Estado Democrático de Direito. Hodiernamente, o estudo do processo exige como pressuposto o interessar-se pelo conhecimento e pela compreensão dos valores, necessidades e anseios do homem e da coletividade, servindo como instrumento de autuação concreta destes valores. Não deve, pois, ser visto apenas como *relação jurídica abstrata e neutra*.

2.4.2 Da Abordagem dos Principais Aspectos Conceituais e Etimológicos do Processo e do Procedimento

“Etimologicamente, processo significa ‘marcha avante’, do latim *procedere*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 275). Por isso, durante muito tempo, foi ele confundido com a noção de procedimento, simples sucessão de atos processuais. Com o passar do tempo, apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. “O processo, então, pode ser encarado pelo

aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos”. Seria, pois o processo “[...] a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento)”, sendo que a sua dialética reside no funcionamento conjugado dessas posições jurídicas e desses atos e fatos (1999, p. 282).

Dinamarco (2002, v. 1, p. 299) entende como processo:

Como método de trabalho, processo é o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu. O conceito de processo abrange o de procedimento e o de relação jurídica processual (infra, nn. 387-390).

E discorrendo sobre o tema, expõe Bellinetti (2006, p. 17-18):

Creio que o processo pode ser definido como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico é construído, modificado e aplicado. É toda atividade que cria, modifica e aplica o ordenamento jurídico, seja criando ou modificando normas abstratas ou concretas, seja materializando estas normas no mundo fático.

Entretanto, consoante lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 275), o principal aspecto conceitual do processo é o seu caráter de instrumentalidade frente ao direito material tutelado, *ipsis litteris*:

O processo é indispensável à função jurisdicional, exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, instrumento através do qual a jurisdição se opera (instrumento para a positivação do poder).

O *procedimento*, por sua vez, pode ser entendido como a sucessão coordenada dos atos do processo, segundo a forma que a lei determina. Consiste na marcha dos atos processuais, coordenados sob formas e ritos, para que o processo alcance o seu escopo e objetivo.

Para Bellinetti (2006, p. 18), procedimentos seriam “[...] os ritos específicos através dos quais o processo se materializa concretamente”. Consoante a visão de Theodoro Júnior (2007, v. 1, p. 50), é o procedimento que dá “[...] exterioridade ao processo, revelando-lhe o *modus faciendi* com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional”. Em outras palavras, seria o procedimento que, nos diferentes tipos de demanda, define e ordena os diversos atos processuais necessários.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 275), consiste o procedimento no *meio extrínseco* pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo; “é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível”. E concluem os autores ser o procedimento o aspecto formal do processo, “[...] meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”.

Destaca-se, portanto, a distinção ontológica entre os termos *processo* e *procedimento*. A noção de processo é *essencialmente teleológica*, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder, no caso, jurisdicional. A noção de procedimento é mais *formal*, de coordenação de atos que se sucedem.

Consoante afirma Marques (2003, p. 10), “[...] o processo não se confunde com o procedimento”. Naquele a nota específica dos atos que o compõe está na finalidade que os aglutinam, ou seja, a composição do litígio *secundum ius*, para “dar-se a cada um o que é seu”. Tem o processo, portanto, um sentido preponderantemente *teleológico ou finalístico*, como instrumento que é da paz social, da justiça e do império da ordem jurídica. Em função desta *causa finalis*, os atos processuais reúnem-se e coordenam-se como relação jurídica complexa, em que figuram, ao lado do órgão jurisdicional do Estado, os sujeitos da lide, ou partes. “E todos esses atos reunidos, em razão do signo finalístico da composição do litígio segundo as regras do direito objetivo, exteriorizam-se sob a forma de procedimento”.

É o procedimento que revela o processo, dá-lhe realidade formal e torna possível, mediante o seu *modus faciendi*, o alcance dos fins compositivos da jurisdição (MARQUES, 2003, p. 197). No procedimento predomina o *lado exterior* dos atos processuais, isto é, a forma particular de como eles se operam, o modo pelo qual eles se coordenam e se sucedem.

Consoante afirmam Oliveira e Mitidiero (2010, p. 109-110):

O procedimento é um sequência de posições jurídicas processuais (faculdades, poderes, imperativos de conduta, direitos, deveres e ônus), de atos processuais (oriundos do efetivo exercício destas posições abstratas) e de situações jurídicas processuais, tudo coordenado com vistas à produção de seu resultado final – que no procedimento jurisdicional brasileiro é a tutela do direito.

A partir da combinação das várias espécies de cognição, é possível construir procedimentos adequados à tutela do direito material afirmado em juízo, que sejam realmente capazes de propiciar proteção jurisdicional efetiva.

A negação de fim ao procedimento – própria da época da afirmação da autonomia do direito processual que se esforçou para delinear as linhas de uma ciência processual dotada de princípios próprios – empenhou-se também em separar as noções de *processo* e *procedimento*. Neste sentido, o procedimento é visto, muitas vezes, como mera forma, sem interferir sobre a realização do fim do processo, que seria o da atuação da vontade da lei (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 417).

Contudo, é inconcebível que a estrutura e a concretização do procedimento sejam neutras ou indiferentes aos fins da jurisdição, e, por conseguinte, do processo. Para que o processo seja capaz de proporcionar a decisão justa e efetiva, deve conferir às partes e ao juiz a utilização de técnicas processuais adequadas às particularidades do caso concreto, ou seja, procedimentos idôneos e adequados à proteção do direito material. Neste sentido, discorrem Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 419):

Uma vez que o procedimento, para realmente permitir à jurisdição cumprir o seu dever e, assim, caracterizar o processo jurisdicional, deve ser adequado à tutela do direito e ao caso concreto, não há como deixar de relacioná-lo com as técnicas processuais. Realmente não basta que o procedimento viabilize a participação efetiva das partes. É necessário que as regras processuais outorguem ao juiz e às partes os instrumentos e oportunidades capazes de lhes permitir a tutela do direito material e do caso concreto.

Este sentido teleológico e finalístico do processo só será efetivamente alcançado, quando o ordenamento jurídico possibilitar àquele que teve seu direito violado, uma resposta judicial que lhe seja útil no mundo dos fatos. E o procedimento, o *modus faciendi* do processo, deve possibilitar, através da ordenação dos diversos atos a serem praticados pelos sujeitos processuais, essa tutela efetiva, mais rápida e justa. Como corolário, as reformas da execução de título judicial enfocadas neste ensaio, inserindo um procedimento mais célere, simples e adequado ao direito material da parte, contribuirão para conferir tais atributos à decisão judicial.

2.4.3 Da Indispensável Umbilicalidade entre o Direito Processual e o Direito Material

A doutrina sempre frisou a necessidade da interdisciplinaridade entre o direito processual e o material. Ao invés de se fixar na excessiva independência do direito processual, outrora tão proclamada na fase autonomista, a boa doutrina empenha-se na aproximação do processo ao direito material. O processo não pode ser encarado como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de alcance da tutela substancial. As técnicas processuais são concebidas à luz e serviço da relação de direito material. Sendo assim, o processo, como instrumento estatal de solução de conflitos jurídicos, deve proporcionar a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção.

Conforme ressalva Bedaque (2003, p. 13): “Na concepção de direito processual não se pode prescindir do direito material, sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos”. Estudar o processo distorcido de sua finalidade institucional representa obra especulativa, desvinculada dos valores e interesses que a ordem jurídica compromete-se a realizar. O resultado esperado da técnica processual há de se operar no campo das relações jurídicas substanciais, uma vez que é na produção destes resultados, em nível satisfatório, que figura o escopo social do processo.

Corroborando o entendimento de vinculação e instrumentalidade do direito processual face ao direito material, explanam Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 40), *ipsis litteris*:

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função puramente jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico.

Discorrendo sobre o tema, Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 405) expõem que o processo deixou de ser um simples instrumento voltado à atuação da lei, “[...] para também passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos”, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, “[...] além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais”. E mais adiante, acrescenta: “Por identidade de razões, o processo deve ser aplicado conforme as tutelas prometidas pelo direito material e segundo as necessidades do caso concreto” (2008, v. 1, p. 418).

Sob a ótica processual contemporânea e diante do pluralismo que a caracteriza, para a aplicação da lei, é imprescindível compreender o caso concreto. “O processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade da decisão. Deve produzir decisões legítimas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais” (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 450-451). É preciso, antes de explicar a lei, atribuir sentido e valor ao litígio. Ou seja, a jurisdição não mais se limita a tornar a lei – abstrata e genérica – particular quando da resolução do caso concreto, “[...] pois necessariamente deve atribuir sentido ao caso concreto para interpretar a lei e solucionar o litígio, exatamente por ser indiscutível que a sociedade e os casos concretos não podem ser regulados sem se considerarem a suas especificidades” (2008, v. 1, p. 403).

A necessidade de compreender o caso litigioso, interpretar a lei a partir de princípios constitucionais de justiça, e controlar a sua constitucionalidade a partir de direitos fundamentais, “[...] não permite que se diga que a jurisdição continua a ter apenas a função de atuar a vontade da lei. Por identidade de razões, o processo deve ser aplicado conforme as tutelas prometidas pelo direito material e

segundo as necessidades do caso concreto” (MARINONI; ARENHART, 2008, v. 1, p. 418).

Neste sentido, afirmando o vínculo entre a relação da tutela jurisdicional e direito processual, acrescenta Didier Júnior (2007, p. 22), “[...] as regras processuais são criadas para atender as características/peculiaridades da situação jurídica substancial a ser deduzida no ato postulatório”. E arremata:

A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe a neutralidade em relação do Direito Material. Ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação de normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas).

Do mesmo modo, assegurando a interdependência da relação jurídica de direito material e a de direito processual, pregam Wambier e Talamini (2002, v. 1, p. 59):

A doutrina tem gasto expressiva carga de energia em torno da discussão sobre a autonomia do direito processual civil. As formulações teóricas de Oskar von Büllow, no século XIX, foram a base da autonomia do processo em relação às regras de direito material.

O que importa destacar, entretanto, passando ao largo de toda história do direito processual civil e de sua antiga vinculação ao direito civil, é que há, certamente, certa carga de interdependência entre o direito processual civil e o direito civil (direito processual e direito material). Esta carga de interdependência se dá no nível das essências do direito material e do direito processual e, por isso, usa-se a expressão ontologicamente, para explicar o plano em que esta ligação existe, já que *onthos*, em grego, significa ser. O processo civil, em última análise, existe em função do direito civil e da necessidade de se contar com instrumental capaz de servir de conduto para as pretensões de direito material diante do aparelho jurisdicional. Parece que, de fato, do ponto de vista ontológico, direito processual civil e direito civil estão necessariamente ligados, na medida em que o primeiro (CPC) encontra no direito civil a sua razão de ser.

Consoante ressalva Bedaque (2003, p. 17), a tarefa principal do ordenamento jurídico, no qual o processo se inclui, é estabelecer uma tutela de direitos que seja eficaz, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também e, sobretudo, garantir sua satisfação. É preciso, pois, relativizar a separação do binômio direito matéria/direito processual, concebida sob a visão autonomista do

processo, a fim de conferir “[...] uma nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista”.

Insta observar, contudo, que a relação jurídica de direito material, que é pano de fundo para que se instaure o processo, não se confunde com a relação de cunho processual, de caráter público, que os vincula no processo, pois são diferentes quanto às partes, ao seu pedido e às suas regras procedimentais. Neste sentido, consoante observam Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 278): “A relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) pelos sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) pelo seu objeto (a prestação jurisdicional); c) pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais)”.

Por isso, a atividade jurisdicional se desdobra em dois momentos diversos: “[...] o juiz tem que decidir não só sobre a existência do direito controvertido, mas também, para conhecê-lo, examinar se concorrem os requisitos de existência do próprio processo” (THEODORO JÚNIOR, 2007, v. 1, p. 53). São os denominados *pressupostos processuais*, requisitos necessários para constituição e desenvolvimento regular do processo. Deve-se, portanto, observar-se dois planos de relações: a de *direito material*, que se discute no processo; e a de *direito processual*, que é o continente em que se coloca a discussão daquela.

Neste sentido, Marinoni e Arenhart (2008, v. 1, p. 390) expõem que, embora o processo seja instaurado em razão de um litígio, não há como se confundir o litígio – direito material, de contorno privado na maioria das vezes – e o processo – plano através do qual a jurisdição atua. O processo, além de autônomo em relação ao direito material, possui natureza pública, “[...] já que o Estado, como é evidente, não pode ser indiferente à forma de atuação do ordenamento jurídico, através do qual o seu poder é exprimido”.

Contudo, frisa-se novamente que esta autonomia do processo frente ao direito material não lhe retira a necessária e indispensável intercomunicação entre ambos, pois, como adverte Bedaque (2003, p. 19):

À luz da natureza instrumental das normas processuais, conclui-se não terem elas um fim em si mesmas. Estão, pois, a serviço das regras substanciais, sendo esta a única razão de ser do direito processual. Se assim é, não se pode aceitar um sistema processual não sintonizado com o seu objeto.

Daí a conclusão que, paradoxalmente, servirá como premissa desse estudo: o direito processual deve ser elaborado, entendido e aplicado sempre em função do direito substancial, com a nítida finalidade de concretizá-lo.

2.5 DOS FATORES EXÓGENOS IMPEDITIVOS À EFETIVIDADE DO PROCESSO

A lentidão da prestação jurisdicional sempre foi uma questão a desafiar a argúcia e o talento dos especialistas processuais. Além dos aspectos legais, muitos são os fatores que contribuem para essa lentidão. E este ensaio pretende abordar também a necessidade da mudança legislativa vir acompanhada de uma significativa alteração no pensamento jurídico corrente, bem como na estrutura administrativa do Judiciário.

O Poder Judiciário encontra-se sobrecarregado pelos inúmeros processos ajuizados, mostrando-se, muitas vezes, incapaz de conferir efetividade à atividade jurisdicional a que se propõe. A demora nas decisões emanadas nos Tribunais representa um obstáculo ao acesso à justiça, ou melhor, à ordem jurídica justa. Como corolário, a insatisfação social pela não efetividade na solução dos problemas levados ao Judiciário, resulta na sensação de cerceamento do exercício da plena cidadania e no descrédito do regime democrático.

O número exacerbado de processos que, diante da insuficiência de juízes, acaba ocasionando a sobrecarga da máquina judiciária. A proliferação de demandas por questões de somenos representa, sem dúvida, um complicador indesejável. A tendência generalizada de, cada vez mais, utilizar-se as vias processuais para a solução das desavenças, sobretudo em discórdias que poderiam muito bem ser resolvidas extrajudicialmente, gera, como conseqüência inevitável, a redução na sociedade contemporânea, da *capacidade de dialogar* (THEODORO JÚNIOR, 2004). São alguns dos fatores que concorrem para a demora da prestação jurisdicional.

No que concerne à prestação jurisdicional executiva, para que ela seja cumprida satisfatoriamente, além da reforma legislativa, que criou um procedimento executivo formalmente mais célere e adequado à concretização do direito substancial da parte, é necessário que o Estado se aparelhe e se organize estruturalmente.

Para que o escopo da maior efetividade processual visado pela reforma normativa do processo executivo de título judicial seja alcançado não bastam apenas reformas normativas. Elas devem ser levadas a efeito juntamente com o aparelhamento do sistema, a implementação da reforma administrativa do Judiciário, bem como uma alteração no modo de agir do juiz, das partes, advogados e serventuários juridicamente envolvidos.

Isso implica maiores números de magistrados por demanda, instalações físicas e equipamentos adequados. Implica também a necessidade de um maior investimento na capacitação dos operadores do direito, tanto dos magistrados como dos demais servidores da justiça – escrivães, oficiais de justiça, etc. –, preparando-os para desempenhar suas funções com eficiência e celeridade.

Corroborando aludido entendimento, discorre TEIXEIRA (2000):

A transformação do Judiciário brasileiro é tarefa complexa e difícil, especialmente porque, além de interesses que eventualmente serão contrariados, os vícios e anomalias vêm de séculos. Mas é viável e imperiosa. Se quisermos todos, poderemos realizá-lo, com determinação e idealismo. A mesma determinação e o mesmo idealismo que de tempos em tempos têm mudado os horizontes do mundo em que vivemos.

Campos (apud PACHECO, 1999, p. 352) afirma a relevância de se analisar o impacto entre a ação da parte que postula a prestação jurisdicional e a conduta dos órgãos encarregados de realizá-la. E afirma que o que se constata empiricamente é que, malgrado as sucessivas alterações das leis processuais, “[...] a Justiça continua rotineira e ineficiente, apegada a métodos arcaicos e que, fatalmente, redundam em julgamentos tardios, que mais negam do que distribuem a verdadeira justiça”.

Não se deve esperar que apenas as alterações processuais operacionalizadas na tutela executiva judicial tornem o processo automaticamente efetivo, garantindo a imediata concretização do bem da vida buscado pelo exeqüente. Neste aspecto, assiste razão Carneiro (apud THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, 2009), quando, diante da indagação *para onde vai o processo de execução?* conclui que a tutela executiva vai sim “[...] melhorar suas roupagens”. No entanto, entre a aplicação da norma processual e a efetividade concreta do processo

executivo há um caminho a trilhar que não se resume a simples reforma de textos normativos. Neste sentido, discorre Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 13):

Temos reiteradamente advertido para o fato de que a demora e ineficiência da justiça – cuja erradicação se coloca como a principal inspiração da reforma do processo de execução – decorre principalmente de problemas administrativos e funcionais gerados por uma deficiência notória da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário brasileiro. Influem muito mais na pouca eficácia e presteza da tutela jurisdicional as etapas mortas e as diligências inúteis, as praxes viciosas e injustificáveis, mantidas por simples conservadorismo, que fazem com que os processos tenham que durar muito mais tempo do que o tolerável e muito mais mesmo do que o tempo previsto na legislação vigente.

2.5.1 Da Necessidade de uma Reforma Administrativa no Poder Judiciário

Para uma maior efetividade do processo executivo, é primordial que a reforma normativa processual venha escoltada pela implementação de métodos, diagnósticos e estratégias para orientar as ações de gestão, com vistas a trazer eficiência e rapidez ao sistema. Ações que possam otimizar os recursos humanos, materiais e tecnológicos disponíveis, minimizando o lapso temporal do tramite do processo e conferindo maior celeridade e eficácia ao julgamento.

Um aprimoramento efetivo da prestação jurisdicional executiva só se poderá ser alcançado quando se resolver enfrentar a modernização dos órgãos responsáveis pela Justiça, “[...] dotando-os de recursos e métodos compatíveis com as técnicas atuais da ciência da administração e preparando todo o pessoal envolvido para adequar-se ao desempenho das mesmas técnicas” (THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, p. 13).

E, neste aspecto, Theodoro Júnior (2004) ressalva a carência, no Poder Judiciário brasileiro, de dados estatísticos que possam oferecer um diagnóstico mais preciso do tamanho do problema burocrático e administrativo do sistema e que, certamente, contribui para a morosidade da justiça, acrescentando, ainda, a necessidade do estímulo da realização de pesquisas neste sentido. Para tanto, indaga: “Como enfrentar esse tipo de problema, se não há fonte de controle e estatística para revelar, com precisão, onde a marcha processual se emperra e como sair dos respectivos gargalos?”

Para manter uma sincronia entre a norma legal e sua operacionalidade administrativa, é preciso conhecer, estatisticamente, as causas que, de fato, frustram o desiderato normativo. Para tanto, é necessário que a organização dos serviços da Justiça se faça segundo os preceitos técnicos da boa administração e com o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis, contando com órgãos especiais de estatística e planejamento.

Essa consciência se traduz nas palavras de Theodoro Júnior (2004):

É necessário que a organização dos serviços da Justiça se faça segundo os preceitos técnicos da ciência da administração e com o emprego dos meios e recursos tecnológicos disponíveis. Não serão, como é intuitivo, as simples reformas das leis de procedimento que irão tornar realidade, entre nós, as garantias cívicas fundamentais de acesso à justiça e de efetividade do processo. [...] Cabe, agora, à sociedade do século XXI, exigir dos responsáveis pela Justiça brasileira que a façam 'passar pela mesma revolução tecnológica por que estão passando as modernas administrações públicas e privadas, sob o impacto do planejamento, coordenação, controles, estatística, economia, ciência da administração, teoria das comunicações, informática, cibernética, processamento de dados, etc'. É preciso que os juristas tenham a humildade e a sabedoria de reconhecer que a modernização e aperfeiçoamento da Justiça não é tarefa que eles sozinhos possam executar. (grifos nossos)

Outrossim, insta ressaltar, neste cenário, a importância da atuação do Conselho de Nacional de Justiça, inserido no texto constitucional no artigo 103-B, pela Emenda n.º 45/2004, com competência para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. A criação do Conselho representou um processo de maturidade política do Judiciário, voltando-se para a reflexão de seu papel de concretizar uma justiça mais célere, democrática, acessível e eficaz.

Aludido órgão tem-se revelado de primordial relevância sob a ótica da Administração Judiciária, porquanto se constitui órgão superior, composto por representantes de todos os segmentos da Magistratura, da Advocacia, do Ministério Público e da sociedade, com a função de coordenar e formular estratégias e políticas de gestão que possibilitem a resolução, ou ao menos atenuação, da morosidade que padece o sistema judiciário. Com a criação do Conselho, as ações de gestão

administrativa, que eram operadas de maneira difusa e divergente, passam agora a contar com um órgão de centralização e de articulação.

Nesta perspectiva, adverte Aragão (1999, p. 155-156):

De há muito tenho notado que não há no Brasil preocupação com duas questões de suma importância para localizar dificuldade no funcionamento do aparelho judiciário e tentar resolvê-las com dados reais e concretos, ao invés de ensaiar experiências fundadas em dados empíricos. Uma dessas questões é a da estatística judicial, que permitirá radiografar e diagnosticar os males que afligem e entram a justiça; outra é a dos rendimentos que é lícito esperar dos magistrados, pois há os que produzem mais e os que produzem menos, sem que jamais se tenha tentado apurar qual a produção que se deve esperar de cada um e quais os meios de obter que ela seja alcançada.

O certo é que sem órgãos adequados de estatística e, sobretudo, de planejamento e gestão, o que a visão empírica do grave problema da morosidade da justiça evidencia é a realidade de “[...] um grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado; e a prática judiciária, de outro” (GRINOVER apud PACHECO, 1999, p. 309).

Como corolário, é mister conhecer as entranhas e reais dimensões das deficiências da Justiça, que são multifatoriais, pois se a preocupação voltar-se apenas às reformas legislativas processuais, cair-se-á, consoante prescreve Pacheco (1999, p. 353):

[...] na tristura de fazer a lei bonita, monumental, que mais parecerá obra de arte, mas que se conservará intacta nas encadernações das bibliotecas daqueles que a devem operar. Urge, pois, além de conscientizar o Judiciário e os órgãos auxiliares da necessidade de modernização, impor-lhes normas destinadas a romper a rotina, a ineficiência, o anacronismo, a lerdeza e a injustiça, que a tanto equivale a justiça tardia.

Um dos aspectos que retarda intoleravelmente a solução dos processos são as denominadas *etapas mortas*, isto é, o tempo consumido pelos agentes do Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem. Neste sentido, o processualista espanhol Castillo (apud PRATA, 1980, p. 228) acrescenta que essa rapidez processual “[...] somente se consegue evitando as etapas mortas,

ou seja, a inatividade processual durante a qual os autos ou expedientes forenses permanecem paralisados nos escaninhos forenses”. Pois, consoante pondera Theodoro Júnior (2004):

Que adianta fixar a lei processual um prazo de três ou cinco dias para determinado ato da parte, se, na prática a secretaria do juízo gastará um mês ou dois (e até mais) para promover a respectiva publicação no Diário Oficial? Que adianta a lei prever o prazo de noventa dias para encerramento do feito de rito sumário se a audiência só vem a ser designada para seis meses após o aforamento da causa, e se interposto o recurso de apelação, só nos atos burocráticos que antecedem a distribuição ao relator serão consumidos vários meses ou até anos? (grifos nossos)

Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 13-14) cita a reforma executiva formulada no processo executivo do Direito Português como exemplo de reforma normativa que não atingiu o escopo prático desejado, diante dos fatores extra-legais que contribuíram para a ineficácia das medidas executivas reformuladas. Neste sentido, esclarece o autor:

Há pouco tempo, toda a doutrina lusitana se empolgou com a nova ação de execução introduzida no Código de Processo Civil de Portugal. Com ela se esperava desjudicializar a execução forçada, atribuindo-a a agentes extraprocessuais, liberando as secretarias judiciais dos atos executivos e reservando para o juiz apenas uma função de controle, exercitável tão-somente quando surgirem dúvidas e conflitos durante a marcha da execução. Passado um ano de vigência do novo sistema, o balanço de seus resultados foi francamente decepcionante. E qual a razão de tal fracasso? Simplesmente o Poder Judiciário não completou o projeto do legislador, ou seja, não se aparelhou com pessoal e organismos exigíveis para aplicar corretamente aquilo que a reforma legislativa previa.

A processualista lusitana Campos faz eco a tal entendimento, afirmando que o fracasso da reforma executiva do processo português se deu, dentre outros aspectos, “[...] porque o diploma entrou em vigor sem estarem criados os meios e as estruturas que pressupunha”. Também Freitas, professor da Universidade *Nova Lisboa*, apontou a falta da estrutura administrativa como um dos

pontos centrais do insucesso da reforma (apud THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, p. 14):

[...] o êxito da nova reforma não está dependente dos textos legais, mas sim dos meios e instrumentos adequados à sua frutuosa realização, sendo que a alteração de um pequeno pormenor prático é, muitas vezes mais importante do que uma profunda reforma legislativa.

E corroborando o mesmo entendimento, Gomes (apud THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, p. 14) também atribuindo a ineficácia da reforma executiva lusitana à desestrutura operacional administrativa do Poder Judiciário, assevera:

A nova reforma consagrou a idéia matriz da alteração do figurino do processo executivo, no sentido de desjurisdicionalização, que é de aplaudir; contudo, a falta de condições práticas de apetrechamento dos agentes judiciais para executar as incumbências que lhes são cometidas põe em causa a sua eficácia. Mais vale uma lei adequada às condições práticas de sua execução e à dimensão dos recursos materiais e humanos disponíveis do que leis ideais defasadas dessa realidade.

Tem-se, portanto, a reforma processual executiva portuguesa, como um exemplo prático de ineficácia das alterações legislativas se desacompanhadas de uma estrutura operacional e administrativa para que tais reformas possam efetivamente alcançar o escopo almejado. “Vem, como se vê, de Portugal uma exemplo atual e gritante da ineficácia e perda de tempo que é reformar por reformar, legislar sem administrar, no campo da prestação jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, p. 14).

Nos dias atuais, felizmente, tem-se notícia de que, passados os primeiros momentos de ineficácia da reforma executiva lusitana, o quadro mostra-se mais animador, justamente porque medidas administrativas relacionadas ao preparo dos agentes executivos e à estrutura operacional do sistema estão sendo progressivamente implementadas (THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, p. 14).

Também na Itália, TARZIA (apud THEODORO JÚNIOR, 2004) destaca a crise da eficácia do processo sob a perspectiva dos fatores extra-

normativos, afirmando que um dos problemas mais graves da morosidade da Justiça Civil italiana diz respeito ao tempo de espera – “tempos mortos”:

A sua solução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciárias e não das normas do Código de Processo Civil. A aceleração da Justiça não poderá, portanto, ser assegurada somente com a nova lei ou com a revisão de todo o processo civil italiano, que está atualmente em estudo.

De todo o exposto, conclui-se que não é apenas pela lei processual que se logrará atingir o processo justo. Muitos problemas de ordem política, cultural e administrativa haverão de ser enfrentados e superados, para que se torne efetiva a garantia de acesso à justiça.

Contata-se que a efetividade do processo, como meio de realização do provimento material útil, é certamente uma tarefa bastante árdua, cujo empenho na sua consecução não depende exclusivamente da reforma processual, mas compete a todos: juízes, promotores, todo o corpo dos serventuários da justiça, advogados, partes e demais operadores do Direito.

A complexidade da demora na prestação jurisdicional executiva não se resume, de maneira simplista, às reformas normativas. Não serão, como é intuitivo, apenas as reformas procedimentais que irão tornar realidade as garantias cívicas fundamentais do acesso à *ordem jurídica justa* e de efetividade do processo. O tão sonhado processo justo continua a depender de reformas, não só processuais, mas da justiça como um todo.

3 DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

3.1 DA INVESTIGAÇÃO GENEALÓGICA DA SEPARAÇÃO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO: O CONCEITO ROMANO DE JURISDIÇÃO E OS REFLEXOS NO DIREITO PROCESSUAL MODERNO

Ao enveredar-se nas raízes e origens do nosso Direito e seus correlatos institutos fundamentais, constata-se que a divisão estanque e autônoma do processo de conhecimento e do processo de execução provém das formas e instrumentos destinados à tutela jurisdicional concebidos no direito romano-canônico.

Consoante bem esclarece Silva (1998, p. 9), aludida forma processual provém do conceito romano de jurisdição que:

[...] concebida como simples *jurisdictio*, desprovida de *imperium*, exercida através do procedimento privado da *actio*, com exclusão precisamente, das duas funções mais nobres desenvolvidas pelo *praetor* romano, através dos interditos, quais sejam a tutela executiva e a mandamental.

Tem-se, pois, a partir da tradição jurídica romano-canônico, os pressupostos doutrinários que acabaram mantendo, no direito moderno, o conceito romano de jurisdição, entendida como *declaração de direito*.

Mesmo a partir de um determinado momento da evolução do instituto, especialmente no período clássico, o campo da *iurisdictio* compreendia exclusivamente a função de *declaração do direito*, dela excluídas todas as demais atribuições desempenhadas pelo pretor, tais como “as *stipulationes praetoriae*, os interditos, a *restitutio in integrum*, a *missio in possessionem*, etc”. (SILVA, 1998, p. 26). Neste sentido, expõe o autor:

Enquanto o juiz privado (*iudex*) do procedimento formulário e depois os magistrados do processo extraordinário – já nas fases de desagregação do Império Romano – limitavam-se a produzir sentenças meramente declaratórias do direito controvertido na causa, posto que a ‘*condemnatio*’, tanto no direito romano quanto em nossa moderna sentença condenatória, nada mais é, no plano do direito material, do que simples declaração (Liebman, Processo de

Execução, 1946, p. 39; J. C. Barbosa Moreira, Temas de direito processual, 1977, p. 72 et seq.), o 'praetor' romano, através dos interditos, exercia atividade imperativa, seja promovendo atos executórios, como a *missio in possessionem*, seja ordenando a prática ou a abstenção de certos atos ou de determinados comportamentos. (1998, p. 9)

Esta concepção estreita de jurisdição, como simples *declaração de direitos*, firmemente consagrada no direito romano, como conseqüência da oposição entre os conceitos de *iurisdictio* e *imperium*, acabou por limitar a jurisdição ao *procedimento ordinário*. *Ordenar* ou *executar* não era poder que se incluísse no conceito de *iurisdictio*.

Esta era a razão que impedia a inclusão dos *interditos* no conceito de jurisdição: sua emanção representava um *ato de vontade do pretor*, mais do que um *ato de inteligência*, que pudesse corresponder a uma declaração de existência do direito. A composição da lide, realizada por meio de um *decidere* que era confiada a um *iudex*, era inteiramente estranha ao *imperium*, atribuído ao *praetor*. Era a declaração oficial do direito (*iudex*) que correspondia efetivamente a jurisdição na concepção romana, pois a *ordem* não era entendida como conteúdo de ato jurisdicional, mas quando muito *seu efeito* (SILVA, 1998, p. 26-37).

Sendo assim, o pensamento moderno, ao conceber a jurisdição como *declaração de direitos*, separando *juízo* e *ordem (execução)*, classificou o processo civil em três espécies autônomas, a saber – *processo de conhecimento*, *processo de execução* e *processo cautelar*. Neste diapasão, não poderia ser outra a lição de Liebman, cuja influência na doutrina brasileira é notória, aqui exposta por Silva (1998, p. 22):

Depois de dizer que a 'função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades muito diferentes entre si'; e de mostrar que o 'exame da lide', a fim de descobrir e 'formular' a regra jurídica que deverá regular o caso – função esta da primeira espécie de jurisdição, caracterizada como função cognitiva -, onde 'a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico' (Processo de execução, cit., § 2.º, n. 18), afirma ser, portanto, 'natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos, constituídos sobre princípios e normas diferentes, para a obtenção de finalidades muito diversas'.

Ao ser questionado se a cognição e a execução seriam apenas fases de uma mesma demanda ou, ao contrário, dois processos autônomos e independentes, Liebman, para fundamentar sua assertiva nesta última hipótese, assevera que a essência da condenação, desde o direito romano privado, pressupõe que a lide que a contém encerre-se com a sentença de procedência (LIEBMAN, 1946, p. 23). A sentença condenatória, na lição do jurista, define-se como a sentença que apenas prepara a execução, sem, no entanto, permitir atos executórios na mesma relação processual de conhecimento.

Partindo desses elementos conceituais, é que Liebman (1946, p. 83) pôde concluir que:

[...] a ação condenatória, da mesma forma que as outras ações, morre por consumação, isto é, por haver atingido o seu fim no momento em que passa em julgado a sentença. A execução, na eventualidade de ser proposta, representa 'novo e separado processo'.

Também Pontes de Miranda (1970-1978, p. 5), seguindo a lição de Liebman, esclarece que:

[...] a sentença condenatória, embora possua alguma eficácia executiva, limita-se a possibilitar que a execução se faça em processo autônomo e subseqüente, jamais na mesma relação processual ('a sentença condenatória não executa – permite a execução', Tratado das ações, v. V., p. 5).

No mesmo sentido, explana Rosenberg (apud SILVA, 1998, p. 20):

Porém os processos de execução e de conhecimento (processo em sentido estrito) 'não formam uma unidade'; o segundo tem por finalidade a resolução; o primeiro, a realização das pretensões. A execução forçada não é nunca parte integrante do processo em sentido estrito, nem mesmo uma consequência necessária dele (Tratado de derecho procesal civil, 5. ed. Alemã, Buenos Aires, 1955, 3.º v., § 169, II, 2).

Diante da investigação histórica da separação do processo de conhecimento e do processo de execução, Liebman (1946, p. 79) observa que referidas atividades *nunca estiveram juntas ou foram simultaneamente*

desenvolvidas, nem em sua origem, pois a condenação torna-se possível conceitualmente apenas quando a sentença condenatória encerra a relação processual, relegando para outra relação jurídica, *seja jurisdicional ou privada*, a função realizadora da sentença. Referindo-se às ações intituladas como executivas *lato sensu* ou *preponderantemente executivas*, expõe o Silva (1998, p. 24), *ipsis litteris*:

O que caracterizava o procedimento privado da actio, no direito romano, era justamente a ausência de atividade executória em seu interior, de modo que defender a autonomia do Processo de Execução (por créditos) e ao mesmo tempo admitir o sincretismo de certas ações como um fenômeno natural e irrelevante para descaracterizar o processo de conhecimento e a condenatoriedade que lhe é essencial é não apenas incidir em contradição lógica, mas igualmente anular o próprio conceito de condenação.

Constata-se, portanto, que a doutrina processualista, fiel aos princípios do direito privado romano, concebeu um processo de conhecimento sem a executoriedade simultânea na mesma relação processual, preservando a distinção entre *decisão* e *ordem*, de maneira a conceber “[...] o ato jurisdicional típico (sentença) como constituído exclusivamente de juízo, sem que a ordem integre o seu conteúdo” (SILVA, 1998, p. 39).

Consoante observa Liebman (1946, p. 83), a própria função executiva, compreendendo não mais um “*dicere ius*, mas o operar praticamente sobre a realidade empírica”, foi a muito custo introduzida na esfera da jurisdição. A jurisdição, como regra, haveria de ser necessariamente apenas declaratória, sendo a execução um ato executivo do Estado, praticado pelo juiz enquanto agente do poder estatal.

Entretanto, atualmente, a dicotomia que, pelas tradições romanísticas, separava o processo de conhecimento e o processo de execução, circunscrevendo-os a compartimentos distintos e autônomos, cede lugar a uma visão unitária da prestação jurisdicional. Uma forma de tutela jurisdicional que preste satisfatividade final e definitiva ao direito material, sem a exigência, irracional e burocrática, de ter o litigante vitorioso de percorrer o árduo caminho do processo executivo autônomo, com todos os percalços e inconvenientes dos embargos da execução.

O procedimento ordinário passa a ser não mais puro procedimento de acerto ou definição de direitos controvertidos. Mas também procedimento que permite atos materiais – executivos – dentro da mesma relação em que se busca a sentença de mérito.

3.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

A longa história da civilização, que veio desaguar nas idéias liberais que fomentaram a Revolução Francesa, acabou, no Século XIX, por conferir ao Estado um caráter de intervenção mínima. O Estado liberal surgiu no Século XVIII em contraposição ao Estado absolutista. O modelo estatal priorizava a liberdade do indivíduo e ao direito de propriedade, assegurando princípios fundamentais para que a burguesia pudesse efetivar a manutenção do sistema. Para romper com o velho regime aristocrático, não havia valor maior a se prestigiar do que a liberdade, cujo caráter quase absoluto passou a dominar a teoria dos negócios jurídicos (BOBBIO, 1992, p. 6-11).

Como o indivíduo era o centro de toda a normatização jurídica, mesmo quando descumprisse a obrigação assumida, não poderia, de forma alguma, ser pessoalmente compelido a executar a prestação prometida ao credor. Toda a sanção legal destinada a garantir o cumprimento da obrigação teria de recair sobre seu patrimônio, como já proclamava os artigos 1.142 e 2.092 do Código Napoleão que pregavam que *todo aquele que se obriga pessoalmente fica sujeito a sofrer as conseqüências de sua obrigação sobre todos os seus bens presentes e futuros*. Neste sentido, acrescentam Marinoni e Arenhart (2008, v. 3, p. 72):

À época do direito liberal, em razão dos princípios de defesa da liberdade e da autonomia da vontade, negou-se ao juiz a possibilidade de utilizar qualquer meio executivo destinado a convencer o réu a realizar algo contra a sua vontade.

Nessa linha foi expressamente vedada a utilização da multa para convencer o demandado a não fazer ou a fazer. O Código de Napoleão dizia expressamente, em seu art. 1.142, que toda obrigação de fazer ou de não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor. Não havia como se obter a tutela in natura da prestação inadimplida, mas apenas a sua conversão em dinheiro, até porque o Estado, nesta época, não estava preocupado em garantir ao credor o bem objeto do contrato, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de

mercado, para o que basta uma sanção negativa, como a nulidade ou o pagamento do equivalente em pecúnia.

Quando as obrigações eram de dar, a execução forçada proporcionada pela tutela estatal cumpria-se *in natura*, porque fácil era alcançar o bem devido sem a necessidade de se coagir o devedor pessoalmente. Mas, quando a prestação fosse intimamente ligada a uma ação pessoal do devedor - a um *facere* ou um *non facere* - esbarrava a concepção liberalista numa barreira intransponível: ninguém poderia, na ótica de então, ser compelido, contra a sua vontade, a adotar qualquer tipo de comportamento pessoal. Ninguém poderia ser levado pela execução forçada a praticar prestações típicas das obrigações de fazer e não fazer.

Na plenitude do liberalismo, não havia lugar para a execução específica das prestações de fazer e não fazer. Por ser intocável o devedor em sua liberdade pessoal, uma vez que se recusasse a cumprir esse tipo de obrigação, outro caminho não restava ao credor senão conformar-se com as perdas e danos. Teria de apelar para a execução substitutiva ou indireta (MAZZAMUTO, 1978, p. 34 e ss.).

A partir do final do século XIX e início do século XX surge um movimento de maior intervenção do Estado na economia, razão pela qual os direitos econômicos e sociais passam a ter abrigo constitucional, passando-se a ordem jurídica nacional a adotar um sistema de modelo denominado, por muitos, de *social democrata* (DENSA, 2007, p. 2). Não se negava a relevância das conquistas alcançadas pelo Estado liberal, tampouco se contestava a necessidade da manutenção da tutela dos direitos fundamentais em sede constitucional. Mas se aclamava pela complementação destes direitos, para que, atualizados em função de uma nova realidade social, pudessem oferecer ao homem a proteção concreta que a norma abstrata e semântica prevista na Constituição nem sempre proporcionava.

Discorrendo sob o tema, acrescentam Marinoni e Arenhart (2008, v. 3, p. 72-73):

O direito liberal clássico estava preocupado com a defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado. É por isso que, diante do direito constitucional de origem liberal-burguesa, pensava-se em direito de defesa apenas em relação ao Estado. Nessa época, ao contrário do que ocorre hoje, o Estado era visto na qualidade de

'inimigo público'. Em razão disso, imaginava-se que, para a preservação da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos ou em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como uma intromissão indevida (cf MARINONI Luiz Guilherme, Técnica Processual e tutela dos direitos, cit., capítulo 1, item 1).

Foi com o desvio do foco do indivíduo para a sociedade que se conseguiu distinguir, na passagem para o Século XX, a existência de interesses sociais que estavam a reclamar a atenção do ordenamento jurídico, forçando, assim, a ampliar seus domínios além do milenar binômio direito público/direito privado. Os direitos de *segunda geração* passaram a ter abrigo (BOBBIO, 1992, p. 6-11).

Na medida em que o Estado Liberal foi suplantado, politicamente, pelo Estado social, e, posteriormente pelo Estado Democrático de Direito, a organização da máquina estatal deixou de ser mera declaradora de direitos fundamentais para transformar-se em agente realizador desses mesmos direitos. Em nome de tais concepções, o Estado assumiu um caráter mais interventivo e participativo na economia e na sociedade. Aos poucos foram surgindo ações de feito transindividual para instrumentalizar direitos até então nem sequer reconhecidos pela ordem jurídica tradicional, como os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (LENSA, 2008, p.27-36).

Essa abertura para o social fomentou aos operadores do direito processual a conscientização de que o processo, em si mesmo, era sempre um instrumento tutelar da cidadania. O direito de ação não mais se via como simples meio de o indivíduo reagir contra a violação de algum direito subjetivo. Mas, sobretudo, como o direito cívico de acesso à Justiça, como uma das garantias fundamentais do moderno Estado Democrático de Direito.

Passou-se a encarar o processo com metas que se comprometiam com as aspirações do devido processo legal, tanto no plano formal como no material, vinculando-o à preocupação de efetividade, ou seja, à perseguição de resultados que correspondessem à melhor e mais justa composição dos litígios.

E as alterações legislativas referentes à tutela específica das obrigações de fazer, não fazer, de entrega de coisa, e de pagar quantia certa

proveniente de título executivo judicial, vieram com este escopo: valorizar o processo de resultados, efetivar o direito da parte e cumprir o desiderato do acesso à Justiça. A principal preocupação dessa nova visão da tutela jurisdicional foi a de abrir, sempre que possível, um leque de opções que permitisse, dentro da mesma relação jurídica, conferir ao processo expedientes de aceleração, cautela e eficácia, tendentes a proporcionar ao direito material da parte a mais plena tutela, conforme as peculiaridades de cada caso.

A essência do pensamento de Chiovenda (2002) que se apresenta como o grande idealizador da efetividade processual, consiste justamente na afirmativa de que o processo, para ser efetivo, deverá apoiar-se num sistema que assegure a quem tem razão uma situação jurídica igual à que deveria ter se derivado do cumprimento normal e tempestivo da obrigação.

3.3 FASES DO PROCESSO: IMANENTISTA, AUTONOMISTA E INSTRUMENTALISTA

No decorrer da evolução do direito processual como ciência, houve três fases distintas: *imanentista (sincretista ou civilista)*, *autonomista* e *instrumentalista*.

Até meados do século XIX, o direito processual ainda não era reconhecido como ciência autônoma. Considerava-se a ação sob o ponto de vista civilístico, de Savigny, entendida como o próprio direito material invocado.

A fase *imanentista* ou *sincretista* caracterizou-se pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento jurídico. Os imanentistas entendiam o processo como simples conjunto de formalidades, mero procedimento para atuação prática do direito material. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de direito substancial. Neste sentido, expõem Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 42):

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, 'direito adjetivo', expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. [...] Não se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de

sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.

Tal concepção começou a ruir em face dos questionamentos levantados em torno do instituto da ação, ressaltando sua autonomia em relação ao direito material, e não mais como algo agregado a ele. Foi, como visto, com VON BÜLOW, que o estudo da relação processual, ainda no século XIX, ganhou foros científicos, alcançando a conceituação de seus pressupostos, seu objeto e seus métodos. Daí em diante, o direito processual adquiriu autonomia científica, e até meados do Século XX, a doutrina, sobretudo alemã e italiana, traçou os aspectos conceituais informadores de todo o sistema processual civil.

De fato, a formulação das teorias da relação processual e da nova conceituação do direito de ação pelos alemães, sob influência do direito italiano, foram decisivas para o desmembramento do direito processual frente ao direito material. Com a *teoria autonomista* a ação passa a ser, para o ofendido, o direito à tutela jurisdicional, e para o Estado, o direito de eliminar a lesão jurídica.

O direito de ação passou a ser considerado como um direito autônomo e abstrato de agir em juízo: o direito à composição do litígio pelo Estado, sendo suficiente, para o manejo do direito público de ação, que o autor invoque um interesse abstratamente protegido pela ordem jurídica.

A *fase autonomista*, além do mérito de afirmar a existência de uma relação jurídica deduzida no processo distinta daquela travada pelos indivíduos no plano material, destacou-se, outrossim, pela enumeração das premissas metodológicas do processo como ciência, sobretudo na criação de institutos processuais, na postura autonomista da ação e no apego à técnica como forma de se pôr em evidência a importância do direito processual. Sobre aludida fase metodológica, ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 42):

A segunda fase foi autonomista, ou conceitual, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas

do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos.

Faltou, na segunda fase uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

Atualmente, o direito processual vive uma postura instrumentalista. Busca-se um processo de resultados, deixando de lado a visão puramente interna do processo, como simples instrumento de regras de aplicação das normas substanciais aos casos concretos. “A separação entre direito e processo – desejo dos autonomistas – não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela” (DIDIER JR, 2007, p. 54).

Sob o tema, salutar é a lição de Bedaque (2003, p. 14):

Essa ‘revisitação’ requer nova análise interna do sistema processual para adaptá-lo às necessidades externas. Trata-se de tomar consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material. Implica reconhecer que a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual. O reconhecimento da necessidade de os institutos processuais serem concebidos a partir do direito material resulta da inafastável coordenação entre tais ramos da ciência jurídica. Preserva-se a autonomia do processo com a aceitação de se tratar de realidades que se referem a patamares dogmáticos diferentes.

Ao invés de fixar-se na excessiva independência do direito processual, outrora tão proclamada pelos autonomistas, a doutrina moderna emprenha-se na imbricação do processo com o direito material.

3.4 DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO: O PROCESSO COMO UM INSTRUMENTO A SERVIÇO DA JURISDIÇÃO

De há muito se discute a efetividade como princípio que se adere ao plano dos direitos e garantias fundamentais, sob diversas facetas, dentre elas o próprio acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do artigo 5.^o, ou o devido processo

legal, tutelado no inciso LIV e complementado pelo inciso LV do artigo 5.º, que regula o direito ao contraditório e a ampla defesa, todos da Constituição Federal de 1988.

A Emenda Constitucional n.º 45/2004, dirimindo tal controvérsia, inseriu expressamente, entre os direitos e garantias fundamentais, o inciso LXXVIII no elenco do artigo 5.º da Constituição da República de 1988 que enuncia: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A *fase instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica. Critica-se a falha do sistema no seu escopo de fazer justiça entre os membros da sociedade. A morosidade da justiça apresenta-se como uma das grandes mazelas do Poder Judiciário. Em algumas situações, a demora do processo, ocasionada pela sistemática dos procedimentos, pode gerar a inutilidade ou a ineficácia do provimento requerido.

O tempo é inimigo da função pacificadora – escopo social da jurisdição. De nada adiantaria o deferimento de uma tutela muito tempo após o seu requerimento, sem utilidade prática alguma à parte requerente. Visa-se à efetividade do processo, a necessidade de um sistema processual capaz de conferir utilidade à tutela jurídica, possibilitando à parte que tem razão o usufruto concreto dessa decisão. Um processo ágil e funcionalmente coerente com seus escopos – *social, político e jurídico* – relativizando o valor das formas, quando cabível, e exigindo-as na medida em que se revelarem indispensáveis à consecução do objetivo que as justificam.

No dizer de Barbosa Moreira (1997, p. 18), deve o processo assegurar à parte vitoriosa, “[...] o gozo da específica utilidade a que faz juz segundo o ordenamento, com o mínimo de dispêndio de energia”. Para tanto, a técnica processual não pode ser encarada como um fim em si mesmo, mas um meio de instrumentalização do direito substancial. E para ser efetivo no alcance das metas do direito material, o processo deve assumir sua função de *instrumento*, com a utilização da técnica que se revele mais adequada para que o processo possa produzir o resultado almejado. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados aos quais se

propõe. “Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se espera” (BEDAQUE, 2003, p. 17).

Da análise de tais aspectos denota-se que o instrumentalismo, fase atual da evolução do processo, inclina-se para a busca de um processo que atinja a finalidade para a qual ele foi concebido, vale dizer, a realização do direito material. E mais: “O processo deve dar, quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tinha direito de conseguir” (CHIOVENDA, 2002, p. 67). Discorrendo a respeito dos novos rumos tomados pelo direito processual civil, ressalva Theodoro Júnior (2007, v. 1, p. 9):

Nas últimas décadas o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem-se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Idéias como a da instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de ‘garantia de um processo justo’, mais do que de um ‘processo legal’, colocando no primeiro plano idéias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento.

Deve, pois, o processo ser encarado não apenas como mero instrumento a serviço da jurisdição, mas, sobretudo, a serviço da sociedade. Conforme adverte Bedaque (2003, p. 19), a grande relevância que se dá “[...] aos conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo no plano do ordenamento material e da pacificação”. A preocupação com a técnica processual é justificável apenas como meio para seus fins. No dizer do autor: “A técnica adequando-se ao objeto, com vistas ao resultado”.

Como ressalta Bedaque (2003, p. 18), após um longo período caracterizado por “preocupações endoprocessuais”, volta-se a ciência para a preocupação dos resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se de uma nova visão do processo, cuja finalidade é medida pela utilidade e benefícios que possa trazer para o titular do interesse tutelado pelo ordenamento jurídico. “A conscientização de que o processo vale não tanto pelo o que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado a estudiosos a

reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência”.

Neste sentido, impecável a lição de Dinamarco (1993, p. 271-272):

É preciso também compreender que não é tão grande como se pensou a distância entre o processo e do direito e que o primeiro, tocado pelos ventos da instrumentalidade bem compreendida, acaba por aperfeiçoar-se às exigências deste; além disso, a participação do processo na vida dos direitos, às vezes muito intensa ou até mesmo indispensável (v.g. o direito à anulação de casamento ou o *jus punitiois* do Estado), mostra que do reconhecimento da autonomia do direito processual não se deve extrair pressurosamente a falsa idéia do seu isolamento. O processo e o direito completam-se e a boa compreensão de um exige o suficiente conhecimento do outro. É inerente à proposta da mudança de mentalidade essa visão acentuadamente instrumentalista, com superação das atitudes muito próprias à fase autonomista do direito processual, ora em vias de extinção. É indispensável, agora, relativizar o binômio direito-processo, para a libertação de velhos preconceitos formalistas e para que do processo se possam extrair melhores proveitos.

Era, de fato, preciso a revisão dos institutos processuais, todos concedidos segundo a visão autonomista da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir da necessidade identificada na fase instrumentalista. Isso porque, consoante observa Bedaque (2003, p. 14) toda a construção científica se deu na fase autonomista, em que, devido a necessidade de afirmação da independência do direito processual, valorizou-se demasiadamente a técnica. “Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos; que, obviamente, lhe são externos”. E conclui: “Em nenhum momento pode o processualista esquecer de que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele”.

Não se propõe, aqui, o regresso às fases já superadas do estudo do processo. Reconhece-se e defende-se a autonomia do direito processual face ao direito material. Não se aceita, todavia, seu isolamento, mormente por se tratar de ciência instrumental. “São estéreis as construções processuais que não proporcionam real contribuição para o escopo do processo” (BEDAQUE, 2003, p. 20).

Na busca do processo de resultados, e tomada a consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material, tem-se a necessidade de adaptação do instrumento (processo) ao seu objeto (direito material). Suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim a que se destinam, apresentando formas de tutela e de procedimento adequadas às situações asseguradas pela norma substancial. E, a partir do momento em que se reconhece o caráter instrumental do processo, deve-se abandonar definitivamente a idéia de neutralidade processual. Neste sentido, expõe Bedaque (2003, p. 21):

O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária 'identidade ideológica entre processo e direito substancial', permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos. Nessa concepção axiológica de processo, como instrumento de garantia de direitos, a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e de justiça. Os princípios gerais do direito processual sofrem nítida influência do 'clima' institucional e político do país.

Como conseqüência dessa premissa, foi-se necessário rever certos institutos processuais, a fim de que os reaproximassem dos legítimos fins que justificam sua existência. Nos casos em que a vontade da lei não é acatada espontaneamente pelos seus destinatários, deve o Estado conferir ao titular do interesse juridicamente protegido o direito a uma tutela efetiva, pela via específica.

E atento a essa nova conjuntura, do processo comprometido com o resultado, o legislador procedeu, nas últimas décadas, diversas alterações no Código de Processo Civil, exatamente com esse escopo: oferecer soluções à desburocratização e simplificação do processo, cumprindo o desiderato do comando constitucional previsto no art. 5.º, LXXVIII, como forma de garantir a celeridade na sua tramitação. As reformas processuais executivas refletem uma posição cujo propósito é abandonar a preocupação exclusiva com conceitos e formas processuais, para priorizar a busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera.

Neste aspecto, destacam-se a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa e de pagar quantia certa, outorgando auto-exeqüibilidade a todas as sentenças condenatórias.

3.5 DA GRADATIVA RELATIVIZAÇÃO DO BINÔMIO COGNIÇÃO-EXECUÇÃO PROVENIENTE DAS TUTELAS MANDAMENTAL E EXECUTIVA *LATO SENSU*

A rigor, o processo não comporta divisão, consistindo no método mediante o qual a jurisdição desempenha suas atividades. Todavia, o próprio Diploma Processual Civil, no art. 270, tendo em vista a tutela jurisdicional pleiteada, contempla três espécies de processo, a saber: *processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar*.

Entretanto, a atual fase do processo civil brasileiro, calcada numa visão instrumentalista, relativizou a concepção tradicional tripartida do processo preconizada por Liebman e, atendendo à necessidade de uma tutela jurisdicional mais efetiva, foi palco de reformas profundas que passaram a permitir a concessão das tutelas jurisdicionais de cognição, de execução e cautelar num único processo, sem a utilização de um procedimento especial autônomo.

Entre os princípios freqüentemente indicados pela doutrina estava o da autonomia do processo de execução, decorrente da instauração de uma relação processual distinta daquela formada no processo de conhecimento. Este princípio, entretanto, não pode mais ser aplicado às execuções em geral, porquanto as execuções fundadas em título judicial passaram a constituir apenas uma fase de um processo, agora sincrético, que não goza mais de autonomia frente ao processo de conhecimento.

Antes da reforma processual da tutela executiva, aquele que dizia ter direito a uma prestação de dar, fazer ou não fazer, ou pagar quantia certa resultante de sentença condenatória, além de ajuizar ação de conhecimento para obter um provimento condenatório, teria de proceder a instauração de um novo processo de execução, a fim de conferir satisfatividade ao conteúdo da sentença que lhe foi favorável. O sistema processual era, até então, baseado na dicotomia processo de conhecimento–processo de execução.

Como já relatado, o processo civil clássico de Liebman não permitia a prática de atos executivos no decorrer de seu trâmite. Sob este paradigma, no processo de conhecimento, buscava a parte apenas certeza jurídica quanto ao seu direito violado, sem, contudo, conferi-lhe a possibilidade de alteração da realidade empírica reconhecida na decisão judicial irrecorrível. A execução de seu direito só

poderia ser efetivada mediante a instauração de uma nova relação processual, com ajuizamento de outra demanda autônoma, com uma nova citação do condenado, que, não obstante já possuir conhecimento da regra que deveria obedecer, não a cumpria espontaneamente.

Tratava-se do sistema da dualidade processual adotado pelo Diploma Processual Civil de 1973, que imperava até então: duas formas protagonistas de prestação da atividade jurisdicional e, portanto, duas modalidades distintas de processo – o de conhecimento e o de execução – ainda que diante de um único conflito e da unicidade do poder jurisdicional.

Entretanto, com o objetivo de atingir resultados mais justos na aplicação do direito, passou-se a acolher a possibilidade de junção de processos. No final do século XX, gradativamente, foi-se inserindo, no Diploma Processual Civil, dispositivos que permitem a utilização no processo de conhecimento de institutos do processo de execução.

No que pertine à classificação das sentenças, sejam consideradas de forma autônoma – classificação quinária ou quártupla de Pontes de Miranda – ou como espécies do gênero sentença condenatória – classificação tradicional trinar – o fato é que as tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, já compreendiam o sincretismo processual, mesmo antes da reforma do procedimento da tutela executiva. A inconveniência em separar-se a tutela cognitiva da satisfativa em processos estanques foi, portanto, excepcionada pelo Diploma Processual Civil desde os idos de 1973.

Por *ações mandamentais* entendem-se as que possuem como escopo principal a busca de uma ordem do juízo para que se faça ou deixe de fazer alguma coisa, de acordo com o sentido da pretensão deduzida. “A sentença mandamental tem por fito preponderantemente que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda” (PONTES DE MIRANDA apud DINAMARCO, 2009, v. 4, p. 512). São exemplos clássicos de ação mandamental, o mandado de segurança e a ação de modificação de registro público. Discorrendo sobre as sobre o tema Dinamarco (2009, v. 4, p. 511) observa que:

A executividade sem intervalo caracteriza as sentenças mandamentais, cuja eficácia é a de mandar o sujeito desenvolver determinada conduta, não se limitando a declarar a existência de um

direito, a constituir uma situação jurídica nova ou mesmo a condenar e, com isso, autorizar a instauração do processo executivo. O que valoriza a sentença mandamental, em sua capacidade de promover a efetivação dos direitos – enquanto entre o momento de eficácia da sentença condenatória ordinária e a execução há um intervalo representado pelo tempo passado até que a demanda executiva venha a ser proposta e desencadeados os atos constritivos da execução forçada.

Já, a *executiva lato sensu* traz embutida, no processo de conhecimento, a capacidade executória, possibilitando ao juízo determinar, desde logo, e independentemente de qualquer outra providência, a entrega do bem da vida objeto da lide, uma vez que o provimento jurisdicional tem caráter executório. Neste caso, o provimento condenatório é provido de “[...] uma especial eficácia consistente em legitimar a execução sem necessidade de um novo processo (‘sentença executiva’) – p. ex., ações possessórias, ação de despejo (v. infra, n. 201)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. 301).

Desse modo, tanto as sentenças mandamentais como as executivas *lato sensu* realizam a essência das sentenças condenatórias, declarando a situação jurídica dos litigantes e ordenando uma prestação. A atuação concreta do comando da sentença não depende de um processo executivo autônomo. O mandamento da primeira e a eficácia da segunda são atuados no próprio processo de conhecimento, sem a necessidade de se recorrer a um processo executivo autônomo.

Já se percebia claramente, na sistemática processual moderna, uma constante tendência a neutralizar ou minimizar a rígida dicotomia de funções entre o provimento do processo de conhecimento e o de execução.

Pela análise de ambas espécies de provimentos, verifica-se que a concretização da pretensão deduzida em juízo é efetivada no próprio processo de conhecimento, prescindindo, pois, da instauração de um processo autônomo de execução, que passa a ser considerado como fase subsequente daquele. O processo, nestas espécies de provimento, já se apresentava como um processo sincrético, caracterizado pela junção, numa única demanda, de conhecimento e execução.

A exceção passou gradativamente a se tornar a regra. Como a norma da divisão entre processo cognitivo e processo executivo ocasionava um enorme obstáculo à efetividade da prestação jurisdicional, o legislador reformador

transformou o processo de execução em uma fase processual iniciada a partir da prolação da sentença judicial, retirando-lhe sua autonomia.

Foi o que aconteceu com as ações condenatórias provenientes de sentença civil cuja pretensão eram obrigações de fazer, não-fazer, tuteladas no art. 461 do Código de Processo Civil, ou de entregar coisa, prevista no 461-A do mesmo Diploma, ou de pagar quantia certa, contida no art. 475-I e seguintes do mesmo diploma, cujo procedimento para a execução de tais obrigações Dinamarco (2009, v. 4, p. 511) intitula de *cumprimento de sentença em sentido estrito*.

4 ASPECTOS GERAIS SOBRE A TUTELA EXECUTIVA DE TÍTULO JUDICIAL

4.1 *DUE PROCESSO OF LAW* DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO: RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Prega o devido processo legal, postulado previsto no art. 5.º, LIV, da Constituição Federal que a justa tutela jurisdicional só possa ser alcançada, quando prestada dentro das normas processuais traçadas pela ordem jurídica; em outras palavras, o direito à jurisdição é também o direito ao processo, como meio indispensável à realização da justiça.

É no conjunto destas normas de direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e ao juiz os instrumentos necessários para proferir uma decisão que seja justa.

Insta ressaltar que a garantia do *due process of law* não se exaure, contudo, na simples observância das formas traçadas pela lei para a tramitação da causa em juízo. Compreende algumas outras garantias fundamentais, como: a do juiz natural e competente; a do efetivo acesso à justiça; a do contraditório e da plenitude e defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes; a do tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; a da adequada fundamentação das decisões judiciais; a da publicidade dos atos processuais; bem como a da entrega da tutela jurisdicional dentro de razoável lapso temporal. Faz-se, modernamente, uma assimilação da idéia do devido processo legal à do “processo justo e efetivo” (TUCCI, 1999, p. 259-260).

A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nesse sentido, também um aspecto substancial da garantia do *due process of law*.

Nesta perspectiva do *due process of law*, não se pode aceitar que aludido postulado limite-se a regular o aspecto formal que a jurisdição atua. Consoante observa Tucci (1999, p. 259-260), *justo* é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz

imparcial, em igualitário contraditório entre os interessados, em tempo razoável e sem dilações indevidas.

Guerra (2003, p. 100) adverte que o *due process of law* é um direito fundamental de *conteúdo complexo*, consistente em uma *cláusula geral aberta* que a experiência histórica cuida de preencher. Neste sentido, explana o autor:

Tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental. [...] A vantagem em se identificar cada uma dessas exigências e denominá-las individualmente é a de facilitar a sua operacionalização pelo intérprete, isto é, auxiliá-lo na solução de questões relacionadas com a concretização de tais valores.

No atinente ao processo executivo, Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 69-70) observam que a execução foi originalmente concebida a partir de valores nitidamente patrimonialistas, com a preocupação de viabilizar a transferência de bens patrimoniais do devedor para o credor. Entretanto, atualmente, no Estado Constitucional de Direito, a execução não pode ser reduzida apenas ao ato de transferência de riquezas de um patrimônio a outro. Deve ser encarada como a forma ou a sucessão de atos que, praticado a luz da jurisdição, é imprescindível para a realização concreta da tutela jurisdicional de direito, para a efetividade material de sua tutela.

Ressalva-se, entretanto, que qualquer que seja a espécie de execução, é invariavelmente exigida, como garantia do devido processo legal, a presença de elementos estruturais do procedimento executivo: as fases *postulatória*, *instrutória* e *satisfatória*, distribuídas segundo a espécie de execução adotada, mas sempre indispensáveis. A esse respeito, leciona Dinamarco (2009, v. 4, p. 70-71):

Também como todo processo, o de execução (ou a fase executiva) realiza-se mediante certos modelos de procedimento, sempre caracterizados como uma sucessão de atos que, indo invariavelmente de uma iniciativa de parte (demanda) a um pronunciamento do juiz (sentença), representa uma cadeia fechada, ao longo da qual todos os atos e medidas se desenvolvem. São fases do procedimento executivo, entre as quais se distribuem os atos que nele se praticam: a) a postulatória, em que se situam a demanda de tutela executiva e a citação ou intimação do demandado

(conforme o caso); b) a instrutória, em que são realizados os atos constritivos ou impostas as coerções destinadas a preparar a final satisfação do exeqüente (penhora, avaliação do bem penhorado, busca e apreensão da coisa certa devida e seu depósito em juízo quando for o caso); c) a satisfativa, em que se consuma a tutela jurisdicional executiva mediante a entrega do bem ao exeqüente e se encerra com a sentença extintiva do processo (art.795).

Tem-se, pois, conforme ressalva Oliveira (2003, p. 85-86) que o devido processo legal não se resume a garantia da observância da seqüência ordenadora de atos processuais, abrangendo a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem, por meio do contraditório, na formação do convencimento do juiz. “Por tais razões, o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e a ampla defesa”.

Insta ressaltar, por sua vez, que não se pode deixar de acolher as garantias mínimas do contraditório e do devido processo legal na execução da sentença, exigências indispensáveis no Estado que adote o paradigma Democrático de Direito, ao qual o nosso se insere. A tutela efetiva não deve jamais dissociar-se dos princípios basilares que lhe dão suporte jurídico.

Desse modo, o *princípio do contraditório* – previsto no art. 5.º, LV, da Constituição Federal e consectário do devido processo legal, composto pelo binômio ciência/participação e que confere às partes o direito de se manifestarem em juízo e, sobretudo, de influenciarem no convencimento do magistrado no momento da decisão – é presença essencial à validade do processo jurisdicional. Deve ele ser observado não apenas formalmente, mas, sobretudo, em seu aspecto substancial, “[...] sendo consideradas inconstitucionais as normas que não o respeitem” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 57).

Segundo ensina Oliveira (2003, p. 113-114), nos tempos atuais, a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório, com a participação dos interessados “[...] no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir na esfera jurídica”. E essa participação deverá ocorrer da forma mais paritária possível, de modo a permitir a intervenção dos interessados, mediante eqüitativa distribuição dos respectivos

poderes, faculdades e ônus, com a devida correspondência e equivalência entre as posições contrapostas.

O mesmo autor (2003, p. 114) adverte que tais aspectos influenciam na própria *estrutura do procedimento*, essencialmente dialética, e devem condizer com a dinâmica do processo. Complementando seu pensamento, expõe o autor:

Por isso mesmo, o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo; é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques.

Tudo isso aponta a tripla função assumida pelo contraditório: garantir a igualdade material entre as partes; satisfazer seus interesses mediante decisões efetivas e justas; e funcionar como importante fator de contenção ao arbítrio das decisões judiciais (OLIVEIRA, 2003, p. 114-115). E esta garantia constitucional do contraditório deve estar presente em todo processo judicial, seja ele cognitivo, satisfativo ou cautelar, ainda que, em alguns casos, diferido, mas sempre indispensável – o que inclui o processo de execução.

A doutrina da inexistência do contraditório no processo de execução foi sustentada, muitas vezes, com o argumento de inexistência de julgamento de mérito, nos moldes do processo de conhecimento. Entretanto, no curso da execução, o juiz profere diversas decisões, emite uma série de juízos de valor, devendo, indubitavelmente, assegurar às partes a possibilidade de manifestação. A Constituição Federal garantiu, em seu inciso LV, art. 5.º, a adoção do contraditório em todos os processos judiciais, sem qualquer ressalva, o que torna incontroversa a sua efetiva aplicação também na execução civil, seja ela em procedimento autônomo, seja ela efetivada numa fase de um processo maior.

Entretanto, conforme ensina Fux (2008, p. 258), como “[...] o título executivo judicial elimina o grau de incerteza inerente à tutela de cognição”, o contraditório, no processo de execução é “diminuto”, uma vez que as partes já tiveram oportunidade de discutir, em juízo, o mérito da causa, com ampla oportunidade de produção probatória nesta fase de accertamento. A dívida exequenda já foi acertada por sentença, não havendo lugar para ampla fase instrutória, com dilação de tempo e prejuízo à celeridade e efetividade processual.

Entretanto, as questões que surgirem no curso do processo, a respeito dos atos executivos, não de serem tratadas e solucionadas com observância do contraditório, tal como se passa no processo de cognição.

Ressalva-se apenas a ausência de necessidade de citação do executado, na fase de cumprimento de sentença, uma vez que, nesse caso, não há instauração de uma nova relação jurídica processual, mas mera continuação da precedente fase de conhecimento. Comungado do mesmo entendimento, Theodoro Júnior (2007, v. 2, p. 124):

Isto, de maneira alguma, corresponde a alijar o executado do campo do contraditório, assegurado constitucionalmente, enquanto pender o processo, qualquer que seja sua natureza (cognitivo ou executivo). [...] As questões, porém, que eventualmente surgem no curso do processo, a respeito dos atos executivos, são tratadas e solucionadas com observância do contraditório, tal como se passa no processo de conhecimento. Não é exato, portanto, afirmar-se o caráter não contraditório do processo de execução. Não é de sua índole colocar em contraditório o direito material já acertado no título executivo. Não pode, todavia, fugir do contraditório relacionado com a pretensão e prática dos atos executivos, mesmo porque, por garantia constitucional, nenhum processo, seja de que natureza for, poderá se desenvolver sem o respeito ao contraditório e ampla defesa (CF, art. 5, inciso LV).

Do mesmo modo, discorre Dinamarco (2009, v. 4, p. 69):

Iniciada a fase executiva por título judicial, desencadeiam-se os atos do procedimento adequado (arts.461 e 461-A ou arts.475-J ss) e, ao longo desse procedimento, o juiz e as partes são vinculados pelos mesmos poderes, deveres, ônus, faculdades e sujeição inerentes a toda e qualquer relação jurídica processual. Nesse segmento processual, como em todo e qualquer processo, vigoram os princípios processuais ordinariamente impostos, notadamente os do devido processo legal, do contraditório, imparcialidade do juiz, isonomia, etc.

Conforme pondera Barbosa Moreira (2001, p. 231) em prol da efetividade não se deve aniquilar certos interesses e valores dos quais não se pode prescindir em uma sociedade democrática. “Trocar o rótulo de Justiça morosa para Justiça precipitada e inseqüente não parece ser a solução mais acertada”. No mesmo sentido, resume Canotilho (1993, p. 677):

Note-se que a exigência de um direito sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente «justiça acelerada». A «aceleração» da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta.

Não se pode olvidar que, estando inseridos no rol de direitos fundamentais, tanto o direito ao processo célere quanto o direito ao contraditório, referidos princípios, que compõe o *due process of law*, não devem conflitar-se, mas sim harmonizar-se na busca da concretização do direito. E o correto manejo das regras e institutos processuais não constitui entrave à efetividade do processo. Ao contrário, é um importante mecanismo para assegurá-la.

4.2 DO TÍTULO EXECUTIVO: CONDIÇÃO *SINE QUA NON* DA EXECUÇÃO FORÇADA

Em que pese o dissenso quanto à natureza do título executivo, o fato é que, em toda doutrina e na maioria dos textos legais contemporâneos, encontra-se expressa a regra fundamental da *nulla executio sine titulo*. Isto é, nenhuma execução forçada é cabível sem o título executivo que lhe sirva de suporte.

E porque não pode haver execução sem título executivo, assume ele, no processo de realização coativa do direito do credor, tríplice função, como destaca Rosenberg (apud THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, p. 138): *a de autorizar a execução* (pois constitui o título a condição necessária e suficiente da execução); *a de definir o fim da execução* (porque é ele quem revela qual a obrigação contraída pelo devedor e a respectiva sanção correspondente a seu inadimplemento, apontando, por conseguinte, o procedimento e o fim a ser alcançado na execução); *e a de fixar os limites objetivos e subjetivos da execução* (cabe ao título executivo definir, em regra, os sujeitos, ativo e passivo, assim como o objeto da execução forçada).

Consoante observa Araken de Assis (2009, p. 152-155), não há consenso doutrinário sobre o conceito e natureza do título executivo. Para Carnelutti é a prova legal do crédito; para Liebman, é ele um elemento constitutivo da ação da execução forçada; para Zanzuchi é uma condição do exercício da mesma ação; para Furno e Couture, é o pressuposto da execução forçada.

No plano material, conforme Micheli (apud ARAKEN DE ASSIS, 2009, p. 155) sobreleva-se a declaração de elevado grau de certeza do título executivo, sobretudo o obtido através de órgão jurisdicional de cognição prévia, tanto que apenas algumas estritas objeções arroladas no art. 475-L do CPC são idôneas para desfazê-lo. Na perspectiva processual, segundo observa Shimura (1997, p. 112) o documento deve necessariamente preencher os requisitos formais *ad hoc* previstos na lei. Concluindo, Araken de Assis (2009, 155) explana: “Em suma, título executivo é o documento a que a lei atribui eficácia executiva”.

Insta observar, entretanto, que constitui condição necessária do título executivo para ensejar a executividade da obrigação: *sua certeza, liquidez e exigibilidade*. É indispensável que seu conteúdo se revele uma obrigação *líquida, certa e exigível*, conforme dispõe textualmente o art. 586 do Código de Processo Civil.

Esses requisitos, indispensáveis para reconhecer-se ao título sua força executiva legal, são definidos por Carnelutti (1956, p. 164) nos seguintes termos: o *título é certo* quando não houver controvérsia quanto à sua existência; *líquido*, quando determinada a importância da prestação (*quantum*); e *exigível*, quando o seu pagamento não depender de termo ou condição, nem estiver sujeito a outras limitações. Conforme aponta Castro (1974, p. 57), “[...] a simples leitura do título deve pôr o juiz em condições de saber quem seja o credor, quem seja o devedor, qual seja o bem devido e quando ele seja devido”.

Requisito primeiro para legitimar a execução, a *certeza* da obrigação, atestada pelo título, decorre normalmente da perfeição formal em face da lei que o instituiu, bem como da ausência de reservas à plena eficácia do crédito nele documentado. Ou seja, o título é dotado de certeza desde que preenchidos todos os requisitos formais. Araken de Assis (2009, p. 160) pondera que, dos três atributos do título, “[...] apenas a certeza é atributo constante, não podendo surgir posteriormente ao nascimento do título”. E complementa:

Faltando liquidez, ou seja, ‘quando a sentença não determinar o valor devido’, dispõe o art. 475-A, caput, realizar-se-á a liquidação, disposição que se aplica basicamente ao título judicial (art. 475-N); faltando atualidade, aguardar-se-á o implemento do termo ou da condição.

Já, o título será *líquido* quando determinado o valor e a natureza daquilo que se deve. No dizer de Lima (1982, p. 14) “[...] o crédito é certo quando se sabe que se deve; líquido, quando se sabe quanto e o que se deve”. Ressalvando ser liquidez condição indispensável do título executivo extrajudicial, sendo que nos títulos judiciais ilíquidos, deverá a parte liquidá-lo previamente e nos mesmos autos, nos moldes dos artigos 475-A a 475-H do Código de Processo Civil.

Por fim, a *exigibilidade* do título diz respeito ao vencimento da dívida. Se a obrigação estiver sujeita a condição ou termo, somente com a verificação de um destes dois institutos é que o crédito será passível de ser exigível. Conforme ressalva Fux (2008, p. 39): “A exigibilidade confunde-se com o requisito do ‘inadimplemento do devedor’; por isso, inexigível a obrigação, é impossível a execução, que se impõe extinguir”.

Em suma, diante da exigência legal de que o título executivo demonstre *obrigação certa, líquida e exigível*, um de seus requisitos essenciais é o de apresentar-se *completo*. Isto, porém, consoante observa Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 141):

[...] não impede que se agregue ao documento originário outros posteriormente obtidos para se realizar o aperfeiçoamento do título em seus requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. O importante é que esses requisitos emanem de prova documental inequívoca e não estejam ainda a reclamar apuração e acertamento em juízo por diligências complexas e de resultado incerto.

Para o estudo aqui proposto, a pesquisa se restringirá às execuções provenientes de título executivo judicial representado por sentença condenatória cível (art. 475-N, I, CPC) – ou outros títulos judiciais a ela equiparados, como as sentenças homologatórias de conciliação, de transação ou de acordos extrajudiciais e os formais de partilha (art. 475-N, III, V e VII do CPC) – que dispensam o processo executivo autônomo para conferir ao credor a satisfação do seu direito. Sendo, por conseguinte, relevante elencar as espécies de títulos executivos judiciais, taxativamente previstas no art. 475-N do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

I – sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

- II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;
- IV – a sentença arbitral;
- V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;
- VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Neste diapasão, para o cumprimento das sentenças condenatórias provenientes de obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa certa, dispõe o Diploma Processual Civil que a execução deverá ser realizada com base nos preceitos previstos nos artigos 461 e 461-A, e para as oriundas de obrigações de pagar quantia certa, nos termos dos preceitos traçados pelos artigos 475-I a 475-R do mesmo Diploma.

4.3 DAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO: ESPECÍFICA E SUBSTITUTIVA, MEIOS EXECUTIVOS SUBROGATÓRIOS E COERCITIVOS

Trilhando itinerário ortodoxo, há muito percorrido e demarcado por Chiovenda, a compreensão dos meios executórios inicia-se pela identificação precisa do bem jurídico (*res*) ambicionado pelo demandante, que podem ser: uma coisa certa ou determinada (*corpus*); uma soma em dinheiro (*genus*); ou uma atividade ou uma abstenção do obrigado (*facere e non facere*) (ARAKEN DE ASSIS, 2009, p. 136-137). Com essa finalidade, vale-se o Estado de duas formas de execução para manter o império da ordem jurídica: os *meios de coação* (também denominados meios de execução indireta) e os *meios de sub-rogação ou substituição* (conhecidos como meios de execução propriamente ditos).

Comprometido o processo moderno com a execução específica das obrigações, a lei propiciou à parte meios imperativos para buscar o resultado prático a que corresponde o direito subjetivo do credor. Com esse desiderato, o legislador criou mecanismos que se apresentam como instrumentos intimidativos, de força indireta, com o escopo de constranger o devedor ao cumprimento da obrigação, como as *astreintes* e as denominadas *medidas de apoio*. Por meio de tais medidas,

tenta-se compelir o devedor a realizar a obrigação específica pela qual se comprometeu, antes de convertê-la em perdas e danos.

Consoante observa Araken de Assis (2009, p. 140-142), os meios de execução indireta – “o manus injectio mais antigo dos meios executórios institucionalizados pelo direito romano” – não constituem medidas próprias do processo de execução, a não ser em feição acessório ou secundário. Pois, “[...] a coerção indireta, não realiza, por si só, o direito material da parte, mas atua sobre a vontade do devedor, com o objetivo de convencê-lo a adimplir, por exemplo, a obrigação de fazer, seja de natureza fungível ou infungível” (MARINONI e ARENHART, 2007, v. 3, p. 71).

Já na *execução por substituição ou sub-rogação*, o Estado atua como substituto do devedor inadimplente, procurando, independentemente de sua colaboração ou vontade, satisfazer o credor, proporcionando-lhe o mesmo benefício que para ele representaria o cumprimento da obrigação, ou um benefício equivalente. O Estado substitui a vontade do devedor no cumprimento da obrigação, invadindo o patrimônio do obrigado e dele extraíndo o bem específico, ou os bens necessários à satisfação do direito do credor, independentemente da contribuição do devedor, produzindo o resultado esperado do adimplemento voluntário (DINAMARCO, 2009, v. 4, p. 54-55).

Como corolário desta classificação, tem-se o que a doutrina denomina de *execução direta específica ou in natura* e a *execução direta não específica ou subsidiária*. Aquela busca proporcionar ao credor exatamente o mesmo bem que, segundo o vínculo obrigacional, deveria ter sido entregue ou realizado por meio do voluntário cumprimento da prestação devida.

Já, a *execução subsidiária* entende-se como sendo a execução forçada que se baseia na responsabilidade patrimonial genérica do devedor e que, para satisfazer o direito do credor, expropria bens do inadimplente, transformando-os em dinheiro e indenizando a parte pelo equivalente à prestação devida. O Estado expropria bens do devedor inadimplente e com o produto deles propicia ao credor um valor equivalente ao desfalque patrimonial sofrido com o inadimplemento da obrigação originária.

Discorrendo sobre execução específica, Fux (2008, p. 279) aduz que o princípio da efetividade, que domina o processo moderno, reafirmou o dogma de

que através da jurisdição o Estado deve dar à parte a utilidade que ela obteria se não tivesse ocorrido o inadimplemento da obrigação. E arremata: “A satisfação deve ser a mesma que o devedor obteria com a atividade devida. A essa correspondência entre o descumprimento e a satisfação pelo processo denomina-se tutela jurisdicional específica”.

Sob o tema, Dinamarco (2009, v. 4, p. 50) esclarece que:

Embora presentes com muita intensidade na execução tradicional, e particularmente na execução por obrigação pecuniária, as medidas de sub-rogação não se restringem no âmbito desta e também se aplicam na execução específica imediata (cumprimento de sentença) regulada pelos artigos 461 (esp. § 5.º) e art. 461-A do Código de Processo Civil. Elas consistem em uma autêntica substituição de atividades, inclusive no plano físico, quando o Estado-juiz apanha bens pertencentes ao executado (penhora, busca-e-apreensão), faz incidir sobre eles as providências cabíveis (avaliação, adjudicação, alienação em hasta pública) e termina por fazer aquilo que desde antes do processo o devedor deveria ter feito: a entrega do bem ao credor. É essa a razão de se afirmar que a execução é uma sanção (sanção executiva) e que a imposição desta se faz independentemente da vontade do executado ou até mesmo contra ela. Trata-se de medidas imperativas, apoiadas no poder estatal e na inevitabilidade dos efeitos de seu exercício (supra n. 118) – sendo pois natural que se efetivem sem qualquer necessidade da colaboração do sujeito passivo ou de qualquer atitude volitiva de sua parte. Daí chamarem-se medidas de sub-rogação, o que significa medidas realizadas por um sujeito, o juiz, em substituição à conduta de outro sujeito, que é o obrigado inadimplente (sub-rogar, em direito, é ‘pôr no lugar de’).

Também Araken de Assis (2009, p. 139) agrupa os meios executórios em duas classes fundamentais: “a sub-rogatória, que despreza e prescindir da participação efetiva do devedor; e a coercitiva, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do executado”. E complementa: “A sub-rogação abrange a expropriação (art. 647 do CPC), o desposamento (art. 625) e a transformação (art. 634). [...]. A coerção utiliza a ameaça de prisão (art. 733, caput e § 1.º) e de imposição de multa em dinheiro (arts. 287, 461, §§ 4.º e 5.º, art. 461-A, § 3.º, 644 e 645)”.

Diz-se, então, que a execução forçada, segundo o critério do meio executivo empregado, ou é *direta*, quando se vale de medidas executivas sub-rogatórias, ou é *indireta*, quando se vale de medidas executivas de coerção. Frisa-

se, entretanto, que ambas as técnicas de execução devem ser utilizadas na execução do processo sincrético, como forma de se alcançar a efetiva satisfação do direito do credor de obrigação de fazer ou não fazer, de entregar coisa ou de pagar quantia certa. No mesmo sentido, sinaliza Araken de Assis (2009, p. 138):

Obrigações de fazer fungíveis, a exemplo da construção de um muro, tanto admitem execução 'direta', através de terceiro e às expensas do executado (art. 634 do CPC), quanto autorizam a 'indireta', a pressão psicológica do pagamento de multa extremamente gravosa (arts. 644 e 645). Também a execução das prestações para entrega de coisa, a partir da Lei 10.444/2002, que introduziu parágrafo único no art. 621, permite o emprego da sessão psicológica.

No entanto, Dinamarco (2009, v. 4, p. 54) pondera que nas execuções por obrigação pecuniária preponderam as medidas sub-rogatórias pelas quais o Estado-juiz impõe medidas sobre o patrimônio do devedor e busca a satisfação do credor independentemente do concurso da vontade daquele. Já, no cumprimento de sentença por obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa predominam as medidas de coerção, tendentes a induzir o inadimplente ao cumprimento de sua obrigação.

Nesse campo, o procedimento inovado da execução se caracteriza pela preocupação de proporcionar, sempre que possível, a execução específica, e, para tanto, são previstas tanto *medidas executivas específicas*, como *medidas executivas indiretas*, como a imposição de multa cominatória e as mais variadas medidas de apoio, aplicáveis de forma mandamental, de modo a dispensar, a seu respeito, a *actio iudicati* autônoma.

4.4 DOS MEIOS DE EXECUÇÃO DIRETA: DESAPOSSAMENTO, TRANSFORMAÇÃO E EXPROPRIAÇÃO

Os meios que abstraem a participação do executado, genericamente designados de *sub-rogatórios*, e a execução em que atuam, intitulada de *direta*, ostentam determinadas diferenças e peculiaridades no modo de penetração na esfera patrimonial do devedor.

Sobre o tema suscitado, Araken de Assis (2009, p. 145-146) cita como hipóteses de meios executivos sub-rogatórios: *o desapossamento, a*

transformação e a expropriação – esta última operada por meio do *desconto, adjudicação, alienação particular, alienação por hasta pública e usufruto*.

a. O autor (2009, p. 145-146) esclarece que a *execução por desapossamento* é cabível nas execuções das obrigações de entrega de coisa certa e de direitos reais, expedindo-se em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel, respectivamente, nos termos dos artigos 461-A, § 2.º e 625 do Código de Processo Civil.

b. Já, a *execução mediante transformação* se dá quando a esfera patrimonial do executado é invadida para executar as obrigações de fazer fungíveis ou direitos a ela equiparados, nos termos do art. 633 e seguintes do Código de Processo Civil. *Ipsis litteris*:

Em comparação ao texto primitivo, a redação do art. 634, imposta pela Lei 11.382/2006, simplificou o procedimento. Incumbirá ao juiz recrutar empreiteiro. A pessoa natural ou jurídica escolhida avaliará a natureza da obra, a respectiva extensão e o custo do empreendimento, apresentando proposta ao juiz. O juiz examinará o roteiro traçado pelo empreiteiro e, aprovando a proposta, ordenará ao exeqüente que antecipe as despesas (art. 634, parágrafo único). O art. 637 assegura ao exeqüente o direito de preferência perante o terceiro. Incidentes dignos de nota cercam, ademais, a certificação do cumprimento, seja quem for o seu agente – autor da proposta, o credor que exerceu a preferência e o próprio executado -, conforme aponta o art. 635 do CPC (ARAKEN DE ASSIS, 2009, p. 145).

c. A *execução operada mediante expropriação*, por sua vez, própria das obrigações pecuniárias, objetiva obter parcela patrimonial correspondente ao valor da dívida. Pode dar-se nas execuções de pagar quantia determinada, ou como sucedâneo das demais espécies das obrigações, convertidas em perdas e danos. Elas podem concretizar-se por meio: *do desconto, da adjudicação, da alienação por iniciativa particular, da alienação por hasta pública ou mediante o usufruto* (ARAKEN DE ASSIS, 2009, p. 146).

c.1 Segundo dispõe o autor, o *desconto* é o meio executivo utilizado na tutela executiva dos alimentos, conforme dicção do art. 649, IV c/c § 2.º do CPC, com nova redação dada pela Lei n.º 11.382/2006. Como a remuneração da pessoa natural integra a garantia patrimonial do crédito alimentar, na técnica da ablação o

juiz ordena à fonte pagadora do devedor de alimentos o desconto da quantia devida e seu imediato pagamento ao alimentário.

c.2 Por meio da *adjudicação* o próprio credor adquire o bem penhorado, procurando-se evitar, tanto quanto possível, a morosa e constatada ineficiente hasta pública. Lembrando-se que, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.382/2006, o art. 647, I do CPC, o legislador situou a adjudicação como o primeiro dos meios expropriatórios, abandonando o caráter subsidiário que lhe atribuía o direito anterior, quando só era cabível no caso de frustração da alienação coativa.

c.3 Também com o mesmo objetivo de atalhar a hasta pública, o art. 647, II do CPC, contempla a *alienação por iniciativa particular*, onde o exeqüente providenciará, por iniciativa própria, ou através de corretor credenciado pelo juízo da execução, a venda do bem. Sob o tema, observa Araken de Assis (2009, p. 147):

Cabe ao juiz fixar prazo para esses contatos preliminares, a forma da publicidade, eventualmente prescindível, o preço mínimo, as condições do respectivo pagamento e as garantias porventura exigidas na venda a prazo, bem como, existindo corretor, o valor da comissão (art. 658-C, § 1.º). É uma louvável mudança promovida pela Lei 11.382/2006.

c.4 Não requerida a adjudicação (art. 647, I, CPC), nem promovida pelo exeqüente a alienação por iniciativa particular (art. 647, II, CPC), conforme se infere do art. 686, *caput*, do CPC, resta a alienação do bem penhorado em *hasta pública*, nos termos do art. 647, III, do Código de Processo Civil. Discorrendo sobre as etapas do procedimento em hasta pública, acrescenta Araken de Assis (2009, p. 147):

Longo e tormentoso, o procedimento da hasta abrange, fundamentalmente, as etapas da avaliação, porque se rejeita a repugnante venda do bem por preço vil (art. 692, *caput*), e, lateralmente, a apuração do valor de mercado permite modificar e adequar a constrição à bitola da dívida (art. 685); da publicação de editais, ou modo assemelhado de publicidade, pois a venda realizar-se-á em certame público e a qualquer interessado; e da arrematação, na qual o órgão jurisdicional aceita a proposta mais vantajosa e transfere o domínio da coisa, pertencente ao executado, ao adquirente.

c.5 Por fim, *mediante a técnica do usufruto*, o bem penhorável, móvel ou imóvel, caso seja frutífero, pode satisfazer o credor através do usufruto temporário dos rendimentos do objeto da constrição, nos termos dos artigos 647, IV e 716 do CPC. O credor gozará do direito à fruição, gozo e uso temporário da coisa. Entretanto, consoante observa Araken de Assis (2009, p. 147), tal meio logrou escassa aplicação até o momento: “Não deixa de ser surpreendente que a Lei 11.382/2006 tenha mantido o mecanismo. De toda sorte, a seriação do art. 647, situando-o em quarto lugar, revela que se tratará de recurso extremo”.

4.5 DOS MEIOS DE EXECUÇÃO INDIRETA

4.5.1 Das *Astreintes*: um Meio Eficaz de Concretização do Direito

4.5.1.1 Da natureza jurídica

O instituto *astreinte*, como aplicado modernamente, tem origem na França, onde os dicionaristas apontam que: “L’astreinte a une fonction comminatoire, c’est à dire qu’elle se veut une menace suffisamment dissuasive pour forcer le débiteur à exécuter ses obligations ou la partie succombante à exécuter la condamnation prononcée à son encontre dans les délais qui leur sont impartis”. (Dictionnaire Juridique, 2010), cuja tradução é: “A *astreinte* tem uma função de penalidade, ou seja, pretende-se como uma ameaça de dissuasão suficiente para forçar o devedor a cumprir as suas obrigações ou a parte vencida a execução da sentença que lhe foi imposta dentro do prazo estipulado para eles”.

Integrando o universo jurisprudencial desde os primórdios do século XIX, sendo legalizadas em julho de 1972, consiste em acrescentar, por determinado tempo, um respectivo valor ao montante da dívida principal em caso de atraso ou manifesto descumprimento, como forma de compelir o devedor ao adimplemento da obrigação.

No Brasil, as *astreintes* foram incorporadas ao Código de Processo Civil pela Lei n.º 8.952/94, estando expressamente previstas no seu art. 461, § 4.º, dentre outros dispositivos legais. Todavia, mesmo antes da sua posituação no Código mencionado, as multas já vinham sendo utilizadas com êxito por outros

diplomas legais, como na defesa dos interesses ambientais (art. 11, da Lei nº 7.347/85), e dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor (art. 84, § 4.º, da Lei nº 8.078/90).

Consoante observam Marinoni e Arenhart (2007, v. 3, p. 73), por muito tempo, as *astreintes* foram confundidas com o ressarcimento do dano, conferindo-lhes natureza indenizatória. Tal confusão foi dissipada apenas em meados do século passado, quando a Corte de Cassação Francesa esclareceu o objeto e a razão de ser de uma e de outra. Ressarcir pelo equivalente significa responder por um dano mediante sua substituição em pecúnia. E essa finalidade nada tem a ver com a da multa cominatória. A multa não objetiva dar algo ao lesado em troca do dano. Mas constitui, sim, um meio de compelir o responsável ao cumprimento da obrigação, com a função de obrigar o devedor a adimplir a prestação pactuada, sem invadir direitos essenciais.

No mesmo sentido assinala Araken de Assis (2009, p.142-143), para quem a *astreinte* consiste na condenação do obrigado ao pagamento de uma quantia por cada dia de atraso no cumprimento de obrigação, livremente fixada pelo juiz e sem relação objetiva alguma com a importância econômica do vínculo, com escopo apenas de forçar o devedor a cumprir com sua obrigação.

Possui, pois, a multa natureza obrigacional de coerção indireta, pois não realiza, por si só, o direito material da parte, mas atua sobre a vontade do devedor, com o objetivo de convencê-lo a adimplir. Outrossim, o § 2.º do art. 461 do Código de Processo Civil é expresso ao prescrever que a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa, deixando evidente que a multa é devida independente de também ser cobrado o valor da indenização. Neste sentido, esclarecem Marinoni e Arenhart (2007, v. 3, p. 74):

Porém, ressarcir pelo equivalente significa responder por um dano mediante dinheiro. Esta finalidade nada tem a ver com a multa. A multa não objetiva dar algo ao lesado em troca do dano, ou mais precisamente, obrigar o responsável a indenizar o lesado que sofreu o dano.

[...]

O fato de a multa poder não surtir o efeito de convencer o demandado a cumprir a decisão, e assim transformar-se em sanção pecuniária devida pelo inadimplente, obviamente não significa que ela possa servir para indenizar o dano. A sanção pecuniária não tem

qualquer relação com o dano, pois a este basta unicamente o ressarcimento.

Como corolário, constitui a multa um instrumento intimidativo, de força indireta, com escopo de constranger o devedor ao cumprimento da obrigação. Tem, portanto, a finalidade de convencer o devedor ao adimplemento da prestação, e não de ressarcir o credor, substituindo o prejuízo por ele sofrido pelo equivalente em pecúnia.

4.5.1.2 Dos limites e critérios para a fixação da *astreinte*

No que concerne aos limites da *astreinte*, o assunto é amplo e sem amparo legal específico, uma vez que a legislação oferece poucas diretrizes para o assunto. Na realidade, legalmente se tem que o juiz poderá, de ofício, impor e modificar a periodicidade da multa e o seu valor, caso verifique que esta se tornou excessiva ou defasada, nos termos do art. 461, §§ 4.º e 6.º do Código de Processo Civil.

Fux (2008, p. 280) observa que, no transcurso de sua história, desde sua instituição até os dias atuais, quando a multa é encarada como um modo precípuo de se alcançar a efetividade do processo, a sanção diária passou por várias orientações:

[...] desde a impossibilidade de exigí-la na execução sem prévia condenação, até a fisionomia moderna em que, em prol da especificidade da tutela jurisdicional, admite-se não só a fixação na execução, como, também, uma 'severa intromissão do juiz no domínio da vontade das partes, majorando-a ou reduzindo-a, na sua cominação', toda vez que se revelar excessiva ou inoperante (art. 461, § 4.º, c.c. arts. 644 e 645 do CPC). Ademais, o juiz pode fixar data a partir da qual incidirá a multa.

Reafirmando a possibilidade da multa ser arbitrada e revista pelo magistrado, independentemente de requerimento da parte, Dinamarco (2009, v. 4, p. 539) acrescenta:

Ainda quando não houvesse tanta explicitude legal, o entendimento de que o juiz tem este poder seria obrigatório porque as multas,

como as outras medidas necessárias, têm o escopo não só de abrir o caminho para a satisfação do credor, mas também de preservar a autoridade das decisões judiciais (repelir e afastar afrontas perpetradas contra o exercício da jurisdição); condicionar as atreintes ao pedido de parte equivaleria a negar a segunda dessas suas finalidades, que é institucional porque diz respeito à própria dignidade do Poder Judiciário (embora não revertam ao Estado, como a multa cominada pelo art. 14, par.). Assim já era o pensamento corrente na doutrina e nos tribunais, mesmo antes daquela novidade legislativa esclarecedora.

Como o objetivo da multa é o de vencer a resistência do devedor e convencê-lo a adimplir, com nítida finalidade de conferir efetividade às decisões judiciais, deve seu montante ser fixado de maneira que seja suficientemente alto para fazer com que o réu cumpra a decisão judicial, considerando o valor em litígio e a capacidade econômica daquele a quem é dirigida. Com esse desiderato, deve a multa ser fixada em montante que seja capaz de compelir o réu a adimplir sua prestação, fazendo-o acreditar ser mais conveniente seu cumprimento do que desconsiderar a ordem do magistrado. Neste sentido, discorrem Nery Júnior e Nery Andrade (2008, p. 672-673):

10. Impossibilidade material da execução específica. [...] A fixação em valor elevado ocorre justamente porque a multa tem a finalidade de compelir o devedor a cumprir a obrigação na forma específica e inibi-lo de negar-se a cumpri-la. Essa multa não é pena, mas providência inibitória. Daí porque pode e deve ser fixada em valor elevado.

[...]

§ 4.º: 17. Imposição da multa. Deve ser imposta a multa de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo da astreinte não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.

Por sua vez, conforme asseveram Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 83), como a razão de ser da multa é a de pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação e não a de dar ao credor o seu valor equivalente, não está limitada pelo valor do dano, tampouco pela prestação inadimplida. Do mesmo modo, Araken de

Assis (2009, p. 628) acena quanto à possibilidade do montante do valor fixado na multa cominatória superar o valor da prestação, afirmando que: “O valor da astreinte deve ser fixado de molde a quebrar a vontade do obrigado, desvinculando dos limites ideais de indenização do dano”. E complementa:

[...] o valor da pena ignora limites, podendo e, quase sempre, devendo ultrapassar a medida econômica da prestação, sujeitando-se a modificações (arts. 461, § 6.º, e 621, parágrafo único, in fine). Esta técnica executiva, que conhece adversários, na prática se revela assaz eficiente. Ela empolgou o legislador, que a generalizou na Lei 10.259/2001, porém sempre exibirá um ponto fraco: a insuficiência patrimonial do destinatário da ordem, que o imuniza dos seus efeitos. (2009, 143)

Doutrinariamente, tem-se, portanto, que a multa deve ser alta o suficiente para coibir o devedor a adimplir a obrigação. Porém, não deve ser excessiva a ponto de causar enriquecimento sem causa do credor, até porque o valor das *astreintes* reverte em benefício do próprio credor, e quando cumulada com o valor da indenização, gera um problema jurídico que a doutrina costuma intitular de *efeito perverso da multa*.

Consoante adverte Tunc (apud MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 82), se é legítimo que a parte que não cumpre um direito judicialmente reconhecido seja apenada, é contrário aos princípios do Direito que seu adversário possa obter um valor maior do que aquele que compense o prejuízo que sofreu. Com esse raciocínio, parte da doutrina defende inclusive que o montante da multa cominatória deveria ser revertido ao Estado e não à parte, já que seu objetivo é o de assegurar a efetividade das decisões judiciais, e não ressarcir o prejudicado pelo direito lesado.

Sob o tema em foco, expõem Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 83):

Realmente o lesado tem direito a obter o valor em dinheiro equivalente ao da obrigação ou do dano, e nunca um valor que, além de equivaler à prestação inadimplida ou ao dano, acrescente algo mais ao seu patrimônio. Este ‘algo mais’, por ser desprovido de fundamento, somente pode significar enriquecimento sem causa.

Por isso, deve o magistrado utilizar o critério da razoabilidade no momento de fixar seu montante, para que não incorra no perigo de ferir o mesmo princípio, tendo que, posteriormente, recorrer ao disposto no art. 461, § 6.º, do Código de Processo Civil, para reduzir o valor da multa arbitrada. O mesmo é o entendimento de Theodoro Júnior (2007, v. 2, p. 38), para quem “[...] o juiz, na fixação da pena de multa, não pode agir neste terreno, sem respeitar os parâmetros da equidade e razoabilidade, como aliás, deve sempre se dar em todas as decisões de justiça”.

Outrossim, não há definitividade na imposição e arbitramento da *astreinte*, mesmo porque, como se viu, não se trata de verba que integra originariamente o crédito da parte, mas de simples instrumento legal de coerção, utilizável em apoio à prestação jurisdicional executiva. E é em consequência desse feito apenas coercitivo que § 6.º do art. 461 autoriza o juiz, a qualquer tempo, e de ofício, a fixar, quando necessário, a *astreinte*, bem como modificar o seu valor ou a sua periodicidade caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Neste sentido, concluem Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 84):

Na verdade, tomando-se em consideração a natureza da multa, é fácil perceber que sua fixação é feita sempre em caráter provisório, exatamente porque ela tem por fim apenas garantir a efetividade da tutela jurisdicional, e não um direito de crédito em favor do autor, ou um direito de não pagar uma multa superior a “X” por parte do réu.

Tal regra não opera efeito preclusivo, tampouco ofende a coisa julgada, pois incide, no caso, os preceitos orientadores da cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, o valor da multa constante da decisão judicial só deve ser alterado caso sobrevenha situação que modifique o contexto em que se baseou a decisão quantitativa da fixação da multa cominatória (NERY JUNIOR; NERY ANDRADE, 2008, p. 672-673). Em entendimento diverso, Barbosa Moreira (2008, p. 194) afirma:

Nos termos do § 6.º, é lícito ao juiz, de ofício (a fortiori, a requerimento da parte interessada), ‘modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva’. O teor literal do dispositivo (‘se tornou’) não deve ser entendido como se restringisse a possibilidade da modificação à superveniência de fato capaz de justificá-la: pode o órgão judicial

modificar o valor ou a periodicidade, ainda sem fato novo, se se convencer de que a fixação inicial não foi a mais razoável. A decisão modificativa será impugnável por agravo de instrumento.

Outrossim, a multa por atraso no cumprimento da obrigação oriunda de decisão judicial é possível ser cominada tanto em sede de antecipação da tutela como em face da sentença definitiva. Se faltar sua previsão nesses atos judiciais, não ficará o juiz impedido de a ela recorrer na fase de cumprimento do julgado. Diverge, contudo, a doutrina quanto ao momento de sua de sua incidência e exigibilidade.

Uma parte entende ser possível sua exigência em sede de execução provisória, sujeitando-se à sistemática prevista no art. 558, consoante determina o art. 273, § 3.º do Código de Processo Civil, quando as decisões forem impugnadas mediante recurso portador de efeito apenas devolutivo. Neste caso, a multa produzirá efeitos imediatos, permitindo, assim, que a decisão imposta e, por conseguinte, a multa tenham efeitos imediatos. Partidário deste entendimento, expõe Theodoro Júnior (2007, v. 2, p. 38):

Em conclusão: pode haver execução da multa cominatória tanto em fase de decisão de antecipação da tutela como da sentença definitiva. No primeiro caso, porém, a execução será provisória, sujeitando-se à sistemática e aos riscos previstos no art. 558, como determina o § 3.º do art. 273. Vale dizer: no caso de a sentença, afinal, decretar a improcedência do pedido, a quantia da multa exigida em antecipação provisória de tutela deverá ser restituída ao executado.

Já outra parcela da doutrina entende que a exigibilidade das *astreintes* se dará sempre a partir do trânsito em julgado da decisão, seja ela cominada em sentença judicial ou em decisão antecipatória de tutela específica, pois antes deste momento a tutela jurídica está sujeita a reforma e, eliminado o preceito condenatório da obrigação, cessa, por conseguinte, a cominação da pena acessória. Alegam que não seria legítimo impor ao vencido o efetivo desembolso do valor das multas, enquanto este ainda pode ser eximido, mediante o julgamento do recurso interposto, de cumprir a obrigação principal e, conseqüentemente, também de pagar a multa pelo atraso. Neste sentido, discorre Dinamarco (2009, v. 4, p. 541):

As *astreintes* permanecem inexigíveis ainda quando careça de efeito suspensivo o recurso interposto quanto ao capítulo de sentença portador de condenação pela obrigação principal (recurso especial, etc.). A execução provisória que se permite nesses casos é uma técnica de aceleração de resultados, oferecida ao vencedor para a obtenção do bem a que provavelmente tenha direito, mas seria ir longe demais oferecer-lhe a possibilidade de obter o bem mais a pecúnia sancionatória pelo atraso, quando o próprio bem pode vir a ser-lhe subtraído depois (uma das regras inerentes ao regime das execuções provisórias é a da restituição do *status quo ante* – CPC art. 475-C, inc. II – infra, nn. 1.822 e 1.827). Além disso, devendo o exequente pagar ao executado pelos prejuízos que a execução provisória lhe houver causado (art. 588, inc. II), não seria prudente nem razoável abrir caminho para um prejuízo adicional, que seria o desembolso prematuro do valor das multas.

4.5.1.3 Da incidência da cominação da multa cominatória nas diversas espécies de obrigação

É indiscutível a possibilidade da aplicação da multa cominatória nas obrigações de conduta *de natureza infungível*, uma vez que o instituto da *astreinte* foi criado justamente para compelir o devedor a cumprir com o avençado nas obrigações *intuito personae*. Discorrendo sob o tema, explana Fux (2008, p. 278):

Visando a compeli-lo a prestação, entram em cena os meios de coação, *in casu*, a multa diária ou *astreintes*, de origem francesa, e que surgiram exatamente para vencer essa recalcitrância do devedor, nas denominadas obrigações com prestação infungível.

Entretanto, parte da doutrina diverge quanto à possibilidade da fixação da multa cominatória nas *obrigações de fazer de natureza fungível*, sob o argumento de ser possível sua incidência apenas diante das obrigações infungíveis, que exigem a insubstituível participação do obrigado. Sustentam que, pelo fato da obrigação fungível poder ser cumprida por um terceiro independentemente da vontade do obrigado, descaberia sua incidência nestas espécies de prestações, porquanto não necessitariam da medida coercitiva a incidir sobre a manifestação do obrigado. Contudo, consoante advertem Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 76): “Porém, não há qualquer fundamento lógico para se afirmar que a previsão de meios típicos de execução por sub-rogação implica a exclusão da execução sob pena de multa”.

Chiarloni (apud MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 76) ensina que apenas em alguns ordenamentos jurídicos, como o alemão, por exemplo, as *astreintes* eram admitidas somente onde a execução por sub-rogação não era adequada ou cabível. Entretanto, no ordenamento francês, que historicamente serviu de paradigma às investigações teóricas das *astreintes* em todo mundo jurídico contemporâneo, coexistem pacificamente as duas formas de execução – a *direta* e a *indireta* – podendo, inclusive, ser cumuladas, revelando-se, portanto, errônea a afirmação de que “[...] as *astreintes* são buscadas somente quando for impossível obter o resultado do adimplemento mediante a execução forçada”.

Acenando com a extensão da aplicabilidade da *astreinte* também em relação às obrigações de natureza fungível, concluem os processualistas:

Quando se diz que a obrigação infungível deve ser tutelada através de multa, não se quer dizer que apenas esta espécie de obrigação pode ser tutelada desta forma, mas sim que a obrigação infungível somente pode ser tutelada mediante a imposição de multa. Se todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva – efetividade que poderia ser comprometida caso a execução tivesse que ser feita necessariamente, na hipótese de obrigação fungível, através da execução forçada ou por sub-rogação –, e se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, não há como admitir que a tutela jurisdicional que implica em um fazer fungível não possa ser executada através da multa. (MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 77)

Corroborando o mesmo entendimento, Araken de Assis (2009, p. 623-624) assevera, nos termos dos artigos 475-I, *caput*, 461, § 4.º, 585, II, 644 e 645 do Diploma Processual Civil que “[...] a *astreinte*, meio executório insubstituível na execução específica da obrigação infungível, se mostra útil e aplicável, de forma subsidiária, também às obrigações fungíveis”.

Este também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, para quem é cabível a aplicação da *astreinte* tanto nas obrigações de fazer de natureza fungível como infungível: “As obrigações de fazer infungíveis também são objeto de pedido cominatório, eis que irrelevante seja o objeto da prestação fungível ou infungível” (STJ, 3ª T., REsp. 6.314/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 25.02.1991, DJU 23.05.1991, p. 3.222). “Conquanto se cuide de obrigação de fazer

fungível, ao autor é facultado pleitear a cominação da pena pecuniária” (STJ, 4ª T., REsp. 6.377 /SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 25.08.1991, RSTJ, 25/389).

Também é possível a imposição das *astreintes* nas *obrigações de entrega de coisa*, como meio de convencer o devedor inadimplente a efetivar sua obrigação, cumprindo o mandado judicial. Aludido entendimento é corroborado pelo art. 287 e pelo art. 461-A, § 3.º do CPC que determina aplicar-se à execução das obrigações de entrega de coisa o disposto nos §§ 1.º a 6.º do art. 461 do CPC, incluindo o § 4.º deste dispositivo legal, que regula a imposição da multa diária. Neste sentido, assevera Theodoro Júnior (2007, v. 2, p. 49):

A multa, outrora específica das obrigações de fazer e não fazer, passou a ser medida de coação executiva aplicável também às prestações de entrega de coisa (art. 287, com redação da Lei n.º 10.444, de 07.05.2002). Sua aplicação cabe tanto nas antecipações de tutela como na sentença definitiva e deverá observar as regras pertinentes às causas sobre obrigações de fazer e não fazer (art. 461, §§ 1.º e 6.º), já examinadas no n.º 639-C.

Também Araken de Assis (2009, p. 143) afirma:

Nada mais natural, pois, que a evolução legislativa, seguindo as diretrizes da jurisprudência, se fixasse na figura da *astreinte*. Segundo dispõem os arts. 287 e 644 do CPC, à condenação em prestação de fazer fungível e infungível, positivas ou negativas, e nas prestações para entrega de coisa (art. 621, parágrafo único, e art. 475-I, caput, 1.ª parte, c/c art. 461-A, § 3.º), é possível cominar, mediante pedido e condenação explícitos, ou independentemente de pedido (neste último caso, ante o disposto no art. 84, § 4.º, da Lei 8.078/1990 e do art. 461, § 4.º) multa pecuniária por dia de atraso no cumprimento. Idêntica cominação poderá ser determinada, como estabelecem os arts. 621, parágrafo único, e 645, pelo juiz da execução, ante eventual omissão do título extrajudicial.

Se a multa cominatória é utilizada, com êxito, para conferir efetividade às obrigações de fazer fungível ou infungível, de não fazer e de entregar coisa, a maioria da doutrina insurge-se, entretanto, quanto à possibilidade de sua incidência em caso de soma em dinheiro, diante da ausência de dispositivo legal expresse permissivo, bem como da possibilidade da utilização da execução subrogatória nas execuções de pagar.

Fazendo eco a aludido entendimento, Talamini (2001, p. 470) sustenta que “[...] não é apropriada a extensão da multa para o campo da tutela atinente a pretensões pecuniárias”. Acrescenta que “[...] recorre-se à multa porque a execução monetária tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria também exequível através daquele mesmo modelo inefetivo”.

Em posicionamento diverso, Guerra (2003, p. 152-153) pondera que o objetivo da multa, em relação à sentença que impõe o pagamento de quantia em dinheiro, é o de convencer o devedor a pagar. Neste sentido, é evidente que a multa pode não lograr esse intento, o que pode acontecer com todas as espécies de obrigações – seja de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa – quando, então, o valor da multa deverá ser cobrado através da execução por expropriação. No entanto, ninguém jamais ousou suscitar a ineficácia da incidência da multa diante das obrigações de fazer, diante de tal argumento, apenas por poder não acarretar o adimplemento da obrigação. A possibilidade de ela transformar-se em sanção pecuniária, após não ter atingido o seu escopo coercitivo, não afasta, e jamais afastou a idéia de que constitui uma eficaz técnica executiva para a tutela de direitos.

Guerra (2003, p. 152-153) observa que quando a execução vivia em contexto sociológico diverso, as *astreintes* somente eram admissíveis em face das obrigações de fazer infungíveis, uma vez que, nessa época, todas as outras poderiam ser efetivamente tratadas através da execução direta. Atualmente, a multa não deve ser pensada como algo subsidiário, que incide apenas quando a execução direta não possa atuar, “[...] mas sim como instrumento que tem vinculação única com a efetividade da tutela jurídica”. Discorrendo sobre a relação entre os direitos fundamentais e a efetividade da tutela jurídica, o autor (2003, p. 152) faz relevante ponderação:

De outra parte, não se justifica, atualmente, valorar de modo negativo e a priori as medidas coercitivas, reduzindo-as a uma posição inteiramente secundária com relação às medidas sub-rogatórias. Em outras palavras, não se pode sustentar a existência de uma ordem preestabelecida de preferência em favor de medidas sub-rogatórias, de modo a relegar o uso de medidas coercitivas a situações de total inadequação das primeiras. Sendo assim, não se pode excluir a possibilidade de se empregar medidas coercitivas na satisfação de créditos pecuniários pela simples razão de que, sendo fungíveis as respectivas obrigações, é cabível o uso de medidas sub-rogatórias e

essas são sempre preferíveis às primeiras. Somente circunstâncias do caso concreto podem decidir, de modo definitivo, sobre a maior adequação de uma ou outra das modalidades de medidas executivas.

Também Taruffo (1986, p. 664) entende ser incorreto pensar que a multa somente pode ser aplicada quando impossível o uso de alguma forma de execução por sub-rogação. Ressalva que o argumento utilizado como respaldo a não admissibilidade da incidência da multa cominatória nas obrigações de pagar sempre foi o da possibilidade da execução por sub-rogação. Para o autor, se é possível a utilização da multa como meio de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer de natureza fungível ou de entregar coisa, aludida razão não pode ser invocada para impedir a sua utilização também em face das obrigações de pagar.

Tal forma de dar efetividade à cobrança de quantia em dinheiro é aceita pela melhor doutrina francesa, como ressalva Perrot (1996, p. 665). Aliás, consoante observa o autor, a decisão da Corte de Cassação Francesa, datada de maio de 1990, firmou o princípio de que a *astreinte* pode ser pronunciada de forma acessória à condenação de pagamento de soma em dinheiro, visando a estimular o seu adimplemento, corroborando a tese de que, na jurisprudência francesa, as *astreintes* não se restringem às obrigações de fazer.

4.5.2 Das Medidas de Apoio

Pela análise do art. 461, § 5.º do Diploma Processual Civil, constata-se que o legislador inseriu novas possibilidades conferidas ao magistrado em prol da efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente. O Poder Judiciário está, pois, autorizado a determinar busca e apreensão, remoção de coisa ou mesmo pessoas, interdição ou demolição de obras, interrupção de atos, acompanhado de aparato policial caso necessário. Ressaltando-se a possibilidade de adotar-se qualquer outra medida adequada às peculiaridades do caso, desde que compatível com o ordenamento jurídico.

A enumeração é – segundo se deduz do dispositivo em tela e em consonância com o entendimento doutrinário, meramente exemplificativa – tendo,

portanto, o juiz poder para tomar outras providências práticas compatíveis com a espécie de obrigação e com os princípios que fundamentam o devido processo legal (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 194). São cabíveis nas execuções judiciais provenientes de sentença condenatória representadas por obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa.

De sorte que, conforme ressalva Talamini (2001, p. 236) a autorização contida no § 5.º do art. 461 compreende qualquer outra medida que se torne necessária e compatível com o propósito de proporcionar ao credor a *tutela específica* ou o *resultado prático equivalente*. Podem referir-se tanto ao cumprimento da antecipação de tutela como à execução da sentença definitiva. No dizer de Dinamarco (2009, v. 4, p. 512):

[...] O juiz tem o intenso poder de exercer pressões psicológicas destinadas a persuadir o obrigado a adimplir, impondo-lhe situações cada vez mais gravosas na esperança de que em algum momento ele acabe por perceber que lhe custará menos o adimplemento que a renitência (multa, privação de bens, restrições às atividades). Tem também o poder-dever de atuar sobre o patrimônio do renitente, produzindo por sub-rogação os resultados que este insiste em não produzir – o que é feito mediante imposição de todas as medidas necessárias, entre as quais o imperativo desapossamento da coisa e entrega ao credor, o desfazimento de obras etc. – inclusive empregando-se a força policial quando for preciso (art. 461, § 5.º).

É bom lembrar que todas essas medidas práticas são de cunho coercitivo e sua adoção depende de decisão judicial, tomável, modificável e revogável, pelo juiz da causa, em nome da utilidade e conveniência que possam representar para concretização da tutela específica da obrigação. Consoante prega Chiovenda (apud DINAMARCO, 2009, v. 4, p. 519): “Deve ter por admissível todo modo de atuação da lei e todo meio executivo que seja praticamente possível e não contrarie uma ordem geral ou especial de direito”.

Por esse motivo, a regra contida no § 5.º do art. 461 pode ser definida como uma norma *aberta à concretização judicial* (MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 173). Referida regra não fixa as medidas executivas que devem ser utilizadas, mas confere ao juiz o poder de escolher a medida executiva mais adequada e eficaz ao caso concreto. *Ipsis litteris*:

A norma em destaque é fruto do direito fundamental de ação, que tem como corolário o direito aos meios executivos adequados. Se do direito fundamental de ação (art. 5.º, XXXV, da CF) decorre o direito ao meio executivo capaz de dar efetividade ao direito material, não há como aceitar a idéia de que o juiz somente pode admitir o uso dos meios executivos expressamente tipificados na lei, uma vez que a adequação dos meios de execução depende das circunstâncias do caso concreto. O direito fundamental de ação exige que o juiz tenha poder para determinar a medida executiva adequada e, por isso, fez com que o legislador deixasse de lado o princípio da tipicidade dos meios executivos e consagrasse o princípio da consagração dos poderes de execução do juiz. (2009, p. 172)

Isso significa que, para obter o cumprimento do preceito contido na sentença condenatória, tem o juiz o poder de impor qualquer das medidas contidas na exemplificação, além de qualquer outra que as circunstâncias do caso concreto exijam, desde que não destoem da razoabilidade inerente ao devido processo legal. “Essa é a função sistemática das normas de encerramento – permitir que o intérprete vá além da exemplificação, não se prendendo aos limites das tipificações contidas no texto legal” (DINAMARCO, 2009, v. 4, p. 519). O limite, portanto, das medidas a serem impostas é ditado pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, analisados diante das peculiaridades do caso concreto. Neste sentido, exemplifica o autor:

Se um funcionário público se nega a emitir uma ordem-de-serviço que dependa estritamente de sua assinatura, em casos extremos o juiz poderá chegar a ponto de nomear um administrador judicial encarregado de fazer o que o renitente insiste em não fazer. Se o proprietário ou o gerente de uma casa noturna insiste em desobedecer à sentença que ordenou a limitação de seus ruídos perturbadores do sossego dos vizinhos, a lacração do estabelecimento cumprirá o objetivo de dar efetividade aos direitos. (2009, p. 520)

Ressalva-se, contudo, que através do art. 461 do Código de Processo Civil, não se concede ao juiz o poder de conferir tutela jurisdicional diversa da solicitada pelo requerente, mas simplesmente o poder de determinar o meio indireto de execução adequado ao caso concreto, mesmo que não expressamente previsto no rol exemplificativo do dispositivo legal.

Diante disso, parte da doutrina entende, inclusive, ser possível ao magistrado proferir medida de apoio diversa da requerida, em prol da efetividade do

processo, se entender ser mais apropriada tal decisão para atingir o resultado prático desejado pela parte, sem, contudo, alterar o direito substancial.

Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 175), partidários deste entendimento, exemplificam: se é pedida tutela inibitória ou de remoção do ilícito, o juiz não pode conceder tutela ressarcitória na forma específica, mas se a tutela de remoção é pedida mediante a imposição de multa, o juiz pode, se assim recomendarem as particularidades do caso concreto, determinar modalidade executiva diferente, como, por exemplo, a busca e apreensão. Mas isso, se as peculiaridades do caso concreto, devidamente justificadas na decisão, exigirem meio de execução diverso do requerido, o qual, além de idôneo à efetiva prestação da tutela do direito, deve ser o que traz a menor restrição possível ao demandado, em face do art. 620 do CPC, sem restringir a efetividade da tutela do demandante.

5 DAS REFORMAS PROCESSUAIS DA TUTELA EXECUTIVA DO TÍTULO JUDICIAL

5.1 UMA SÍNTESE DAS REFORMAS QUE ELIMINARAM A *ACTIO IUDICATI* NO CAMPO DAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

Costuma a doutrina distinguir o pedido em *imediato* e *mediato*. O *primeiro* indica a natureza do provimento jurisdicional solicitado: aquele emanado do Estado-juiz capaz de levar a efeito a pretensão deduzida relativa ao bem da vida – declaratória, condenatória, constitutiva, execução ou cautelar. Já o *pedido mediato* é o bem da vida pretendido pelo autor – dinheiro, coisa certa, etc. Na hipótese da execução judicial por quantia certa contra devedor solvente, por exemplo, o pedido mediato seria o dinheiro, bem material ao qual o credor visa receber (DIDIER JR., 2007, p. 383).

Para fins de estudo do Direito Processual Civil, a palavra *mérito* é entendida como pedido, seja ele de acerto, como se dá no processo de conhecimento, seja de satisfação, como ocorre nos procedimentos de execução. O mérito da execução é a efetivação, a realização, a satisfação de uma prestação – *de fazer, não fazer, de dar ou pagar* – certificada em um título executivo. E, como consequência, o pedido mediato formulado pelo exeqüente determina qual dos diversos procedimentos executivos a ser seguido.

Em sendo assim, dependendo do pedido de satisfação formulado em juízo pelo exeqüente, a execução será realizada por um modelo executivo procedimental diverso, podendo seguir os moldes da execução da obrigação de fazer, de não fazer, de dar coisa certa, de pagar determinada quantia em dinheiro, e assim por diante. Para cada pedido mediato formulado pelo credor, ter-se-á uma espécie de procedimento executivo próprio, distinta nas peculiaridades que lhes forem ínsitas, com meios e técnicas executivas também particulares, mas tendo, todas elas, como objetivo comum, a plena efetivação do direito do exeqüente.

Neste cenário, destacam-se as reformas processuais proferidas pelo legislador brasileiro no procedimento executivo de título judicial no final do século passado e nos primeiros anos do século atual, no escopo da abolição da dualidade de processos para o acerto e a execução.

O primeiro momento da modernização do procedimento da execução de sentença no processo civil brasileiro ocorreu com a reforma do art. 461 do CPC, com redação dada pela Lei n.º 8.952, de 13.12.94, que conferiu efetividade ao cumprimento de sentença condenatória das prestações *faciendi* positivas e negativas, no âmbito da mesma relação processual que originou o provimento de acerto, no denominado *processo sincrético*. Para alcançar este desiderato, pode-se adotar, conforme as peculiaridades do caso, medidas de antecipação da tutela ou medidas de coerção e apoio, como multas, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade. O credor passa a ter acesso aos atos de satisfação do seu direito, desde logo, sem depender do complicado procedimento da *actio iudicati* executiva autônoma.

O segundo momento da inovação do processo executivo veio com a introdução do art. 461-A no Diploma Processual Civil, por força da Lei n.º 10.444, de 07.05.2002, referente à execução de sentença condenatória de entrega de coisa. Aqui também em relação às obrigações de dar ou restituir, a tutela jurisdicional deverá ser específica, de maneira que o descumprimento voluntário da condenação acarretará, nos próprios autos em que se proferiu a sentença, a pronta expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse. “Tudo se processa sumariamente, dentro dos moldes da *executio per officium iudicis*” (THEODORO JUNIOR, 2009, v. 2, p. 8).

Desse modo, as Leis n.º 8.952, de 13.12.94 e n.º 10.444, de 07.05.2002 alteraram substancialmente o procedimento para a execução da sentença prolatada, tornando suficiente a simples expedição de mandado judicial para tornar definitiva a prestação jurisdicional.

Por fim, concluiu-se o processo de supressão da ação autônoma de execução de sentença com a reforma do procedimento executivo das obrigações de pagar quantia certa, constante da Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro 2005. Agora, também as condenações a pagamento de montante determinado, não mais dependerão, para serem cumpridas, do manejo da *actio iudicati*, em nova relação processual posterior ao processo de cognição.

Ao condenar-se ao cumprimento de obrigação de quantia certa, o juiz assinará na sentença o prazo em que o devedor haverá de realizar a prestação devida. Ultrapassado tal termo sem pagamento voluntário, seguir-se-á, na mesma

relação processual em que a sentença foi proferida, a expedição do mandado de penhora e avaliação para preparar a expropriação dos bens necessários à satisfação do direito do credor, nos termos do art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil.

Sob o tema, conclui Dinamarco (2009, v. 4, p. 121):

É inegável que a partir da Lei 10.444/2002, buscou-se confinar toda a atividade executiva, tratando-se de prestação *faciendi* e prestação para a entrega de coisa, no âmbito da relação processual que originou o provimento antecipatório ou final, independentemente da força da ação. Por via de conseqüência, o princípio da autonomia da função executiva, do ponto de vista estrutural, acabou excepcionado (retro, 9). Deu-se a semelhança técnica o nome de 'execução sincrética'. A evolução culminou com a Lei 11.232/2005, que instituiu tal regime para todos os pronunciamentos judiciais com força condenatória e efeito executivo (art. 475-N).

Constata-se, pois, que deixou de existir um processo autônomo de execução fundada em sentença judicial, ou outro título a ela equiparado. As exceções são as execuções de *sentença penal condenatória*, *sentença estrangeira* e *sentença arbitral*, que, por não existir processo prévio de conhecimento, continuarão constituindo processos autônomos, com a necessidade de citação do réu. Afora essas exceções, passou a existir uma fase de execução, subseqüente à cognitiva. “Em tais hipóteses, portanto, se houver a execução (ou, quando necessária, a liquidação) da sentença, será mister instaurar processo dotado de individualidade própria” (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 195).

Desse modo, existe, atualmente, duas formas distintas de execução: a *imediata*, realizada sem a instauração de um processo independente, adotada como regra para a execução de sentença condenatória (a que nos interessa no presente estudo), e a *autônoma*, que implica a formação de um novo processo, reservada apenas aos títulos executivos extrajudiciais, bem como as execuções de sentença penal condenatória, sentença estrangeira e sentença arbitral.

Isto porque, nos casos de *execução de título extrajudicial* não há de se falar em continuação à fase de conhecimento, até porque não existiu um anterior processo judicial cognitivo. Nesses casos, o processo executivo continua com sua autonomia. Também a execução da *sentença penal condenatória* e a *arbitral* pressupõem o ajuizamento de um processo autônomo de execução no cível, uma

vez que tanto o juiz penal como o arbitral carecem de competência judicial para executar a matéria. O mesmo se dá com a *sentença estrangeira*, pois não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, tribunal competente para sua homologação e que exerce mero juízo de prelibação, promover a execução do julgado nos mesmos autos da homologação.

5.2 DA TUTELA EXECUTIVA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER PROVENIENTES DE SENTENÇA CÍVEL

5.2.1 Dos Benefícios Advindos da Lei n.º 8.952/94 na Busca de uma Tutela mais Célere e Efetiva

A mudança de redação do art. 461 do Código de Processo Civil foi percussora de uma série de reformas processuais necessárias a uma maior efetividade do processo, aproximando-o dos legítimos objetivos que justificam sua existência.

A Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, reproduzindo o teor do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, alterou a redação do art. 461 do Código de Processo Civil, nele inserindo mecanismos para que o juiz possa, no próprio processo de conhecimento, conceder precisamente aquilo que o demandante obteria na hipótese de cumprimento espontâneo da obrigação. A conversão da obrigação em perdas e danos, até então uma constante, passa a ser exceção, tendo o juiz maiores poderes para compelir o demandado a cumprir o pactuado.

Dinamarco (2010, v. 4, p. 514) observa que:

Hoje não só as leis do processo mas a própria ordem jurídica como um todo querem que as obrigações sejam satisfeitas tal e qual houverem sido constituídas, quer as cumpra o obrigado, quer a execução se faça por obra do Estado-juiz; é sempre preferível oferecer a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica 'precisamente aquela situação jurídica final que ele tem direito de obter' (Chiovenda), reservando-se as conversões pecuniárias para casos extremos.

Percebe-se, com a reforma do art. 461 do CPC, a propensão do legislador em abreviar o caminho do autor para satisfação de sua pretensão, não mais exigindo a instauração de nova relação processual para concretização ou acautelamento do provimento final.

Assim, se a demanda envolver obrigação de fazer ou de não fazer, o julgador poderá valer-se, no mesmo processo, de medidas cautelares, se o objetivo for garantir a pretensão deduzida, ou de meios executivos, se o intuito for realizar o que foi reconhecido na sentença. Tudo isso sem a necessidade de outros processos, permitindo que a tutela jurisdicional seja concedida de forma mais econômica e célere. Há um processo único, sincrético, formado por uma fase cognitiva e outra executiva.

Visou-se à efetividade do processo, propiciando àquele que recorresse às vias judiciais uma tutela adequada para proteção de seus direitos, de maneira que o processo possa atender sua principal finalidade, qual seja, servir de instrumento de realização do direito material do jurisdicionado.

Para forçar o devedor ao cumprimento imediato e específico da obrigação, o ordenamento jurídico confere ao magistrado mecanismos processuais de coerção indireta, como as *astreintes* e as *medidas de apoio*, previstas no art. 461, §§ 4.º e 5.º do Código de Processo Civil. Há, portanto, muitos caminhos para que a tutela específica proporcione ao credor da obrigação de fazer o resultado prático que deveria advir do fiel cumprimento da prestação devida.

Sendo assim, transitado em julgado a condenação, as providências determinadas na sentença serão postas em prática por meio de mandado dirigido ao devedor ou por meio de autorização para as medidas a cargo do credor ou de terceiro sob sua direção. Atribuições que, primitivamente, eram apenas do devedor, podem ser efetivadas pelo próprio credor que as implementarão, por si ou por prepostos, nos termos do art. 249 do Código Civil.

Outrossim, o Código Civil de 2002, nos respectivos parágrafos únicos dos artigos 249 e 251, conferiu ao credor de obrigação de fazer e não fazer à possibilidade de, em caso de urgência e independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar, desfazer ou mandar desfazer o fato, sendo ressarcido *a posteriori* – o que a doutrina denomina de *auto-tutela das obrigações de fazer e não fazer*.

Pode, portanto, o credor tomar a iniciativa e se encarregar da realização da obra de caráter urgente (objeto da obrigação de fazer), sem necessidade de obter prévio acerto judicial para tanto, nos termos do parágrafo único do art. 249 do Diploma Civil. Igual autorização de auto-tutela se depreende do parágrafo único do art. 251 do Código Civil, no tocante às obrigações de não fazer, determinando que, em caso de urgência, pode o credor desfazer ou mandar desfazer o ato, sem prévia autorização judicial. Neste sentido, expõe Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 27):

Entretanto, nos casos de urgência, como, *v.g.*, na premência de demolir edificação em perigo de ruína, ou diante da necessidade inadiável de afastar riscos ecológicos ou de danos à saúde, e outros, de igual urgência, há autorização legal para que o credor execute ou mande executar o fato, independentemente de autorização judicial, para posteriormente reclamar o cabível ressarcimento (Código Civil, art. 249, parág. único).

Os poderes do juiz para fazer cumprir especificamente a obrigação de fazer e não fazer não ficam restritos à autorização para que o credor realize ou mande realizar por terceiro a prestação devida. Sua prioridade é a obtenção da tutela específica, conferindo-se ao titular do direito violado precisamente aquilo que teria direito se o devedor tivesse adimplido voluntariamente sua obrigação.

Caso não seja viável a obtenção da tutela específica, recorre-se a uma a uma providência capaz de gerar um resultado prático equivalente ao da tutela específica. O objeto da obrigação só se converterá em pecúnia quando a tutela específica ou o resultado prático equivalente se revelarem impossíveis ou quando o próprio autor assim o requerer, nos termos do art. 461, § 1.º, do Código de Processo Civil.

Por fim, é importante ressaltar que o Diploma Processual Civil determina que se apliquem, subsidiariamente, o disposto no Capítulo que regula a execução extrajudicial das obrigações de fazer e não fazer que forem compatíveis com as tutelas condenatórias da mesma natureza provenientes de sentença, nos termos do art. 644 do Código de Processo Civil.

5.2.2 Definições das Diversas Espécies das Obrigações de Fazer e não Fazer

Nos tempos modernos, constata-se que nunca esteve o credor de obrigação de fazer e não fazer totalmente afastado da execução específica. Nosso Código de Processo Civil, mesmo antes da Lei n.º 8.952/94, remontando a antiga sistemática da praxe luso-brasileira, disciplinava um procedimento próprio para assegurar ao credor de tal tipo de obrigação, a realização compulsória do fato devido, desde que possível de implementação por terceiro, sem necessidade de coagir pessoalmente o devedor.

Já se distinguia o modo de execução das obrigações de fazer de natureza *fungível* e das de natureza *infungível*. Para aquelas, era possível se promover a execução forçada específica. Para as últimas, diante da obstinação do inadimplente, só restava ao credor contentar-se com as, muitas vezes, insatisfatórias perdas e danos. Essa distinção entre obrigações de fazer *fungível* e *infungível* tem, portanto, reflexo significativo sobre a execução judicial.

Pothier (apud DINIZ, 1993, p. 29) define obrigação como o vínculo de direito que nos obriga para com outrem a dar-lhe, fazer-lhe ou não fazer-lhe alguma coisa. Segundo Giorganani (1958, p. 19-20):

Los términos obligación, obligar, por su derivación etimológica, dan la idea de un vínculo que limita la actividad humana y la dirige en un sentido determinado. Estos términos son utilizados, incluso en el uso no jurídico, para indicar la situación por la que un sujeto está obligado a un determinado comportamiento.

[...]

Em el campo jurídico, la obligación es también designada de outro modo; así com los términos relación obligatoria, derecho de crédito, débito.

Da grande maioria das definições encontradas na doutrina sobre obrigações, constata-se que há sempre ao menos um sujeito passivo, adstrito ao cumprimento de uma prestação positiva ou negativa em favor de, pelo menos, um sujeito ativo, que, por sua vez, está autorizado a exigir daquele o adimplemento da prestação. É, pois, da essência das obrigações o poder de exigir de outrem a satisfação de um interesse passível de aferição econômica.

Por *obrigações fungíveis* entende-se “[...] as que por sua natureza, ou disposição convencional, podem ser satisfeitas por terceiro, quando o obrigado não a satisfaça” (SANTOS, 1997, p. 347-348). São exemplos comuns: as empreitadas de serviços rurais, como desmatamento e plantio de lavouras; as de construção, reforma, pintura ou limpeza de edifícios; o conserto de um automóvel e tantos outros modos de criar coisas ou fatos novos. Nesta espécie de obrigação, a pessoa do devedor está em segundo plano, importando unicamente que o ato seja prestado como avençado, seja pelo devedor ou por terceiro apto para a execução da tarefa.

Por sua vez, as *obrigações infungíveis* ou *insubstituíveis* são as prestações que somente podem ser satisfeitas pelo obrigado, em razão de suas aptidões ou qualidades pessoais. No dizer de Fux (2008, p. 278):

Quando a obrigação é de fazer, daquelas que o credor somente interessa o cumprimento pelo próprio devedor, porque contraída *intuito personae*, isto é, em razão das qualidades pessoais do obrigado e não em função pura e simplesmente do resultado, diz-se ‘subjettivamente infungível’. Nesta hipótese, advindo o inadimplemento, é impossível a utilização de meios de sub-rogação para alcançar o mesmo resultado, porque o ‘atuar do solvens é insubstituível’. Neste caso, se o credor não se contentar em receber de imediato o ‘equivalente’ em perdas e danos, terá de aguardar a atuação do devedor.

As obrigações de *conduta infungível* são as que ocorrem, por exemplo, com o cantor renomado que assume obrigação de realizar determinado show; com um célebre pintor que se obriga a pintar um quadro; um conceituado médico que se empenha a realizar determinada cirurgia; ou, de maneira geral, com todos os contratos celebrados *intuito personae*. Aqui as qualidades do sujeito passivo foram determinantes para a conclusão da avença. Ressalvando-se que a infungibilidade pode decorrer pelo acordo entre as partes (*infungibilidade convencional*), ou pela própria natureza da prestação (*infungibilidade natural*).

Por sua vez, dizem-se *positivas* as obrigações quando a prestação a que o devedor fica sujeito a realizar em favor do credor corresponde a uma ação, e *negativas* quando a obrigação se cumpre por meio de uma abstenção.

As *obrigações de fazer* são típicas *obrigações positivas*, pois se concretizam por meio de um ato do devedor em relação ao credor, correspondente

normalmente a prestação de uma tarefa, de um trabalho, que pode ser físico, intelectual ou artístico. Já, as *obrigações de não fazer* são tipicamente negativas, onde o devedor obriga-se a uma abstenção, devendo manter-se numa situação omissiva, um *non facere*.

É pela inércia que se cumpre a prestação de não fazer. Se realizar o que se obrigou a não efetuar, a obrigação estará irremediavelmente inadimplida. Conforme esclarece Azevedo (1993, p. 75): “É a obrigação de fazer, no prisma negativo. O que se obriga não fazer deve omitir-se neste sentido, sob pena de inadimplemento obrigacional”. Assim, alguém que se obriga a não praticar determinado ato – não construir em seu terreno prédio além de determinado número de andares, por exemplo – em o praticando, descumpre sua obrigação de não fazer.

5.2.3 Da Execução Específica das Obrigações de Fazer de Natureza Fungível

Insta ressaltar, entretanto, que, embora fosse possível promover-se a execução específica da obrigação de fazer de natureza fungível, mesmo antes da reforma processual do art. 461 do CPC, deparava-se o credor com uma imensa dificuldade de obter a execução *in natura* que somente poderia operar-se, em juízo, após o trânsito em julgado da sentença condenatória e dentro de um complicado, autônomo e moroso procedimento executivo, previsto nos artigos 634 e seguintes do Código de Processo Civil. No mais das vezes, o que prevalecia, pela inoperância e complexidade do procedimento legal, era o recurso à execução indireta, contentando-se o credor em reclamar perdas e danos.

Neste sentido, discorre Dinamarco (2009, v. 4, p. 511):

Os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil têm a finalidade de agilizar a tutela específica referente às obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. Por disposição do art. 475-J, essa agilização se faz mediante as técnicas disciplinadas no caput e §§ 4.º e 6.º do art. 461, sem a instauração de um formal processo executivo – e tal é o cumprimento da sentença, em sentido estrito (supra, nn. 1.329, 1.331 etc.). **Antes das Reformas, as execuções para entrega ou por obrigações de conduta eram realizadas, como qualquer execução, pela única via consistente em instaurar um processo autônomo, o processo executivo, com todas as formalidades inerentes a sua formação por iniciativa de parte, nova citação do obrigado e, sobretudo, procedimentos muito complexos e demorados. O primeiro aspecto relevante da**

inovação consistiu na dispensa desses formalismos e mesmo desse processo autônomo, para que tais execuções, quando fundadas em sentença produzida no processo civil brasileiro, se realizassem *sine intervallo*, em continuação ao processo de conhecimento em que se houver produzido o título. Ganha-se em agilidade e economia de tempo, a bem da efetividade dos direitos e da tempestividade da tutela jurisdicional àqueles aos quais antes eram impostas todas as esperas inerentes ao processo executivo. (grifos nossos)

É bom recordar que essa dicotomia executiva prevista para as obrigações de fazer e de não fazer não era estranha ao Código Napoleão, pois além da regra geral de que tais obrigações, quando inadimplidas, se resolviam em perdas e danos (art. 1.142), encontravam-se nele também previsões de casos de execução *in natura* das que fossem exequíveis sem a coação física sobre a pessoa ou a vontade do devedor.

Com efeito, o art. 1.144 do Código Francês dispunha, a propósito da matéria pertinente à obrigação de conduta fungível, que o credor, no caso de inexecução, poderia ser autorizado a ele mesmo fazê-la executar as expensas do devedor. E, no caso de obrigação de não fazer, o art. 1.143 assegurava ao credor o direito de demandar a destruição de tudo aquilo que fosse realizado pelo devedor em desrespeito à convenção, permitindo ao credor obter autorização para, ele mesmo, proceder à destruição, às custas do devedor (THEODORO JÚNIOR, 2001).

No Brasil, até mesmo as obrigações infungíveis, antes do Código de 1973 e ainda no regime do Código de 1939, já contavam com a execução indireta, ou seja, com um processo que usava a cominação de multas para coagir ao credor a realizar a prestação devida *in natura*. Era a antiga ação cominatória, em que a multa poderia ser cominada na própria citação do réu (artigos 302, XII, e 303, *caput*, do Código de Processo Civil de 1934). Não é novidade, destarte, a preocupação do ordenamento jurídico pátrio com a execução específica das obrigações de fazer e não fazer (FUX, 2008, p. 278).

As inovações do art. 461 do Código de Processo Civil não vieram modificar as regras materiais das obrigações de fazer e não fazer, pois estas já consagravam o cabimento da execução específica, desde que se tratasse de obrigação fungível. O grande marco da reforma processual trazida pela Lei n.º 8.952/94 foi facilitar e tornar mais efetivo o uso da execução específica nas

obrigações de fazer e não fazer provenientes de sentença judicial, processada agora dentro do processo sincrético, realizada *sine intervallo*.

Consoante observa Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 27), o que havia antes da reforma do art. 461 do CPC, era a dificuldade de se obter a execução específica nas obrigações de fazer e não fazer, *ipsis litteris*:

A primeira grande norma da reforma consistiu em eliminar o arbítrio judicial nas conversões das obrigações da espécie em perdas e danos. Imperativamente o caput do art. 461 impôs ao juiz a concessão da tutela específica. A sentença que der provimento ao pedido de cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer deverá condenar o devedor a realizar, *in natura*, a prestação devida. Para que essa condenação seja dotada de maior efetividade, a norma do art. 461 se afasta do complexo procedimento tradicionalmente observável nas execuções das obrigações de fazer e não fazer (arts. 632 a 643) e recomenda uma providência prática e funcional: na sentença de procedência do pedido, compete ao juiz 'providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento'.

No mesmo sentido, acrescenta Nery Júnior e Nery Andrade (2008, p. 672):

7. Regra geral. Execução específica. A norma ora analisada modifica o regime da execução da obrigação de fazer e não fazer, repetindo praticamente o sistema instituído pelo CDC 84. Agora, portanto, a regra do direito privado brasileiro – civil, comercial, do consumidor – quanto ao descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer é a da execução específica, sendo exceção a resolução em perdas e danos. Trata-se de regra mista, de direito material e de direito processual, inserida no CPC. Lei federal que é, o CPC pode conter normas de direito processual e de direito material.

5.2.4 Da Fase Executiva das Obrigações de Fazer – de Natureza Fungível e Infungível – e de não Fazer

Fungível ou infungível a obrigação de fazer, resultando ela de um título executivo judicial proveniente de sentença cível condenatória, intimado o devedor para satisfazer a obrigação no prazo assinalado pelo juiz, sendo ela por ele satisfeita, extingue-se o processo de execução.

Não satisfazendo o devedor a *obrigação fungível* no prazo fixado, ao credor é dado, em se tratando de título executivo proveniente de sentença

condenatória cível (que é o título que nos interessa na abordagem deste estudo), nos próprios autos, requerer a sua execução específica, quando então será ela executada por terceira pessoa às custas do devedor, ou pedir a sua conversão em perdas e danos, o que converte a ação em indenizatória. Nesta última hipótese, liquidado o valor das perdas e danos, segue-se a execução por quantia certa contra devedor solvente. Ressaltando-se que, para que o fato seja prestado por terceiro é necessário a anuência do credor, pois ele não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente.

Entretanto, se a prestação devida for suscetível de ser realizada por outrem, pode o juiz, a requerimento do autor, decidir que um estranho realize o fato às custas do executado. Para tanto, o credor apresentará, em petição, uma ou algumas propostas, subscritas por interessados na realização da obra, sobre as quais o juiz ouvirá o devedor, nos termos do art. 634, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Não há mais obrigatoriedade de uma avaliação prévia como se exigia o § 1.º do art. 634 do CPC. Só eventualmente, para solucionar alguma controvérsia sobre a proposta trazida pelo credor, pode-se lançar mão de instrução probatória, inclusive por meio de prova pericial.

Neste sentido, discorre Fux (2008, p, 283):

Tratando-se de fato que pode ser prestado por terceiro é lícito, ainda, ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele o realize à custa do devedor, na forma do novel artigo 634 do CPC, comentado no capítulo próprio da execução extrajudicial. Neste caso, o exequente adianta as quantias e as recobra sob a forma de cumprimento de obrigação de entrega de soma.

Consoante observa Dinamarco (2009, v. 4, p. 558-559), embora o Diploma Processual Civil cuide de forma detalhada do procedimento de prestação de fato por terceiro, na prática, raríssimas vezes este procedimento tem sido utilizado. A razão é evidente: além da morosidade, decorrente da avaliação e publicação de editais, o procedimento acaba sendo demasiadamente oneroso. E, se é certo que todas as despesas serão carreadas ao devedor, também é certo que ao credor caberá antecipá-las, assumindo o risco de, mais tarde, não encontrar no patrimônio do devedor bens suficientes que permitam a recuperação de tudo que foi despendido. Por isso, tem-se recorrido às *astreintes* e às medidas de apoio nas

execuções de fazer de natureza fungível, como forma de remediar tal empecilho, compelindo o executado a adimpli-la. Neste sentido, discorre o autor:

Nesse momento o exeqüente optará pela realização por terceiro ou perdas e danos; é sempre dele e não do juiz a escolha, a partir da firme disposição legal de que, sem a vontade do credor, só se fazem conversões em dinheiro quando for impossível realizar o resultado prático equivalente (art. 461, § 1.º - supra, n. 1.617). Se optar pela realização por terceiro, o juiz promoverá uma licitação e adjudicará o serviço ao vencedor: o exeqüente fará os pagamento devidos a este e depois, havendo-se tornado credor por dinheiro, poderá promover a execução por quantia certa (arts. 634 e 637). Também credor por dinheiro ele será se houver optado pelas perdas e danos. O art. 637 oferece-lhe ainda a faculdade de optar por realizar ele próprio o serviço, tornando-se credor também nessa hipótese e podendo promover a execução por quantia, sempre que o obrigado não prestar o fato ou o prestar 'de modo incompleto ou defeituoso' (art. 636). Na prática ninguém opta por essas medidas tão complicadas e burocráticas, a cujo respeito rareia a jurisprudência. (DINAMARCO, 2009, v. 4, p. 558-559)

Já, as obrigações de fazer *infungíveis*, por sua vez, só serão adimplidas se a obrigação for realizada pelo próprio obrigado. Desta forma, é inviável se obter o cumprimento específico da obrigação sem que se possa contar com a colaboração da vontade do devedor. Em função disto, o Estado fica impossibilitado de penetrar na autonomia da vontade do devedor e de obrigá-lo, através da força física, a cumprir o que lhe cabe. Esta exegese dificulta muito a execução específica das obrigações de fazer de natureza infungível.

Neste caso, se o devedor recusar-se a cumprir obrigação de conduta infungível, outra alternativa não terá o credor senão a de reclamar perdas e danos, sob o rito de execução por quantia certa. Se o contrato não previu o valor da indenização em caso de inadimplemento, deverá o credor liquidar previamente o valor da indenização.

Neste sentido, ensina Dinamarco (2009, v. 4, p. 556):

É possível construir o muro a que o credor tem direito, ainda quando não o faça pessoalmente aquele que tinha a obrigação de fazê-lo: o juiz dá a um terceiro o encargo de fazê-lo, respondendo o obrigado pelas despesas (arts. 634-635), e, feito isso, o credor terá obtido o resultado específico que desejava, restando-lhe apenas cobrar o dinheiro despendido para tanto. **Mas não é possível realizar o concerto a que se comprometera um grande e famoso tenor se**

ele não se dispuser a comparecer e definitivamente negar-se a cantar (limitação natural à execução forçada); nesses casos o juiz substituirá a obrigação de comparecer e cantar pela de pagar o dinheiro que reconstitua, na medida do possível, a utilidade que o credor legitimamente esperava do cumprimento da obrigação (p ex., pagar as despesas com a contratação de outro artista do mesmo nível). (grifos nossos)

Insta, entretanto, ressaltar que, com o objetivo de quebrar a resistência do obrigado em cumprir o avençado, antes da conversão em pecúnia serão feitas todas as tentativas possíveis no sentido de motivar o executado a cumprir sua obrigação. Impor-se-á ao devedor a fixação de multa por dia de atraso, ou medidas de apoio, previstas no art. 461, § 5.º do CPC, enfim, todas as medidas legais que se revelarem aptas a compelir o executado a produzir o resultado legitimamente esperado pelo exeqüente.

Consoante adverte Dinamarco (2009, v. 4, p. 559), o objeto da obrigação só se converterá em pecúnia, quando todas estas tentativas restarem definitivamente frustradas ou quando o próprio credor assim preferir. Acenando com o mesmo entendimento, Araken de Assis (2009, p. 141) observa que:

Em tema de execução das obrigações de fazer, o liberalismo consagrou a regra 'nemo potest cogi ad factum', no art. 1.142 do CC francês, paradigma célebre das codificações do século XIX na área. O inadimplemento de obrigações de fazer infungível (nuda facta), cujo cumprimento eficaz e útil depende, exclusivamente, do próprio devedor, apesar de o obrigado ter abdicado de sua liberdade no momento em que contratou, resolver-se-ia no equivalente pecuniário, acrescido de indenização, porque intangível a pessoa do executado à força estatal, consoante a regra.

A frustração natural de numerosos direitos, produzida neste insatisfatório sistema, plasmou a criação de certa técnica executiva, a *astreinte*, destinada à superação do impasse.

Já, em se tratando de execução de obrigação de não fazer, cujo dever do obrigado é o de abstenção, a prática do ato por si só importa inexecução total da obrigação, surgindo para o credor o direito a desfazer o fato ou de ser indenizado, quando os efeitos forem irremediáveis. A execução forçada, nas espécies de obrigação de não fazer, não se endereça à realização da prestação devida, mas ao desfazimento daquilo que indevidamente se fez – o que não deixa

de ser uma espécie de obrigação de fazer – e só quando isto não for possível, converte-se em reparação de perdas e danos.

O art. 251 do Código Civil prescreve que: “Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfazer, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos”. Sendo assim, a violação de uma obrigação negativa dá origem a uma obrigação inversa, de caráter positivo, consistente no dever de desfazer o que houver sido feito. Neste caso, o processo executivo tenderá a uma das duas opções: desfazer o fato à custa do devedor com perdas e danos se tal ato lhe acarretou prejuízo, ou indenizar o credor pelas perdas e danos.

No primeiro caso, teremos uma execução de prestação de fazer, cumulada com quantia certa se cabível também a indenização, e no segundo uma execução de quantia certa. Sendo, ainda, relevante enfatizar que o descumprimento da obrigação de não fazer em decorrência de impossibilidade da abstenção do fato, sem que para isto haja concorrido o devedor, dá ensejo à resolução da obrigação e, por conseqüência, a exoneração do devedor, nos termos do art. 250 do Código Civil. O mesmo ocorre no descumprimento fortuito de obrigação de fazer.

Dispondo sob o tema exposto, Araken de Assis (2009, p. 602) acrescenta:

Como a obrigação negativa, infringida pelo inadimplemento, se transformou em positiva (desfazer), em virtude de elemento material derivado do descumprimento, que perpetua aquele no mundo, o rito segue as linhas gerais do apropriado para o facere. Tudo aquilo que não deveria acontecer e estava proibido realizou-e e, nesta contingência, só resta dismantelar as conseqüências da transgressão.

Também, por sua vez, o art. 287 do Código de Processo Civil, que alude a uma obrigação de *tolerar uma atividade*, trata-se de espécie obrigação de não fazer, ou seja, de não realizar atos de resistência a uma atividade lícita de outrem. Neste sentido, esclarece Dinamarco (2009, v. 4, p. 562):

[...] se estou preparando a construção de um muro divisório a que tenho direito e o vizinho dá sinais de que me impedirá de consumir o que pretendo fazer, o juiz o condenará a abster-se dessa resistência (CC, art. 1297). Não resistir e, portanto, suportar é abster-se de uma

conduta indevida; é portanto uma obrigação de não fazer e como tal será tratada no sistema executivo (supra, n. 1.653)

Outrossim, consoante observa Dinamarco (2009, v. 4, p. 561), mesmo diante do silêncio do Livro II do Diploma Processual Civil, o juiz tem amplo poderes para evitar a prática de atos transgressivos às obrigações de não fazer o que será feito, em se tratando de título executivo judicial representado por sentença civil condenatória, na mesma relação jurídica processual, impondo-se todas as medidas necessárias que o § 5.º do art. 461 do CPC põe à disposição do magistrado.

Constata-se, pois, que a reforma do art. 461 do Diploma Processual Civil veio de encontro ao escopo de efetividade do processo, passando a condenação, nas prestações oriundas de sentença condenatória de obrigação de fazer e não fazer, a ser realizada na própria relação de cognição de onde proveio o comando condenatório – no processo sincrético. O novo sistema conferiu agilidade ao procedimento, diminuindo o custo do processo e a espera da parte no recebimento de sua tutela satisfativa.

5.2.5 Da Conversão da Tutela Específica em Perdas e Danos: uma Opção do Credor em Caso de Inadimplemento da Obrigação

O credor tem o direito de exigir, por meio da tutela jurisdicional, a tutela específica, de maneira que o juiz não pode, em regra, forçá-lo a se satisfazer com a indenização de perdas e danos. A obrigação, como prevê o art. 461, § 1.º, do CPC, somente se converterá no equivalente econômico em duas hipóteses: *i)* quando o próprio credor, diante do inadimplemento, prefira pleitear a reparação dos prejuízos, em lugar do cumprimento *in natura*; *ii)* quando a prestação específica, por sua natureza ou pelas circunstâncias do caso concreto, se torne impossível, o mesmo ocorrendo com a obtenção de resultado prático equivalente.

O art. 461 prescreve, em seu § 1.º, do Diploma Processual Civil que: “A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

Frise-se que as perdas e danos, ou mais precisamente, a tutela pelo equivalente em dinheiro não se confunde com o resultado prático equivalente. O

resultado prático equivalente presta, ainda que de outra forma, a tutela do direito pretendida pelo autor. Já as perdas e danos constituem tutela distinta da tutela específica, substituindo-se a obrigação de fazer por obrigação de pagar quantia certa.

Sublinhe-se que tal norma subordina a conversão da tutela específica em perdas e danos a uma de duas ocorrências: *i) o requerimento do autor e ii) a impossibilidade da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente.*

Dinamarco (2009, v. 4, p. 516) adverte que:

A primeira hipótese de conversão pecuniária a ser considerada é a daquela que se impõe em virtude da impossibilidade da execução específica, sendo melhor converter do que renunciar a qualquer tutela jurisdicional. Há impossibilidade física de executar de modo específico quando o sujeito obrigado a fazer personalíssimo houver falecido (como é o caso do reverenciadíssimo Luciano Pavarotti) ou perdido a capacidade com que antes contava (o cantor perdeu a voz), ou quando a coisa devida houver sido furtada, perdida ou tão deteriorada que já não sirva aos propósitos daquele que tinha o direito a ela (art. 627); haverá a conversão do objeto da obrigação pelo dinheiro correspondente e, se for o caso segundo a lei civil, o obrigado ou seus sucessores responderão também por perdas e danos. Há impossibilidade jurídica quando alguma norma legal impedir a entrega ou impuser restrições a ela, especialmente na hipótese de haver sobrevindo a desapropriação da coisa pelo Poder Público ou um direito de terceiro sobre ela (aquisição em circunstâncias que não caracterizem a fraude de execução – supra, nn. 1.577 ss.). Também em relação ao resultado prático equivalente ao cumprimento da obrigação podem opor-se impossibilidades físicas ou jurídicas que lhe impeçam a efetividade, sendo nesses casos inevitável a conversão em pecúnia (art. 461, § 1.º).

Há quem questione o poder absoluto do credor de exigir o equivalente econômico, quando, segundo o princípio da menor onerosidade para o devedor, for mais conveniente cumprir a prestação específica, de fazer ou não fazer.

Dinamarco (2009, v. 4, p. 527) entende que:

“[...] a ampla e irrestrita liberdade de optar do credor parece até contar com o apoio da própria lei, que não faz ressalva alguma (v. também art. 633), assim como da autonomia da vontade, que é filha da garantia constitucional da liberdade – mas esse não é o melhor entendimento”.

Para o autor, não é lícito ao credor impor ao obrigado a conversão em pecúnia “[...] sem que haja sobrevindo a impossibilidade de fazê-lo”, pois pode parecer ao devedor mais conveniente cumprir a própria obrigação ou realizar o resultado equivalente, mesmo após o inadimplemento da prestação. *Ipsis litteris*:

[...]; se o credor manifestar preferência pela conversão nessas circunstâncias, optará o obrigado entre aceitá-la ou não, sendo seu assentimento rigorosamente indispensável para que ela prevaleça. As conversões autorizadas no sistema do art. 461, § 1.º, são excepcionais e só se legitimam como reação da ordem jurídica às impossibilidades ou às ilegítimas resistências do obrigado. (2009, v. 4, p. 527)

Também Marinoni e Arenhart (2007, v. 3, p. 178) entendem que a conversão da tutela específica da obrigação inadimplida em tutela pecuniária não é fruto de um *direito livre* ou o *simples exercício de uma opção*:

É certo que o art. 461, § 1.º, do CPC, admite que o autor opte livremente, no caso de tutela de reparação do dano, pelo equivalente monetário. Mas isto somente é possível no caso de tutela ressarcitória, isto é, de tutela de reparação do dano; não na hipótese de tutela do adimplemento da obrigação contratual. A obrigação inadimplida, caso pudesse ser convertida livremente em dinheiro, daria ao credor o poder de transformar a obrigação pactuada, o que violaria flagrantemente o sistema das obrigações e o princípio da autonomia de vontade, tornando legítima a novação unilateral da prestação contratada. A natureza da prestação contratada não pode ser modificada unilateralmente pelo credor. A tutela específica da obrigação somente pode ser convertida em tutela pecuniária quando o devedor não cumprir a sentença e quando a tutela específica for faticamente impossível.

Contudo, Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 28) afirma que “[...] não me parece seja este o melhor entendimento, em face da sistemática do direito material aplicável à espécie”. Do inadimplemento nasce para o credor a opção natural entre executar a obrigação em sua prestação específica ou convertê-la em perdas e danos, “[...] de maneira que, tendo sido descumprida a obrigação é ao credor que compete definir o caminho a seguir para reparar a infração cometida pelo inadimplente” (NEVES apud THEODORO JUNIOR, 2009, v. 2, p. 28-29).

Outrossim, em nome da menor onerosidade, prevista no art. 620 do Código de Processo Civil, Grinover (1996, p. 259) entende que o juiz tenha poderes

para até contrariar a opção do credor pelas perdas e danos e forçá-lo a aceitar, mesmo tardiamente, a prestação específica, se esta corresponder à execução de forma menos gravosa para o executado.

Entretanto, o art. 620 do Código de Processo Civil, quando permite ao juiz escolher a forma menos gravosa de realizar a execução, pressupõe a existência de mais de um meio executivo para satisfazer a prestação a que faz jus o exeqüente. Não se aplica para alterar aquilo que a lei lhe assegura e que somente ele tem o poder de definir: o objeto da ação, o pedido. “O caminho para satisfazer o pedido é que o juiz pode alterar, para minimizar o sacrifício que a execução acarreta ao devedor, nunca o próprio objeto do pedido, se legitimamente formulado” (THEODORO JUNIOR, 2009, v. 2, p. 29).

No mesmo sentido dispõe Talamini (apud THEODORO JUNIOR, 2009, v. 2, p. 29), para quem: “O caráter instrumental do processo obsta que regras e princípios venham a alterar os desígnios do direito material. Portanto, já tendo havido violação do direito patrimonial disponível, seu titular é livre para optar pela tutela indenizatória”.

5.2.6 Da Tutela Antecipada nas Obrigações de Fazer: Cotejo entre o art. 273 e o art. 461, § 3.º do Código de Processo Civil

Em regra, o exeqüente quando ingressa em juízo pretende que a providência por ele suscitada seja concedida o mais rápido possível. Já, o executado, na maioria das vezes, busca prorrogar o tempo e a situação processual, utilizando-se de mecanismos e técnicas processuais que tendam a postergar a decisão judicial.

Desse modo, tem-se a seguinte situação: do ponto de vista do exeqüente lhe está assegurada, pela Constituição Federal, a tutela efetiva e tempestiva, nos termos do art. 5.º, XXXV e LXVIII da Constituição Federal; já na perspectiva do executado, a invasão de sua esfera jurídica demanda o respeito ao devido processo legal e seu correlato princípio do contraditório, previsto no art. 5.º, LIV da Constituição Federal.

Neste cenário, surge a antecipação de tutela que tem como escopo a subversão do ônus temporal no processo, que, via de regra, opera contra o credor,

permitindo-lhe, sob certas limitações, o gozo do direito. Conforme observam Marinoni e Arenhart (2008, v.1, p. 28), a possibilidade de se deferir a antecipação da tutela tem como principal estímulo a convicção de que o tempo do processo não pode ser um ônus somente para o exeqüente.

Tem também como justificativa a circunstância, comum na rotina forense, de que o executado tende a protelar a prestação jurisdicional pleiteada pelo exeqüente, por lhe parecer mais conveniente esperar a decisão desfavorável do que reconhecer o direito do postulante e adimplir a obrigação decorrente desse reconhecimento. Muitas vezes, é vantajoso ao devedor trazer ao processo defesas meramente procrastinatórias, com o intuito de prorrogar sua situação jurídica, mesmo que sem razão e, em contrapartida, o credor sofre as conseqüências desta demora processual.

Neste cenário, a tutela antecipada mostra-se como uma alternativa eficaz, cujo intuito é satisfazer, ainda que de maneira provisória, o direito do autor, no caso o exeqüente, quando dotado de alto grau de probabilidade. Ressalvando-se que a concessão da medida antecipatória poderá ser *inaldita altera parte* – quando a urgência for de tal ordem que não se possa esperar a resposta do réu, ou quando a citação possa tornar ineficaz a medida – ou depois de verificada a justificação prévia. A concessão da medida sem a oitiva do executado não constitui ofensa ao contraditório, uma vez que este restará postergado para um momento processual oportuno.

Da análise do cotejo entre os artigos 273 e 461, § 3.º do Código de Processo Civil, constata-se que, aparentemente, o Diploma Processual Civil teria adotado dois regimes distintos de antecipação de tutela: o previsto para as obrigações em geral, disciplinado pelo art. 273 e o previsto para as obrigações de fazer e não fazer, regulado pelo art. 461, § 3.º do Código de Processo Civil.

Neste diapasão, o art. 273 do CPC exige que a parte apresente prova inequívoca conducente à verossimilhança do alegado, comprove perigo de dano de difícil reparação e que os efeitos da providência a ser antecipada não sejam irreversíveis. Já, no § 3.º do art. 461 do mesmo Diploma, a lei reclama, como condição da tutela antecipada, a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final.

Diante da diversidade de redação dos aludidos dispositivos legais, parte da doutrina entende que a lei não foi tão exigente em relação à antecipação de tutela nas obrigações de fazer e não fazer como o foi ao prevê-la para as demais obrigações, pois, para estas, além dos dois requisitos já explicitados, exigem-se também a prova inequívoca, o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação e o abuso do direito de defesa do réu (de modo alternativo com o *periculum in mora*).

Carreira Alvim (2003, p. 116-117) sustenta a presença de três regimes distintos de antecipação de tutela: *i*) as obrigações de fazer e não fazer, sob a égide do art. 461 do CPC; *ii*) as obrigações de dar, sob a égide do art. 461-A do CPC; *iii*) e as obrigações de pagar soma em dinheiro e correlatas, sob a égide do art. 273 do CPC.

Para o autor, não é possível a aplicação das regras de um sistema ao outro, senão supletivamente. Defende que, como o art. 273 não consagra, por exemplo, a justificativa prévia, não pode ela ser exigida, limitando-se a prova inequívoca apenas à prova documental, quando não for caso de matéria exclusivamente de direito. Adverte, contudo, que o perigo de irreversibilidade se aplica também na hipótese do art. 461, porquanto a regra é que a tutela se faça sem risco da impossibilidade da reposição da situação no *status quo ante*.

Com esse espírito, parece ter o legislador exigido menos para que a parte pudesse obter a antecipação da tutela específica nas obrigações desta natureza. Comungando deste entendimento, discorrem Nery Júnior e Nery Andrade (2008, p. 672):

§ 3.º: 14. Adiantamento da tutela. A tutela específica pode ser adiantada, por foca do CPC 461 § 3.º, desde que seja relevante o fundamento da decisão (*fumus boni iuris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). É relevante notar que, para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court* (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) a prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) o *periculum in mora* (CPC 273 I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC 273 II).

Contudo, não parece ser esta a melhor interpretação a respeito do tema. Falar-se em relevância do fundamento não é outra coisa que exigir-se a verossimilhança de tudo o que arrola o autor para pretender a tutela jurisdicional antecipatória. Não há, portanto, diferença significativa, no aspecto do *fumus boni iuris*, entre o art. 273 e o art. 461, § 3.º do Código de Processo Civil.

Outrossim, a situação de perigo parece ser exatamente a mesma nas duas hipóteses: o risco de dano grave e de difícil reparação, de que fala o art. 273 do CPC é justamente o fundado temor de que o provimento final se torne ineficaz, caso a medida do art. 461 do CPC não seja antecipada. Também a irreversibilidade é de se exigir, como regra, porque a antecipação de tutela é forma de execução provisória e toda execução da espécie deve ser praticada de forma a prever a eventualidade do retorno ao *status quo ante*.

Constata-se que, na prática, nunca foi fácil estabelecer os limites da tutela antecipada do art. 273 e do art. 461 do CPC, tanto que muitas obrigações de fazer ou não fazer são postuladas, com base no art. 273 do CPC, enquanto muitas obrigações de dar são requeridas com fundamento no art. 461 do mesmo Diploma, fazendo os Tribunais *tabula rasa* da disciplina normativa, para não impossibilitar a efetividade do direito da parte.

Seja como for, fato é que a antecipação da tutela, seja na modalidade da tutela antecipada do art. 273, seja na dos art. 461 e 461-A, ambos do Código de Processo Civil, vem produzindo os desejados efeitos, neutralizando, pelo menos em parte, a morosidade do processo e tornando mais efetiva a prestação jurisdicional, na medida em que possibilita ao autor, que comprove satisfazer os requisitos legais, o gozo antecipado do seu direito material.

5.2.7 Da Execução da Sentença Condenatória de Declaração de Vontade

A execução das prestações de declaração de vontade em geral, previstas no art. 466-B do CPC, é tratada como obrigações de fazer de natureza fungível – *a infungibilidade outrora proclamada era apenas jurídica* – sujeitando-se, por isso, a execução forçada específica *in natura*. Se há recusa ou mora do devedor, é possível substituir a declaração negada por algo que produza os mesmos efeitos

jurídicos, outorgando ao credor o contrato ou a declaração de vontade que lhe assegurou o pré-contrato ou a promessa de contratar.

Nestes casos, o interesse do credor não está voltado para a declaração em si, mas sim para o efeito jurídico desta declaração. O que o credor deseja é que se forme situação jurídica igual à que resultaria da emissão espontânea, pelo devedor, da declaração de vontade sonogada. Neste sentido, explana Fux (2008, p. 310):

A presente execução de obrigação de prestar manifestação de vontade tem singularidades notáveis, haja vista que se aproxima das execuções de fazer fungíveis e infungíveis, na medida em que, malgrado a vontade humana seja personalíssima – e, em princípio incoercível –, a prestação torna-se supável por outrem, *in casu*, o Judiciário. Ademais, a sentença satisfaz tudo quanto a parte espera do juízo, revelando-se o provimento jurisdicional ‘auto-suficiente’, porquanto a satisfação é sincrética, isto é, opera-se na própria relação de cognição. Consoante já se afirmou, ‘às vezes o juiz condena para executar e, por vezes, como no caso presente, executa para condenar’.

[...]

A infungibilidade da vontade é apenas jurídica não de ordem natural como, *v.g.*, ocorre com as obras e serviços que se exigem *ratione personae* tais como o quadro de pintor, o concerto de um músico, a estatueta de um escultor. Neste sentido, Calamandrei, ‘La sentenza come Atto di Esecuzione Forzata’, in *Studi del Processo Civile*, 1934, v. III, PP. 20 e 21).

Sendo assim, obtida a sentença que condenou o devedor a emitir a prometida declaração de vontade, o atendimento da pretensão do credor não mais dependerá de qualquer atuação do promitente. A própria sentença, uma vez transitado em julgado, substituirá a declaração não emitida, produzindo todos os efeitos jurídicos a que se destinava, nos termos do art. 466-B do Código de Processo Civil. A sentença, em outras palavras, supre a declaração de vontade sonogada pelo devedor (ARAKEN DE ASSIS, 2009, 606-607).

É o que ocorre, por exemplo, nas ações de adjudicação compulsória, onde o compromissário comprador, que pagou todas as parcelas, tem o direito de receber a escritura pública, tornando definitiva a compra e venda. Caso o promitente devedor se recuse outorgar a escritura pública, o compromissário comprador ajuizará a adjudicação compulsória e a sentença de procedência produzirá o mesmo

efeito jurídico que a escritura sonegada, o que significa que, transitada em julgado, a compra e venda estará aperfeiçoada.

Registrada a sentença de adjudicação, o compromissário comprador terá se tornado proprietário do imóvel. “O registro da sentença posterior tem o escopo de tornar o contrato concluído oponível *erga omnes*, bem como transferir o domínio, posto que a simples tradição ou o vínculo, no direito brasileiro, não são, por si sós, translativos do domínio” (FUX, 2008, p. 307).

Não há necessidade de execução, nem de citação do devedor para cumprir a obrigação. Do simples trânsito em julgado resulta a produção dos efeitos jurídicos iguais aos que resultariam da declaração não emitida. “A prestação jurisdicional, na sistemática do Código, a um só tempo condena o réu à declaração de vontade e, com o trânsito em julgado, produz logo ‘todos os efeitos da declaração não emitida (art. 466-A)’” (THEODORO JUNIOR, 2009, v. 2, p. 39). Não há lugar para a *actio iudicati* porque a enunciação da declaração da vontade feita pela sentença, já é a própria execução que se exaure no momento do trânsito em julgado.

Do mesmo modo, corrobora Araken de Assis (2009, p. 606):

A ação que nasce do contrato preliminar, ou seja, do inadimplemento da obrigação de prestar declaração de vontade, já é executiva. No seu curso, como evidenciou julgado da 4.^a Turma do STJ (104), o réu manifestará os motivos da sua recusa a declarar a própria vontade, resultando do acolhimento do pedido a emissão de provimento que produzirá o mesmo efeito da declaração não emitida (art. 466-A). Em outras palavras, a execução do comando sentencial se realiza na própria relação processual de conhecimento, prescindindo do ajuizamento de nova demanda. Nesse sentido se manifestou Barbosa Moreira, em estudo sobre o assunto, de olhar fito na disciplina anterior à Lei 11.232/2005: ‘Na verdade, o assunto de que tratam os arts. 639 a 641 nada tem a ver com o processo de execução, que, por supérfluo, nem sequer chega a formar-se’. Hoje, convém acrescentar que o cumprimento do provimento judicial se realiza na forma adequada à sua natureza.

Dispõe, por sua vez, o art. 466-B do CPC que o suprimento da vontade só se dará se tal possibilidade for *possível e não excluído pelo título*. Neste aspecto, Fux (2008, p. 308) esclarece que a *possibilidade* diz respeito aos requisitos do contrato a ser concluído, porquanto não pode a sentença suprir elementos essenciais dos negócios jurídicos. E exemplifica:

[...] assim, por exemplo, se a vontade pactuada de formar o contrato definitivo foi assumida em documento onde faltam especificações necessárias do contrato definitivo, como o preço, a coisa, e assim por diante, não se revela possível concluir o contrato, tornando-o definitivo. Como se afirma costumeiramente, as promessas de contratar devem conter todos os elementos do contrato definitivo.

Questão interessante verifica-se nos pré-contratos de alienação de domínio de bem imóvel, em que se exige o registro para a obtenção da adjudicação compulsória, consoante a dicção das leis de parcelamento e loteamento do solo urbano.

Conforme esclarece Fux (2008. p. 309), a existência do registro cria para o promitente comprador uma pretensão exigível *erga omnes*; por isso, o adquirente do imóvel pode vir a sofrer a demanda como legitimado passivo. No entanto, a parte, titular de pré-contrato ainda não registrado, pode deduzir a sua pretensão em face do contratante originário que firmou a avença e resiste em emitir a vontade conclusiva. Mas não é possível promover a mesma ação contra o terceiro adquirente de boa-fé, a quem tiver sido alienado o bem, porquanto a ausência do registro impede sua oposição *erga omnes*, resolvendo-se a obrigação em perdas e danos em face ao alienante.

Por fim, prescreve art. 466-C do Diploma Processual Civil que: “Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível”. Neste sentido, se a parte pretende essa outorga e ainda necessita depositar ou efetuar alguma prestação, deve fazê-lo como condição de procedibilidade para exigir a conclusão da avença.

5.3 DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA PARA ENTREGA DE COISA CERTA

5.3.1 Dos Benefícios oriundos da Lei n.º 10.444/2002

As obrigações de dar, ou de entrega de coisa, como nomenclatura o Código de Processo Civil, são modalidades de *obrigação positiva*, cuja prestação

consiste na entrega ao credor de um bem corpóreo, seja para transferir-lhe a propriedade, seja para ceder-lhe a posse ou para restituí-la.

Segundo Gomes (2001, p. 37): “Na prestação de dar *stricto sensu*, o devedor transfere, pela tradição, a propriedade de uma coisa; na de entregar, proporciona o uso ou o gozo da coisa; na de restituir, devolve a coisa que recebeu do credor”.

Por *obrigação de dar coisa certa*, entende-se como sendo aquela em que o devedor obriga-se a entregar coisa individualizada, móvel ou imóvel, e que se distingue das demais por características próprias. Por essa razão, o credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa. Fica o devedor jungido a promover, em benefício do credor, a tradição da coisa determinada, entregando ou restituindo essa mesma coisa, sem que haja qualquer alteração no objeto da prestação jurídica.

Segundo a lição de Pontes de Miranda (1976, p. 48), coisa certa é a *coisa individuada*, sendo que “[...] os sinais distintivos bastam para a identificação. Ou seja: A obrigação de dar coisa certa é obrigação em que se determinou o objeto a ser prestado e se individuou tal objeto”.

Já, a obrigação de *dar coisa incerta* que, segundo estatui o Código Civil em seu art. 243, deve, ao menos, ser indicada pelo gênero e quantidade, precisa, antes de seu cumprimento, ser individualizada, passando, a partir de então, vigorar o procedimento legal previsto para as obrigações de entrega de coisa certa. Essa determinação opera-se mediante a *escolha* ou *concentração*, prerrogativa conferida, a princípio, ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação, consoante declara o art. 244 do Diploma Civil.

A lei, por sua vez, determina que o devedor não será obrigado a entregar coisa da melhor qualidade, tampouco poderá libertar-se ofertando a de pior qualidade. As partes podem, entretanto, convencionar que a escolha competirá ao credor, o qual deverá pleitear a coisa já individualizada já na petição inicial.

Neste diapasão, a execução que tenha por objeto entrega de coisa opera-se, agora, nos moldes do art. 461-A do CPC, com redação dada pela Lei n.º 10.444/2002. Antes da edição deste artigo, havendo o inadimplemento da obrigação, o credor tinha que, mesmo após o percurso do processo cognitivo condenatório de entrega de coisa, ingressar com ação executiva autônoma, nos moldes dos artigos

621 a 631 do Código de Processo Civil, para só então, obter o mandado de imissão na posse, em se tratando de bem imóvel, ou de busca e apreensão, em se tratando de coisa móvel, e ver satisfeita sua pretensão.

Nem é preciso dizer que o procedimento da execução para a entrega de coisa, da mesma forma que o procedimento executivo das obrigações de fazer ou não fazer, continha uma série de formalidades que o tornavam extremamente moroso e inefetivo. Essa demora na prestação jurisdicional privilegiava o devedor, que continuava na posse da coisa, dela usufruindo durante todo transcorrer do processo, com grande possibilidade de deteriorá-la, perdê-la ou aliená-la a terceiro, hipóteses em que o credor tinha que se sujeitar a converter sua obrigação em indenização por perdas e danos, promovendo a execução por quantia certa.

Esse problema perdurou até recentemente, pois o procedimento da tutela específica, previsto no artigo 461 do Código de Processo Civil, era relegado apenas às obrigações de fazer ou não fazer, não abrangendo as obrigações de pagar e de entregar coisa certa. Mas o legislador, com o objetivo de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, em 07 de maio de 2002, através da Lei Federal nº 10.444, criou o artigo 461-A do Código de Processo Civil e estendeu o regime jurídico da tutela específica também às obrigações de dar coisa certa.

Sob o tema em foco, ensina Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 73):

[...] Também em relação às obrigações de dar ou restituir, a tutela jurisdicional deverá ser específica, de modo que o não cumprimento voluntário da condenação acarretará, nos próprios autos em que se proferiu a sentença, a pronta expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse (art.461-A). Não cabe mais, portanto, a *actio iudicati* nas ações condenatórias relativas ao cumprimento de obrigações de entrega de coisas. Tudo se processa sumariamente dentro dos moldes da *executio per officium iudicis*.

E, no mesmo sentido aduz Fux (2008, p. 315):

Destarte, à semelhança das obrigações de fazer e não fazer, que já haviam sofrido alterações com a reforma de 2002, a novel lei encarta a decisão de entrega prevista no art. 461-A ao novo sistema, cumprindo-nos compatibilizá-lo com as novas regras, sem olvidarmos a aplicação subsidiária e analógica da execução extrajudicial recomendada pelo art. 475-R.

Conseqüentemente, esse cumprimento pode ser definitivo ou provisório, bem como, guardadas as suas singularidades, admite não só a impugnação genérica do cumprimento por execução, como também a oposição calcada em direito de retenção por benfeitorias.

Trata-se, insofismavelmente, de um efetivo instrumento processual de tutela, transformando em mandamentais todas as ações que tenham por objeto a entrega de coisa. Essas modificações revelam a intenção do legislador em conceber um processo que realmente proporcione o atendimento da pretensão de maneira efetiva, visando amenizar o descrédito que a justiça tem sofrido pela demora nas prestações jurisdicionais.

5.3.2 Do Procedimento Executivo da Obrigação de Dar

Como corolário do art. 461-A do Diploma Processual Civil, garantiu-se às partes, sempre que possível e desejável, a execução específica da obrigação de entrega de coisa através do cumprimento da sentença, operada na mesma relação jurídica processual que originou o título, reservando a conversão da prestação em perdas e danos somente para as hipóteses de requerimento do autor, ou impossibilidade da tutela específica ou obtenção do resultado prático correspondente. A sentença que condena a entrega de coisa dispensa posterior processo de execução para efetivar seu direito, podendo executá-la nos mesmos autos, independentemente da instauração de processo de execução *ex intervallo*.

O Diploma Processual Civil permite ao juiz, em sede de medida liminar ou na sentença final, ordenar que o demandado entregue a coisa certa ou incerta, no prazo por ele fixado, consoante a dicção do art. 461-A, *caput*. Por conseguinte, se o devedor descumprir a ordem, será imediatamente emitido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar, respectivamente, de bem móvel ou imóvel, satisfazendo, desde já, a pretensão do credor, nos termos do art. 461-A, § 2.º do CPC.

Neste diapasão, Araken de Assis (2009, p. 561-562) esclarece que o que diferencia um provimento do outro é que, o mandado de busca e apreensão se cumpre por meio de deslocamento físico da coisa que, uma vez apreendida, por ser móvel, é removida pelo agente judiciário para ser entregue ao credor. No caso do

bem imóvel, dada a inviabilidade de seu deslocamento, o credor é encaminhado até a situação do bem, sendo aí imitado na posse por mandado, ficando, no mesmo ato, afastada a parte contrária, por obra do oficial de justiça encarregado do cumprimento da ordem judicial.

Fux (2008, p. 316) observa que a execução do cumprimento de sentença para entrega de coisa é – diversamente do que ocorre na execução por quantia certa, a qual faz incidir os meios executivos sob qualquer bem penhorável – recai sobre coisa determinada, móvel ou imóvel, objeto da prestação assumida no título executivo. O procedimento *in foco* dirige-se, exatamente, ao alcance desse desígnio: “[...] sua estrutura é ditada à consecução da apreensão judicial do bem e subsequente entrega, o que justifica a utilização dos meios satisfativos de sub-rogação consistentes na imissão na posse de imóvel e na busca e apreensão de bens móveis”.

A possibilidade da aplicação da multa cominatória, bem como das medidas de apoio advém de expressa disposição legal, porquanto o § 3.º do art. 461-A prevê a aplicação dos §§ 1.º a 6.º do art. 461 ao cumprimento de sentença referente à entrega de coisa, referente ao instituto da *astreinte* e das *medidas coercitivas de apoio*, previstas, respectivamente, nos §§ 4.º e 5.º do aludido dispositivo. “De modo que, segundo tal norma, é possível utilizar não apenas a multa, como qualquer meio de execução idôneo à tutela do direito material” (MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 210). Possibilidades, inclusive, já abordadas anteriormente neste ensaio.

Desse modo, com a prolação da sentença, o juiz expede uma ordem para que o réu entregue a coisa, determinando as medidas necessárias de *coerção* – como *astreintes* e as denominadas *medidas de apoio* – e *sub-rogação* – *por desapossamento* – para compeli-lo a cumprir a obrigação específica (ARAKEN DE ASSIS, 2009, p. 561). “Os comandos por ele exarados são cumpridos automaticamente, sem necessidade de ajuizar ação de execução autônoma, tampouco de citar o executado”.

Comentando o art. 461-A do Código de Processo Civil, Nery Junior e Nery Andrade (2008, p. 675) expõem:

2. Ação de conhecimento para entrega de coisa. A norma prevê eficácia de execução ‘*lato sensu*’ à decisão ou sentença proferida em

ação de conhecimento, em que se concede tutela específica para entrega de coisa. Portanto, pode ser executada por meio do instituto do cumprimento da sentença (CPC 475-I 'caput'), que, no caso da norma comentada, significa que, se julgado procedente o pedido, o juiz 'fixará o prazo para o cumprimento da obrigação' (CPC 461-A 'caput in fine'). Aplicam-se à execução para entrega de coisa, subsidiariamente, as regras do cumprimento da sentença, constantes do CPC 475-I 'et seq'.

Conforme observa Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 41), em qualquer das modalidades da obrigação de dar, ocorrido o inadimplemento, cabível se torna a tutela judicial da execução para a entrega de coisa. “Não há mais, no direito moderno, razão para distinguir entre a obrigação de dar para transferência da propriedade (tradição da coisa móvel) e a de entregar ou restituir, em cumprimento de vínculo pessoal ou creditício”. Toda execução de entrega de coisa, em princípio, deve ocorrer de forma específica, nos termos do art. 461-A do CPC, independentemente da prestação decorrer de vínculo real ou pessoal, ou da obrigação ser de cunho legal ou convencional.

5.3.3 Das Particularidades da Tutela de Entrega de Coisa e do Direito de Retenção por Benfeitorias

Segundo prega o art. 461-A do Código de Processo Civil, a prioridade é sempre a obtenção de uma tutela específica de entrega de coisa que seja exatamente o bem, móvel ou imóvel, pleiteado pela parte que o tem direito.

A tutela substitutiva só terá lugar quando o próprio credor já na propositura da ação preferir demandar a indenização pelo descumprimento da obrigação de entrega de coisa, ao invés de requerer a tutela *in natura*, ou quando, condenado o devedor à prestação específica, o cumprimento da sentença se frustrar devido o bem ter perecido, ter sido desviado ou não ter sido encontrado. Nestes casos, a sentença será executada, desde logo, nos moldes próprios das obrigações de quantia certa: ou seja, o mandado, expedido após o transcurso do prazo de pagamento voluntário, passa a ser para penhora e avaliação dos bens necessários à satisfação do direito do credor, nos termos do art. 475-J do CPC.

Em se tratando de obrigação de entrega de coisa genérica – determinada pelo gênero e quantidade, como, *verbi gratia* (v.g.), tantas sacas de

arroz ou soja –, cabe, no cumprimento da sentença condenatória, observar-se a escolha das unidades que irão compor a prestação devida.

Se a opção for do credor, dar-se-á a escolha na própria petição inicial, de maneira que ao acolher o pedido, a sentença condenará o devedor entregar a coisa que fora individualizada já na propositura da causa. Quando, porém, a opção for do devedor, a escolha deste será feita ao dar cumprimento à sentença, procedendo, no prazo que lhe for assinado para o cumprimento da obrigação, a determinação do objeto previsto genericamente na condenação, entregando-o ao credor ou o depositando em juízo. Urge respeitar o princípio de que nenhuma execução de crédito se processa em juízo sem observância do requisito da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação, seja em forma definitiva ou provisória.

Outrossim, considerando que o executado esteve de posse da coisa, é possível que tenha nela engendrado melhorias, das quais o exeqüente não pode locupletar-se (FUX, 2008, p. 322). O legislador, então, impõe que, em havendo benfeitorias indenizáveis ao devedor ou a terceiro, deve ser observado o disposto no Código Civil quanto às indenizações por benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias. Uma vez alcançado o valor das benfeitorias, cabe ao credor depositá-lo antes de obter a entrega da coisa. “Caso a entrega seja determinada pelo juízo sem o pagamento antecedente das benfeitorias, poderá o executado interpor, com efeito suspensivo até o pagamento das mesmas, ‘impugnação por retenção’”. Uma vez depositado o valor das benfeitorias, o exeqüente será imitado na posse do bem, imediatamente.

A doutrina entende que a retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, como objeto de embargos à execução, é incidente que, após as alterações realizadas pela Lei n.º 11.382/2006, apenas ocorre nas execuções de títulos extrajudiciais, nos termos do art. 745, IV, do Código de Processo Civil. Abolida a ação de execução separada do processo de conhecimento e, transformado o cumprimento da sentença em simples incidente da relação processual unitária, os embargos à execução não mais representam o meio processual adequado para se reivindicar a retenção por benfeitorias diante da condenação à entrega de coisa (THEODORO JÚNIOR, v. 2, 2009). Comungando do mesmo entendimento, Fux (2008, p. 317) afirma que a retenção por benfeitorias deve, em se tratando de

cumprimento de sentença, operar-se nos mesmos autos em que se originou o título, e não em autos apartados.

Por outro lado, tem-se entendido que a retenção por benfeitorias não deve ser matéria de discussão, de forma originária, em impugnação à execução de sentença. Deve ser afirmada na contestação e solucionada na sentença e, se acolhida, apresenta-se como condição a ser cumprida antes da execução. Reafirmando a necessidade do direito de retenção ser argüido na própria contestação, Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 230) acrescentam:

Nas ações do art. 461-A, os valores das benfeitorias, das acessões industriais, dos melhoramentos ou dos acréscimos devem ser apurados antes da sentença e não em 'liquidação de sentença'. Se o réu tem a oportunidade de afirmar direito de retenção por ocasião da contestação, não há sentido em deixar para depois da sentença a apuração de tais valores, até porque a verificação da existência de benfeitorias indenizáveis (ou mesmo acessões industriais, melhoramentos ou acréscimos) exige prova relacionada com 'a apuração dos seus valores'.

Se não for oportunamente suscitado o direito de retenção, somente por ação própria se poderá pleitear a indenização. De qualquer maneira, o réu ao requerer o direito de retenção, deve se submeter às exigências formais estatuídas no art. 745, § 1.º do CPC, ou seja, deverá a contestação conter todos os dados que permitam a identificação das benfeitorias e seus valores, sem os quais não será possível a sentença examinar-lhe o mérito ou tratar de eventual compensação.

Ressalta-se, por fim, que eventuais laconismos dos artigos 461 e 461-A serão supridos pelos artigos 621 e seguintes do Diploma Processual Civil, consoante prega a boa doutrina. "Aplica-se o disposto nos arts. 621 ss. às situações em relação às quais os parágrafos do art. 461-A não contenham norma específica" (DINAMARCO, 2009, v. 4, p. 550).

5.4 DA EXECUÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PROVENIENTE DE SENTENÇA JUDICIAL CÍVEL

5.4.1 Das Contribuições à Efetividade do Processo trazidas pela Lei n.º 11.232/05

Por obrigação de quantia certa entende-se como sendo aquela que se cumpre por meio de dação de uma soma em dinheiro (THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, p. 47). O débito pode ser oriundo de obrigação originariamente contraída em torno de dívida pecuniária – como um mútuo, o valor de um contrato de compra e venda, de locação, de prestação de serviços, etc. – ou pode resultar da conversão de obrigação de outra natureza pelo equivalente econômico, as perdas e danos – indenização por inadimplemento de obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa, reparação de dano, etc.

Viu-se que, desde dezembro 1994, nas execuções de obrigações de fazer e não fazer, e desde maio 2002, nas execuções de entrega de coisa provenientes de sentença judicial, não há que se falar em divisão entre processo de conhecimento e processo de execução e muito menos em autonomia deste último, devendo a tutela jurisdicional executiva ser considerada como uma fase do processo, o processo sincrético. O processo é único e compreende todas as fases processuais.

A última barreira a ser quebrada para fulminar de vez com a dualidade existente entre processo cognitivo e executivo proveniente de sentença condenatória eram as obrigações pecuniárias por quantia certa, cujo procedimento ainda se pautava pela tradicional divisão processual de Liebman, de tradição romana, com a necessária instauração de um processo executivo autônomo para a obtenção do direito creditório.

E é nesse ponto que jaz a principal mudança ocorrida com a Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005: tal qual nas obrigações de fazer ou entregar coisa, agora, até mesmo nas obrigações por quantia certa, torna-se desnecessária a instauração de um novo processo tendente a satisfazer a pretensão reconhecida. O cumprimento da sentença judicial será sempre efetivado na mesma relação jurídica processual. Em outras palavras, a partir da vigência da nova lei, todas as sentenças judiciais meritórias gozarão de eficácia executiva.

Passou-se a considerar todo o processo, desde o aforamento da demanda até a satisfação da execução, como um processo único. Os processos de conhecimento, de liquidação e de execução passaram a ser considerados fases de apenas um processo, o denominado *processo sincrético*, que contém *medidas cognitivas e executivas*.

Vale reproduzir as palavras de Carneiro e Teixeira (2010), autores da exposição de motivos do anteprojeto referido:

A 'efetivação' forçada da sentença condenatória será feita como etapa final do processo de conhecimento, após um *tempus indicati*, sem necessidade de um 'processo autônomo' de execução (afastam-se princípios teóricos, em homenagem à eficiência e brevidade); processo 'sincrético', no dizer de autorizado processualista.

O processo autônomo de execução consistia em instrumento de favorecimento do devedor inadimplente, oferecendo meios para o executado furtar-se à constrição judicial, inviabilizando o atendimento da pretensão jurisdicional do exeqüente. A sistemática anterior falhava justamente por proporcionar condições para o uso abusivo de diversos institutos processuais com o fim, único e exclusivo, de procrastinar o processo judicial.

Era um tanto complicado ao credor compreender o mecanismo do sistema: mesmo após a sentença que condenava o devedor e depois do Tribunal tê-la confirmado, era necessária uma nova citação do vencido, com todas as circunstâncias que envolvem esse ato processual, com a possibilidade do executado embargar e suspender de imediato a execução, na maioria das situações, com intuito nitidamente protelatório.

Aludido entendimento é corroborado pelo então Ministro da Justiça Thomaz Bastos que, ao comentar o projeto que deu origem à Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, expôs (apud THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, p. 9):

[...] 3 – É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o 'calcanhar de Aquiles' do processo. Nada mais difícil, com freqüência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito. Com efeito: após o longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os

sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora (quando menos o ‘damno marginale in senso stretto’ de que nos fala Ítalo Andolina’), o demandante logra obter alfinim a prestação jurisdicional definitiva, com o trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o ‘bem da vida a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante ‘embargos’, com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos.

[...]

4 – Lembramos que Alcalá-Zamora combate o tecnicismo da dualidade, artificialmente criado no direito processual, entre processo de conhecimento e processo de execução. Sustenta ser mais exato falar apenas em fase processual de conhecimento e fase processual de execução, que de processo de uma e outra classe. Isso porque ‘a unidade da relação jurídica e da função processual se estende ao longo de todo o procedimento, em vez de romper-se em dado momento’. (Proceso, autocomposición y autodefensa, 2ª ed., UNAM, 1970, n.º 81, p. 149). (grifos nossos)

Tais imperfeições do sistema culminaram na reforma da tutela executiva da sentença condenatória de pagar quantia determinada, de maneira a adequar o procedimento à efetividade do direito da parte.

Sob o tema expõe Theodoro Júnior (2007, v. 2, p. 12):

Por fim, conclui-se o processo de abolição da ação autônoma de execução de sentença com a reforma da execução por quantia certa, constante da Lei n.º 11.232, de 22.12.2005.

Também as condenação a pagamento de quantia certa, para serem cumpridas, não mais dependerão do manejo da *actio iudicati* em nova relação processual posterior ao encerramento do processo de conhecimento.

Observa-se, outrossim, que o art. 475-R do CPC prescreve que “aplicam-se, subsidiariamente, ao cumprimento de sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial”. Desse modo, incide subsidiariamente o disposto no art. Livro II do Diploma Processual Civil, onde se situa a disciplina dos inúmeros aspectos do processo de execução (artigos 646 e seguintes do CPC), aplicáveis tanto na execução de pagar quantia certa realizada autonomamente, como a efetivada como mera fase do processo unitário.

Urge ressaltar que o ensaio em tela se preocupará em abordar apenas as inovações trazidas pela Lei n.º 11.232/2005 no referente ao cumprimento de sentença condenatória de pagar quantia certa, aplicando-se no tocante aos demais institutos – *princípios e requisitos informativos, responsabilidade patrimonial, impenhorabilidade de bens, ordens de bens a serem penhorados, modos de se efetivar a penhora, substituição, reforço ou redução da penhora, adjudicação do bem penhorado, hasta pública, concurso de preferências, etc.* – o previsto no Livro II do Código de Processo Civil, comuns a ambas espécies de execução. Como bem esclarece Dinamarco (2009, v. 4, p. 567-568):

E nem poderia ser de outro modo, porque sequer seria razoável que o capítulo do cumprimento de sentença contivesse a repetição de tudo quanto lá está no Livro II com referência à execução por dinheiro. Em aplicação do disposto nos arts. 475-J ss. temos somente a disciplina dos modos de iniciar a execução, da multa ao devedor que não pagar no prazo, da impugnação do executado (arts. 475-L e 475-M), da execução provisória (art. 475-O); também é regida no Livro I a liquidação da sentença genérica (arts. 475-A ss.).

[...]

Está no Livro II, com aplicação indiferente ao processo autônomo de execução por quantia certa e à execução por quantia certa realizada como mera fase, toda a disciplina da responsabilidade patrimonial (art. 591), das impenhorabilidades (art. 649), da ordem de bens a penhorar (art. 655), do dever de indicar bens (art. 625, S 3.º), dos modos de realizar a penhora (arts. 659 ss.), inclusive on line (art. 655-A, caput), da substituição, reforço ou redução da penhora (art. 656), da adjudicação do bem penhorado (art. 658-A), da hasta pública (arts. 686 ss.), da entrega do dinheiro ao exequente (arts. 708-709, do concurso de preferências (ats. 711-713) etc.

Constata-se, portanto, que o cumprimento da sentença judicial passou a ser sumário, sem um procedimento autônomo, moroso e complexo para se alcançar o *bem da vida* a ser proporcionado ao credor.

5.4.2 Do Momento de Incidência da Multa no Descumprimento da Sentença de Pagar Quantia Certa

Para dar início ao procedimento executivo, caberá ao credor requerer a medida em simples petição formulada no processo em que a condenação foi proferida, instruída com o demonstrativo do débito atualizado (art. 641, II, CPC) e,

se for o caso, com o comprovante de que já ocorreu a condição ou o termo, se tais elementos foram previstos na sentença – *título certo, líquido e exigível*. Não terá de ajuizar uma ação executiva separada para obter os atos expropriatórios, atingindo o patrimônio do devedor; mas terá de requerer o procedimento executivo, por simples petição, acompanhado dos documentos necessários a instruí-lo, não podendo o juiz promovê-lo *ex officio*, consoante se depreende da dicção dos artigos 475-J, *caput* e § 5.º do CPC (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 196).

Não há mais citação do devedor para pagar ou nomear bens a penhora. Com isso, evita-se os percalços que surgem da exigência de um nova citação, com a instauração de um novo processo, com perda de tempo e morosidade na resposta judicial satisfativa. Tal medida contribuiu para que o processo não tenha dilações indevidas, abreviando o percurso da concretização do direito.

Conforme preceitua o art. 475-J do Código de Processo Civil, caso o devedor não cumpra a obrigação, no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez) por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, II, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Efetuada, entretanto, o pagamento parcial da obrigação no prazo de 15 (quinze) dias, a multa de 10% (dez por cento) incidirá apenas sobre o restante do valor prestação, consoante se depreende do disposto no art. 475-J, § 4.º do Código de Processo Civil. A multa reverterá em proveito do credor e terá, nos termos da lei, incidência automática, independente de requerimento.

O art. 475-J não enuncia expressamente a partir de quando deve ser contado o prazo para pagamento voluntário da quantia fixada na condenação. Limita-se a dizer que, não efetuado o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, o valor da condenação deve ser acrescido da multa de 10% (dez) por cento.

Constata-se que o efeito condenatório da sentença não se opera exclusivamente com o trânsito em julgado da decisão, podendo, em algumas hipóteses excepcionais previstas em lei, incidir a partir do momento da prolação da sentença, quando, por exemplo, a decisão for impugnada por recurso com efeito apenas devolutivo. Isto se dá nas hipóteses previstas no art. 520 do CPC, ou quando for julgado procedente o pedido de interdição, nos termos do art. 1.184 do CPC, bem como em outras hipóteses previstas em leis esparsas, como na sentença

de procedência proferida em mandado de segurança, conforme dicção do art. 14, § 3.º, da Lei n.º 12.016, de 17.08.2009. Nestes casos, o prazo de quinze dias começa a correr a partir do momento em que é dada ciência ao réu da sentença prolatada (MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 239).

Desse modo, quando o recurso for dotado de efeito apenas devolutivo, o prazo fluirá a partir do momento em que o réu tiver ciência da decisão, procedendo-se o procedimento executório provisório, nos moldes dos artigos 475-O do CPC, segundo se depreende dos artigos 475-I, § 1.º e 521 do CPC. Mas quando o recurso for dotado de ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo – que é a regra na sistemática processual – a contagem do prazo de quinze dias inicia-se a partir do trânsito em julgado da decisão e a execução da sentença será definitiva.

Se o prazo de 15 (quinze) dias conta-se a partir do momento em que a sentença condenatória passa a produzir efeitos, a multa, por conseguinte, será devida a partir do momento em que a sentença não for cumprida. Não obstante também possua natureza punitiva, o principal escopo da multa é conferir efetividade à condenação. Sendo assim, a partir do instante em que a sentença condenatória torna-se eficaz, tem o devedor o prazo de quinze dias para pagar o valor fixado na condenação. Por isso, como ressaltam Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 239):

Cair no equívoco de admitir que a multa somente pode incidir depois do trânsito em julgado implica ignorar o fato de que ela também objetiva dar efetividade à sentença condenatória e que essa pode produzir efeitos antes da formação da coisa julgada material. Na realidade, querer que a multa incida apenas depois do trânsito em julgado revela a velha e confusa subordinação do efeito sentencial à coisa julgada material ou, em termos mais claros, a falta de percepção de que o efeito da sentença é independente da coisa julgada material.

Em posicionamento diverso, Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 48-49) entende que a multa em questão constitui instituto próprio da execução definitiva, pressupondo sentença transitado em julgado. Para ele, durante o recurso sem efeito suspensivo, é possível a execução provisória, mas não existe ainda a obrigação do devedor de cumpri-la espontaneamente. “Por isso, não se pode penalizá-lo com a multa pelo atraso naquele cumprimento”. Fundamenta que o direito de recorrer integra a garantia do devido processo legal, consectário do art. 5.º, LV da

Constituição Federal, motivo pelo qual o litigante não poderá ser multado por interpor adequadamente recurso desta decisão. E complementa:

Há quem defenda a aplicação da multa na execução provisória sob a assertiva de que ela teria a função de impedir o uso protelatório do recurso, já que sem ela o executado teria um meio mais fácil e econômico de impedir a ultimate do processo executivo. Verifica-se, entretanto, que a multa do art. 475-J não possui caráter repressivo de litigância de má-fé. Sua função é de mera remuneração moratória. Se o recurso for manifestamente protelatório, o executado não ficará impune; ficará, isso sim, sujeito a uma punição mais grave, cabível por atentado à dignidade da justiça. A pena, em tal caso, poderá atingir até 20% do valor da execução (arts. 17, VII, 18, S 2.º, 598, 6000, II, e 601). (2009, v. 2, p. 49)

Parece que com razão estão Marinoni e Arenhart, pois a multa, devida com o descumprimento de sentença condenatória, tem início a partir do momento em que essa mesma decisão possa surtir efeitos, podendo ser executada antecipadamente, ainda que de maneira provisória. E, nas hipóteses de recurso sem efeito suspensivo, a execução da multa, cujo escopo é conferir efetividade à tutela condenatória, também pode, como nesta, antecipar-se.

5.4.3 Da Multa Prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil: Natureza Jurídica e Desnecessidade de Intimação para a Fluência do Prazo

O art. 475-J do Código Processual Civil prevê que não efetuado o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias incidirá multa de 10% sobre o valor da importância devida. A letra da lei deixa entrever, de forma inequívoca, a *natureza coercitiva* da referida multa, embora também dotada de *carga punitiva* imposta ao devedor e que se reverte em favor do credor (FUX, 2008, p. 245).

É, entretanto, relevante não confundir a multa prevista no art. 475-J do CPC, com outras imposições semelhantes constantes no Diploma Processual Civil.

A multa em exame possui algumas particularidades, pois, embora dotada de natureza punitiva, aproximando-se da cláusula penal prevista contratualmente, dela se difere, pois não é fixada pela vontade das partes, mas sim

impostas pelo juiz, como efeito anexo da sentença (MARINONI e ARENHART, 2009, v. 3, p. 241).

Outrossim, segundo dispõem Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 241) a multa prevista no art. 475-J do CPC não possui apenas caráter coercitivo, pois não constitui instrumento vocacional a constranger o réu a cumprir a decisão, distanciando-se, dessa forma, da multa cominatória, prevista no art. 461, § 4.º, do CPC. “O conteúdo coercitivo que pode ser vislumbrado na multa do art. 475-J é comum a toda e qualquer pena, já que o devedor, ao saber que será punido pelo descumprimento, é estimulado a observar a sentença”.

Por sua vez, a multa coercitiva do art. 461 do CPC deve ser fixada consoante a capacidade econômica do demandado e as circunstâncias do caso concreto, dada a sua nítida finalidade de viabilizar a execução da decisão judicial, enquanto a multa prevista no art. 475-J do CPC é fixada automaticamente pela norma em questão, independentemente das peculiaridades do caso concreto, levando-se em conta apenas o inadimplemento do obrigado.

A multa em foco também não se confunde com a penalidade prevista no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil que prevê pena de multa não superior a 20% sob o valor da causa, a ser revertida ao Estado, para a parte que descumprir os provimentos mandamentais ou opor embaraços à efetivação de provimento judicial. Esta objetiva tutelar a autoridade do juiz, sancionando a insubordinação da parte, enquanto que a multa do art. 475-J do CPC, embora também possua finalidade punitiva ao descumprimento de uma decisão judicial, sanciona o devedor pelo descumprimento da prestação devida.

Para Barbosa Moreira (2008, p. 198), em que pese as divergências sobre a natureza do instituto, a cominação tem o intuitivo escopo de incentivar o executado a pagar desde logo. “Se isso acontecer, haverá ainda a vantagem de poupar ao órgão judicial o trabalho de fazer prosseguir a execução, e ao exeqüente as despesas necessárias a esse prosseguimento”.

Outro relevante aspecto a se elucidar diz respeito à necessidade ou não da intimação pessoal do devedor para dar-se início a execução da sentença, uma vez que o Diploma Processual Civil foi silente quanto ao assunto. O tema suscita dúvidas na doutrina, sendo parte dela favorável à sua necessidade, enquanto outra defende sua dispensabilidade.

Para Barbosa Moreira (2008, p. 199), afigura-se preferível situar o *dies a quo* da incidência em momento inequívoco. “Daí optarmos pela necessidade de intimar-se o executado – o que se harmoniza, por sinal, com o disposto no art. 240, caput, a cuja luz, ‘salvo disposição em contrário, os prazos para as partes [...]’ contar-se-ão da intimação”.

No entanto, tem prevalecido o entendimento da desnecessidade da prévia intimação pessoal do devedor para que a fluência do prazo de 15 (quinze) dias se dê, e a multa de 10% (dez por cento) se torne exigível. O cumprimento da sentença não se instaura com uma nova ação que demanda citação ou intimação do devedor. Trata-se de apenas continuidade do processo sincrético que a sentença condenatória não teve o condão de encerrar. Publicada e intimada a sentença, seus efeitos se projetam sobre a continuidade dos atos processuais que se seguem, sendo o prazo de cumprimento consequência da normal intimação do julgado.

Durante o trâmite processual, os atos judiciais são devidamente intimados aos advogados das partes. Somente em casos excepcionais, expressamente previstos em lei, é que receberá a parte intimação pessoal, como se dá, *verbi gratis*, na hipótese de abandono da causa pelo advogado (art. 267, § 1.º, CPC) e de depoimento pessoal (art. 343, § 1.º, CPC).

Em regra, intimado o advogado do devedor acerca da sentença publicada, automaticamente estará este também intimado da decisão condenatória, correndo o prazo de 15 dias para pagamento, sob pena da incidência da multa de 10% (dez por cento). “O prazo do art. 475-J é efeito legal da sentença e não fruto de assinação particular do juiz, donde inexistir necessidade de outra intimação que não aquela normal do ato judicial ao advogado da parte condenada a pagar quantia certa” (THEODORO JUNIOR, 2009, v. 2, p. 49).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sedimentou aludido entendimento, qual seja, o da desnecessidade da comunicação específica ao devedor após o trânsito em julgado da condenação, para dar-se início ao prazo em questão. Bastará o trânsito em julgado da decisão, já que o devedor deve ter ciência que “[...] quem está em juízo sabe que, depois de condenado a pagar, tem quinze dias para cumprir a obrigação e que, se não o fizer tempestivamente, pagará acréscimo de 10%” (STJ, 3ª Turma, REsp 954.859/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 27.08.2007, p. 252).

5.4.4 Procedimento Executivo: Mandado de Penhora e Avaliação de Bens

Embora não dependa a execução de instauração de uma nova *actio iudicati*, o mandado de cumprimento de sentença condenatória de pagar quantia certa não será expedido sem que o credor assim o requeira. Compete-lhe, portanto, preparar a atividade executiva com a memória do cálculo, com base na qual o devedor realizará o pagamento, e, a partir de então se procederá à penhora dos bens a expropriar, na hipótese do inadimplemento do devedor.

Caso o devedor não requeira a execução no prazo de 6 (seis) meses contados da sentença exeqüível, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo do seu desarquivamento a pedido da parte credora, consoante a dicção do art. 475-J, § 5.º do Código de Processo Civil. Ressalvando-se que, em caso de inércia do credor, o devedor, para evitar a incidência da multa de 10% do valor da condenação, pode tomar a iniciativa de calcular o montante atual da condenação e depositá-lo em juízo, liberando-se da obrigação.

Desse modo, passado *in albis* o prazo de pagamento sem que o devedor o tenha realizado, o credor requererá, em simples petição, a expedição do mandado de cumprimento forçado da condenação, que se destinará a penhorar e avaliar os bens a serem expropriados para a satisfação integral do crédito constante da sentença. Sob o tema, discorre Dinamarco (2009, v. 4, p. 70-71):

A fase executiva, ou de cumprimento de sentença, é um procedimento ulterior que se realize sem que haja sido extinto o processo iniciado com o pedido de condenação do réu. A sentença condenatória não põe termo a processo algum, mas somente à fase de conhecimento, e apenas abre caminho para que o processo passe de uma fase a outra, sem necessidade de nova petição inicial formalmente composta, bastando um requerimento do credor (art.475-J), e sem necessidade da citação do demandado, pois basta sua intimação – a qual, segundo o pensamento dominante na doutrina e nos tribunais, será feita ao advogado e não à própria parte (ainda o art.475-J). Sem uma petição inicial com as formalidades inerentes a esta (art.282) e sem a citação do demandado, entende-se que um processo novo não é formado, mas realmente uma nova fase do mesmo processo.

Segundo Araken de Assis (2009, p. 645-656), consiste a penhora no ato processual de segregação de bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Até a penhora, a responsabilidade do

executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas. Por meio da penhora, são individualizados os bens que responderão pela dívida objeto da execução, tornando-se indisponíveis para o devedor, que não pode aliená-los ou onerá-los eficazmente. Desse modo, embora a penhora não retire do titular a propriedade do bem, torna inoperante o poder de disposição sobre ele.

Ao contrário do que ocorre na execução por título extrajudicial, o devedor não terá, em regra, oportunidade de nomear bens à penhora. Se pretender evitar que ela se realize, deve efetuar o pagamento no prazo de quinze dias. Do contrário, o exeqüente requererá a expedição do mandado, podendo desde logo indicar os bens do devedor a serem penhorados, nos termos do art. 475-J, § 3.º do CPC. Se o exeqüente não indicar quais bens, o oficial de justiça diligenciará para localizá-los, efetivando a penhora e avaliando os bens encontrados. Sobre o tema, ensina Barbosa Moreira (2008, p. 198):

Já não ocorrerá, aqui, a nomeação de bens pelo devedor. Cabe ao exeqüente, se quiser e puder, indicar desde logo tais bens (art. 475-J, § 3.º). omitindo-se ele, o oficial de justiça penhorará bens do devedor – que não seja, é óbvio, impenhoráveis – ‘tantos quantos bastem para o pagamento, juros, custas e honorários advocatícios’ (art. 659, caput). Deve o oficial, sempre que possível, observar a ordem prevista no art. 655.

Desse modo, antes da reforma promovida pela Lei n.º 11.232/05, a regra geral era a indicação de bens à penhora ser feita preferencialmente pelo devedor, sendo que apenas ante a sua omissão teria o credor oportunidade de indicá-los.

Hoje essa ordem foi invertida, dispondo a lei que o credor poderá, no requerimento de cumprimento da sentença, indicar bens do devedor a serem penhorados, afastando com isso a indicação de bens feita preferencialmente pelo devedor.

Aludida providência veio de encontro à efetividade processual, pois evita que o devedor, agindo de má-fé, indique bem de difícil realização apenas para protelar o processo, procrastinando a satisfação do direito do exeqüente, fato recorrente até ser realizada a reforma.

Sendo assim, tanto a execução por quantia certa fundada em título judicial, como a fundada em título extrajudicial, dependem da efetivação da penhora para que possam ter prosseguimento: que far-se-á na forma prevista nos artigos 659 e seguintes do Código de Processo Civil, os quais se aplicam, subsidiariamente, à execução por título judicial, incluindo as hipóteses de impenhorabilidade previstas no art. 649 do CPC e na Lei n.º 8.009/90, que cuida do *bem de família*.

Quanto à ordem de nomeação desses bens penhoráveis, a eleição não será arbitrária, nem para o oficial de justiça, nem para as partes da execução, conforme ressalva Araken de Assis (2009, p. 667-669). Atendendo-se aos princípios do *resultado da execução* – pelo qual a execução deve ocorrer da forma mais proveitosa para o credor – e *do menor sacrifício ou menor onerosidade para o executado* – que prega que a execução não deve ir além do necessário para a satisfação do crédito, sendo promovida da maneira menos gravosa possível ao devedor (art. 620 do CPC) – o art. 655 do CPC estabelece a ordem preferencial dos bens a sofrerem a constrição legal, *ipsis litteris*:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I – dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
II – veículos de via terrestre;
III – bens móveis em geral;
IV – bens imóveis;
V – navios e aeronaves;
VI – ações e quotas de sociedades empresárias;
VII – percentual do faturamento de empresa devedora;
VIII – pedras e metais preciosos;
IX – títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
X – títulos e valores mobiliários em cotação em mercado;
XI – outros direitos.

Essa ordem não prevalece na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, pois nesses casos a penhora recairá, preferencialmente, sobre o bem objeto da garantia, nos termos do art. 655, § 1.º, do Código de Processo Civil.

Importante ressaltar que a jurisprudência entende que a ordem dos bens estabelecida no dispositivo legal mencionado não é considerada absoluta. O Superior Tribunal de Justiça inclusive sumulou entendimento no sentido de que: *Na*

execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto (Súmula n. 417). Desse modo, o art. 655 do CPC deve ser visto como uma regra que deve guiar a atividade judicial, mas cuja ordem de preferência pode eventualmente ser alterada, mediante devida e adequada justificativa, diante das peculiaridades do caso concreto. Nas palavras de Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 269): “Em síntese, a regra do art. 655 é um ‘parâmetro indicativo’ e não uma cláusula rígida e inafastável”.

Entretanto, como, em regra, no cumprimento de sentença cabe ao exeqüente, e não ao executado, a iniciativa de indicar bens à penhora, conforme dispõe o art. 475-J, § 3.º, do CPC, não tem, a princípio, o credor interesse em preterir a ordem prevista no dispositivo legal; o que não exclui o direito do devedor de obter a substituição da penhora quando o exeqüente, injustificadamente, desobedecer a ordem legal, ou mesmo quando configuradas outras hipóteses previstas no art. 656 do CPC.

Observa-se, portanto, que tanto o executado, nos embargos do devedor, como o exeqüente, no cumprimento de sentença, podem, excepcionalmente, fugir da ordem legal. Mas para tanto, é preciso que apresentem, juntamente com a nomeação dos bens à penhora, adequada e plausível justificativa, a ser analisada pelo juiz, mediante as particularidades do caso. Do contrário, “[...] não teria sentido, que o executado tivesse o dever de indicar bens sujeitos à execução, mas pudesse indicá-los ao seu arbítrio, como se não houvesse uma ordem de preferência para a penhora” (MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 272).

Outra inovação trazida pela Lei n.º 11.232/2005 é que o oficial de justiça, ao efetivar a penhora, fará a avaliação imediata dos bens a serem penhorados, formulando, como regra, a lavratura de um único auto – de penhora e avaliação. Neste sentido, importante ressaltar a necessidade de que os oficiais de justiça sejam adequadamente treinados, para promoverem esta avaliação. Do contrário, a lei transformar-se-á em letra morta.

No entanto, se a avaliação depender de conhecimentos específicos que o oficial de justiça não possua, o juiz, logo após o auto de penhora, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo, conforme prevê o art. 475-J, § 2.º do Código de Processo Civil. Neste caso, consoante observa Fux (2008, p. 247), o avaliador, à semelhança do processo executivo extrajudicial, submete-se

“[...] a diminuto contraditório, cuja irresignação quanto ao resultado reserva-se à impugnação do artigo 475-L, III, do CPC”.

5.4.5 Penhora on-line – uma Inovação que trouxe Eficácia à Tutela Satisfativa

Outro aspecto a se destacar diz respeito à possibilidade da penhora *on-line*, consectário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, implementado normativamente no sistema processual brasileiro no art. 655-A do Diploma Processual Civil, com redação dada pela Lei n.º 11.382, de 06 de dezembro de 2006.

A penhora de dinheiro, primeira na ordem de nomeação de bens a se penhorar, é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a adequada transformação do bem penhorado em dinheiro, eliminando a morosidade e o custo dos atos processuais. Evita, portanto, inúmeros incidentes processuais que podem ter lugar quando a penhora recai sobre bem que necessita ser transformado em dinheiro a ser entregue ao credor, como, por exemplo, nomeação de depositário, avaliação, publicação de editais para que se realize leilão ou hasta pública necessários à alienação do bem a terceiros, entre tantos outros que poderiam ser aqui listados, procedimentos estes caros e demorados.

Como, em regra, cabe ao exeqüente o direito de indicar os bens à penhora no cumprimento de sentença, um problema evidente passou a ser de como este poderia ter conhecimento dos bens em dinheiro, depósito ou aplicação financeira do executado. Pois, se o exeqüente necessita saber se o executado possui dinheiro depositado em instituição financeira, deve ele ter a seu dispor um meio legal que lhe assegure essa verificação.

Como o fim de eliminar tal entrave, o art. 655-A do CPC habilmente instituiu a penhora on-line, determinando que:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

E, para viabilizar o acesso de tais informações, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho da Justiça Federal firmaram convênio com o Banco Central, por meio do qual os juízes com senhas cadastradas têm acesso, por meio da *internet*, a um sistema de consultas desenvolvido pelo Banco Central do Brasil, denominado *Bacenjud* (MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 275-276).

Importante ressaltar que aludido sistema foi firmado com base na Lei n.º 9.800/99, que permitiu a utilização da *internet* para a realização de atos processuais, tendo ingressado no universo jurídico brasileiro de forma ampla com a adesão da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, em 05 de março de 2002, e, posteriormente, incorporado no Diploma Processual Civil pela Lei n.º 11.382, de 06 de dezembro 2006, com previsão no art. 655-A.

O acesso a esse sistema confere ao juiz a possibilidade de obter informações sobre depósitos bancários do executado – em conta-corrente ou aplicação financeira – realizados em qualquer instituição financeira do país. Com tais informações, o magistrado determina o bloqueio e a indisponibilidade do depósito ou da aplicação financeira até o limite do valor do crédito executado, concretizando o direito do exequente à penhora de dinheiro.

Em outros termos, no ato de requisitar informações sobre a disponibilidade de saldo, o juiz já ordena a indisponibilidade do montante que, em seguida, será objeto de penhora. O Banco Central efetua o bloqueio e comunica o juiz requisitante o valor indisponibilizado, especificando o banco onde o numerário ficou constricto.

Trata-se de um procedimento que objetiva conferir maior efetividade à tutela executiva: um meio eficaz, aliado a modernidade e aos avanços tecnológicos, que proporciona o cumprimento das execuções, tendo como característica fundamental a agilidade e o aumento da credibilidade das decisões judiciais. Desestimula as medidas protelatórias, contribuindo para a maior rapidez do processo executório, além de não contrariar a ordem legal dos bens penhoráveis, porquanto ser a penhora em dinheiro a primeira na ordem preferencial prevista no art. 655 do Código de Processo Civil.

Com o advento da penhora on-line aumentou-se a garantia do credor em efetivar seu crédito, assegurando a celeridade processual, pois a via

postal é substituída pelo correio eletrônico, com maior economia de tempo e efetividade na concretização do direito. Constitui, pois, um mecanismo mais célere de bloqueio dos ativos depositados em bancos, não concedendo tempo hábil, para o devedor de má-fé possa retirar os recursos da aplicação financeira, propiciando fraude à execução.

Antes da introdução do moderno sistema de penhora on-line, o método convencional de averiguação de quantia em dinheiro em contas bancárias para o fim de penhora exigia a postagem de ofícios judiciais ao Banco Central do Brasil, solicitando informações sobre a existência de eventuais contas e aplicações financeiras em nome do executado com seus respectivos valores, para só então determinar-se a penhora da quantia em dinheiro suficiente para a garantia da execução.

Segundo as palavras de Grasselli (2006, p. 47-48), é contraproducente e o Juiz se valha tão-somente de “[...] um burrico e de uma pequena vara, para que ele tente perseguir os rebanhos de dinheiro que flutuam velozmente pelas estradas da Internet”. Dessa forma, exige-se que o Poder Judiciário caminhe exatamente “[...] na mesma proporção para executar suas sentenças e cumprir suas ordens, já que o interesse público precisa também utilizar-se da técnica e da ciência para concretizar os anseios do povo, principalmente quando de Justiça se trata”.

Saliente-se que a penhora em dinheiro, utilizando-se da informática, torna a penhora menos onerosa tanto para o Estado – pela desburocratização dos atos processuais – como para o devedor – pois, na hipótese da constrição sobre bens diversos, teria outros encargos igualmente onerosos, como, por exemplo, o custo do registro da penhora, da publicação dos editais e da praça.

Outrossim, insta observar que a penhora *on-line* não se trata de uma nova modalidade de penhora, pois a designação adotada pertine tão somente aos aspectos procedimentais por meio dos quais a penhora se realiza. Neste sentido, leciona Mallet (2004, p. 34) leciona:

A emissão de ordem eletrônica de bloqueio de créditos bancários nada mais é do que simples adoção de novo expediente, propiciado pelo avanço da tecnologia, para a prática de ato já previsto em lei – correspondente a penhora -, o que se mostra perfeitamente natural, e até inevitável.

Importante também ressaltar que não há qualquer violação da intimidade ao se obter informações acerca da existência de conta corrente ou aplicação financeira do executado. Isto porque as informações limitar-se-ão a existência ou não do débito ou da aplicação, até o valor determinado no título executivo, conforme prescreve o art. 655-A, § 1.º do CPC; ou seja, não se admite o bloqueio indiscriminado de contas e de valores superiores aos requisitados. Tais informações se restringem ao necessário à concretização do direito de crédito do exeqüente, sem ter o mesmo a ciência dos movimentos bancários do executado excedentes ao limite de seu crédito.

Desse modo, diante da determinação de penhora *on-line*, a conta do executado não é bloqueada, sendo bloqueado apenas o valor referente ao débito executado, podendo o correntista movimentar livremente o saldo remanescente, livre de tal encargo, tendo por constrictos apenas o valor suficiente para garantia da execução.

Além do mais, consoante observam Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 276), o exeqüente possui o direito de saber se o executado possui dinheiro depositado em instituição financeira pela mesma razão que possui o direito de saber se o executado é proprietário de bem móvel ou imóvel. Aludido direito é consectário do direito à penhora que é, por sua vez, corolário do direito de crédito e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Sendo assim, a efetivação da penhora *on line* objetiva apenas concretizar o direito do crédito já acertado e reconhecido no título judicial, nada tendo a ver com a intenção de se violar o direito da intimidade alheia. Além do que, não se pode olvidar ser dever do próprio executado indicar o dinheiro como a primeira opção na ordem preferencial de bens penhoráveis, prevista no art. 655 do Código de Processo Civil.

Neste sentido, discorrem Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 276):

De todo o modo, o art. 655-A, § 1.º, diz textualmente que ‘as informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução’. Quer dizer que tais informações devem ser admitidas na medida necessária à realização do direito do exeqüente.

O exeqüente necessita saber se existe depósito ou aplicação em valor suficiente para garantir a execução, sem ter a necessidade de conhecer os valores dos últimos movimentos bancários, como tais valores forem empregados ou quais foram os seus beneficiários.

Entretanto, com o fito de se evitar que se penhorem valores absolutamente impenhoráveis – como o salário, remunerações, pensões, soldos, subsídios, honorários de profissionais liberais, etc. – a penhora on-line, uma vez efetivada, fica à espera da alegação do executado, que passa a ter o ônus de demonstrar que o valor é marcado pela impenhorabilidade absoluta prevista em lei. É evidente que, no momento em que a penhora on-line é realizada, é impossível saber se o valor está gravado por alguma forma de impenhorabilidade. “Em razão disto, e como não poderia ser de outra forma, a lei posterga o exame desta questão, impondo ao devedor o ônus de alegar e provar a existência de razão que inviabilize a penhora do valor indisponibilizado” (*art. 655-A, § 2.º, do CPC*) (MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 277). Evita-se, com isso, que a penhora on-line se desgaste em razão de situações pontuais, obviamente contornáveis, que possam ocasionar eventuais gravames ou inconvenientes.

Conforme lecionam Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 277-278):

É preciso deixar claro que o direito à penhora on line é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Lembre-se, como visto no v. 1 deste Curso, que o direito de ação ou o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva tem como corolário o direito ao meio executivo adequado à tutela do direito material. Não há dúvida de que a penhora on line é a principal modalidade executiva destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se pode negá-la ao exequente, argumentando-se, por exemplo, não ter o órgão judiciário como proceder a tal forma de penhora ou não possuir o juiz da causa senha imprescindível para tanto. Como é óbvio, qualquer uma destas desculpas constituirá violação do direito fundamental do exequente e falta de compromisso do Estado ao seu dever de prestar a justiça de modo adequado e efetivo.

Também não retira a legitimidade da penhora on-line o fato do devedor possuir várias contas bancárias em diversas agências bancárias, incidindo, simultaneamente, bloqueios judiciais em mais de uma conta ou aplicação do mesmo executado. Pois, neste caso, assim que efetivada a penhora, o executado poderá impugná-la, em 15 (quinze) dias nos moldes dos artigos 475-J, § 1.º e 475-L do CPC, demonstrando o excesso de penhora, ocasião em que será expedida a ordem de desbloqueio, quanto às demais contas bancárias.

Por fim, o § 3.º do art. 655-A do Código de Processo Civil estabelece que:

Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

Aludida norma também possui o nítido desiderato de evitar que a penhora *on-line* possa acarretar algum gravame à pessoa jurídica executada. Pois, feita a penhora de algum do percentual do faturamento da empresa e nomeado o depositário, a este caberá, desde logo, sugerir como serão feitas as penhoras sucessivas (DINAMARCO, 2009, v. 4, p. 608).

5.4.6 Do Juízo Competente para o Cumprimento da Sentença

Determina o art. 475-P do Código de Processo Civil que o cumprimento da sentença deverá efetuar-se perante: “I – os tribunais, nas causas de sua competência originária; II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição; III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira”.

Desse modo, para a execução de sentença cível (incisos I e II), a regra fundamental é que a execução compete ao *juízo da causa*, entendido como aquele perante o qual se formou a relação processual ao tempo do ajuizamento do feito. Ou seja, a competência para a execução será a do mesmo órgão jurisdicional que atuou na fase de conhecimento.

Por isso, se a causa for originalmente proposta perante um Tribunal, a execução do acórdão terá de ser promovida perante o respectivo Tribunal. Mas, se o início do feito se deu perante um juiz de primeiro grau, pouco importa que o decisório a executar seja o acórdão do Tribunal de Justiça do respectivo Estado ou do Supremo Tribunal Federal: a competência executiva será a do *juízo da causa*, isto é, daquele órgão jurisdicional de primeiro grau que figurou na formação da relação processual. É óbvio que a competência, *in casu*, não se liga à pessoa do juiz, mas ao órgão jurisdicional que ele representa. Por isso, irrelevantes são as eventuais alterações ou substituições da pessoa titular do juízo.

Em se tratando de execução a ser realizada perante o juízo que processou a causa em primeiro grau de jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), a rigidez

da competência é flexibilizada pelo parágrafo único do art. 475-P do CPC que permite ao exeqüente optar “pelo juízo do local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado”. Para tanto, caberá ao exeqüente formular requerimento ao juízo de origem que ordenará a remessa dos autos. O novo juízo passa a ser competente para todo e qualquer incidente que venha a surgir no curso da execução, devendo processar e julgar a impugnação e os embargos de terceiro, por exemplo (FUX, 2008, p. 242).

Consoante observa Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 86), “A inovação é de significativo cunho prático, pois evita o intercâmbio de precatórias entre os dois juízos, com economia de tempo e dinheiro na ultimação do cumprimento da sentença”. A regra objetiva facilitar a atividade do credor, pois a localização e a expropriação de bens em local diverso do juízo da execução é procedimento demorado e oneroso, realizando-se por meio de cartas entre o juízo da execução e o do local em que se encontram os bens. Ao admitir que o credor possa escolher o juízo dos bens para realizar a execução, o legislador objetiva tornar o processo mais célere e menos custoso, beneficiando inclusive o executado.

Quanto aos demais casos – *sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença estrangeira* – a competência se define a partir dos critérios comuns, devendo o legitimado ajuizar a ação de execução destas sentenças no juízo cível competente.

Quanto à sentença penal condenatória, em regra, não há interesse da parte em propor ação civil indenizatória contra o réu condenado criminalmente, uma vez que esta condenação, em regra, torna certo o dever de reparar o dano provocado pelo delito. Pode a vítima utilizar, para fins reparatórios, a sentença penal como título executivo, tendo apenas que promover a liquidação do quantum a indenizar, caso entenda que os danos sofridos ultrapassem o valor arbitrado pelo juiz na sentença criminal. Como o juiz criminal não possui competência para a execução cível, esta será fixada dentre as regras comuns do processo de conhecimento: ou seja, será competente para a execução o juízo que seria competente para a ação condenatória, caso tivesse sido ajuizada.

No que diz respeito à sentença arbitral, a execução caberá ao juízo cível que teria competência para julgar a causa, se originalmente tivesse sido submetida ao Poder Judiciário, em lugar do juízo arbitral.

Por fim, em se tratando de sentença estrangeira, o processo homologatório da decisão é de competência do Superior Tribunal de Justiça, mas a competência para a execução da sentença homologada é dos juízes federais do primeiro grau de jurisdição, e não daquele Tribunal, consoante prevê o art. 109, X, da Constituição Federal.

5.5 DA IMPUGNAÇÃO COMO MEIO DE DEFESA DO EXECUTADO NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER, DE DAR E DE PAGAR QUANTIA CERTA

5.5.1 A Substituição dos Embargos pela Impugnação de Sentença

O meio processual de defesa utilizado pelo devedor na execução de título judicial eram os embargos à execução, de natureza cognitiva incidental, onde o devedor pretendia a desconstituição da eficácia do título executivo que embasa a execução e cujo efeito imediato era a suspensão da execução.

Apesar do credor ter em seu favor uma declaração judicial acerca da existência de seu direito creditório, a sua pretensão era de início frustrada pela oposição de embargos, o que postergava a efetiva entrega da prestação jurisdicional por mais alguns anos. Pois, o executado, buscando prorrogar o tempo e a situação processual, utilizava-se dos embargos como com o fim de delongar a entrega do bem devido ao credor.

Com o advento da Lei n.º 11.232/2005 não são mais cabíveis embargos à execução como meio de defesa na execução de sentença, devendo ser apresentada, pelo devedor, a impugnação. O prazo para que ela seja apresentada é de 15 (quinze) dias, a contar da data em que o devedor for intimado da penhora, na pessoa do seu advogado, ou, na falta desse, na de seu representante legal, ou pessoalmente por mandado ou pelo correio, conforme prescreve o art. 475-J, § 1.º do CPC. Pela análise do dispositivo legal, constata-se que, assim como nos embargos à execução, a impugnação tem como requisito prévio a efetivação da penhora, mudando, entretanto, o prazo que passa a ser de 15 (quinze) dias, e não de 10 (dez) dias.

Contudo, ao contrário dos embargos à execução, a impugnação não se caracteriza por ser uma ação autônoma, incidental e desconstitutiva. Como a

execução de sentença é apenas uma fase do processo, a impugnação oferecida terá a natureza jurídica de *incidente processual*.

É pacífica a idéia de que a oposição à sentença condenatória transitada em julgado deve ser veiculada mediante peça impugnativa interposta no próprio bojo do processo unitário, sem a necessidade da propositura de uma ação autônoma em face do exequente, como se dá nos embargos. Tal entendimento se depreende da própria dicção dos artigos 475-J, § 1.º, 475-L e 475-M do Código de Processo Civil.

Sob o tema, manifestam-se Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 294-295):

Pela mesma razão, é inconcebível imaginar que o executado, ao se defender da execução, propõe ação, pretendendo tutela jurisdicional de direito. Quando a ação passa à fase de execução, o executado, ao apresentar impugnação, obviamente não exerce pretensão à tutela jurisdicional do direito, limitando-se a negar a tutela jurisdicional do direito almejada pelo autor. Portanto, a impugnação tem nítido caráter de defesa, de reação à tutela jurisdicional do direito, pretendida através da ação.

[...]

Note-se, aliás, que, na Exposição de Motivos do Anteprojeto que deu origem à Lei 11.232/2005, restou pacífica está idéia, afirmando-se que ‘não haverá embargos do executado na etapa de cumprimento de sentença, devendo qualquer objeção de réu ser veiculada mediante mero incidente de impugnação’. Portanto, não há como deixar de atribuir à impugnação a natureza de defesa, daí surgindo importantes conseqüências para o detalhamento do seu regime jurídico.

Destaca-se que, na sua essência, a impugnação revela a *defesa do executado*, cabendo, por isso, alegar todas as matérias suscetíveis de serem ostentadas nesta peça processual, como corolário do princípio da eventualidade preconizado pelo art. 300, *caput*, do CPC. Também como consectário, a defesa pode esbarrar em preclusão lógica, “[...] como, v.g., quando o devedor reconhece o débito, hipótese em que se lhe interdita a via da impugnação” (FUX, 2008, p. 267).

Sendo assim, consoante observa Fux (2008, p. 257), a impugnação ao cumprimento de sentença, meio de defesa do executado, antes autônoma introduzida no organismo do processo, agora consistente em incidente processual, é

formalizada por simples petição dirigida ao mesmo juízo competente que proferiu a sentença.

Ressalta-se que a impugnação ao cumprimento da sentença, por meio de simples petição, com o conteúdo previsto no art. 475-L do CPC e diretrizes previstas nos artigos 475-J e 475-M do mesmo Diploma, cabe como meio de defesa na execução de qualquer modalidade de obrigação corporificada em título proveniente de sentença judicial cível, seja ela de quantia certa, seja ela de fazer, não fazer ou entrega de coisa (BASTOS, 2008, p. 123).

Neste sentido, o executado utilizará a impugnação como meio de defesa da execução da sentença condenatória de obrigação de fazer, não fazer e de dar coisa certa, a ser processada nos mesmos autos, como incidente processual, da mesma forma que o faz nas obrigações de pagar quantia certa. Aludido entendimento é corroborado pelos autores Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 29), Araken de Assis (2009, p. 589) e Didier Jr. (2006, p. 367), ao discorrerem em suas respectivas obras sobre meio de defesa da execução de obrigação de fazer e não fazer, bem como por Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 228) e Fux (2008, p. 317), ao explanarem sobre o meio defensivo das execuções de entrega de coisa certa.

5.5.2 Do Procedimento da Impugnação

O art. 475-J, § 1.º do Código de Processo Civil prescreve que não sendo caso de rejeição liminar da impugnação, o exeqüente deve ser intimado para manifestar-se sobre a impugnação. Diante da inércia do legislador quanto ao prazo que o exeqüente possui para se opor a esta impugnação, a maioria da doutrina entende ser razoável conferir ao exeqüente o mesmo prazo de 15 (quinze) dias que possui o executado para interpor a impugnação, mantendo-se, assim, a igualdade entre os litigantes. Neste sentido, Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 311) afirmam que “[...] por razões de isonomia, o prazo para o exeqüente deve ser também de quinze dias, ou seja, o mesmo que o executado possui para apresentar a impugnação (art. 475-J, § 1.º, do CPC)”.

Em entendimento diverso, Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 59) entende caber ao magistrado assinalar aludido prazo, levando em conta a maior ou menor complexidade da causa e, silenciando a respeito, o prazo será de 5 (cinco)

dias, consoante prevê o art. 185 do CPC que assinala que: “Não havendo preceito legal nem assinatura pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte”.

Também modificando o sistema anterior, a impugnação, em regra, não terá efeito suspensivo, podendo este, entretanto, ser atribuído pelo juiz desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, nos termos do art. 475-M do Código de Processo Civil.

A concessão judicial do efeito suspensivo depende, portanto, da concorrência dos dois requisitos da tutela de urgência: o *fumus boni iuris*, decorrente da relevância dos fundamentos da argüição, e o *periculum in mora*, representado pelo risco de dano grave e de difícil ou incerta reparação. É preciso que o juiz, ao examinar o pedido de efeito suspensivo, verifique os fundamentos invocados e faça um exame de sua relevância e do perigo de prejuízo. Contra a decisão do juiz que deferir, ou denegar o efeito suspensivo caberá agravo de instrumento.

De toda sorte, como pondera Fux (2008, p. 270), a concessão do efeito suspensivo à impugnação não impedirá a efetivação dos atos de penhora e avaliação de bens, cuja ordem de realização antecede à execução.

Outrossim, como a finalidade do efeito suspensivo é prevenir danos, ainda que o juiz o conceda, a execução prosseguirá se o credor apresentar caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos, nos termos do art. 475-M do Código de Processo Civil. A caução afasta o perigo do prejuízo, garantindo ao devedor eventual ressarcimento, caso prossiga a execução.

A lei, como se vê, transformando em exceção a regra da suspensividade da defesa do executado, proporcionou à execução um meio processual mais célere e objetivo. Ao assim proceder, privilegiou a confiança no título executivo, visto que a simples interposição de defesa do executado não obsta o prosseguimento da execução. Abreviou, portanto, o tempo de duração do processo, pois não é mais necessário aguardar o desfecho final da defesa do executado – o que demanda tempo – para se realizar os atos tendentes à efetivação da execução.

Como observa Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 11), a suspensão dos antigos embargos da execução propiciava “[...] ao devedor inadimplente postergar,

maliciosa e indefinidamente, a realização do direito do exeqüente”. Daí o aprimoramento do processo para alinhar-se à efetividade, reduzindo as faculdades procrastinatórias excessivas que o regime anterior assegurava ao devedor.

Deferido o efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos. Caso contrário, em autos apartados, nos termos do art. 475-M, § 2.º, do Diploma Processual Civil. Constata-se, pois, que a formação de autos em apenso dependerá do efeito que o juiz conceder à impugnação: quando não tiver efeito suspensivo, o que será a regra, ela processar-se-á em autos apartados; se, no entanto, o juiz conceder aludido efeito à impugnação, ela correrá nos mesmos autos.

A impugnação tem natureza de incidente processual e, por isso, é julgada por decisão interlocutória que desafia agravo, salvo se, do seu acolhimento resultar a extinção da execução, caso em que o juiz proferirá sentença, contra qual caberá apelação, consoante dicção do art. 475-M, § 3.º, do Código de Processo Civil.

Existindo requerimento de provas, deverá o juiz decidir sobre a necessidade da sua produção. Em regra, as matérias argüíveis na impugnação (art. 475-L, do CPC) são apenas de direito ou, envolvendo fatos, comprovam-se por documentos. Em casos especiais, em que se evidenciar a necessidade de apuração fática de dados argüidos na impugnação, deve o juiz designar breve audiência instrutória, colhendo as evidências necessárias. Sob o tema, Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 59) pondera que:

Não se pode, porém, abrir uma ampla instrução probatória, porque não se está numa ação cognitiva incidental, como são os embargos de devedor manejáveis apenas contra títulos extrajudiciais. O conteúdo do título judicial já se encontra acertado definitivamente pela sentença exeqüenda, pelo que descabe reabrir debate a seu respeito na fase de cumprimento do julgado. O incidente, por isso, há de ser processado de maneira sumária e, sem maiores delongas, dirimido.

Cumprido ressaltar que não se aplica os efeitos da revelia quando o exeqüente não se pronuncia sobre a impugnação. A resposta a impugnação constitui mera faculdade atribuída ao exeqüente, que já tem em seu benefício, o título que faz presumir a existência do direito. Em outros termos, a inércia do exeqüente em opor-se a impugnação não acarreta a presunção de veracidade dos

fatos alegados pelo devedor nesta peça processual. “Não se lhe aplicar os efeitos da revelia significa que o oponente terá o ônus de provar suas alegações fáticas ainda quando aquele não houver respondido à impugnação, nada se presumindo” (DINAMARCO, 2009, v. 4, p. 891). Entretanto, como ponderam Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 311):

Evidentemente, a inexistência de revelia somente implica dizer que as afirmações feitas pelo impugnante não se presumem verdadeiras, ainda que não tenham sido rebatidas pelo exeqüente. Todavia, a falta de resposta poderá ser considerada como argumento para o juiz decidir a impugnação. Desse modo, a ausência de manifestação quanto a eventual vício de penhora, excesso de execução ou defeito procedimental alegado pelo executado poderá certamente ser tomada pelo magistrado como indicativo da aceitação da afirmação. Isso, porém, não se confunde com a revelia, que gera verdadeira presunção de veracidade.

Outrossim, pode eventualmente ocorrer de a execução ultimar-se antes do julgamento da impugnação. Neste caso, consoante ensina Fux (2008, p. 272), a solução há de ser aferida mediante a aplicação analógica das regras da execução provisória, vale dizer: o recebimento da quantia corre por conta e risco do exeqüente, que se compromete a recolocar as coisas no *status quo ante*, podendo o juiz condicionar a satisfação plena a uma caução suficiente e idônea.

Constata-se, pois, que a substituição dos embargos – propostos mediante ação cognitiva autônoma, com efeito suspensivo – pela impugnação – formalizada, sem aludido efeito, no mesmo processo em que foi proferida a sentença condenatória – facilitou consideravelmente a aceleração da satisfatividade do direito do exeqüente. Neste sentido, conclui Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 12):

Em suma: os benefícios para a efetividade e justiça da prestação jurisdicional são tão grandes com a abolição da ação autônoma de execução de sentença que não há lugar para escrúpulos exagerados no tocante aos reflexos operados na esfera do devedor condenado. De forma alguma terá sido arranhada a garantia constitucional do contraditório. Aliás, as ações executivas como o despejo, as possessórias, e outras de igual procedibilidade, seguem milenarmente o padrão unitário (acertamento e execução numa só ação e num único procedimento) sem que jamais se tivesse erguido voz alguma para qualificá-las como violadoras da garantia do contraditório e da ampla defesa

5.5.3 Da Amplitude Cognitiva da Impugnação

A amplitude cognitiva horizontal dessa impugnação também é limitada, tal como era a dos antigos embargos à execução por título judicial, tratados no art. 741, na sua redação original: ou seja, somente serão examinadas as matérias elencadas no art. 475-L do Código de Processo Civil, em caráter taxativo, a saber:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:
I – falta ou nulidade da citação, se o processo ocorreu à revelia;
II – inexigibilidade do título;
III – penhora incorreta ou avaliação errônea;
IV – ilegitimidade das partes;
V – excesso de execução;
VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Por *penhora incorreta*, fundamento previsto no inciso III, compreende-se tanto aquela realizada com preterição de alguma formalidade especial (como, por exemplo, a efetuada por um único oficial de justiça na hipótese prevista pelo art. 661 do CPC), como também a que recaia sobre um bem impenhorável (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 200). Ou seja, a incorreção da penhora pode ser *formal* ou *material*.

Já a ilegitimidade das partes, prevista no inciso IV, se dá quando a execução é promovida por quem não esteja autorizado a tanto, segundo os artigos 566 e 567 do CPC, ou em face de quem não tenha responsabilidade executiva, consoante prescreve os artigos 568 e 592 do mesmo diploma legal. Ou seja, como regra geral, a execução há de ser promovida por quem figure no título executivo como credor (*legitimado ativo*), que, em se tratando de cumprimento de sentença será o vencedor da causa, como tal apontado na sentença; e em face do devedor, *legitimado passivo* reconhecido como tal no título executivo.

Sobre aludido tema, Fux (2008, p. 264) observa que a ilegitimidade é matéria a ser alegada preliminarmente na impugnação, podendo ser alegada inclusive em *exceção de pré-executividade*, uma vez se tratar de matéria a ser conhecida de ofício pelo juiz, não sujeita a preclusão.

Outrossim, o art. 475-L, § 2.º do CPC prescreve que quando o executado alegar excesso de execução, deve declarar de imediato o valor que entende como correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação. E o art. 475-L, § 1.º do CPC, por sua vez, determina que, para efeito de alegação de inexigibilidade do título como fundamento de impugnação, considera-se também como inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Watanabe (1997, p. 51) ensina que a cognição pode ser estudada sob dois planos: o *horizontal* e o *vertical*. A cognição, no *plano horizontal*, diz respeito aos limites objetivos das matérias a serem submetidas à apreciação do magistrado, podendo ser plena ou parcial. Será *plena*, quando não houver limites à extensão das matérias levadas a juízo pelas partes; será *parcial*, quando o objeto da discussão no processo for restrito e obedecer a determinadas limitações. No *plano vertical*, a cognição leva em consideração o grau de profundidade com que o juiz apreciará as matérias que lhe são submetidas.

Assim, do *ponto de vista horizontal*, a cognição nos embargos opostos à execução por título extrajudicial é *plena*, porquanto o art. 745 do CPC permite que sejam deduzidas quaisquer matérias de interesse do devedor, ou seja, qualquer matéria que lhe seja lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento (Art. 745, V, CPC), uma vez que este não teve a oportunidade de produzir provas anteriormente em juízo. Não há, portanto, limitação ao objeto dos embargos, uma vez que não houve um processo judicial anterior que lhe assegurasse o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Em assim sendo, a lei permite ao executado argüir tanto questões ligadas aos pressupostos e condições da execução forçada, como quaisquer outras defesas que lhe seria lícito opor ao credor, caso sua pretensão tivesse sido manifestada em processo de conhecimento.

Diferentemente ocorre com a impugnação à execução por título judicial, em que a cognição, do *ponto de vista horizontal*, será *parcial* (art. 475-L CPC), uma vez que as partes já tiveram oportunidade de discutir, em juízo, o mérito da causa, com ampla oportunidade de produção probatória nesta fase de

acertamento. A dívida exequenda já foi acertada por sentença, não cabendo ao executado reabrir discussão sobre o mérito da condenação. Matérias de mérito, ligadas à dívida propriamente dita, somente poderão se relacionar com fatos posteriores à sentença que possam ter afetado a subsistência, no todo ou em parte, da dívida reconhecida pelo acerto judicial condenatório, como o caso de pagamento, novação, remissão, compensação, prescrição, etc., ocorridos supervenientemente, sob pena de preclusão. Por esse motivo, o art. 475-L do CPC enumera, de maneira exaustiva, as arguições na resistência à ordem judicial do cumprimento de sentença.

Consoante corrobora Fux (2008, p. 260), uma das razões do dispositivo é impedir que se reabra o que já fora exaustivamente discutido na fase de acertamento. Por isso, não teria sentido permitir que as partes rediscutam na execução da sentença, aquilo que “[...] se ultrapassou intocável na fase de conhecimento antecedente”. Neste sentido, explana o autor:

Primeiramente forçoso lembrar que, já na sistemática anterior, os embargos à execução judicial diferiam daqueles expostos em execução extrajudicial, porquanto nesta o título executivo – e, *a fortiori*, a própria obrigação dele resultante – ainda não haviam se sujeitado ao crivo do Judiciário, ao passo que, na primeira, o crédito exequendo era legitimado pela prévia cognição. Esta expressiva diferença justificava a diversidade de tratamento entre ambos, uma vez que nos embargos oferecidos em ‘execução de título extrajudicial’, a cognição era plenária, sendo lícito ao devedor alegar tudo quanto suscitaria no processo de conhecimento; em contrapartida, nos embargos à execução judicial, o devedor ficava limitado a arguir matérias supervenientes à última oportunidade em que poderia fazê-lo no processo de conhecimento, por força da preclusão.

A mesma ordem de idéias vale para a atual ‘impugnação’. (FUX, 2009, p. 260)

Por outro lado, do ponto de vista da *profundidade da cognição – plano vertical* –, tanto na impugnação à execução de título judicial, como nos embargos à execução de título extrajudicial, a cognição será *exauriente*, o que significa não haver limite à profundidade do juiz na apreciação do alegado, exigindo um *juízo de certeza* no convencimento do magistrado, para proferir sua decisão.

Em sendo assim, na *impugnação* envolvendo título judicial, a *cognição é horizontalmente parcial e verticalmente exauriente*, o que significa que há limites quanto às matérias alegáveis, mas não quanto à profundidade do exame por

parte do magistrado, em seu convencimento, mediante um juízo de certeza, e não de plausibilidade ou probabilidade.

5.6 DA POSSIBILIDADE DAS OBJEÇÕES DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COMO MEIO DEFESA DO EXECUTADO

Mutatis mutandi, a impugnação se assemelha à *objeção de pré-executividade*, comumente utilizada também como meio de defesa do executado, pois ambas são incidentes, no bojo da fase executiva, sem efeito suspensivo. Possui, entretanto, a notória diferença da necessidade da penhora, porquanto ser indispensável na impugnação a garantia do juízo, enquanto que as *objeções de pré-executividade* visam justamente evitar à constrição judicial sobre os bens do executado, seja porque se trata de vício do qual o juiz deveria ter conhecido de ofício, seja porque é matéria cognoscível de plano. Além do que, nas objeções a prova há de ser sempre pré-constituída, ao passo que na impugnação, o juiz deferirá a produção das provas necessárias.

A doutrina costuma preferir a expressão *objeção de pré-executividade* por entender ser mais apropriada do que a expressão *exceção de pré-executividade*, pois, do ponto de vista técnico, a palavra *exceção* traduz aquelas defesas que só podem ser conhecidas pelo juiz se alegadas oportunamente, o que não se adéqua ao conceito em questão.

Desse modo, cabível como espécie de defesa no cumprimento de sentença tanto a *impugnação* como as *objeções de pré-executividade*, sendo estas, por sua vez, argüíveis, a qualquer tempo, independentemente de momento apropriado ou de caução especial, por se tratar de matérias de ordem pública, cognoscível de ofício pelo magistrado, não se sujeitando às regras da preclusão, como se dá com a ausência de condições da ação, pressupostos processuais e incidência de decadência e prescrição. Sujeitar-se o executado a vários requisitos formais – como prazo específico e a prévia segurança do juízo mediante penhora – seria um exagero, ante a manifesta idoneidade do prosseguimento da execução.

Por sua vez, controverte-se a doutrina sobre a possibilidade de se admitir, no ordenamento jurídico, verdadeiras *exceções de pré-executividade*, nas quais o devedor, independentemente de penhora, pudesse alegar defesas que,

embora não possam ser apreciadas de ofício pelo juiz, dispensam qualquer produção probatória, por envolverem matéria pré-comprovada de direito, como, por exemplo, o pagamento comprovado, de plano, documentalmente. A doutrina e a jurisprudência atual vêm admitindo tal procedimento, desde que a defesa argüida pudesse ser apreciada pelo juiz, sem a necessidade de produção probatória, por se tratar de *prova pré-constituída e incontroversa* (SHIMURA; BRUSCHI, 2007, p. 94-96).

Como bem observam Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 316), como regra, as *objeções de pré-executividade* não possuem efeito suspensivo. Contudo, uma vez presentes os pressupostos que autorizam a outorga de efeito suspensivo à impugnação, consoante dicção do art. 475-M, do CPC, não há porque descartar a suspensão da execução.

Por fim, o ato judicial que examina as *objeções de pré-executividade*, assim como se dá na impugnação, poderá ter natureza de sentença, desafiando apelação, se levar à extinção da execução, ou de decisão interlocutória, sujeito a agravo, nos demais casos.

5.7 DA IMPUGNAÇÃO À ARREMATACÃO, À ALIENAÇÃO E À ADJUDICAÇÃO

Segundo prescreve o art. 746 do Código de Processo Civil, o executado pode, no prazo de cinco dias contados da conclusão da arrematação, da adjudicação ou da alienação privada, opor-se, por meio dos embargos, alegando questões ulteriores à penhora. São os denominados *embargos de segunda fase*. Considera-se o termo final deste prazo o momento em que é assinado o auto de arrematação ou de adjudicação, ou a decisão com que o juiz defere a alienação antecipada ou a alienação por iniciativa particular. “Esse instrumento de defesa pode também ser manejado em caso de execução por título judicial não só extrajudicial”. Sob o assunto em foco, expõe Dinamarco (2009, v. 4, p. 861):

Os embargos de segunda fase, conquanto estruturados como uma ação do executado, são, do mesmo modo que a impugnação e os embargos à execução, um instrumento de defesa (supra, n. 1.746): diferem daqueles porque em princípio só podem fundamentar-se em fatos supervenientes à penhora, estando preclusas todas as alegações que poderiam ter sido levantadas naquela primeira

oportunidade. É por isso que se chamam embargos de segunda fase. São admissíveis somente na execução por quantia certa, quer por título judicial ou extra, dada a referência feita pelo art. 476 à penhora como marco divisório entre a admissibilidade dos embargos à execução e esses de segunda fase.

Desse modo, ainda que previstos apenas em face de execução de títulos extrajudiciais, não há razão para negar o seu cabimento na execução de títulos judiciais, diante da compatibilidade com o regime de cumprimento de sentença, nos termos do art. 475-R do CPC, para discutir questões posteriores à penhora que se enquadrem num dos incisos do art. 475-L do CPC.

Parte da doutrina, da qual comungo, defende que, em se tratando de cumprimento de sentença, os questionamentos do executado posteriores à penhora serão feitos, na forma da impugnação, ou seja, no bojo do próprio processo, e não mediante ação incidental autônoma de embargos. Neste sentido, discorre Oliveira (2006, p. 322):

Os embargos à arrematação e à adjudicação passam a constituir ação que diz respeito, como regra geral, à execução fundada em título extrajudicial. Incidentes relativos à expropriação apoiada em título executivo judicial devem ser resolvidos, doravante e via de regra, dentro do próprio processo originário, em sua fase executiva, mostrando-se inadequado o ajuizamento de embargos de segunda fase.

Também corroborando o mesmo entendimento, expõe Theodoro Júnior (2009, v. 2, p. 52-53):

A mesma razão que levou a extinguir a ação de embargos do devedor prevalece também para os embargos à arrematação e adjudicação. Se os primeiros foram transformados explicitamente em simples impugnação, não há razão para se manter a natureza de ação incidental para o ataque aos atos executivos posteriores. Num e noutro caso os questionamentos do executado deverão de ser feitos por meio de incidentes no bojo do próprio procedimento de cumprimento da sentença. A solução sempre será encontrada por meio de decisão interlocutória e o recurso interponível será o agravo de instrumento.

Consoante ressalva Dinamarco (2009, v. 4, p. 863), os *embargos de segunda fase* não estão sujeitos a preparo inicial, sendo as custas pagas ao final

pelo vencido. Possui efeito suspensivo, impedindo a expedição da carta de arrematação ou a tradição do bem ao adquirente, “[...] porque do contrário sua utilidade seria talvez nenhuma; mas, estando sujeitos a precisos requisitos de admissibilidade (art. 746 e supra, nn. 1.748 ss.), podem e devem ser rejeitados liminarmente quando um deles faltar”.

5.8 DA EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA

A execução se extingue com a satisfação do direito do credor. Se este não possui bens, ou se o autor, por qualquer razão, não lhe dá andamento, não é caso de extinção da execução, mas de remetê-la ao arquivo, até que se consuma a prescrição intercorrente. O credor que deu causa ao arquivamento e queira, depois, prosseguir na execução, deve postular que os autos sejam desarquivados, arcando com as custas correspondentes.

O art. 794 do Diploma Processual Civil prescreve que a execução só termina quando: “o devedor satisfaça a obrigação; o devedor obtém, por transação ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida; ou quando o credor renuncie ao crédito”. O art. 795 do CPC, por sua vez, determina que a extinção só produzirá efeito quando declarada por sentença. É possível também a extinção da execução de maneira prematura, em razão da acolhida da impugnação do devedor, nos termos do art. 475-M, § 3.º, segunda parte, do CPC. Em todos os casos, será possível a parte que se considerar prejudicada pela extinção do processo impugná-la mediante recurso de apelação. Neste sentido, concluem Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 341):

A execução seguirá tomando bens do devedor e alienando-os, até a integral satisfação do crédito exigido ou até que outra causa determine sua conclusão. Exaurida a finalidade da execução, ou inviabilizada por outra razão, deverá ela ser formalmente concluída, dando-se fim ao processo.

A extinção da execução se dá por ato judicial, caracterizado como sentença.

[...]

Tratando-se de sentença, contra este ato poderá o prejudicado, se houver interesse para tanto, insurgir-se mediante apelação.

Quanto à natureza da sentença que extingue a execução de título judicial, a princípio, não há que se falar em sentença de mérito, até porque este mérito já foi acertado pela sentença prolatada na fase de conhecimento.

Isso não significa dizer que não exista mérito na execução. Ele existe e é representado pela pretensão executiva: satisfação de um direito a uma pretensão – o de fazer, não fazer, de dar ou pagar – certificado em um título executivo. Há mérito, portanto, na execução, porque existe pedido executivo; contudo, inexistente julgamento de mérito, porque a pretensão executiva não está sujeita a uma sentença de acerto, já que seu objetivo não é julgar a pretensão do credor, mas apenas realizá-la materialmente. O escopo da sentença que extingue a execução é apenas reconhecer o exaurimento da função executiva, pondo, formalmente, fim ao processo (MARINONI; ARENHART, 2009, v. 3, p. 342).

Marinoni e Arenhart (2009, v. 3, p. 343) observam, entretanto, que a regra da inexistência da sentença de mérito na execução é excepcionada em duas hipóteses:

i) No julgamento da impugnação à execução, sobretudo nos casos previstos no inciso VI do art. 475-L – causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação superveniente à sentença – e do § 1.º do mesmo dispositivo legal – inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional ou incompatível com a Constituição Federal. “Tais sentenças, por poderem importar em alteração na própria relação material, devem ser consideradas sentenças de mérito”.

ii) Também se pode cogitar da existência de sentença de mérito, quando o juiz é compelido a apreciar, em exceção de pré-executividade, algum vício do título capaz de tornar a obrigação inviável – como quando, por exemplo, o executado alega prescrição intercorrente da dívida. Pois, ao acolher tal argumento, estará o juiz apreciando questão de mérito relativa à obrigação, razão pela qual a sentença também há de ser considerada sentença de mérito.

Constata-se, pois, que a Lei n.º 11.232/05 é mais uma etapa da modernização do direito processual pátrio, sob os auspícios dos princípios da celeridade – agora, com sede constitucional expressa no art. 5.º, LXXVIII – e da efetividade processual, que se iniciou com a reforma introduzida pela Lei n.º 8.952,

de 13 de dezembro de 1994, instituindo, na legislação positiva, entre outros dispositivos, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

O novo procedimento de execução da sentença veio de encontro à efetividade do processo, fornecendo às partes um meio processual mais adequado e rápido à satisfação do direito da parte. Com a simplificação procedimental, contribuiu para uma maior celeridade processual, diminuindo o tempo de duração do processo e concretizando o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

E esse trabalho objetivou também analisar alguns questionamentos que surgiram com a nova lei, buscando sempre interpretá-la no contexto sob o qual foi elaborada e com vistas a alcançar a finalidade para a qual foi instituída: proporcionar uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual civil do final do século XX e início do XXI deslocou seu enfoque principal dos dogmas e categorias, para a funcionalidade do sistema de prestação da tutela jurisdicional.

Sem desprezar a autonomia científica conquistada no século XIX, cujo marco histórico se deu, em 1868, com a obra de Bülow – Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias – e consolidada no século XX, o processo concentrou-se finalmente no escopo que sempre justificou a sua existência: a instrumentalidade. Pouco importa seja a ação considerada como um direito subjetivo da parte, ou um poder para o respectivo titular, se, de fato, o processo não ocasionar resultados socialmente satisfatórios, no plano finalístico da função jurisdicional.

Constatou-se que Bülow, ao difundir o conceito da relação jurídica processual, acabou por incutir no ambiente processual, o espírito de cientificismo jurídico, que dominava o positivismo da época, com a propagação de que o processo, para alcançar a categoria de ciência processual, haveria de ser neutro, abstrato e a-valorativo, pouco comprometido com o sentido de efetividade que atualmente dele se espera.

Também foi necessário repensar-se o direito de ação, que durante o Estado liberal era indiferente às diversas necessidades sociais, concebido apenas como um direito formal de propor uma ação judicial. A ação passa a ser enfocada como um direito ao acesso à ordem jurídica justa, conferindo às partes meios judiciais para se obter uma tutela satisfativa que fosse concretamente justa e efetiva.

Neste aspecto, a legitimidade da jurisdição e, por conseguinte, do processo e da ação, além da existência de um procedimento que seja adequado às necessidades e peculiaridades do direito material, demanda a necessidade da legitimidade da própria resposta judicial, conferida dentro de um processo que se desenvolva em consonância com os valores e princípios constitucionais e empenhado com o resultado que seja efetivo e justo. Como corolário, o procedimento – o *modus faciendi* do processo – deve possibilitar, através da ordenação dos atos e técnicas processuais, essa tutela mais célere e efetiva.

Sendo assim, hodiernamente, sob a ótica instrumental do processo, este não pode mais ser focado como um fim em si mesmo, divorciado da essência de sua finalidade institucional e desconectado com os valores e interesses que efetivamente deve comprometer-se a realizar. Mas um instrumento pelo qual a tutela jurisdicional, com seus institutos correlatos, outorga à parte a tutela específica, qual seja, o bem material a que tem direito e que, por isso, é amparado pela ordem jurídica.

É cediço ser a morosidade da justiça um dos grandes entraves do Poder Judiciário. Em algumas situações, a demora do processo, ocasionada pela sistemática dos procedimentos, pode gerar a inutilidade do provimento jurisdicional tardiamente obtido.

Um processo efetivo é um processo de resultados, deixando de lado a visão puramente interna do processo, demasiadamente valorizada na fase autonomista, para atingir o escopo precípua para o qual foi concebido: o da efetivação do direito substancial. O processo não é apenas um instrumento a serviço da jurisdição, mas, também e, sobretudo, a serviço da sociedade.

Neste sentido, deve o processo, como instrumento estatal de solução de conflitos, proporcionar a quem encontra amparo na ordem jurídica, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção. Deve, pois, ser aplicado, segundo as peculiaridades do caso concreto, operacionalizando-se por meio de técnicas processuais adequadas a tutela desse direito juridicamente protegido, com a nítida finalidade de concretizá-lo.

Urge ressaltar, contudo, que não se pode esperar, com apenas as reformas processuais executivas, que o processo se torne automaticamente célere e efetivo. A demora e a ineficiência da justiça – cuja minimização se coloca como o principal escopo da reforma do processo executivo – decorre também de problemas administrativos e funcionais, gerados por uma deficiência da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário. São as denominadas etapas mortas que fazem com que os processos durem muito mais tempo do que poderiam perdurar. Para tanto, juntamente com as reformas legislativas, há a necessidade de uma modernização da máquina administrativa do Judiciário, dotando-o de recursos tecnológicos, pessoal especializado, dados estatísticos e planos de gestão, como alternativa para diminuir a demora na prestação jurisdicional.

Nesta ótica de encontrar a efetividade do direito material por meio dos instrumentos processuais, o ponto central se localiza certamente na execução forçada, visto ser nela que, na maioria dos casos, o litigante encontrará o meio capaz de pô-lo de fato em contato direto com o direito juridicamente reconhecido como certo. E quanto mais precoce e adequadamente o processo chegar à execução forçada, mais efetiva e justa será a prestação jurisdicional.

Daí porque as últimas reformas do Diploma Processual Civil voltaram-se para as vias da execução, cujo objetivo foi romper com entraves procedimentais justificáveis no passado, onde havia a necessidade de afirmação do direito processual como uma ciência jurídica autônoma, mas completamente inaceitáveis na atualidade, onde as perspectivas sociais e políticas que dominam o *due process of law* têm, como concepção contemporânea, a justiça e a efetividade da decisão.

É o que acontecia com a dualidade do processo de conhecimento e execução, engendrado no direito romano-canônico, que persistia em tratar, como objeto de ações distintas e separadas, o accertamento e a execução dos direitos violados, com perda de tempo e acréscimo de custos para as partes e para o sistema jurídico como um todo, em total descompasso com a efetividade esperada da tutela jurídica.

Historicamente, constata-se que a separação do processo de conhecimento e do processo de execução proveio do direito romano-canônico, onde a composição da lide era confiada a um *iudex*, e a ordem ou execução era considerada atividade estranha à jurisdição, atribuída ao *praetor*. Sendo assim, o direito processual contemporâneo, ao conceber a jurisdição como *declaração de direitos*, separou o *juízo* da *ordem* (execução), sendo que esta, na eventualidade de ser proposta, haveria necessariamente de se dar dentro de uma nova e autônoma relação processual. E a doutrina processualista, fiel e fortemente influenciada pelos brocardos romanos, concebeu um processo de conhecimento sem a executoriedade simultânea na mesma relação processual, preservando a distinção entre *decisão* e *execução*.

Contudo, hodiernamente, a dicotomia que separava o processo de conhecimento e o processo de execução cede espaço a uma visão unitária: uma forma de prestação jurisdicional satisfativa, sem a desnecessária exigência de ter a

parte de percorrer o árduo e demorado caminho do processo executivo autônomo, com todos os seus incidentes, transtornos e inconvenientes. Neste sentido, foi em boa hora que a reforma do direito processual civil ocupou-se desta temática, eliminando esse “[...] grave embaraço historicamente erguido ao pronto acesso ao resultado final da tutela jurídica prometida pela garantia fundamental do devido processo legal” (THEODORO JÚNIOR, 2009, v. 2, p. 2).

E atento a essa nova conjuntura do processo comprometido com o resultado, o legislador procedeu, nas últimas décadas, diversas alterações no Código de Processo Civil, reformulando a execução de títulos judiciais, cujo marco inicial se deu com a nova redação do art. 461 do Código de Processo Civil dada pela Lei n.º 8.952/94 que modificou a tutela executiva das obrigações de fazer e não fazer, seguido pela n.º 10.444/2002 que inseriu o art. 461-A no mesmo Diploma Processual, conferindo um novo procedimento executivo a tutela de entrega de coisa, culminando, por fim, com a Lei n.º 11.232/2005 que reformou profundamente as execuções de pagar quantia certa.

Suprimiu-se, por fim, em prol da efetividade da tutela jurídica, o entrave histórico da *actio iudicati* da execução, como processo autônomo e distinto frente ao processo de accertamento e condenação. Era, de fato, preciso a revisão de certos dogmas e teorias processuais, concebidos sob a ótica autonomista do processo, a fim de conferir-lhes nova roupagem, a partir da necessidade contemporânea identificada na fase instrumentalista.

Não se trata de nenhuma revolução incompatível com as tradições do nosso direito processual, pois o ordenamento jurídico já previa, nos casos de necessidade de uma tutela mais pronta e efetiva – as ações executivas *lato sensu* e as mandamentais –, institutos cujo cumprimento sempre se realizou de plano, fora dos rigores do processo executivo estanque. O que a reforma executiva fez foi ampliar o alcance do sistema processual unitário, transformando o processo de execução numa fase iniciada a partir da prolação da sentença judicial, retirando-lhe sua autonomia.

Sendo assim, corrigindo a impropriedade do sistema, as Leis n.º 8.952/94, 10.444/2002, e, por fim, a de n.º 11.232/05 transformaram o processo autônomo de execução de títulos judiciais em mera fase do processo sincrético, passando a execução das sentenças condenatórias cíveis a serem efetivadas no

bojo da mesma relação jurídica processual, simplificando a comunicação dos atos processuais e abreviando o caminho da tutela material, em nome da efetividade do processo.

Desse modo, a execução de sentença condenatória de *obrigação fazer ou não fazer* passou a ser mandamental: não apenas condena o devedor, mas impõe sua execução no mesmo processo, permitindo que a tutela jurisdicional seja concedida de forma mais eficaz e célere. E para cumprir esta finalidade, o ordenamento jurídico conferiu ao magistrado mecanismos coercitivos indiretos, como as *astreintes* e as medidas de apoio, previstas no art. 461, §§ 4.º e 5.º do Código de Processo Civil, como meios de compelir o devedor ao cumprimento imediato e específico da obrigação. O objetivo passou a ser a tutela específica, conferindo ao credor da prestação de fazer ou não fazer exatamente o resultado que obteria se o credor tivesse pontualmente adimplido sua obrigação. A prestação só se converterá em perdas e danos quando a tutela específica ou o resultado prático equivalente se revelarem impossíveis ou quando o próprio autor assim o requerer diante do inadimplemento da prestação, nos termos do art. 461, § 1.º, do Código de Processo Civil. A sistemática adotada pelo legislador estabeleceu uma nova ordem de prioridades, onde a resposta jurisdicional deve priorizar a tutela específica, remetendo a um segundo plano, a tutela subsidiária pelo equivalente monetário.

Assim, o caput do art. 461 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n.º 8.952/94 – ao contrário do que pretendia o direito do Estado liberal do Século XVIII e XIX, que influenciou os diplomas jurídicos civil e processual brasileiro – coloca em último plano a conversão em perdas e danos, e dá garantia ostensiva ao direito do credor de exigir, em juízo, o cumprimento *in natura* da prestação devida, ou de algo que praticamente a ela equivalha.

Também a execução da sentença que condena a *entrega de coisa* dispensa posterior execução *ex intervallo*, sendo efetivada nos mesmos autos, nos termos do art. 461-A, caput, e § 2.º do Código de Processo Civil. O magistrado ordena que o executado entregue a coisa certa ou incerta, no prazo por ele fixado e, caso descumpra a decisão, será imediatamente emitido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar, respectivamente, de bem móvel ou imóvel, satisfazendo, desde já, a pretensão do credor.

Por fim, tal como nas *obrigações de fazer, não fazer ou entrega coisa, agora*, também nas *obrigações de pagar quantia certa*, torna-se desnecessária a instauração de um novo processo tendente a satisfazer o direito da parte, porquanto será executada nos próprios autos do processo sincrético. Não há mais citação do devedor para pagar ou nomear bens a penhora, pois consoante prescreve o art. 475-J do Código de Processo Civil: caso o devedor não cumpra a obrigação, no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez) por cento, sendo expedido, a requerimento do exeqüente, mandado de penhora e de avaliação – o que simplificou e abreviou o *iter* para a satisfação do direito. Outra inovação trazida pela Lei n.º 11.232/2005 é que o devedor não terá, em regra, oportunidade de nomear bens à penhora, porquanto o exeqüente, ao requerer a expedição do mandado poderá indicar, desde logo, os bens do devedor a serem penhorados, nos termos do art. 475-J, § 3.º do CPC. Também, agora, como regra, é o oficial de justiça – e não mais o perito – quem fará a avaliação imediata dos bens a serem penhorados, medida que conferiu maior rapidez e economia para o processo e para as partes.

Outra mudança que trouxe maior efetividade à tutela executiva diz respeito ao meio de defesa do executado, porquanto a Lei n.º 11.232/2005 substituiu os embargos à execução pela impugnação, modificando seu prazo para 15 (quinze) dias. Ao contrário dos embargos, a impugnação não se caracteriza por ser uma ação autônoma, incidental e desconstitutiva, mas um meio de defesa oferecido incidentalmente na mesma relação processual, e não em processo autônomo, não tendo como regra efeito suspensivo, o que concorreu para a redução da duração do processo e, por conseguinte, do percurso da concretização da tutela executiva.

A impugnação tem natureza de incidente processual e, por isso, é julgada por decisão interlocutória que desafia agravo, exceto quando do seu acolhimento resultar a extinção da execução, caso em que o juiz proferirá sentença impugnável mediante apelação, nos termos do art. 475-M, § 3.º, do Código de Processo Civil.

Constata-se, pois, que a alteração processual da tutela executiva de título judicial abreviou o percurso da satisfação do direito, com a inserção de um procedimento mais rápido, simples e adequado ao direito substancial da parte, com dispensa da *actio iudicati* autônoma. As reformas processuais que unificaram o

processo de cognição e execução reforçaram a necessidade da imbricação do processo com o direito material, e cumpriram, com propriedade, a garantia da duração razoável do processo e efetividade da prestação jurisdicional, que em boa hora foi incluída na Constituição Federal entre as garantias fundamentais pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 – art. 5.º, LXXVIII da Constituição Federal.

Do que foi exposto neste trabalho, pode-se concluir que as recentes modificações operadas na legislação processual civil não são fruto do acaso, nem obra das circunstâncias. Elas se inserem dentro de um contexto maior, no qual a efetivação dos direitos é a pedra de torque a mover o conjunto de forças políticas, no sentido de tornar o processo um instrumento capaz de assegurar a todos os indivíduos o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *As tendências do processo civil contemporâneo*. Gênesis- Revista de Direito Processual Civil, Brasília, v. 11, jan./mar. 1999.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: RT, 2009.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: RT, 1993.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: _____. *Temas de direito processual: Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, v. 2, n. 11, p. 5-14, maio/jun. 2001.
- BASTOS, Antônio Adonias. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e processo. In: _____. *Processo e constituição*. São Paulo: RT, 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. STJ, 3ª T. REsp. 6.314/RJ, ac. 25.02.1991, DJU. Rel. Min. Waldemar Zveiter. p. 3.222, 23 mai. 1991.
- BRASIL. STJ, 4ª T., REsp. 6.377 /SP. Rel. Min. Barros Monteiro. RSTJ, 25/389 ac. 25 ago. 1991
- BRASIL. STJ, 3ª Turma, REsp 954.859/RS. rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 27. p. 252. ago. 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Los derechos sociales de libertad em La concepción de Piero Calamandrei: proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: Ejea, 1974.

CARNEIRO, Athos Gusmão; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A efetividade do processo e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5276/a-efetividade-do-processo-e-a-tutela-especifica-das-obrigacoes-de-fazer-e-nao-fazer/4>. Acesso em: 03 maio 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao código de processo civil*. 1. ed. São Paulo: RT, 1974. v. 8.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Boockselle, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DICTIONNAIRE Juridique/Astreinte. Disponível em: <www.lawperationnel.com>. Acesso em: 27 maio 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Podium, 2007. v. 1.

_____. *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 4.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2.

FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do processo civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

GIORGIANI, Michele. *La obligación (La parte generale del las obligaciones)*. Traducción de Evelio Verdura Y Tuells. Barcelona: Bosch, 1958.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Victor André Liuizzi. *O princípio da efetividade e o contraditório*. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5789>. Acesso em: 12 maio 2010.

GRASSELLI, Odete. *Penhora trabalhista on-line*. São Paulo: LTr, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: _____. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

LENSA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1946.

MALLET, Estevão. Anotações sobre o bloqueio eletrônico de valores no processo do trabalho (penhora on-line). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 70, n.1, p. 34, 2004.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

_____. *Curso de processo civil: execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

_____. *Curso de processo civil: execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 3.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003. v. 9.

MAZZAMUTO, Salvatore. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli: Eugenio Jovene, 1978.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil e legislação processual civil extravagante anotados*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Robson Carlos de. *Embargos à arrematação e à adjudicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 366 p. (Estudos de direito de processo, v. 59).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERROT, Roger. La coersione per dissuasione nel diritto francese. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 51, n. 3, p. 658-674, lug./set. 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970-1978.

PRATA, Edson. *Direito processual civil*. Uberaba: Vitória, 1980.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeira linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007. v. 2.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

TARUFFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Rivista Critica del Diritto Privato*, Bologna, p. 665-667, 1986.

TEIXEIRA, Sálvio. *O judiciário e as propostas de um novo modelo*. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/jurid185.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 5 jan. 2011.

_____. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2.

_____. *Curso de direito processual civil*. Rio Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2904/tutela-especifica-das-obrigacoes-de-fazer-e-nao-fazer/4>>. Acesso em: 13 maio 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____. *Garantias constitucionais do processo civil – homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo, RT, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a efetividade do processo*: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 814, p. 63-70, ago. 2003.

_____; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

_____. *Curso avançado de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Código de processo civil reformado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 77, p. 168-176, jan./mar. 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas: um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro - a relação jurídica e as condições da ação nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 98, p.125-132, abr./jun. 2000.

_____. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. São Paulo: Classic Book, 1999. v. 1.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. *TGP: teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LENSA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1982.

LOPES, João Batista. Função social e efetividade do processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 13, p. 29-34, abr. 2004

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Montchrestien, 1960. v. 3.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.